



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ILÍCITOS MONOPÓLICOS

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

María Alejandra Guerra Figueroa

PROFESOR GUÍA: Sr. Domingo Valdés Prieto

Santiago, Chile
2011

Santiago, 7 de septiembre de 2011.

Señor
Roberto Nahum A.
Decano
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Presente

Estimado señor Decano:

Por la presente, tengo el agrado de informar la Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, de la que es autora la señorita María Alejandra Guerra Figueroa, y que se titula "La Responsabilidad Civil Derivada de Ilícitos Monopólicos".

Doña María Alejandra Guerra ha realizado un interesante estudio de una materia que, a pesar de su gravitante importancia en la vida económica nacional, suele recibir escasa atención doctrinaria, como lo es la incidencia en el orden civil de la sentencia que declara la existencia de un injusto monopólico de conformidad con el Decreto Ley 211 de 1973.

La estructura de esta memoria es la siguiente. Luego de una breve Introducción, la autora efectúa en la Sección I un análisis del bien jurídico libre competencia, para lo cual repasa las diversas concepciones que del mismo se han perfilado en nuestro sistema jurídico, observando que este bien tutelado presenta una naturaleza de interés público y luego tratando el correlato civil de las conculcaciones a la libre competencia.

A continuación la señorita Guerra Figueroa se ocupa, en la Sección II, del injusto monopólico, analizando así la evolución de este último y las garantías que le son aplicables, para luego dar cuenta de la estructura del ilícito monopólico. Con motivo de la mentada estructura aborda la tipicidad en su doble dimensión de faz objetiva y faz subjetiva, así como cada uno de los elementos que integran tales faces.

La Sección III se denomina La Acción Civil. En dicha sección se estudia las conductas, hechos y calificación jurídica que realiza el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y cómo ésta incide en la acción civil. Luego, trata los requisitos de la acción civil y su prescripción extintiva.

La Sección IV, intitulada Derecho Comparado, versa sobre la Clayton Act de 1914 de los Estados Unidos de América, así como sobre el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Europea.

La Sección V tiene por objeto comentar la escasa jurisprudencia que, en nuestro sistema jurídico, ha dado aplicación al artículo 30 del Decreto Ley 211 de 1973.

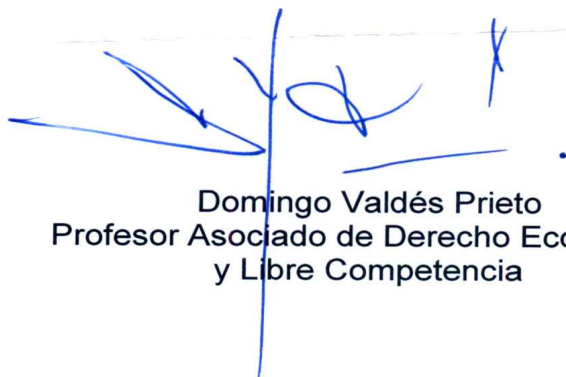
La Sección VI constituye una valiosa reflexión acerca de algunos problemas que plantea la acción civil derivada de injustos monopólicos. En aquélla se revisan los equivalentes jurisdiccionales, la prueba de la conculcación de la libre competencia, la reparación del lucro cesante, la excepción de litis pendencia y el carácter sumario del procedimiento aplicable.

Acaba este estudio con una útil Sección VII que entrega las conclusiones del mismo.

Estimamos que esta Memoria constituye una investigación de enorme implicancia teórica y práctica, toda vez que actualiza la discusión de las relaciones entre el injusto monopólico y el ilícito civil, brindando elementos para distinguir adecuadamente entre una y otra categoría de ilícitos.

Por lo expuesto, califico en mi calidad de profesor guía la Memoria de doña María Alejandra Guerra Figueroa con nota siete (7,0).

Saluda atentamente a Ud.,



Domingo Valdés Prieto
Profesor Asociado de Derecho Económico
y Libre Competencia

cc. Sr. Rodemil Morales.
Director Departamento de Derecho Económico

24 de noviembre de 2011

Señor
Roberto Nahum A.
Decano
Facultad de Derecho
Universidad de Chile
Presente

**Ref.: "La Responsabilidad Civil Derivada de Ilícitos Monopólicos".
Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales de doña María Alejandra Guerra Figueroa.**

Estimado señor Nahum:

Habiéndome designado como profesor informante de la memoria de prueba que se adjunta a la presente carta, vengo por medio de la presente en confirmar la calificación que de ella hizo el profesor Domingo Vaidés Prieto, asignándole nota 7.0 (siete).

En mi opinión, la presente memoria de prueba constituye un trabajo interesante, completo y bien desarrollado.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo anterior, hago presente que no comparto ciertas apreciaciones y conclusiones consignadas en la memoria de la señorita Alejandra Guerra, lo que en ningún caso le resta valor a su trabajo.

Saluda atentamente a usted,



Claudio Lizana
Profesor Derecho Económico

CONTENIDOS

Resumen

SECCIÓN PRIMERA

1. La protección de la libre competencia en los mercados. Bien jurídico protegido

1.1 Diversas concepciones del bien jurídico tutelado

1.1.1 *La autonomía privada*

1.1.2 *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica*

1.1.3 *La eficiencia*

1.1.4 *La libre competencia en los mercados*

1.2 El bien jurídico protegido es de interés público

1.3 Correlato civil a partir de conculcaciones ocasionadas por la infracción al DL 211

SECCIÓN SEGUNDA

2. El injusto monopólico

2.1 La evolución del ilícito monopólico universal

2.2 Las garantías aplicables al injusto monopólico

2.3 La estructura del ilícito monopólico

2.3.1 *La tipicidad*

A. La faz objetiva del ilícito monopólico

A.1 El sujeto activo

A.2 El sujeto pasivo

A.3 La acción

A.4 El resultado

A.5 El nexo causal

B. La faz subjetiva del ilícito monopólico

2.3.2 La antijuricidad

2.3.3 La culpabilidad

SECCIÓN TERCERA

3. La acción civil

3.1 Conductas, hechos y calificación jurídica

3.1.1 Los hechos

3.1.2 La Conducta

3.1.3 Calificación jurídica

3.2 La Acción civil. Requisitos

3.2.1 Acción u omisión

3.2.2 Faz subjetiva: culpa o dolo

3.2.3 Daño

3.2.4 Relación causal

3.3 Prescripción de la acción civil

SECCIÓN CUARTA

4. Derecho Comparado

4.1 La Clayton Act de 1914

4.1.1 Treble Damages

4.1.2 Class Actions

4.1.3 Costas

4.2 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Roma, 25 de marzo de 1957

SECCIÓN QUINTA

5. Jurisprudencia

5.1 Philip Morris con Compañía Chilena de Tabacos S.A. Sentencia N° 26 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

5.1.1 Los hechos en sede libre competencia

5.1.2 La Sentencia N° 26 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

5.1.3 El Recurso de Reclamación ante la Corte Suprema

5.1.4 Análisis del caso en sede libre competencia

5.1.5 Los hechos en sede civil

5.1.6 La sentencia del tribunal civil

5.1.7 Análisis del caso en sede civil

5.2 Producción Química y Electrónica Quimel S.A. con James Hardie Fibrocementos Limitada. Sentencia N° 39 del H. Tribunal de Defensa de La Libre Competencia

5.2.1 Los hechos en sede libre competencia

5.2.2 La Sentencia del N° 39 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

5.2.3 El Recurso de Reclamación ante la Corte Suprema

5.2.4 Análisis del caso en sede libre competencia

5.2.5 Los hechos en sede civil

5.2.6 La sentencia del tribunal civil

5.2.7 Análisis del caso en sede civil

SECCIÓN SEXTA

6. Algunos problemas que plantea la acción civil por ilícitos monopólicos.

6.1 Equivalentes jurisdiccionales.

6.2 La prueba de la conculcación a la libre competencia

6.3 La reparación del lucro cesante

6.4 Excepción de litis pendencia

6.5 El procedimiento sumario

SECCIÓN SEPTIMA

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La Responsabilidad civil emanada de ilícitos monopólicos ha tenido escaso desarrollo doctrinal en nuestro país. Es esta consideración la que nos motivó a desarrollar el presente trabajo a fin de analizar las diversas aristas que ella presenta.

En el primer capítulo, se analizará el bien jurídico protegido en sede libre competencia, para posteriormente, caracterizarlo como un bien jurídico de carácter público.

Ello sentará las bases para fundamentar el carácter privado -por oposición-, de la acción civil de perjuicios, la cual es prevista por el legislador en la Ley de Defensa de la Competencia con el fin de evitar dilaciones innecesarias en su tramitación, para quien ya ha obtenido una declaración favorable en sede libre competencia.

Se analizará la acción monopólica deducida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en contraposición a la acción civil, sus requisitos de procedencia y diferente tratamiento que la ley otorga en uno y otro estatuto de responsabilidad

Posteriormente, se analizarán los elementos que se deben hacer extensivos a la sede civil a partir de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y que deben darse por acreditados en el procedimiento civil.

Se establecerá que se trata de una responsabilidad especial, distinta a la responsabilidad extracontractual contemplada en el Código Civil, aunque exige para su configuración, requisitos análogos a los de la responsabilidad aquiliana común.

Se tendrán a la vista las principales legislaciones extranjeras en la materia, y se analizarán algunos problemas procesales que la responsabilidad por ilícitos monopólicos genera, que demuestran la necesidad de discusión con respecto a su aplicación práctica.

Analizaremos la escueta jurisprudencia nacional relativa a los perjuicios demandados en sede civil en virtud de una sentencia favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con el fin de ahondar en su evolución y posibles implicancias.

SECCION PRIMERA

1. La protección de la libre competencia en los mercados. Bien jurídico protegido

Cuando nos referimos a la regulación relativa a la protección de la libre competencia en los mercados a la que hace referencia el Legislador en el artículo primero de la Ley para la Defensa de la Competencia¹ (en adelante, indistintamente “DL 211” o “La Ley”), es inevitable pensar en la protección de un sistema que asegure el mayor beneficio social, a partir de la posibilidad para todos los agentes que así lo deseen, ingresar a un mercado determinado con plena libertad, competir dentro del mismo, y finalmente, salir de él sin trabas excesivamente onerosas.

Del mensaje del Proyecto de Ley que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre competencia (“TDLC”), Ley 19.911, que modificó el DL 211 en el año 2004, se desprende que uno de los ejes centrales del mismo fue la determinación de lo que debe entenderse por bien jurídico protegido:

“En la misma línea, se ha estimado pertinente modificar los primeros artículos de la ley vigente, otorgando mayor claridad al bien jurídico protegido, de modo que el Tribunal (de Defensa de la Libre Competencia) disponga de una guía más precisa para sus pronunciamientos, con lo cual se logra mayor predictibilidad del accionar. En concreto, se define el objetivo de la ley y se modifican los ejemplos de conductas contrarias a la competencia”.²

¹ DFL N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973. Publicado en el Diario Oficial de 7 de Marzo de 2005.

² Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia , Mensaje N° 132-346, Boletín N° 2944-03. Santiago, 17 de mayo de 2002.

Sin embargo, al momento de la aprobación del texto definitivo, se optó por enunciar el bien jurídico protegido, sin determinarlo de manera precisa, a fin de abarcar multiplicidad de supuestos.

Ello, atendida la constante mutabilidad de lo que debe entenderse por libre competencia, dejándose su determinación, en ese entendido, a la jurisprudencia.

El artículo primero del DL 211, se limita a establecer que el objeto de la ley es “*promover y defender la libre competencia en los mercados*”, sin definirla ni dar directrices en este sentido.

Muchas discusiones se han suscitado respecto a lo que debe ser el bien jurídico protegido en dicha sede, de las cuales no existe un consenso mayoritario.

Entender lo que debe significar “promover y defender la libre competencia en los mercados” guiará la labor interpretativa del juez, dotando de mayor certeza al sistema, evitando con ello las arbitrariedades.

Es por ello que pasaremos a revisar las posturas más influyentes acerca de lo que debe entenderse por el bien jurídico protegido, para posteriormente, proponer aquel que nos resulta más acertado.

1.1 Diversas concepciones del bien jurídico tutelado

Atendida la especificidad que presenta el derecho de la competencia, la doctrina ha distinguido dos grandes categorías bajo las cuales se han propuesto variados bienes jurídicos: el enfoque jurídico y el económico.

Analizaremos bajo el enfoque jurídico, la autonomía privada y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Bajo el enfoque económico, analizaremos la eficiencia.

Adelantamos que el bien jurídico, que nos parece, tutela el DL 211 es híbrido, comparte rasgos económicos y jurídicos.

1.1.1 *La autonomía privada*

La autonomía privada es un principio fundamental del derecho privado definido como “el poder de disposición no vinculado al deber jurídico de perseguir una finalidad determinada por otro”.³

La autonomía privada encuentra variadas manifestaciones en nuestro derecho. Así por ejemplo, el principio de libertad contractual del artículo 1545 del Código Civil que dispone que el contrato válidamente celebrado sea ley para los contratantes; y el artículo 12 del Código Civil, que permite la renuncia de los derechos siempre que dicha renuncia esté permitida y mire al sólo interés del renunciante.

En la Constitución Política de La República se consagran derechos que resultan ser extensivos de este principio: la libertad de trabajo, libertad de reunión, libertad de enseñanza, entre otros.

La autonomía privada, supuesto que fuese el bien jurídico protegido por la ley de defensa de la competencia, agruparía los más disímiles derechos, los cuales no

³ FERRI, Luigui. *La autonomía privada*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p. 58.

necesariamente tienen relación con la libre competencia o la libertad de emprender en un mercado.

Debemos descartar la autonomía privada como bien jurídico protegido por el DL 211 en razón de su carácter privado. La libre competencia no busca la protección de cada sujeto o competidor de forma aislada, sino el mayor beneficio social en su conjunto.

En efecto, existen casos en que la autonomía privada puede verse restringida en aras del mayor beneficio colectivo, y ello no significará necesariamente una restricción a la libre competencia.

Podemos ilustrar lo dicho con un caso práctico: un competidor “x” puede resultar ser más exitoso que otro, debido a su propio esfuerzo, técnica o simplemente astucia. El competidor “y” verá mermada de alguna forma su autonomía privada, debiendo modificar su estrategia competitiva, o en un peor escenario, debiendo salir del mercado. Esta limitación a la autonomía privada -supuesto que el competidor no se haya valido de medios ilícitos-, no afecta necesariamente la libre competencia, sino que resulta ser manifestación de la misma.

Finalmente, la autonomía privada dice relación con la fuente de la libertad, es decir, tenemos libertad de acción a causa de la autonomía privada. Sin embargo, la causa de la libertad de competir es indiferente al derecho de la competencia. De esta forma, *“no debe confundirse la génesis de la resolución de competir con la resolución misma de competir”*.⁴

1.1.2 *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica*

El derecho al libre desarrollo de una actividad económica es un principio del Orden Público Económico que se encuentra recogido en el artículo 19 número 21 de la Constitución.

⁴ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p 120.

Dicho artículo dispone que la Constitución asegura a todas las personas “*el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*”.

El derecho a desarrollar cualquier actividad económica se entrelaza con el principio de subsidiariedad, en el entendido que el Estado debe tener como fin principal dirigir a la Nación hacia el mayor desarrollo y beneficio social, antes que el desarrollo de actividades económicas por cuenta propia.

El derecho en comento, agrupa distintos bienes jurídicos protegidos y no sólo la libre competencia: “*la garantía del inciso primero del artículo 19 número 21 no se proyecta exclusivamente en el ámbito de la legislación antimonopólica, sino que rige, estructura y tutela otros importantes ámbitos del derecho, v. gr., bancario, cambiario y societario. Luego, esta garantía trasciende el derecho de la libre competencia y por ello resulta inapropiado identificar aquella garantía constitucional con el objeto propio de esta última legislación*”.⁵

Por otra parte, el derecho en comento resulta ser más amplio que el que protege la libre competencia, toda vez que dice relación con el libre desarrollo de actividades tanto de intercambio como de subsistencia. La libre competencia, en tanto, sólo requiere que la actividad económica sea de intercambio e involucre disputa por la clientela.

1.1.3 *La eficiencia*

Para un sector de la doctrina la libre competencia, entendida como libertad para participar en los mercados, es el medio para la consecución del bienestar general, a través de la maximización de recursos, que no puede ser otra cosa que la producción y asignación eficiente de los mismos.

⁵ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p 122.

La eficiencia ha sido definida de múltiples formas, sin embargo, todas ellas tienen en común la obtención del mayor beneficio social, a partir de la distribución de recursos, escasos dicen los economistas, ahí donde es posible un mejor aprovechamiento.

La eficiencia sería, para esta doctrina, el fin último de la legislación de defensa de la competencia, siendo la libertad de competir tan solo un medio –generalmente, el más idóneo- para tender a ésta.

La relación medio - fin que existiría entre la libre competencia y la eficiencia, tiene sustento en los casos en que no es razonable promover o persistir en la subsistencia de varios competidores, en beneficio del fin último eficiencia.

En palabras de Richard Posner⁶: "dado que la eficiencia es un importante valor social, existe una razón *prima facie* para tener un sistema antimonopolio. Ello implica además limitar ese sistema: en el entendido que la eficiencia es el fin de la regulación antimonopolio, no hay justificación para aplicar dicha regulación a áreas donde la competencia es menos eficiente que el monopolio, porque los costos del precio monopolístico son atenuados por las economías mediante la centralización de la producción en una o en unas pocas compañías⁷". (La traducción es nuestra).

Ello quedaría en evidencia en casos de monopolios naturales o de eficiencia, donde se admite la existencia de un monopolio -siendo indeseable la existencia de competencia- por razones de eficiencia.

⁶ "Since efficiency is an important social value, this conclusion establishes a *prima facie* case for having an antitrust policy. It also implies the limitations of that policy: to the extent that efficiency is the goal of the antitrust enforcement, there is no justification for carrying enforcement into areas where the competition is less efficient than monopoly because the costs of monopoly pricing are outweighed by the economies by centralizing production in one or a very few firms". POSNER, Richard A., Antitrust Law. 2 ed. Chicago, The University Of Chicago Press Chicago And London, 2001. P.2.

Otro caso en que puede ceder la competencia ante la concentración, es al analizar preventivamente una operación de concentración. En dichos casos es importante tener a la vista las eficiencias que eventualmente se puedan obtener a propósito de una operación de concentración.

Analizado el mercado, las participaciones que existen dentro del mismo, las barreras de entrada y un efectivo contrapeso de las eficiencias frente a los riesgos competitivos, el TDLC podría aprobar esa fusión, aceptando una concentración mayor en el mercado de acreditarse las eficiencias.

Para los defensores de la eficiencia como fin último de la legislación antimonopolio, el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica ("**TLC**"), en su artículo 16.1, relativo a las prácticas de negocios anticompetitivas, definiría el bien jurídico en esta sede en este sentido.

El citado artículo dispone que "*Cada Parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas*".

Este Tratado Internacional obliga a ambas partes, y las sujeta a responsabilidades en caso de incumplimiento. Sin embargo, ciertamente nos plantea un problema, desde que el artículo 1 del DL 211 parece disponer algo distinto.

Al respecto, el Mensaje del Ejecutivo respecto del TLC en comento, señala que la disposición "es plenamente compatible con la legislación vigente en Chile en la materia⁸".

⁸ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Acuerdo que Aprueba el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América y sus Anexos, Adoptados en Miami el 6 de junio de 2003, Mensaje N° 168349, Boletín N° 3318-10, Santiago, 8 de agosto de 2003, p. 30.

Pensamos que esta disposición debe ser complementaria al artículo 1 del DL 211, sirviendo de directriz para determinar algunos de los fines de la legislación antimonopólica, como son la eficiencia y la protección a los consumidores.

Debemos descartar sin embargo, la eficiencia y la protección de los consumidores como bienes jurídicos a tutelar por la ley de defensa de la competencia.

La eficiencia, en sus concepciones más antiguas, prescinde de la voluntariedad en la acción (utilitarismo clásico, Pareto y Kaldor-Hicks), lo cual es del todo contradictorio con el término libre competencia.

Por otra parte, la eficiencia debe ceder de cara a la libre competencia en casos de conflicto, toda vez que *“la eficiencia económica no debe ser transformada en un “eficientismo económico”, lo cual acontece cuando ella aquélla es defendida por sí misma, con independencia de la libertad para competir, al margen de todo derecho y con prescindencia de toda consideración moral y jurídica”*.⁹

La protección de los consumidores, en tanto, queda relegada al último eslabón en la cadena de producción. Es evidente que la legislación de libre competencia tiende a la protección de los participantes del mercado en todas las etapas productivas.

En este sentido, la protección tiende a un beneficio social, a la comunidad toda, y no tan solo a un “segmento” de ella. Más aún, está dirigida a proteger a quienes se encuentran “aguas arriba” (productores y distribuidores), sin que se exija necesariamente un beneficio para los consumidores, lo cual por lo demás es objeto de la ley de protección del consumidor.

1.1.4 La libre competencia en los mercados

⁹ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p 170.

La libre competencia es el bien jurídico que tutela el DL 211, tal como lo deja de manifiesto el artículo primero de dicho cuerpo legal.

Precisaremos que es un fin en si mismo, y no sólo un medio para la consecución de otros fines tales como la eficiencia o la protección a los consumidores:

*“Algo análogo es lo que ocurre con la libre competencia, que es un bien en sí y por ello lo tutela el DL 211; si no fuera un bien en sí, lo lógico sería que nuestro derecho antimonopólico tutelase aquello para lo cual sirve la libre competencia y que constituye un bien en sí y no la libre competencia misma. Por lo anterior, la libre competencia es digna de tutela por si misma; de allí que recibe el preciso calificativo de bien jurídico tutelado y, adicionalmente, es medio para la consecución del bien común de la nación”.*¹⁰

Cierta doctrina critica que afirmar que la libre competencia es el bien jurídico a tutelar, lleva a una tautología y no aclara finalmente cual es el contenido de la garantía.

Sin embargo, ello se resuelve al dotar de contenido a la expresión “libre competencia”. La libre competencia es un principio que engloba, por una parte, la libertad de competir de cada uno de los agentes del mercado, y por otra, los límites a dichas libertades individuales, a fin de lograr una libertad de competir global –o libre competencia- que tiende al bien común.

La libertad de competir, considerada respecto de cada agente se traduce en que el oferente de un bien o servicio pueda ingresar al mercado con libertad, mantenerse dentro del mismo, competir por la clientela y poder salir de él sin trabas excesivamente onerosas:

“La libre competencia podría ser definida, con carácter general, como aquel principio por el que una determinada empresa puede emplear aquellos medios que considere adecuados, maximizando sus cualidades, para conquistar una determinada

¹⁰ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p 95.

*clientela en detrimento de otra empresa, y operando en un plano de igualdad; en sentido jurídico, libre competencia significa igualdad jurídica de los competidores (...) La competencia, entendida en esencia como lucha, debe ser libre y leal, debiendo cada empresa tener la oportunidad de competir mediante su propia capacidad, lo que derivará necesariamente en un beneficio para el orden concurrencial en su conjunto debido a la descentralización del poder económico que le resulta inherente”.*¹¹

La libertad de competir debe ser limitada a fin de permitir la realización de la libre competencia como fin general. Los límites a la libertad de competir son la libertad de los demás agentes, el orden público, la moral y la seguridad nacional.

Por otra parte la jurisprudencia ha definido el bien jurídico protegido como “*el interés de la comunidad en que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado”.*¹²

Esta definición tiene la virtud de aclarar que la libre competencia implica asegurar la libertad de todos los agentes económicos, independiente del lugar en que se encuentren en la cadena productiva.

Sin embargo, es imprecisa en su primera parte, cuando señala que es el interés de la comunidad en que se produzcan más y mejores bienes y servicios al precio más conveniente, puesto que pareciera referirse de algún modo a la eficiencia, que, como hemos señalado, no es el fin fundamental ni imprescindible de la legislación.

Por último, la definición no hace mención a la necesaria restricción que debe existir de la libertad para competir de cada uno de los agentes del mercado. En este

¹¹ DE LA VEGA GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid, Editorial Civitas, 2001. p 82

¹² Comisión Resolutiva, Resolución N° 368, considerando 2°.

sentido, dado que tiende al bien común, necesariamente las libertades particulares deben tener límites.

1.2 El Bien Jurídico Protegido es de interés público.

La libre competencia es un bien jurídico de carácter público, toda vez que la potestad sancionatoria -el *ius puniendi estatal*- subyace de modo evidente a toda la regulación.

Se trata de un derecho administrativo, de carácter infraccional, existiendo consenso respecto a la extensión de las garantías propias del derecho penal al mismo de manera matizada, atendida la mayor intensidad en el *quantum* de las penas del Derecho Penal¹³.

En efecto, de acuerdo a la escuela cuantitativa –a la que adherimos- la diferencia entre el derecho administrativo infraccional y el derecho penal es de *quantum* en relación a la magnitud del ilícito y la sanción, por lo que no se trata de una diferencia cualitativa o de naturaleza.

Los beneficiados con la protección de la libre competencia en los mercados, son *“todos los integrantes de la sociedad civil, y particularmente, todos los oferentes y demandantes, cualquiera sea la fase productiva en la cual intervengan, y sin distinción de si se trata de productores, comerciantes, distribuidores o consumidores”*.¹⁴

La defensa y protección de la libre competencia tiene una dimensión pública, *“pues cada vez que se elimina, entorpece o distorsiona, se está atentando contra los fundamentos mismos del orden público económico, y por ende, se causa un perjuicio a la sociedad en su conjunto. La defensa y promoción de la competencia constituyen una función relevante del estado, cuyo ejercicio la ley coloca dentro de la esfera de las*

¹³ Tribunal Constitucional en 1996, Sentencia Rol N° 244, considerando 9.

¹⁴ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p 94.

*atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conforme a sus respectivas facultades”.*¹⁵

Es en virtud de este reconocimiento, que la doctrina ha distinguido, entre los sujetos pasivos de un ilícito monopólico, aquellos inmediatos de la infracción de los mediatos, comprendiendo los segundos la sociedad toda.

La Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**”) es el órgano previsto por el legislador para representar los intereses de la colectividad, a la cual pueden unirse los particulares deduciendo demandas individuales.

Así lo contempla en el artículo 39 del DL 211, al enumerar las facultades de la FNE:

“Letra b. Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad”.

Más aún, el legislador le otorga la calidad de garante respecto de la protección del sistema:

“Letra d. Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley”.

Finalmente, es evidente el interés público de la regulación en las facultades espacialísimas que posee el TDLC, contempladas en el artículo 18 del DL 211, de las cuales destaca para estos efectos, la de dictar instrucciones generales:

¹⁵ FISCALÍA Nacional Económica, La representación del interés general en el sistema de libre competencia, su significado y alcance. {En línea} Santiago. {Consulta 5 diciembre 2008}. http://www.fiscaliaeconomica.cl/descargas/dia_competencia/data/2004/disc_ddlc_2004_pmp.pdfPp. 3

“3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

De esta forma lo que se procura es reglar situaciones que a futuro, puedan considerarse contrarias al sistema, de modo de prevenirlas, generándose a partir de un caso en particular, consecuencias para todos los miembros de la sociedad.

Por otra parte, el artículo 26 de la Ley, en su letra c, prevé la facultad de imponer multas a quienes infrinjan la ley

“c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo”.

La reparación que se busca con la imposición de multa a beneficio fiscal es simbólica, en el entendido que no está dirigida a satisfacer el daño producido a un patrimonio concreto, sino la vulneración a un bien de interés general materializándose de este modo, la reprobabilidad de la infracción.

1.3 Correlato civil a partir de daños ocasionados por la infracción al DL 211

A propósito de la multa que el Tribunal está facultado para imponer a quienes infrinjan la Ley, hemos señalado que el fin de tal sanción es la reparación del interés general, sin que exista necesariamente uno o varios patrimonios que sufran menoscabo a partir de la infracción.

Ello precisamente, porque el bien jurídico que promueve y protege el sistema es de carácter público, no exige que tenga como correlato un daño civil, que deba ser reparado.

*“En efecto, mientras las indemnizaciones son pagadas a título reparatorio a las víctimas, las multas dan cuenta de sumas de dinero entregadas a beneficio fiscal a título sancionatorio”.*¹⁶

Sin embargo, de la infracción a la Ley es posible determinar en ciertos casos, perjudicados directos de la infracción -sean competidores, proveedores, productores, distribuidores, consumidores, entre otros- para los cuales la multa no es suficiente reparación, toda vez que han sufrido un daño de carácter civil, sea o no patrimonial.

Estos casos son aquellos en los que efectivamente se produce el efecto lesivo, lo que descarta su aplicación en los ilícitos de mero peligro.

La infracción debe afectar un patrimonio cierto, de manera directa o incluso, mediante el menoscabo de la reputación comercial de una persona natural o jurídica. Ello presenta la dificultad de determinar a la víctima, que deberá ser una persona cierta y directamente dañada por el ilícito monopólico.

Este daño que venimos describiendo, debe ser de carácter civil, he ahí su peculiaridad. No se trata ya del daño generado a la colectividad mediante la infracción a la ley, y que vulnera o tiende a vulnerar la libre competencia en los mercados.

¹⁶ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p 388.

Dicho daño, siempre podrá ser reparado por procedimiento ordinario ante los tribunales civiles. Sin embargo, el DL 211 prevé expresamente la acción civil, a fin de obtener indemnización por los daños civiles causados por una infracción sancionada en sede libre competencia, posteriormente, por procedimiento sumario ante los tribunales ordinarios de justicia.

El carácter especial de la responsabilidad emanada de ilícitos monopólicos se manifiesta en que *“el derecho al resarcimiento del daño por violación a las normas antitrust se ubica en un contexto bastante particular, pues además de la lesión a un derecho subjetivo individual, la infracción lesiona el interés común de alcanzar la máxima eficiencia en el mercado; por eso, la acción por daños y perjuicios se encuentra inmersa en otro mar de sanciones de naturaleza administrativa, penal, etc.”*¹⁷

Es de notar, los distintos fundamentos de una y otra sede. En este sentido, el reconocimiento expreso de la acción civil tiene por objeto facilitar la tramitación a quien ha obtenido una sentencia favorable del TDLC, a fin de reparar los perjuicios civiles sufridos con ocasión de la infracción al DL 211.

El reconocimiento expreso de la acción civil de indemnización de perjuicios para el perjudicado por un ilícito monopólico, se encuentra establecida en el artículo 30 del DL 211:

“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido

¹⁷ SANTIESVAN DE NORIEGA, Jorge. Responsabilidad extracontractual derivada de conductas anticompetitivas. Tipicidad, Antijuricidad y calificación previa por parte de la administración. {En línea}. {Consulta 8 diciembre 2008} <http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/otono2008/Santistevan.pdf>.

en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil.

El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

Dejaremos para más adelante el análisis de esta disposición, así como la posibilidad de extender los conceptos de acción ilícita, daño y causalidad, desde la sentencia condenatoria del TDLC hasta el procedimiento civil, para analizar de forma previa la estructura del ilícito monopólico.

SECCIÓN SEGUNDA

2. El ilícito o injusto monopólico

Como hemos visto, para que se configure responsabilidad civil es necesario, conforme al artículo 30 del DL 211, que exista una sentencia favorable al demandante en sede libre competencia. Este será el antecedente necesario para demandar en un juicio sumario los perjuicios correspondientes.

Es por ello que resulta del todo necesario analizar el ilícito o injusto monopólico, sus requisitos y características, el cual, por el eminente carácter público que reviste el derecho de la competencia tiene ciertas particularidades que lo distinguen del ilícito civil.

El injusto monopólico se encuentra tipificado en el artículo tercero del DL 211, cuyo tenor literal es el siguiente:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) *Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción,*

asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

El inciso primero del antedicho artículo tercero tipifica lo que se ha denominado “el injusto universal de monopolio” puesto que recoge de manera general todos los actos de peligro y lesión de la libre competencia sancionables por el DL 211.

La universalidad del tipo monopólico viene dada por distintos elementos:

- (i) Por la amplitud de la aplicación de sus presupuestos, tanto a ilícitos de fuente como de abuso; y
- (ii) Funciona como una guía para la gestión no contenciosa –o mejor, voluntaria- que se puede presentar ante el TDLC a propósito de una operación usualmente de fusión o adquisición que se proponga a llevar a cabo un particular.

Los siguientes incisos del artículo tercero tipifican conductas a modo de ejemplo, sin ser en ningún caso enumeración taxativa de las conductas que pueden ser sancionadas en sede libre competencia.

El ilícito de monopolio es a grandes rasgos, una acción u omisión, dolosa o culpable, antijurídica e imputable, que produce un resultado consistente en conculcar o poner en peligro la libre competencia.

En lo sucesivo analizaremos los elementos que estructuran el ilícito universal de monopolio, y de forma preliminar, la evolución que ha sufrido y las garantías que le son aplicables.

2.1 La evolución del ilícito de monopolio.

El artículo primero de la ley de defensa de la competencia, antes de la reforma introducida por la Ley 19.911, era del siguiente tenor:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado”.

Teniendo en cuenta el actual tipo infraccional del DL 211, es posible notar importantes diferencias entre uno y otro, que es conveniente tener a la vista:

- 1) El antiguo tipo sancionaba cualquier hecho, acto o convención que *“tienda a impedir la libre competencia”*.

El tipo actual es más amplio, puesto que sanciona los actos que impidan, restrinjan o pongan en peligro la libre competencia, incluyendo situaciones en que no hay un resultado lesivo efectivo, sino que basta con que revista los caracteres de gravedad para que eventualmente pueda afectarla

- 2) El tipo antiguo hace alusión a una distinción geográfica, en relación a los delitos que puedan producirse tanto en relación a actividades económicas internas como las de comercio exterior.

La distinción entre las actividades económicas internas y las de comercio exterior no tiene mayores consecuencias prácticas, toda vez que el TDLC tiene competencia para conocer de la infracción a la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tengan o no consecuencias en operaciones de comercio exterior, por lo que la eliminación de la distinción no tiene mayor relevancia.

3) El antiguo tipo se refiere expresamente a un “delito”.

Con anterioridad a la dictación de la ley 19.911, el DL 211 contemplaba penas aflictivas en ciertos casos, cabiendo hablar propiamente de delito. En el actual texto, se ha eliminado toda referencia a tal pena.

4) El antiguo tipo califica la gravedad del ilícito.

La pena se entenderá aumentada en un grado, de acuerdo al antiguo texto del tipo monopólico, en caso de desplegarse el ilícito en mercados que digan relación con servicios básicos.

Hoy en día el tipo universal monopólico no hace referencia alguna a este elemento de carácter material, lo cual implica un retroceso en la comprensión y efectos del ilícito monopólico.

2.2 Garantías aplicables al ilícito monopólico.

Existen dos grandes escuelas doctrinarias que discrepan en cuanto a la necesidad de aplicar las garantías del proceso penal al proceso administrativo sancionatorio, y que exponemos a continuación:

(i) *Escuela cualitativa*

Plantea que existe una diferencia ontológica entre el ilícito administrativo y el penal, lo cual tiene fundamento en los distintos bienes jurídicos que cada cual protege.

Los distintos bienes jurídicos que protege el derecho penal son de mayor valor e importancia para la sociedad, por tanto, la distinta naturaleza entre uno y otro ilícito hacen aconsejable no extender las garantías propias del proceso penal al administrativo sancionatorio.

(ii) *Escuela cuantitativa*

Para esta escuela, existe una diferencia entre el disvalor social atribuible al ilícito en uno u otro caso, lo cual se refleja en la intensidad de la pena.

Sin embargo ello no obsta a la aplicación de garantías fundamentales en el proceso, por cuanto la diferencia entre uno y otro es meramente de *quantum* referente a la pena y a la gravedad del ilícito.

El derecho de la libre competencia pertenece al derecho administrativo sancionatorio, y en consecuencia, debe hacerse partícipe de los principios que rigen el procedimiento penal, como son el principio de legalidad (que contiene los principios de tipicidad y de irretroactividad de la ley), el principio de inocencia, el debido proceso, y el principio *non bis in idem*.

El Tribunal Constitucional comparte esta afirmación¹⁸, señalando que dichas garantías deben aplicarse tanto a los procedimientos penales como a los administrativos sancionatorios porque ambos son manifestación del *ius puniendi* estatal.

La aplicación de dichas garantías debe hacerse de forma matizada, entendiendo que el disvalor social asociado a la conducta en uno y otro ilícito refleja distinta gravedad.

Se ha planteado que la amplitud del tipo universal monopólico y la mera ejemplaridad de los siguientes incisos del artículo tercero, constituyen una trasgresión al principio de legalidad previsto en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución. Ello haría procedente la interposición de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

¹⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 244, considerando 9, del 26 de agosto de 1996: “*Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al Derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestación del ius puniendi propio del Estado*”.

2.3 La estructura del ilícito monopólico universal.

Analizaremos la estructura del ilícito monopólico universal tipificado en el artículo tercero del DL 211 en sus distintos niveles: tipicidad, antijuricidad e imputabilidad.

2.3.1. *La tipicidad.*

La tipicidad es a grandes rasgos, la descripción de la conducta proscrita, y persigue en definitiva, dotar de certeza al ordenamiento. Es a su vez una garantía para los ciudadanos, quienes tendrán previo conocimiento de lo que la ley prohíbe.

El tipo universal monopólico se estructura sobre dos bases, la faz objetiva y la faz subjetiva, que analizaremos en lo sucesivo.

A. La faz objetiva del ilícito monopólico

A.1 El sujeto activo

El sujeto activo en el tipo universal monopólico es general, puesto que la norma no distingue ni hace exigencias a este respecto, limitándose a señalar que *“el que ejecute...”* podrá ser sancionado con las medidas que la misma ley dispone.

La conducta típica puede ser desplegada por cualquier persona, sea esta natural o jurídica, de derecho privado o público, *“sea que obre personalmente, a través de órganos, mandatarios o agentes oficiosos, y sea que se trate de un simple particular, de una persona pública no comportándose como autoridad sino como competidor, de una autoridad privada o de una autoridad pública en ejercicio de potestades normativas infralegales”*¹⁹.

¹⁹ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p 251.

Ha generado controversia la aplicación del tipo monopólico a las personas jurídicas, planteando cierta parte de la doctrina –aunque minoritaria- que no les sería extensible, puesto que son sus representantes quienes deben responder por ella.

La duda se despeja si consideramos que el tipo monopólico se ha despenalizado, y por tanto, al no incluir penas corporales a cuyo respecto las personas jurídicas no pueden responder, es del todo razonable que si puedan responder de forma directa y en todos los casos.

Del tenor del artículo 26 letra c) que contempla la facultad del TDLC de imponer multas a quienes infrinjan las disposiciones de la ley, se desprende que pueden responder directamente tanto las personas jurídicas como quienes las representan:

“Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores, y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo”.

A.2 El sujeto pasivo.

Mucho hemos hablado acerca del carácter público que tiene la libre competencia, el cual cobra especial relevancia al analizar el sujeto pasivo del ilícito monopólico.

El sujeto pasivo o el afectado por el injusto monopólico, se encuentra en una particular situación, puesto que la conculcación a la libre competencia puede producirse respecto de un particular v. gr. un competidor, y luego tener repercusiones en otro grupo de personas, como podrían ser los consumidores o la sociedad toda.

Podemos ilustrar de mejor modo lo dicho mediante un ejemplo:

La empresa productora de cartuchos de tinta para computadores “X” acaba de instalarse en el país, en el marco de una operación de internacionalización de la misma.

“X” tiene importante presencia en el mercado mundial, y sus ingresos estimados superan los de cualquier marca nacional.

A fin de alcanzar una posición dominante en el mercado nacional, “X” ingresa con una agresiva estrategia optando por vender los cartuchos bajo el costo promedio de producción, aprovechando los ingresos que le reportan los mercados de otros países para paliar de algún modo las pérdidas, e implementando una fuerte estrategia publicitaria en desmedro de sus competidores.

Al corto plazo, “X” logra hacerse de una buena parte del mercado, y los consumidores rápidamente le dan su preferencia por sus bajos precios.

Hasta este momento, podemos decir que los únicos perjudicados con la entrada de “X” al mercado son sus competidores, los cuales se ven obligados a bajar sus propios precios a fin de poder hacer frente a la estrategia de precios implantada por “X”.

Con el tiempo, “X” logra llevar a la quiebra a sus competidores, los cuales finalmente deben salir del mercado. Ya constituido como monopolio, “X” comienza a subir sus precios, a sabiendas que es el único oferente, y buscando obtener un retorno de lo perdido en los últimos meses.

Finalmente, los consumidores se ven perjudicados por el actuar de “X”: al no haber competencia deben acatar los precios impuestos por la empresa, produciéndose en definitiva un daño a toda la colectividad.

Como se podrá apreciar del ejemplo constitutivo de un típico caso de precios predatorios, la conculcación a la libre competencia puede tener como sujeto pasivo distintos actores del mercado.

La siguiente definición jurisprudencial de sujeto pasivo da cuenta de lo anterior:

“El sujeto pasivo no es sino todas las personas que participan actual o potencialmente en las fases productivas estrechamente conectadas al mercado relevante respectivo, en el cual tuvo lugar la conducta típica concreta²⁰”.

La potencialidad es un elemento a considerar, puesto que los efectos reflejos pueden verificarse al mediano o largo plazo en otros agentes del mercado.

Seguiremos a este efecto la clasificación doctrinal del profesor Domingo Valdés Prieto, que distingue entre sujetos pasivos inmediatos y sujetos pasivos mediatos:

Los sujetos pasivos inmediatos, son aquellos a quienes va dirigida una práctica monopólica concreta. Por su parte, los ofendidos mediatos son los integrantes de la sociedad civil o política en cuyos mercados tiene lugar la perpetración de un ilícito monopólico.

La conculcación a la libre competencia, y la afectación a los intereses de los ofendidos mediatos tienen como efecto, por lo general, una afectación al precio justo o de mercado, y una ineficiente asignación de recursos.

Dado el interés general en la protección a la libre competencia en los mercados, parece criticable la reforma introducida por la ley 19.911 que introdujo el llamado a conciliación en cualquier momento del proceso.

En efecto, un acuerdo conciliatorio será aprobado por el Tribunal en tanto no pugne con las exigencias de la libre competencia, sin embargo, siempre va a existir un

²⁰ Resolución N 171, considerando 15, Comisión Resolutiva.

interés general y otros posibles afectados que se puedan ver perjudicados por el cierre del proceso mediante la conciliación.

Esta norma sería contradictoria con el artículo 12 del Código Civil, el cual establece que los derechos pueden renunciarse siempre que miren al interés individual de las partes y su renuncia no esté prohibida, y refleja una clara diferencia con el procedimiento civil, específicamente, con la acción civil de perjuicios derivada de ilícitos monopólicos, en que el llamado a conciliación es obligatorio, y tiene por finalidad terminar un procedimiento que afecta intereses particulares.

Asimismo, la acción civil de perjuicios que contempla el artículo 30 del DL 211, sólo podría ser ejercida por los ofendidos inmediatos del ilícito monopólico, pues son quienes tienen el interés directo, actual y pecuniario necesario como para obtener una reparación, la cual se traduce en una indemnización de perjuicios, como tendremos oportunidad de ver.

A.3 La acción.

La acción (u omisión) relevante para configurar el ilícito monopólico es aquella conducta humana, guiada por su voluntad e intelecto que produce consecuencias relevantes para el derecho.

El tipo del artículo tercero dispone que “el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención...”, quedando la acción definida por estos tres últimos conceptos.

El acto se refiere a los hechos jurídicos unilaterales que requieren para perfeccionarse de la voluntad de una sola persona. Cuando hablamos de hechos jurídicos, nos estamos refiriendo a aquellos que son relevantes para el derecho en tanto producen consecuencias jurídicas que dicen relación con la creación, modificación o extinción de un derecho o una obligación.

Las convenciones son actos jurídicos bilaterales, es decir, acuerdos de voluntad dirigidos a producir consecuencias jurídicas.

Los hechos resultan ser una categoría general y residual, y pueden ser definidos como *“toda acción u omisión exteriorizada y gobernada por deliberación humana que no sea calificable de convención o acto jurídico unilateral y que produzca efectos jurídicos”*²¹.

Una omisión también puede merecer reproche desde el enfoque de la libre competencia, cuando existe un deber de garante del bien jurídico protegido, impuesto por norma legal expresa, cuya omisión acarreará o podría acarrear una conculcación a la libre competencia.

A.4 Resultado

Dice el tipo monopólico del artículo tercero:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos (...)”.

Son tres los efectos que el legislador prevé como resultado de una acción u omisión típica, y abarcan como hemos señalado, tanto la conculcación efectiva de la libre competencia, como la puesta en peligro de la misma, lo cual refleja la importancia que para el legislador tiene el bien jurídico protegido.

Importante es mencionar que la puesta en peligro significa un riesgo de afectar la libre competencia, riesgo que debe revestir la gravedad, inminencia y proximidad suficientes como para ser reprochable.

²¹ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p 264.

A. 5 El nexa causal.

El nexa causal implica la relación necesaria y razonable entre la acción típica y el resultado típico.

Opera como una garantía de certeza y previsibilidad, toda vez que podrán imputarse a un resultado típico las acciones que sean causa de estos resultados y que además normativamente puedan atribuirse a dicha acción.

Muestra de este razonamiento es que para que la puesta en peligro de la libre competencia pueda ser atribuida a una acción típica, el actor que ejecuta la acción debe estar dotado de poder de mercado suficiente como para obtener una renta monopólica o incrementar a futuro el poder de mercado que detenta. Sólo así el resultado consistente en poner en peligro la libre competencia podría ser normativamente atribuible a la acción típica.

B. La faz subjetiva del ilícito monopólico

La faz subjetiva del ilícito monopólico dice relación con la voluntad y capacidad del sujeto en la ejecución de la acción típica.

Ello es consecuencia del principio *nulla poena sine culpa*, la cual debe ser aplicada al derecho administrativo sancionatorio, como tuvimos oportunidad de ver.

La norma debe dirigirse a quien tiene la capacidad de responder y adecuarse al contenido de la norma. Luego, la voluntad delibera y escoge un contenido para darle ejecución, presumiéndose el dominio en el curso causal de los actos.

Esta exigencia es concordante con la responsabilidad civil por perjuicios emanados de ilícitos monopólicos, toda vez que la regla general -salvo norma en contrario- es que la responsabilidad extracontractual tenga el carácter de subjetiva y exija culpabilidad.

Como veremos más adelante, el artículo 30 del DL 211 dispone que el tribunal civil *“debe fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecida en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”*, no pudiendo el actor civil demandar por hechos diferentes.

Esta norma permite al juez civil prescindir del análisis de la faz subjetiva ya establecida en el juicio ante el TDLC, teniendo por acreditada la culpabilidad o dolo, según sea el caso, para efectos de analizar la procedencia de los perjuicios civiles.

Ello es del todo concordante con la naturaleza sumaria del juicio civil, y con la regla general en materia extracontractual que veníamos analizando.

Por tanto, *“atendido que el tribunal civil sólo puede fundar un delito o cuasidelito civil allí donde existe una conducta perpetrada con dolo o culpa, resulta necesario*

*colegir que toda conducta monopólica ha de estar estructurada sobre responsabilidad subjetiva”.*²²

La exigencia de la concurrencia de la faz subjetiva en la infracción a la libre competencia no sólo resulta acertada, sino también necesaria:

*“Para este tipo de actividades la adopción de un sistema de responsabilidad subjetiva resulta perfectamente adecuado porque 1) en el marco de las conductas prohibidas por el derecho antitrust, el riesgo de daños inculpables es totalmente residual, y 2) la atribución de este riesgo al que objetivamente realiza la conducta no comporta, a nuestro juicio, ningún beneficio ni desde el punto de vista del nivel de riesgos, ni desde la perspectiva de la administración del mismo. Por otra parte, el propio Derecho de la defensa de la competencia está dirigido a prevenir la realización de conductas y, en este sentido, el régimen de responsabilidad subjetiva, al introducir entre sus elementos el enjuiciamiento de la conducta del agente, se manifiesta como el más ajustado a su estructura”*²³.

²² VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p 309.

²³ PEÑA LÓPEZ Fernando. Op. Cit., pp. 241 y 242

2.3.2 Antijuricidad en el ilícito monopólico.

Para que una conducta sea reprochable desde la óptica de la libre competencia, es necesario que sea contraria a todo el ordenamiento jurídico y no esté amparada por una causal de justificación.

Si bien la tipicidad es un indicador de antijuricidad, en el sentido que, la regla general es que las acciones (u omisiones) típicas sean antijurídicas, existen excepciones en nuestro ordenamiento, tales como el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber.

Cabe mencionar que la causal de justificación del consentimiento del interesado o víctima no es extensible a la sede libre competencia, toda vez que se trata de un bien jurídico de carácter público y no disponible para los particulares.

En caso de concurrir el consentimiento del afectado en la perpetración del hecho, la FNE tendrá la facultad de perseguir el injusto, por ejemplo, mediante la vía de interponer un requerimiento, todo en virtud del interés general que ella representa en la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia.

2.3.3 Culpabilidad en el ilícito monopólico.

La culpabilidad se traduce en que la conducta del sujeto activo debe responder a su libertad volitiva e intencionalidad.

Por tanto, aún cuando la conducta desplegada por el actor pueda ser típica y antijurídica, no resulta reprochable por no serle exigible una conducta distinta dadas las circunstancias, por lo general demencia o minoría de edad.

SECCIÓN TERCERA

3. La acción civil

Con anterioridad al DL 211, para poder accionar a fin de obtener reparación de perjuicios causados por la conculcación a la libre competencia, debía iniciarse una acción por responsabilidad extracontractual ante los tribunales ordinarios de justicia la cual era de lato conocimiento.

La demanda civil debía además estar precedida por una acción ante las extintas comisiones resolutive o preventiva.

Una primera aproximación a la idea de contemplar una acción civil en la Ley de Defensa de la Libre Competencia fue durante la discusión a propósito del Proyecto de Ley que crea el TDLC, mediante la indicación propuesta por la comisión de Constitución y Economía, en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

Dicha indicación incorporó un nuevo artículo, hoy artículo 30, que se mantuvo sin cambios durante su tramitación y hasta la promulgación definitiva de la ley.

El fundamento que se tuvo a la vista para la incorporación de este nuevo artículo que contemplara directamente una acción civil, fue la mayor celeridad que permitiría para quienes busquen una compensación por los perjuicios sufridos en virtud de un ilícito monopólico.

Con miras a este fin, Jorge Streeter señaló que el TDLC incluso debía estar dotado de las facultades para establecer la comisión del ilícito civil e incluso, la procedencia de la correspondiente indemnización, sin nueva discusión, *“restando sólo al tribunal*

*ordinario, en lo posible mediante un procedimiento abreviado, determinar la identidad de los perjudicados y el monto de los perjuicios*²⁴.

A su parecer, el monopolio constituía antes que nada un ilícito civil por cuanto conlleva una conducta culpable o dolosa que causa daño a otro, lo que debe indemnizarse.

No concordamos con esta afirmación, puesto que el ilícito monopólico lo que infringe es el orden público económico, y no siempre conlleva daño civil a un privado determinado. El daño civil es de distinto carácter, y debe perseguirse su reparación en una instancia distinta, como veremos más adelante.

Sin embargo, y a pesar de ser distintos la conculcación a la libre competencia y los daños civiles, en una y otra sede siempre deben tenerse a la vista los principios que rigen el sistema de libre competencia, pertenecientes al orden público económico.

En este sentido, dichos principios, tales como la libertad de empresa y la subsidiariedad, se transforman en derechos subjetivos que deben ser sopesados, y actúan como límite de la acción civil. *“Así, no podrá nacer la obligación de reparación como consecuencia de daños derivados de un acto de concurrencia plenamente amparado por los principios de libertad de empresa y de libre competencia, como por ejemplo, los daños causados por una bajada de precios que se ha realizado por virtud de la buena gestión de una empresa”*.²⁵

“Incorporar un sistema general como el de la responsabilidad civil a un determinado ámbito socioeconómico y jurídico implica una necesaria adecuación jurídica. En este sentido, la concurrencia de los elementos esenciales de toda acción de responsabilidad civil en un contexto de lucha concurrencial deriva en que los principios ordenadores de

²⁴ Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Mensaje N° 132-346, Boletín N° 2944-03. Santiago, 17 de mayo de 2002.

²⁵ DE LA VEGA GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid, Editorial Civitas, 2001. p 74.

*éste exijan una adecuación que permita una integración eficaz y adecuada del sistema de la responsabilidad civil (integración de su contenido esencial). Sólo así podría ser alcanzado un equilibrio entre los criterios que informan las conductas realizadas en un determinado ámbito jurídico y el derecho a obtener una reparación del daño causado en aquel contexto”.*²⁶

De lo dispuesto en el artículo 30 en comento, surgen dudas a partir de lo que debe entenderse por “*conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos*” en los que deberá fundar su sentencia el tribunal civil, determinados por el TDLC, y que analizaremos en el próximo apartado.

²⁶ Ibid. P. 85

3.1 Conductas, hechos y calificación jurídica

El artículo 30, explicita la posibilidad de demandar responsabilidad civil por los perjuicios causados a partir de un ilícito monopólico.

Dispone que el tribunal civil debe tener en cuenta, a fin de determinar la procedencia de la indemnización, las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, determinados en la sentencia condenatoria del TDLC, cual es el antecedente que funda la pretensión civil.

Resulta de la mayor importancia determinar los conceptos de conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, toda vez que serán ellos presupuestos de la acción a ejercer en sede civil.

3.1.1 *Los hechos*

Los hechos, son cualquier acontecimiento, los cuales pueden ser del hombre o la naturaleza, y por otra parte, pueden ser jurídicos o no jurídicos.

Los hechos relevantes son los jurídicos, esto es, aquellos relevantes para el derecho en cuanto modifican la realidad jurídica, creando, extinguiendo o modificando derechos o relaciones jurídicas.

Los hechos jurídicos que darán lugar a una acción civil deben ser por otra parte ilícitos, deben dar lugar a una sanción del ordenamiento jurídico, que se traducirá en una indemnización de perjuicios.

Finalmente, dichos hechos para ser sancionados deben ser voluntarios y obedecer a la acción libre y conciente de quien los ejecuta, sea que haya actuado con dolo o culpa, lo que corresponderá, tal como tuvimos oportunidad de ver, a la faz subjetiva del ilícito monopólico.

3.1.2 La conducta

La conducta, corresponderá a aquellas acciones u omisiones, culpables o dolosas, que el demandante impute como contrarias a la competencia; y que posteriormente, el TDLC califique como antijurídicas de acuerdo al DL 211.

Serán calificadas antijurídicas aquellas conductas que, de acuerdo al artículo tercero del DL 211 *“impiden, restringen, o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos”*.

La determinación del carácter doloso o culpable de la conducta por el TDLC, permitirá tener por acreditada la misma en sede civil, puesto que, el ilícito civil también requiere la concurrencia de dolo o culpa.

Es de toda lógica que el legislador, a fin de evitar dilaciones innecesarias, previera la posibilidad de dar por acreditado en el procedimiento civil la concurrencia de culpa o dolo, puesto que la acreditación de la ilicitud de la conducta debió haberse producido ante el TDLC, siendo la misma conducta la que en definitiva produjo el daño civil.

En este sentido, la conducta imputada podrá ser por ejemplo, un acuerdo colusivo, en tanto los hechos que la fundan serán los antecedentes que el actor deberá acreditar a fin de obtener una sentencia favorable.

3.1.3 La calificación jurídica

El proceso de calificación jurídica es una cuestión de derecho, y dice relación *“con la manera en que ha de clasificarse y determinarse lo sucedido, atendiendo a los distintos criterios contenidos en el ordenamiento jurídico”*.²⁷

²⁷ CARDENAS, Hugo A. La relación de causalidad: ¿quaestio facti o quaestio iuris?: Comentario a sentencia de Corte Suprema, 26 de enero de 2004. *Rev. chil. derecho*, abr. 2006, vol.33, no.1, p.167-176. ISSN 0718-3437.

*“La calificación en un sentido técnico, es la determinación de la conexión legal existente entre un hecho delictivo y las disposiciones de la ley que le son aplicables: calificar, es decir, qué delito constituye el hecho incriminado y en qué texto está previsto y penado”.*²⁸

El legislador se refiere con este concepto, y para lo que importa de cara a la acción civil, a la calificación de típica, antijurídica y culpable de la conducta, en cuanto infringe el ordenamiento, y su calificación de ilícito monopólico o civil.

Nos parece que extrapolar las calificaciones jurídicas del TDLC a la sede civil, significaría una inconsistencia para el sistema. Las calificaciones jurídicas del TDLC obedecen a principios del Orden Público y son por tanto, irrenunciables.

A mayor abundamiento, las consideraciones que tendrá a la vista el Tribunal para resolver son de orden técnico- económico, no pudiendo aplicarse en definitiva los mismos principios en sede civil.

Resultaría deseable una modificación del artículo 30 del DL 211 en este sentido, eliminando el vocablo “calificaciones jurídicas” como uno de los elementos que se deben dar por establecidos por el TDLC para ser aplicado posteriormente por el Tribunal en lo civil.

²⁸ HARRISON DE LA BARRA, Francisco Javier, Diccionario de instituciones de derecho procesal penal, tomo I, p. 85, citando a Garraund, Ediciones Encina Limitada, Santiago de Chile, 1972.

3.2 La Acción civil. Requisitos

Podemos caracterizar la acción civil emanada de ilícitos monopólicos de la siguiente forma: (i) es una acción de responsabilidad extracontractual distinta a la acción de responsabilidad aquiliana contemplada en el Código Civil y; (ii) exige como hemos visto, una calificación previa de la conducta antijurídica por parte del TDLC que es lo que desencadena la acción indemnizatoria.

La responsabilidad civil derivada de ilícitos monopólicos se estructura sobre una acción (u omisión), culpable o dolosa, que causa daño a un patrimonio determinado. A diferencia del ilícito monopólico, el ilícito civil derivado de un delito monopólico no se encuentra tipificado, es decir, la conducta prohibida no se encuentra definida por la ley.

La razón para que la tipicidad no sea una exigencia o un elemento del ilícito civil es que se ha considerado que la sanción de este ilícito tiene como fin proteger bienes jurídicos de menor entidad que los ilícitos penales o administrativos, puesto que tienen una menor importancia para la efectiva realización del bien común de determinada sociedad.

Es por ello que al analizar la estructura del ilícito civil no haremos mención a la tipicidad puesto que no corresponde a uno de sus elementos.

La acción civil a la que nos referimos, se encuentra prevista por una ley especial, por lo que requiere de una calificación previa en base a consideraciones técnicas económicas, que debe ser realizada por un órgano –TDLC- experto en la materia.

Así, “la obligación de reparar (contenido propio o esencial de la responsabilidad civil) va a derivar de un tipo de conductas que se producen en un ámbito concreto (ámbito de mercado y más concretamente, ámbito concurrencial), y en las que participan determinados sujetos (fundamentalmente empresas, entendidas en sentido amplio). Estas conductas (actos de concurrencia) se caracterizan, entre otros aspectos,

*por la irrelevancia jurídica de algunos de los daños que ocasionan y por estar informadas y reguladas por principios y normas cuyo contenido incide directamente en el régimen jurídico de la reparación de los daños causados”.*²⁹

La cita transcrita da cuenta de la obligación de reparar en el sistema español por infracciones cometidas *“fundamentalmente (por) empresas, entendidas en sentido amplio”*. Sin embargo, como hemos dicho al tratar el sujeto activo del ilícito monopólico, la obligación de reparar por la infracción a las normas de libre competencia en nuestro sistema es más amplia, puesto que puede afectar a autoridades públicas en ejercicio de potestades infralegales, autoridades privadas, personas jurídicas (entre ellas empresas) y personas naturales.

En cuanto a sus diferencias con la responsabilidad extracontractual común, si bien la responsabilidad civil derivada de ilícitos monopólicos exige la concurrencia de los mismos requisitos, ellos se configuran de distinta forma, puesto que, como hemos visto, es posible dar por acreditada la culpa o el dolo, de manera previa, en la sentencia del TDLC.

Por otra parte, la acción civil emanada de ilícitos monopólicos, a diferencia de la responsabilidad extracontractual “común”, exige una declaración previa del TDLC, la cual fijará algunos elementos que deberán ser tenidos a la vista por el juez civil.

3.2.1 Acción u omisión.

Como hemos señalado, a fin de demandar civilmente, es requisito indispensable la existencia previa de un ilícito monopólico, declarado por el TDLC. Es ello lo que constituye la acción u omisión antijurídica, base para la determinación de la responsabilidad civil.

²⁹ DE LA VEGA GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid, Editorial Civitas, 2001. p 39.

La acción –en su dimensión propiamente tal o activa, y negativa, u omisión- se compone de dos elementos, uno externo y otro interno.

El elemento externo corresponde a la acción o conducta del sujeto, la cual se manifiesta de forma material.

El elemento interno corresponde a la voluntariedad de la acción, es decir, el acto debe ocurrir dentro de la esfera de control del sujeto, como persona libre y jurídicamente capaz.

La voluntariedad, o imputabilidad de la acción, requiere de la concurrencia de dos elementos: capacidad y libertad del sujeto. Sólo puede ser jurídicamente reprochable, aquella conducta realizada por una persona capaz y libre:

“La imputabilidad subjetiva del hecho supone que el autor tenga algún grado mínimo de aptitud de deliberación para discernir lo que es correcto y lo que es riesgoso. Por eso, la capacidad constituye la más básica condición subjetiva de imputabilidad en la responsabilidad civil”.³⁰

La acción para ser imputable, también debe ser libre: *“el requisito de libertad alude a los rasgos más elementales de la acción, pues basta que el sujeto haya tenido control sobre su conducta para que ésta pueda serle atribuida. Esta voluntariedad elemental, que se expresa en el mero control de la acción, tiende a agotar el elemento subjetivo de la responsabilidad civil. No es siquiera necesario que el sujeto conozca los efectos de su conducta, pues basta que controle la decisión”.³¹*

³⁰ BARROS BOURIE Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. P. 64.

³¹ Op cit. P. 71.

3.2.2 Culpa o dolo.

El TDLC exige, para la determinación de una conducta como contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, la intencionalidad del autor, que puede ser consciente (dolo) o simplemente descuido o falta de diligencia (culpa).

Es esta conducta, calificada como dolosa o culpable, la que el juez civil deberá tener presente al momento de dictar sentencia, evitando la duplicidad de prueba a este respecto.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia comparada. Resulta esclarecedor a este efecto lo dispuesto por la sentencia de primera instancia de un tribunal civil de Madrid, que en cuanto a la conducta ilícita y culposa, asume la declaración de anticompetitividad ya realizada por las autoridades judiciales y administrativas:

“Sin entrar a analizar los motivos que llevaron al Tribunal de Defensa de la Competencia, a la Audiencia Nacional, y al Tribunal Supremo a declarar que las actuaciones denunciadas eran contrarias a la libre competencia (...) Llevaría a estimar la existencia de la acción culposa determinante de la responsabilidad³²”.

La culpa en el ámbito de la reparación por ilícitos monopólicos, obedece a un parámetro objetivo y abstracto –análogo al “buen padre de familia” del Código Civil- el cual pueda ser comparado con la conducta efectivamente desplegada por el competidor, a fin de que el juez pueda determinar si se actuó o no conforme a dicho estándar.

El parámetro es abstracto, pues se aplica a la generalidad de los casos; y es subjetivo, porque no atiende al sujeto concreto que realiza la acción.

³² Sentencia de Juzgado Civil de Primera Instancia de Madrid, “Antena 3 Televisión/Liga Nacional de Fútbol Profesional”. 7 de Junio de 2005.

Debe ser construido a partir de las garantías especiales asociadas al derecho de la libre competencia que se encuentran en nuestra constitución, pertenecientes al orden público económico, v gr., subsidiariedad, libre desarrollo de actividad económica.

Dicho estándar de diligencia, se asocia a lo que en la doctrina española se ha denominado “buena fe concurrencial”, denominación que resulta bastante clarificadora. La conducta en su faz subjetiva, debe ser reprochable por el ordenamiento cuando es desplegada con inobservancia a la buena fe como patrón objetivo y abstracto:

“Existe mala fe concurrencial (antijuricidad como aspecto objetivo del modelo de conducta ilícita relevante a efectos de la responsabilidad civil) cuando se realizan conductas que reducen la eficacia objetiva de los elementos competitivos de un operador económico organizado, es decir, cuando se lesionan aquellos aspectos concurrenciales que derivan directa o indirectamente de la eficacia empresarial..”³³

El estándar de diligencia esperable en un ámbito de competencia resulta ser un tanto más laxo que en el ámbito de la responsabilidad común.

En efecto, no cualquier conducta desplegada por un competidor que tenga por efecto eliminar a un competidor del mercado debe ser considerada culpable y por tanto indemnizable en sede civil.

El resultado de excluir a un competidor del mercado puede deberse a medios lícitos empleados por el competidor, por ejemplo, una mayor eficiencia, mayor inversión en tecnología o simplemente, astucia.

Al respecto, resulta ilustradora la clasificación del dolo en dolo bueno y dolo malo. El dolo bueno se presenta comúnmente en el comercio y consiste en “*el comportamiento lícito, realizado con astucia, malicia, halagos, jactancias, propaganda,*

³³ DE LA VEGA GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid, Editorial Civitas, 2001. p 232.

incitaciones o insistencias que se consideran permitidas en la vida de los negocios o en general, en las relaciones sociales y jurídicas; para el mismo, cualquier sujeto del mundo del derecho está preparado y habituado”³⁴.

3.2.3 Daño

El daño es el requisito indispensable para que proceda la indemnización de perjuicios.

Los perjuicios revisten una particularidad en la determinación de responsabilidad civil, puesto que no pueden desprenderse ni darse por sentado a partir de la sentencia condenatoria dictada por el TDLC.

En efecto, debemos tener en cuenta que el DL 211 contempla ilícitos tanto de lesión como de peligro. En virtud de la importancia del bien jurídico protegido, y del interés general que lo fundamenta, es que en ciertos casos no será posible verificar uno o varios perjudicados determinables a partir de la comisión de un ilícito monopólico.

Cuando el ilícito monopólico es meramente de peligro, efectivamente se produce daño a la sociedad toda, en cuanto se vulnera la libre competencia como bien jurídico objeto de protección.

Sin embargo, para demandar responsabilidad civil, es principio básico la existencia de un daño cierto, esto es, real, determinado o determinable, que afecte un patrimonio concreto:

“En toda empresa el daño derivado de actos de concurrencia se presenta necesariamente como daño económico. Su origen puede residir, en principio, en la obstaculización, o en su caso, en el ataque al honor o prestigio mercantil (entendidos en sentido amplio), pero el resultado dañoso se concreta en un descenso del volumen

³⁴ CARIOTA FERRARA, Luigi *“El negocio Jurídico”*. Madrid, Editorial Aguilar, 1956. p 459

*de ventas y, por tanto, de cuota de mercado. Éstos son consecuencia directa del descenso de clientela, que se debe, a su vez y fundamentalmente, a los citados daños obstaculizador y moral”.*³⁵

Por otra parte, la reparación de los daños producidos por ilícitos monopólicos, presenta una particularidad respecto de la responsabilidad común: los daños en este ámbito serán por lo general lícitos, siendo la excepción aquellos que revistan el carácter de ilícitos.

En efecto, sólo aquellos que provengan de una conducta antijurídica bajo el parámetro de culpa objetiva, como mencionábamos, podrán ser catalogados como ilícitos.

*Así, “por virtud del principio de libre competencia, una empresa puede, con carácter general, dañar a un competidor hasta la ruina sin tener, en principio, que indemnizarle. Este tipo de daño aparece, por tanto, como elemento de presencia generalizada y admitida en un ámbito de mercado”.*³⁶

El daño que se deba acreditar, no puede ser reparado por la sanción de multa determinada en la sentencia, o por las otras medidas que puede adoptar el TDLC, en virtud del artículo 26. El daño es de carácter privado, y en ese entendido, debe ser reparado mediante indemnización de perjuicios.

El actor en el procedimiento civil deberá probar los perjuicios que el ilícito previamente determinado y calificado por el TDLC, le ha causado. La prueba de dichos daños, deberá sujetarse a reglas distintas a las del procedimiento de libre competencia, como veremos más adelante.

³⁵ DE LA VEGA GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid, Editorial Civitas, 2001. p 268.

³⁶ *Op cit.* p 262.

Finalmente, haremos presente que los daños indemnizables son tanto patrimoniales, incluyendo daño emergente y lucro cesante, como no patrimoniales.

El daño emergente o aquella pérdida actual y cierta en el patrimonio, por lo general se concretará en la pérdida de una cuota de mercado, o en un caso de mayor gravedad, la expulsión de un competidor del mercado relevante. Ello podrá tener fuente en una variada gama acciones ilícitas v. gr., colusión, precios predatorios, abuso de posición dominante.

El lucro cesante se caracteriza por su indeterminación, y corresponde a la ganancia que la víctima ha dejado de percibir a causa de la infracción monopólica. Para su cálculo, el juez deberá tener en cuenta meras probabilidades acerca de lo que la víctima razonablemente debería haber percibido de no haber existido el ilícito.

Teniendo en cuenta que los ilícitos de mero peligro son sancionables en sede libre competencia, la determinación del lucro cesante puede resultar bastante compleja.

Finalmente, la indemnización del daño moral no ha sido un tema pacífico en la doctrina nacional. Sólo en los últimos años se ha aceptado la indemnización del daño moral a partir de la responsabilidad extracontractual.

El daño moral se manifiesta en el daño a la reputación o credibilidad de la víctima, lo cual finalmente repercute en la posición de mercado de la misma. En los casos en que la víctima sea una persona jurídica, sería más preciso hablar de daños “extrapatrimoniales” en vez de daños morales.

3.2.4 Relación causal.

La causalidad es la relación necesaria y directa que debe existir entre la acción culpable y el daño.

Se trata de una relación necesaria, por cuanto se expresa en una relación de causa a efecto, o natural.

Por otra parte, la causalidad debe ser directa, en cuanto el daño resulta atribuible normativamente a ese hecho, por tanto la causalidad es una exigencia que actúa como límite respecto a los daños a indemnizar.

La relación causal entre la acción antijurídica, y los daños a un privado determinado debe probarse en sede civil, no pudiendo enmarcarse dentro de los hechos o calificaciones jurídicas que el juez civil puede tener por acreditadas.

Ello es de la mayor lógica, toda vez que, debiendo probarse un daño distinto en el proceso civil, de carácter privado, es evidente que la causalidad a acreditar debe ser respecto de ese daño, y no respecto al daño producido a toda la colectividad, el que se subentiende de la declaración de antijuricidad de la conducta por el TDLC.

Como veremos en el capítulo relativo a jurisprudencia, el requisito que presenta la mayor dificultad de prueba para los demandantes es precisamente la causalidad, toda vez que, una vez establecida la conculcación a la libre competencia por el TDLC, es posible que el daño que significa para un competidor una baja en las ventas no se deba a la infracción monopólica, sino a causas diversas:

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

*niveles de esta, las operaciones de concentración económica, la mayor o menor estabilidad de los mercados de valores”.*³⁷

³⁷ ORTIZ BAQUERO Ingrid, “*La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia*” {En línea}. {Consulta 3 de junio de 2011} dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3627134&orden=0 p. 41

3.3 Prescripción de la acción civil

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 30 del DL 211, *“sin perjuicio de las disposiciones generales, las acciones civiles derivadas de un atentado a la libre competencia prescriben en el plazo de cuatro años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva”*.

Ello guarda concordancia con el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 2332 del Código Civil, que también es de cuatro años, con la prevención que debe contarse desde la perpetración del hecho.

El artículo 30 del DL 211 es más acorde a la doctrina moderna respecto de la prescripción de la acción civil extracontractual. Para dicha doctrina, la prescripción no puede empezar a correr sino desde que el daño se produce, puesto que es el momento en que la víctima puede tomar conocimiento de la infracción, lo cual es a todas luces una garantía que dota de mayor certeza al sistema.

SECCIÓN CUARTA

4. Derecho comparado

4.1 La Clayton Act de 1914

A diferencia de lo que ocurre en Europa, en Estados Unidos las demandas por daños y perjuicios a causa de la infracción de normas monopólicas son muy comunes y suponen la inmensa mayoría de los litigios que conciernen a dichas leyes.

En sus inicios, este tipo de demandas no eran un recurso frecuentemente utilizado, pero con posterioridad a la dictación de la Clayton Act de 1914, tuvieron un aumento explosivo, situación que en la actualidad se mantiene³⁸.

La Clayton Act prevé la posibilidad de acudir a un juez ordinario para interponer demandas civiles de perjuicios a partir de una infracción monopólica.

Este derecho se reconoció por primera vez en la Sección 7 de la Sherman Act de 1890, reemplazada por la Sección 4 de la Clayton Act de 1914, la cual establece en su formulación actual que cualquier persona que sea lesionada en sus bienes o negocios a causa de una conducta infraccional monopólica, puede interponer una demanda ante el tribunal de distrito que tenga competencia según el domicilio del demandante. De acogerse la demanda, el afectado percibirá el triple de los daños y perjuicios demandados más las costas procesales y personales.

A fin de obtener la reparación de los perjuicios conforme a esta norma, el demandante deberá probar lo siguiente: (i) que los daños tuvieron causa en la infracción de las normas antimonopólicas; (ii) que dicha infracción produjo un perjuicio

³⁸ En efecto, más del 90% de los litigios sobre normas monopólicas en Estados Unidos corresponden a demandas por daños y perjuicios. Clifford A. Jones, J.D. (Okla), “*Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*”, 1999 Editorial Oxford, P. 80.

actual a su negocio o a su patrimonio; y (iii) que dichos daños no resultan demasiado remotos en relación a la conducta desplegada por el infractor.

Pasemos a revisar este requisito de causalidad con más profundidad. Como hemos visto, la causalidad en nuestro derecho debe ser necesaria y directa. En el sistema Norteamericano en tanto, debe existir una conexión significativa entre la infracción alegada y el daño causado, es decir, el resultado debe ser normativamente atribuible a esa causa, sin que sea necesario que se trate de una causa directa.

En la práctica, las Cortes Norteamericanas por lo general rechazan las demandas en que los daños son altamente especulativos o se trata de un demandante que no es un comprador o vendedor en el mercado relevante. Sin embargo, la doctrina denominada “*indirect purchase suits*”, ha permitido indemnizar los perjuicios provocados incluso a compradores indirectos.

Esta doctrina tuvo acogida en Estados Unidos por primera vez por la Corte Suprema en el año 1977, en la Sentencia *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S.720, conforme a la cual la Corte hizo lugar a la demanda de compradores indirectos del infractor, en tanto el comprador indirecto se encontraba conectado de manera previa por contratos que excluían al resto de los intermediarios de la cadena de producción.

Las Cortes de menor jerarquía algunas veces han aceptado indemnizar a compradores indirectos, en aquellos casos en que el comprador directo es en términos societarios, controlado por el demandado. Así mismo, se aceptan las demandas de aquellos compradores indirectos que han contratado con los intermediarios que son parte del acuerdo colusorio.

Desde entonces, se ha vuelto común que los compradores directos demanden perjuicios ante las Cortes Federales, y que los compradores indirectos los demanden ante la Cortes Estatales, lo cual implica como es lógico, altos costos de litigación.

4.1.1 *Treble damages*

Sin duda lo que despierta más interés de la regulación norteamericana es la institución de los “*treble damages*” consistente en que, acreditado el ilícito monopólico, el monto de los perjuicios a indemnizar alcanzará el triple de los daños efectivamente causados.

De esta forma, la indemnización de perjuicios reviste un carácter compensatorio y sancionatorio, lo cual tiene como finalidad actuar como un disuasivo de las conductas monopólicas.

En contraste, en nuestro sistema lo que se busca con la atribución de responsabilidad civil en beneficio de la víctima es la reparación del daño patrimonial o extrapatrimonial causado, sin tener una función sancionatoria.

La nula aceptación de nuestros tribunales de las acciones civiles por daños causados por ilícitos monopólicos en nuestro sistema es un indicador de la poca aplicabilidad práctica del sistema. El problema podría radicar en la falta de incentivos para la interposición de demandas civiles o en a la dificultad probatoria para la víctima. Creemos que la solución se encuentra en aumentar los incentivos a la litigación, por la vía de implementar una institución semejante a los *treble damages*, cuidando que ello no signifique un enriquecimiento injustificado para la víctima.

4.1.2 *Class actions*

Como comentáramos con anterioridad, en la práctica, un 90% de las demandas por libre competencia en Estados Unidos son acciones privadas, sea por conflictos entre competidores o bien por reclamaciones de compradores directos que son víctimas de fijación de precios o alguna conducta similar.

Las demandas deducidas por compradores directos por lo general, se producen después de actuaciones gubernamentales y toman la forma de acciones colectivas o “*class actions*”, las cuales suelen terminar con algún acuerdo entre las partes.

La finalidad de las *class actions* es doble: por una parte, ofrece la posibilidad que numerosos individuos reciban una compensación que probablemente no obtendrían si tuvieran que afrontar las costas del litigio por su cuenta y, por otra, refuerza el efecto disuasorio de futuras infracciones a las normas monopólicas.

Estas normas están diseñadas para dotar de eficiencia a los tribunales en el conocimiento y resolución de casos similares y basados en los mismos hechos y normas.

A fin de agrupar distintas alegaciones en una sola demanda, deberá probarse lo siguiente:

- a) Que el grupo de víctimas es tan numeroso que unir a todos sus miembros en una sola acción es impracticable;
- b) Que existen hechos y disposiciones legales involucradas que son comunes a todas las víctimas; y
- c) Que las alegaciones y defensas son iguales para todos los miembros.

El demandante deberá probar además que la interposición de demandas individuales es inapropiada por al menos una de las siguientes razones:

- 1) Supone un riesgo de resultados inconsistentes;
- 2) En la práctica, puede perjudicar substancialmente los derechos de aquellos que no participen en el caso;
- 3) La parte contraria o demandada ha actuado afectando los intereses de muchas personas; o
- 4) Los hechos y disposiciones legales aplicadas se aplican a todas las víctimas, siendo esta la razón aducida en la mayoría de las oportunidades.

4.1.3. Costas

La alta utilización del procedimiento de demanda de perjuicios civiles en los Estados Unidos encuentra explicación en los beneficios que la ley otorga a la víctima no sólo por la posibilidad de obtener el triple de los perjuicios demandados y de demandar colectivamente, sino también, en caso de obtener una sentencia favorable, de recuperar las costas del juicio.

La particularidad la encontramos en que, si la sentencia es desfavorable a la víctima, el demandado no podrá recuperar las costas del juicio, generándose un claro incentivo para demandar.

La Corte podrá conceder intereses sobre los perjuicios que se produzcan en el periodo que media entre la notificación de la demanda y la fecha de la sentencia, o por un periodo más corto, dependiendo de las circunstancias y siempre que esta alegación se haga oportunamente.

Las costas fijadas por el juez podrán disminuirse en ciertos casos taxativos enumerados en el artículo 15 de la Clayton Act:

- a) Cuando las partes o sus representantes presenten alegaciones y defensas faltantes de mérito, las cuales hagan presumir que se realizaron con el sólo fin de dilatar el proceso, o actuando de otra manera de mala fe;
- b) Cuando las partes o sus representantes vulneren las normas aplicables, el estatuto o una orden judicial que prevén sanciones para las conductas dilatorias; o
- c) Cuando las partes o sus representantes participaron en la causa con el fin de retrasarla o aumentar sus costos para la otra parte.

4.2 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Roma, 25 de marzo de 1957

La normativa europea de la competencia se sintetiza principalmente en los artículos 101 a 106 (antiguos artículos 81 a 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, ("**Tratado de Roma**"), y en las regulaciones internas de cada uno de los países adherentes a dicho tratado.

El Reglamento de la Comisión Europea N°1 del año 2003, regula en la práctica la aplicación de estos artículos, y dentro de sus principios básicos, establece que las normas monopólicas particulares, como las relativas a la indemnización de perjuicios civiles a que haya lugar con motivo de un ilícito monopólico, serán establecidas por cada uno de los países en particular, sin perjuicio que deban aplicarse en todo caso las normas comunitarias cuando los ilícitos puedan afectar el comercio entre dos Estados miembros :

(7) "Los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. La función de los órganos jurisdiccionales nacionales es, a este respecto, complementaria de la de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Es conveniente, por tanto, facultarlos para aplicar plenamente los artículos 81 y 82 del Tratado"³⁹.

Así mismo, el Libro Blanco de Acciones de Daños y Perjuicios por Incumplimiento de la Normas Comunitarias de Defensa de La Competencia del año 2008 ("**El Libro Blanco**"), contiene distintas directrices a seguir por los países de la comunidad europea.

³⁹ Reglamento de la Comisión Europea N°1 del año 2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

Básicamente las recomendaciones establecidas en el Libro Blanco tienen por objeto la reparación a todo ciudadano o empresa que sufra daños con motivo de un incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

Pretende facilitar la compensación a las víctimas, intentando eliminar obstáculos legales y procesales que la dificultan, derivadas de las normativas nacionales que regulan la indemnización de perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias, así como también, armonizar las distintas regulaciones nacionales a fin de dotar de mayor certeza al sistema de defensa de la competencia europeo.

Entre las dificultades legales y procesales que el Libro Blanco identifica, se encuentra la necesidad por parte de los tribunales de cada uno de los países de realizar un análisis efectivo y económico de gran complejidad, la frecuente inaccesibilidad y ocultación de pruebas cruciales por parte de los demandados y el equilibrio generalmente desfavorable entre el riesgo y la recompensa para los demandantes.

Por otra parte, el Libro Blanco tiene como objetivo, mediante la reparación satisfactoria a las víctimas, de desincentivar las conductas monopólicas, por la vía de la aplicación de sanciones efectivas y oportunas:

“Así, la mejora de las normas de reparación también produciría intrínsecamente efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras infracciones y de un mayor cumplimiento de las normas en materia de competencia de la CE”⁴⁰.

En cuanto a la legitimación para demandar, el Libro Blanco hace presente que “toda persona” que haya sufrido perjuicios con motivo de un incumplimiento a las normas sobre libre competencia está autorizada para interponer una acción de

⁴⁰ Libro Blanco de Acciones de Daños y Perjuicios por Incumplimiento de las Normas Comunitarias de Defensa de La Competencia del año 2008 p. 3

perjuicios ante los tribunales nacionales. Por tanto, la legitimación activa debe hacerse extensiva incluso a los compradores indirectos.

Las resoluciones que adopte la Comisión Europea (“la **Comisión**”) en el sentido de dar por establecida una infracción a las normas de defensa de la competencia pueden ser utilizadas como prueba vinculante por los demandantes de perjuicios civiles ante los tribunales de cada país.

En cuanto al requisito de la culpa, cada uno de los países de la Comunidad Europea tiene sus propias normas, algunos exigen su prueba en el juicio sobre perjuicios civiles, otros la dan por acreditada a partir del establecimiento de la infracción monopólica, en sede judicial o administrativa.

En España por ejemplo, la mayor o menor diligencia con que actúe el infractor sólo resulta relevante para el cálculo de la multa y no a efectos de establecer la vulneración de las normas de libre competencia ni tampoco la responsabilidad derivada de tal infracción:

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

*tipo subjetivo respecto de la conducta sancionada para efectos de determinar la responsabilidad administrativa*⁴¹.

El Libro Blanco sugiere que una vez que la víctima haya acreditado una infracción del artículo 101 ó 102 del Tratado de Roma, el infractor sea responsable de los daños y perjuicios causados a menos que demuestre que la infracción fue el resultado de un error excusable. Un error sería excusable si una persona razonable que prestara un alto grado de diligencia no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia.

Se pone especial énfasis en la indemnización de todos los perjuicios, tanto la pérdida real o actual así como el lucro cesante que deberá comprender el derecho de las víctimas a percibir intereses.

Para determinar la cuantía, debe hacerse un difícil análisis, que implica una comparación con la situación de la víctima en una situación hipotética de competencia, o lo que es lo mismo, poniéndose el juez en la situación de lo que hubiera sucedido si no se hubiera producido la infracción monopólica.

Prima el carácter compensatorio de la indemnización de perjuicios por sobre el carácter sancionatorio, por lo que instituciones como los daños punitivos se aplican solamente en casos de grave infracción a la libre competencia, como pueden ser los acuerdos colusorios.

La indemnización de perjuicios tiene por objeto restablecer a la víctima al estado en que se encontraba con anterioridad al daño provocado por el ilícito monopólico, debiendo cuidar el juez, al igual que en nuestro sistema, que la indemnización de perjuicios no se transforme en un enriquecimiento sin causa para la víctima.

⁴¹ Resolución 28350 de 22 de noviembre de 2004, Superintendencia de Industria y Comercio.

Puede resultar ilustrativo del alcance y la forma como opera la indemnización de los perjuicios derivados de la infracción de las normas de libre competencia en España, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil No. 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005:

“Esta decisión se refiere al carácter directo de los daños y en concreto del lucro cesante reclamado por la empresa demandante (Conduit Europe S.A.) a la demandada (Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España). En el caso, la empresa Conduit reclamaba el pago del lucro cesante por la pérdida de cuota de mercado que se había producido como consecuencia del abuso de posición dominante ejercido por la demandada. El Juzgado no accedió a la pretensión que por este concepto se había formulado, al considerar que las pruebas allegadas y fundamentalmente lo dispuesto en el dictamen pericial no acreditaba que la pérdida de cuota de mercado se hubiese debido al comportamiento restrictivo que se imputaba a Telefónica; antes por el contrario, de otras pruebas obrantes en el expediente -señala el Juzgador- podía deducirse que en la determinación de la cuota del mercado habían influido factores tales como la inversión, la preparación de capital humano y la publicidad. Igualmente, se demostró que a pesar del comportamiento abusivo de Telefónica, Conduit había adoptado medidas alternativas para acceder a la información sobre los abonados “por lo que la cuota de mercado obtenida por la actora no [podía] entenderse disminuida por la mala calidad u omisiones de los datos facilitados por la demandada (...)”, más, cuando en efecto, la condena proferida contra la sociedad demandada incluía los costes que había supuesto a la demandante acudir a esas fuentes alternativas de información⁴²”.

Tal como se ilustra mediante esta sentencia, y como tendremos oportunidad de ver más adelante al analizar la jurisprudencia nacional, un importante “filtro” a la procedencia de la indemnización de perjuicios civiles es la relación de causalidad entre

⁴² ORTIZ BAQUERO Ingrid, “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia” {En línea}. {Consulta 3 de junio de 2011} dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3627134&orden=0 p. 27.

la acción y los perjuicios, de modo que la indemnización no se transforme en lucro para la víctima.

“La condena al pago de los gastos en que incurrió Conduit para acceder a una información que en un principio debía haberle suministrado Telefónica, constituye simplemente el reconocimiento del daño emergente sufrido por aquélla y, en nada resarce los perjuicios por la reducción de clientes y la pérdida de mercado derivados del suministro de información errónea. La empresa demandante ha debido demostrar que pese a la existencia de otros factores que incidían en la cuota de mercado, la mala prestación del servicio derivaba de los datos inexactos o incompletos suministrados por Telefónica, habían repercutido de forma negativa en la calidad y efectividad de los servicios a cargo de la demandante y, en consecuencia, había provocado la pérdida de clientes y la consiguiente reducción de cuota de mercado”⁴³.

“La Comisión recuerda el énfasis del Tribunal en el principio compensatorio y su premisa de que toda persona perjudicada que sea capaz de mostrar un nexo causal suficiente con la infracción pueda acceder a la reparación de los daños. En este contexto, se debería permitir que los infractores aduzcan la posibilidad de que podría haberse repercutido el coste excesivo. Efectivamente, negar esta defensa (defensa “passing-on”) podría dar lugar a un enriquecimiento injusto de los compradores que repercutieron el coste excesivo y a una compensación múltiple indebida por el coste excesivo ilegal impuesto por el demandado”⁴⁴.

A efectos de determinar el monto de los perjuicios a indemnizar, existen en la doctrina europea distintos métodos que pasaremos a revisar a continuación:

- a) El método *“before and after”* consiste en hacer un estudio comparativo entre la situación en que se encontraba la víctima con anterioridad a la perpetración del ilícito monopólico y luego de verificado el daño. Concretamente, se establecen

⁴³ Idem, p. 27.

⁴⁴ Libro Blanco de Acciones de Daños y Perjuicios por Incumplimiento de las Normas Comunitarias de Defensa de La Competencia del año 2008 p. 9.

los precios aplicados antes y después del daño y de este modo se aplica un parámetro objetivo en cuanto a la valoración de los daños, que ayude a determinar cuál sería la situación de la víctima si no hubiese ocurrido la infracción a partir del análisis de la variación de los precios.

- b) El método “*yardstick approach*” también consiste en comparar pero esta vez el mercado relevante en que se produjo el ilícito con otros mercados similares o bien con otras empresas análogas dentro del mismo mercado. Por esta vía se puede determinar cuál habría sido la situación en el mercado relevante o en la respectiva empresa de no haberse producido el ilícito.
- c) Finalmente, mediante el método “*cost based approach*” se compara el precio de venta de un producto determinado de la empresa afectada antes y después de la conculcación a la libre competencia.

Una diferencia relevante que podemos encontrar con nuestro sistema antimonopólico es respecto de la legitimación activa de quien demanda los perjuicios.

Mucho hemos hablado acerca de la distinción que se puede hacer entre sujeto pasivo inmediato y mediato. Las normas de la Comunidad Europea admiten la interposición de demandas de perjuicios por las víctimas mediatas, quienes suelen ser los más afectados en su patrimonio, bajo la premisa que todo aquel que haya sufrido perjuicios con motivo de una infracción a las normas de defensa de la competencia debe ser reparado.

Sin embargo, en la práctica, dichas víctimas se encuentran con una dificultad probatoria importante, desde que no tuvieron relaciones comerciales directas con el infractor.

Para aligerar la carga de la víctima, la Comisión propone que los compradores indirectos puedan basarse en la presunción refutable de que el coste excesivo ilegal repercutió de manera total en su patrimonio.

Así mismo, también propone que los perjudicados puedan acumular todas sus pretensiones individuales bajo una misma representación y a través de un mismo procedimiento, e incluso reconocer a determinadas entidades (asociaciones de consumidores, organismos estatales o asociaciones comerciales) legitimación para ejercitar acciones en interés de las víctimas identificadas o, incluso, identificables. Lo primero tendría cabida en nuestro derecho a través del litis consorcio del artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, lo segundo no tendría consagración en alguna norma de nuestro procedimiento, y probablemente, pueda ser un punto como para pensar en una reforma en este sentido, a fin de facilitar la interposición de demandas para las víctimas.

Las escasas normas sobre procedimiento que contempla el Tratado de Roma no permiten un análisis exegético de la materia, por lo que las normas de cada país serán las rectoras.

Abocaremos nuestro análisis a las normas de procedimiento contempladas en la Ley de Defensa de la Competencia española (“LDC”). Conforme a esta Ley, se contempla una acción general de responsabilidad extracontractual y una acción especial prevista en el numeral 5 del artículo 18 de la LCD:

Artículo 18 de la LCD: *“Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

(...) 5ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia”.

Con anterioridad, el artículo 13.2 LDC exigía, previo al ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios, una sentencia firme, por vía administrativa o jurisdiccional que estableciera la comisión del ilícito.

Hoy en día se ha suprimido esta exigencia, de modo que la acción puede ejercerse directamente ante la jurisdicción ordinaria, cuyos tribunales son competentes, como ya lo eran en los casos en que se aplicaba el derecho comunitario, para declarar la ilicitud de las conductas restrictivas de la competencia, como presupuesto previo para indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por dichas conductas.

La acción de perjuicios que se puede interponer ante los tribunales ordinarios puede tener por objeto no sólo la indemnización de perjuicios, sino también una reparación *in natura*, como puede ser la remoción de los efectos negativos provenientes de la conducta ilícita o la cesación de la comisión de la misma.

En estos dos últimos casos, no es necesario que se haya producido un daño a un patrimonio en concreto, toda vez que la mera realización de la conducta restrictiva de la competencia constituye una infracción a la LDC, lo cual dista de sobre manera con el procedimiento de indemnización nacional.

Así también, los tribunales ordinarios civiles españoles son competentes para conocer, como es lógico, de las demandas por los perjuicios ocasionados por acuerdos prohibidos por los artículos 101 y 102 del Tratado de Roma.

Estas acciones deben ejercerse conforme a la legislación interna, y tiene las siguientes ventajas para la víctima: (i) el juez civil tiene facultades para ordenar la práctica de ciertas diligencias de investigación, facilitando la prueba de la víctima; y (ii) el juez también puede adoptar medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de la eventual condena.

En cuanto a los plazos de prescripción, el Libro Blanco propone que éste no comience a contar, si se trata de una infracción continua o repetida, antes del día en el que cese la infracción, o antes de que se pueda razonablemente esperar que la víctima de la infracción tenga conocimiento de la misma y del daño causado.

SECCIÓN QUINTA

5. Jurisprudencia

En lo sucesivo, se analizarán los dos únicos casos en que se han demandado perjuicios civiles a partir de una sentencia monopólica favorable bajo el imperio del DL 211 modificado por la ley 19.911.

Si bien la experiencia en nuestro país es muy concisa, un análisis caso a caso ayudará a profundizar en el estudio de las materias tratadas. Podemos adelantar que, en ambos casos, la indemnización de perjuicios demandada fue rechazada, por lo cual no existe jurisprudencia en nuestro país que haya acogido una demanda de este carácter.

Ello da cuenta de la dificultad de prueba que existe para la víctima, que como hemos tenido oportunidad de ver, debe ceñirse a las normas de la prueba legal o tasada, a diferencia del procedimiento ante el TDLC que se rige por la sana crítica.

El análisis se hará en cada caso, siguiendo el siguiente orden:

- (i) Una revisión del juicio ante el TDLC, y del Recurso de Reclamación interpuesto ante la Corte Suprema. Se analizará la estructura del ilícito administrativo, lo cual permitirá establecer el hecho o conducta contraria a la libre competencia, y el carácter de doloso o culpable de la misma, los cuales deberán ser tenidos a la vista por el tribunal civil; y
- (ii) Se analizarán los hechos, demanda y sentencia civil, poniendo especial énfasis en la diferencia que existe entre la conculcación a la libre competencia y el daño civil, y la relación de causalidad que debe existir entre la acción establecida como ilícita por el TDLC y el perjuicio civil.

5.1 Denuncia de Philip Morris en contra de Compañía Chilena de Tabacos S.A. Sentencia N° 26 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Causa Rol C11-04.

5.1.1 *Los hechos en sede libre competencia*

Philip Morris (en adelante “**PM**”) denunció con fecha 30 de diciembre de 2002 a la Compañía Chilena de Tabacos S.A. (“**Chiletabacos**”), por ejercicio abusivo de poder de mercado.

En la demanda Chiletabacos denuncia que Philip Morris habría abusado de su poder de mercado de la siguiente manera:

- 1) Negando la venta en aquellos locales en que se exhiben o venden productos de la competencia;
- 2) Exigiendo la venta al contado cuando en el mismo local se venden productos de la competencia, pero otorgando discrecionalidad de pago para sus propios productos;
- 3) Retirando elementos de publicidad de sus competidoras -incluyendo productos de *merchandising*- y canjeándolos por productos de Chiletabacos;
- 4) Entregando incentivos o compensaciones económicas a locales y puntos de venta a condición de que no vendan productos PM;

Todas las conductas anteriores se verifican en el mercado minorista o “*Low Trade*”, como son los kioscos o almacenes de menor tamaño;

- 5) Finalmente, celebrando contratos de exclusividad con los almacenes de mediano y gran tamaño, supermercados, restaurantes y estaciones de

combustibles (mercado “*High Trade*”), a condición de que sólo vendan productos Chiletabacos.

Los pequeños almacenes y kioscos no pueden resistirse a las condiciones abusivas impuestas de manera unilateral por Chiletabacos, puesto que la venta de cigarrillos representa para ellos un margen de beneficios que representan alrededor del 90% de sus ventas.

Chiletabacos les niega la venta de forma absolutamente arbitraria en caso de no acatar esas condiciones, lo cual se traduce en un costo en suma importante para el canal denominado “*Low Trade*”.

Es en base a estas consideraciones que PM solicita al H. Tribunal ordenar a Chiletabacos abstenerse de seguir ejecutando dichas prácticas, e imponerle una multa a beneficio fiscal de 20.000 unidades tributarias anuales.

Chiletabacos contestó a la demanda señalando que la demandante ha tenido presencia interrumpida en el mercado nacional, el cual carece de barreras a la entrada. Por tanto, ninguna relación tiene el accionar del resto de los competidores en la baja presencia de mercado de PM, donde la habitualidad y recordación son elementos fundamentales, y desde luego, llama la atención que recién ahora interponga una demanda, cuando las condiciones se han mantenido estables desde el ingreso de PM al mercado.

5.1.2 La Sentencia N° 26 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 5 de agosto de 2005

El TDLC aclara que es un hecho no controvertido en la presente causa que Chiletabacos detenta una posición de dominio en el mercado de comercialización de cigarrillos dentro del territorio nacional.

Respecto de las barreras de entrada, debe diferenciarse aquellas de carácter estructural, relacionadas con costos de instalación y tributos que gravan la industria, con aquellas de carácter estratégico, que son las que quedan a voluntad de las partes.

Las primeras resultan indiferente al análisis puesto que la demandante PM, no las ha objetado de forma alguna, en efecto, se ha sometido a las mismas con el fin de ingresar al mercado y son asumidas como impuestas -al menos en el caso de los tributos- por la autoridad.

Los contratos de exclusividad en el tramo denominado "*High Trade*" y objetados por PM, dicen relación con exclusividad en la publicidad y *merchandising*, y no con exclusividad en la venta. Ello si bien no impide la venta de productos PM, de la prueba acompañada al proceso, especialmente, fotografías de distintos locales, se concluye que al no existir publicidad de los productos PM difícilmente el consumidor podrá enterarse de la venta de los mismos, haciéndose necesaria la venta por la modalidad "bajo el mesón", esto es, sin publicidad.

Así también, en los contratos se incluyen cláusulas de incentivos económicos a aquellos locales que vendan un cierto porcentaje de productos Chiletabacos, calculado sobre el total de marcas de cigarrillos ofertada. Ello es reflejo del ejercicio abusivo de poder de mercado, toda vez que tiene como efecto una merma en las ventas de sus competidores.

Dichos incentivos no tienen contrapeso, toda vez que Chiletabacos es el actor dominante en el mercado, por tanto, los canales de distribución no pueden prescindir de dichos productos, los cuales les significan importantes márgenes de ganancias.

Respecto del tramo denominado "*Low Trade*", deben analizarse las supuestas barreras de entrada y exclusorias generadas de manera artificial por Chiletabacos, tales como negativa de crédito, negativa de venta, retiro de productos y elementos de promoción, y entrega de incentivos pecuniarios a condición de no vender productos PM.

El Tribunal considera que de las pruebas aportadas, cabe tener por acreditadas dichas conductas, las cuales no son más que reflejo del ejercicio abusivo del poder de mercado de Chiletabacos, lo cual actúa como un verdadero bloqueo a la venta de productos PM en este tramo y por tanto, una práctica exclusoria de la competencia que impide la libre competencia, en términos del artículo 3 del DL 211.

Por tanto, el Tribunal resuelve acoger la demanda de PM contra Chiletabacos, por cuanto se ha logrado acreditar la imposición de barreras artificiales a la entrada con el objeto de mantener o incrementar la posición dominante que la demandada detenta, con el sólo objetivo de excluir a PM del mercado de cigarrillos.

Ordena eliminar de los contratos de exclusividad aquellas cláusulas que tengan por efecto eliminar a sus competidores así como también abstenerse de exigir la eliminación de exhibición de productos de la competencia.

Resulta interesante hacer mención al considerando trigésimo quinto de la sentencia, en virtud del cual el Tribunal decide acoger la multa solicitada por PM, pero teniendo en consideración el principio de irretroactividad de la ley que rige nuestro ordenamiento, en especial, en materia de sanciones.

En razón de este principio, debe aplicarse la multa que el DL 211 contemplaba al producirse los hechos ilícitos, cuyo monto máximo era de mil unidades tributarias anuales, aun cuando ello no implique desconocer la gravedad y extensión de la conducta de PM.

5.1.3 El recurso de Reclamación ante la Corte Suprema. Recurso 4332/2005, Resolución 838 de 10 de enero de 2006

Chiletabacos interpuso recurso de Reclamación ante la Corte Suprema por considerar que se infringieron los principios del debido proceso, así como las normas que regulan la prueba.

En relación a la primera alegación –la transgresión a las normas del debido proceso- señala que los hechos motivo de la demanda de PM acaecieron mientras estaba en vigor el antiguo texto del DL 211, del año 1973, siendo llevada la investigación por la extinta Comisión Resolutiva.

El TDLC se abocó al conocimiento de los hechos cuando en realidad la investigación correspondía a la FNE en virtud del nuevo texto del DL 211, teniendo en cuenta los antecedentes aportados por la demandante de manera confidencial, haciendo pervivir de este modo el sistema inquisitivo que existiera con anterioridad a la dictación de la Ley 19.911, modificatoria del DL 211.

La Corte Suprema hace presente que Chiletabacos ha incurrido en un error, por cuanto los documentos que señala que habrían sido de carácter confidencial en algunos casos no tenían esa calidad.

Por otra parte, la Corte Suprema hace un extenso informe del modo como se llevó a cabo el procedimiento, concluyendo que se cumplió con el traslado a la demandada, se escuchó en todo momento a dicha parte, y se agregaron los antecedentes que aportó al proceso.

Luego, en etapa probatoria, entró en vigor el nuevo texto del DL 211, correspondiendo el conocimiento de la causa al TDLC, el cual siguió adelante con el proceso cumpliendo con todas las exigencias de un racional y justo procedimiento.

En cuanto a la segunda alegación -la infracción de las normas que regulan la prueba-, el reclamante hace presente que el TDLC vulneró las normas que limitan la apreciación conforme a la sana crítica para llegar a la convicción necesaria para sancionar a Chiletabacos, fallando en conciencia, lo cual era una atribución de la Comisión Resolutiva, y no del TDLC.

La Corte Suprema rechaza esta alegación por cuanto el Tribunal tiene la facultad de apreciar los antecedentes y ponderarlos según lo que la experiencia

recabada en oportunidades anteriores le dicte –aquello que se ha llamado “máximas de la experiencia- y por tanto, su análisis resulta acertado, y sus conclusiones, absolutamente fundadas.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema mediante sentencia de fecha 10 de enero de 2006 resuelve rechazar el recurso de Reclamación interpuesto por Chiletabacos.

5.1.4 Análisis del caso en sede libre competencia

El análisis de la estructura del ilícito monopólico comienza con identificar el sujeto activo o el infractor, el cual en este caso es una persona jurídica: Chiletabacos.

El sujeto pasivo como hemos visto, puede ser de dos tipos: inmediato y mediato.

El sujeto pasivo inmediato es PM, competidor directo de Chiletabacos, que se ve perjudicado por la imposición de barreras artificiales a la entrada del mercado de cigarrillos. Como hemos señalado, el sujeto activo inmediato es quien tiene legitimación activa para demandar perjuicios en sede civil.

Los sujetos pasivos mediatos son por una parte, los consumidores, quienes ven mermadas sus posibilidades de elegir la marca de cigarrillos en los canales de distribución donde la publicidad de PM se mantiene oculta.

Adicionalmente, son sujetos pasivos mediatos, los canales de distribución “*low trade*”, quienes se ven obligados a acatar las condiciones contractuales que Chiletabacos les impone. Si así no lo hicieren, sus ventas disminuirían considerablemente, toda vez que la venta de cigarrillos principalmente de las marcas de Chiletabacos, representan la mayor proporción de sus ventas.

La acción se encuentra constituida tanto por hechos que implican la imposición de barreras a la entrada artificiales a fin de mantener o incrementar la posición de dominio

que Chiletabacos detenta, tales como el retiro de productos de la competencia; y por otra parte, pueden revestir el carácter de convenciones, cuando se trata por ejemplo, de acuerdos de exclusividad celebrados con los distintos canales de distribución.

El resultado es la restricción y el impedimento a una sana y leal competencia, lo cual se materializa en la mantención o el incremento de la posición de dominio que detenta el infractor, con el sólo objeto de excluir a PM del mercado.

El tribunal tiene por acreditado el nexo causal, toda vez que las conductas abusivas por parte de Chiletabacos han vulnerado o entorpecido la libre competencia por la vía de intentar excluir a un competidor del mercado. Como se ha señalado, para que exista causalidad es necesario que el infractor detente efectivamente una posición dominante de la cual pueda abusar, lo cual se cumple en el caso tal como consta en el Considerando Décimo de la Sentencia.

En cuanto a la faz subjetiva, el TDLC determinó que las conductas ejecutadas por Chiletabacos lo fueron con un objetivo claro y predeterminado, cual es excluir a un competidor del mercado, configurándose entonces la concurrencia de dolo.

La conducta resulta antijurídica y culpable, puesto que no han existido causales de justificación así como tampoco causales de exculpación.

5.1.5 Los hechos en sede civil. Causa Rol 19.655-2009, 10º Juzgado Civil de Santiago

La Demanda de PM de 14 de julio de 2009 rolante a fojas 82

PM dedujo demanda civil de indemnización de perjuicios en juicio sumario, en base a la sentencia condenatoria del TDLC.

Los hechos son los mismos que fundaron la acción monopólica, dando cumplimiento al mandato expreso del artículo 30 del DL 211 que exige tener en

consideración los mismos hechos, calificaciones jurídicas y acciones que tuvo a la vista el TDLC para fundar su fallo.

PM señala que desde fines de la década de los setenta ha intentado ingresar al mercado chileno de los cigarrillos, lo cual se ha visto entorpecido por las prácticas anticompetitivas desplegadas por Chiletabacos, que le han permitido alcanzar a esta última una participación de mercado de aproximadamente el 98%.

La demandante aduce que los hechos y acciones anticompetitivas desplegadas de manera persistente por Chiletabacos constituyen barreras artificiales a la entrada al mercado de los cigarrillos, lo cual le ha generado perjuicios tanto patrimoniales como extra patrimoniales.

La baja participación de mercado de la demandante tendría causa en las conductas anticompetitivas de Chiletabacos, por lo cual existiría una causalidad directa entre los hechos y el daño que hacen procedente la indemnización de perjuicios en sede civil.

El ilícito se ha dado por establecido mediante la sentencia del TDLC antes reseñada, por lo que en concepto de la demandante, sólo restaría al tribunal civil determinar el monto de los perjuicios, los cuales se reflejan en la baja participación de mercado que PM ha tenido en el mercado nacional, a diferencia de otros mercados en el resto del mundo en los que tiene la primera posición.

Conforme la participación de mercado que tiene en América Latina el segundo proveedor de cigarrillos, PM debería tener en el mercado nacional al menos un 25% de participación, si las condiciones de competencia fueran normales.

Sin embargo, entre enero de 2002 y diciembre de 2005, PM sólo alcanzó un 1% de la participación de mercado en el territorio nacional, por lo que necesitaría al menos 13 años, contados desde enero de 2006, para alcanzar la participación de mercado que habría obtenido en un escenario de competencia libre y leal.

PM demanda por los siguientes conceptos:

- (i) Lucro cesante, por las ganancias que hubiera percibido de tener la participación de mercado del 25% indicada durante los años 2002 a 2005, y por los ingresos que dejará de percibir durante el periodo que media entre 2006 y 2018 necesario para alcanzar la reseñada participación del 25%;
- (ii) Daño moral, por la afectación a la imagen y reputación de PM como también a la de sus marcas;
- (iii) En cuanto al daño emergente, solicita que Chiletabacos sea condenada al pago de la indemnización de los perjuicios que resulten acreditados durante el proceso.

La Contestación a la demanda de Chiletabacos de 28 de julio de 2009, rolante a fojas 143

Chiletabacos por su parte argumenta que la alta participación de mercado que ha logrado obtener en el mercado de los cigarrillos, cercana al 95%, no es azarosa, sino que se debe a la inversión que continuamente ha realizado por conceptos de innovación, imagen del producto, capital humano, tecnología y sistema de información al público.

Señala que la demandada no ha logrado obtener una más alta participación de mercado por ineficiencias, pobres políticas de precio e inversión, entre otras deficiencias competitivas. Así mismo, PM tampoco cuenta con una red de distribución estable, amplia y eficiente.

En este mercado existen barreras a la entrada inherentes al mismo como son la carga tributaria y el costo de capital de trabajo, los cuales deben ser soportados por todos los competidores que deseen ingresar y mantenerse en el mercado por igual.

La demanda de indemnización de perjuicios deducida por PM debe ser rechazada, en cuanto se basa en elucubraciones relativas al crecimiento que debió tener PM en determinado periodo, y por tanto es carente de toda certeza.

Por otra parte, no es procedente la aplicación del procedimiento sumario contemplado en el artículo 30 del DL 211, toda vez que los hechos que fundan la demanda tuvieron lugar con anterioridad a la dictación de la ley 19.911 que introdujo dicho artículo al DL 211. En conformidad con lo anterior, la demanda estaría además prescrita, debiendo aplicarse las reglas de prescripción que establecía el DL 211 con anterioridad a la modificación del año 2004, que contemplaba un plazo de prescripción de 4 años desde la perpetración del acto.

5.1.6 La sentencia del tribunal civil de 27 de enero de 2010, rolante a fojas 976

Luego de analizar los hechos, el tribunal civil (el “tribunal”) rechazó la demanda de indemnización de perjuicios deducida por PM.

Los testigos de la demandada ratificaron los informes acompañados por esa parte, señalando que la participación en las ventas de PM fluctúa de manera independiente a la existencia o no de las prácticas restrictivas de la competencia ejecutadas por Chiletabacos.

En efecto, aún después de la dictación de la sentencia del TDLC que prohibió a Chiletabacos continuar la ejecución de las conductas restrictivas de la competencia, la participación de mercado de PM ha continuado cayendo, por lo que no existe una relación de causalidad entre ambas.

El tribunal considera que la inversión de PM a fin de alcanzar la preferencia del consumidor es mínima, los cuales premian a los competidores que si invierten en mejorar las características del producto y la propaganda del mismo.

Sólo corresponde abocarse al estudio de la existencia de perjuicios reales ocasionados con el actuar sancionado infraccionalmente en sede libre competencia, por tanto, la demanda de PM por los perjuicios que dejará de percibir entre el año 2006 y 2018, tiempo que tardaría en alcanzar la participación del 25% que reclama, no puede ser acogida, ya que escapa al espacio temporal en que se desarrollaron las conductas atentatorias contra la libre competencia.

Respecto de la primera pretensión, la demandante debió haber acreditado las prácticas que ella misma ha desarrollado que permitan sostener que esa debió ser la participación de mercado que tendría de no haber existido las conductas de Chiletabacos sancionadas por el TDLC.

Tal como señala la demandada, la actora inició sus actividades a mediados del año 2001, y ha intentado ingresar al mercado desde la década de los 70. Sin embargo nunca ha hecho una promoción ni inversiones para la masa de los consumidores, sino tan sólo para un segmento de ella.

Tampoco la circunstancia de ser líder en otros países le asegura obtener una participación de mercado importante en nuestro país, toda vez que las preferencias y gustos pueden asociarse también a diferencias culturales.

De la prueba testimonial de PM y los estudios aportados al juicio, se logró probar que PM registra un crecimiento del orden del 3% anual, pero debe tenerse en cuenta que ello lo es respecto de sus propias instalaciones y ubicación en el pequeño mercado en que oferta sus productos, y no en el mercado global, donde no sería posible, dadas las actuales condiciones, obtener una participación de mercado del 25%.

La demandante no ha indicado en qué consistiría el daño emergente, cuál sería su cuantía, ni cómo se habría producido, dejando su determinación a las probanzas del juicio, de las cuales no fluye un menoscabo del patrimonio de la actora por este concepto, por lo que en definitiva la pretensión ha de desestimarse.

Como argumentó correctamente la demandante, el daño moral procede respecto de las personas jurídicas cuando se han visto perjudicadas en su reputación, sin embargo en este caso no se logró acreditar tal perjuicio, por lo que dicha pretensión también ha de desestimarse.

El tribunal consideró que la demanda de PM sólo tiene por objeto obtener un enriquecimiento sin ningún esfuerzo, y carente de fundamentación, razón por la cual debe desestimarse.

El tribunal rechazó también la excepción de prescripción, por las mismas razones que en su momento dio la Corte Suprema y que damos por reproducidas.

5.1.7 Análisis del caso en sede civil

La sentencia del juzgado civil rechazó la pretensión de PM aún cuando la sentencia condenatoria del TDLC estableció de manera tajante la existencia de prácticas exclusorias de la libre competencia.

Ello demuestra, contrario a lo señalado por la demandante, que el tribunal civil debe hacer un análisis distinto al del TDLC, aplicando principios de derecho privado y ya no consideraciones de derecho público.

En este sentido, el tribunal civil debe realizar un profundo análisis de la concurrencia de los requisitos para la indemnización de los perjuicios civiles, de los cuales es fundamental la existencia de un daño a un patrimonio concreto, y la causalidad que debe existir entre la acción y este daño. La acción (u omisión) y la concurrencia de dolo o culpa se dan por establecidas de la sentencia monopólica, por tanto no cabe al tribunal civil pronunciarse al respecto.

Por tanto, el tribunal civil no sólo debe pronunciarse sobre el monto de los perjuicios civiles, como señalara la demandante, sino también sobre su procedencia.

El tribunal civil parte a la inversa, analizando primero la causalidad entre la acción dolosa (el abuso de posición dominante y la imposición de barreras artificiales a la competencia) y el daño a un competidor en concreto, aún cuando después llega a la conclusión que no existió en este caso daño a un patrimonio concreto, y por ende, tampoco podría haber existido causalidad.

De esta forma, parte por asumir que el daño en este caso es la baja participación de mercado de PM, tal como lo alega la demandante.

El juzgado civil desecha la existencia de causalidad, puesto que las bajas en las ventas de PM no tienen como antecedente las prácticas restrictivas a la competencia de Chiletabacos, toda vez que luego de dictada la sentencia por el TDLC las ventas de PM siguieron en tendencia a la baja.

La verdadera causa de la baja participación de mercado de PM se debe entre otras, a su baja inversión en promoción e innovación a fin de lograr fidelizar a los consumidores, y no al actuar de Chiletabacos.

Luego el tribunal analiza la procedencia de daño, el cual la demandante alega que sería la baja participación de mercado que detenta y por consiguiente, las bajas ventas que ha tenido desde la década de los 70 cuando intentó ingresar al mercado.

Sin embargo, el tribunal consideró que la baja participación de mercado de PM se basa en meras conjeturas de una posible participación de mercado que podría haber alcanzado en el mercado nacional, similar a la que podría tener en otros mercados, lo cual resta toda certeza al daño, requisito fundamental para que proceda su indemnización.

5.2 Producción Química y Electrónica Quimel S.A. con James Hardie Fibrocementos Limitada. Sentencia N° 39 del H. Tribunal de Defensa de La Libre Competencia, causa Rol C 42-04

5.2.1 *Los hechos en sede libre competencia*

Con fecha 30 de junio de 2004, Producción Química y Electrónica Quimel S.A. (“**Quimel**”) demanda a James Hardie Fibrocementos Limitada (“**James Hardie**”), por abuso de posición dominante en el mercado de las planchas de fibrocemento, en base a dos consideraciones:

- 1) Incumplimiento del artículo 3 letra c) del DL 211 que dispone:

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

- 2) Desacato del Dictámen número 1.287 de 30 de abril de 2004, (“el **Dictámen**”) en virtud del cual la Comisión Preventiva determinó que la Fiscalía Nacional Económica debía vigilar la conducta de James Hardie en lo sucesivo, por cuanto la denunciada había estado vendiendo por debajo de su costo, de manera continua y persistente por tres años el producto de las planchas de fibrocemento, lo cual eventualmente, podría constituir una conducta de precios predatorios tipificada y sancionada por el DL 211.

Quimel, en virtud de lo anterior, solicita al TDLC ordenar la disolución de la personalidad jurídica de James Hardie, y en subsidio, disponer que debe terminar inmediatamente con la conducta predatoria.

Solicita además, condenar a la demandada a una multa de 20.000 unidades tributarias anuales a beneficio fiscal.

James Hardie contesta la demanda señalando que ha ingresado recientemente al mercado de las planchas de fibrocemento, y que ha estado ofreciendo un producto de mejor calidad a un precio más bajo, todo lo anterior, dentro de un contexto absolutamente competitivo.

El mercado relevante sería más amplio que el que la demandante señala, puesto que se compondría no sólo de la venta de planchas de fibrocemento, sino también la producción, distribución y venta de productos de revestimiento en general, lo cual incluye productos como el cartón, yeso y ladrillos, todos sustitutos de las aludidas planchas de fibrocemento.

Respecto de las participaciones de mercado, se encuentra lejos de ser el participante dominante, el cual es Pizarreño con un 80% del mercado, existiendo al menos otros cuatro participantes.

En cuanto al supuesto desacato del Dictámen, señala que éste constituye una mera recomendación administrativa, y que por tanto, no tiene la fuerza obligatoria de una sentencia judicial.

5.2.2 La Sentencia Nº 39 del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 13 de junio de 2006

Con fecha 13 de junio de 2006, el TDLC resuelve rechazar la demanda interpuesta contra James Hardie, en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Tribunal señala que si bien el Dictámen emana de un organismo administrativo como lo eran las extintas Comisiones Preventivas Regionales o Central, ello no obsta al ejercicio de las facultades sancionatorias que pueda solicitar la Fiscalía Nacional Económica al Tribunal.

En cuanto a la imputación de precios predatorios, deben analizarse dos situaciones a fin de poder configurar el ilícito:

- (i) Debe determinarse si la demandada contaba con el poder de mercado suficiente como para vender bajo sus costos en el corto o mediano plazo y luego poder tener la expectativa cierta de poder recuperar dichas pérdidas; y
- (ii) Cumplida la condición anterior, si efectivamente se produjo la venta del producto bajo el precio de costo.

El mercado relevante, señala el H. Tribunal, “*es la producción y comercialización de planchas lisas de fibrocemento, un material de revestimiento utilizado, luego de la prohibición del uso de asbesto para fines de construcción*”, y se ha acreditado en autos que la demandada sólo produce el primer tipo de planchas de fibrocemento, es decir, las lisas.

La demandada ha ampliado el mercado relevante, incluyendo otros materiales de revestimiento, como fuera mencionado. Al respecto, el H. Tribunal considera que, en base a las pruebas y antecedentes aportados al proceso, no es posible concluir con certeza el grado de sustituibilidad entre dichos materiales, los cuales en principio, pueden ser sustituibles entre sí, pero con la limitación del uso final que el consumidor quiera darle, y la diferencia de precios que existe entre un producto y otro.

Por ende, no es posible determinar de manera contundente el ejercicio de poder de mercado de la demandada en el mercado relevante en su rol de oferente de planchas de fibrocemento lisas.

A mayor abundamiento, y luego del análisis de los antecedentes aportados por la FNE respecto de las participaciones de mercado de los distintos productores y comercializadores de planchas de fibrocemento en Chile, es posible concluir que el liderazgo en el mercado lo mantiene Pizarreño, lo cual es un antecedente adicional

para dudar que la demandada James Hardie haya podido aprovecharse y abusar de dicho poder de mercado bajando sus precios bajo el costo de producción con la expectativa de soportar dicha pérdida en base a su posición dominante en el mercado.

Por otra parte, el H. Tribunal determina que no existen barreras de entrada y salida de consideración en este mercado.

En efecto, los costos de instalación de una planta de producción no son lo suficientemente altos como para ser considerados un disuasivo a la entrada al mercado; y por otra parte, la diferenciación en la preferencia de los consumidores por una u otra marca se debe fundamentalmente, a la calidad del producto, servicio y apoyo post venta, lo cual no es más que el reflejo de una "*sana, vigorosa y deseable competencia*"⁴⁵ en el sector.

Hecho el análisis anterior, el H. Tribunal llega a la conclusión que, no cumplida la primera condición necesaria para que estemos en presencia de un abuso de poder de mercado por la vía de establecer precios predatorios, -cual es, precisamente la existencia de suficiente poder de mercado por parte de la demandada-, es que no es posible atribuir causalmente dicha conducta a James Hardie.

Aún establecida dicha conclusión, debe analizarse la segunda condición para determinar la existencia de precios predatorios, cual es, la evidencia de que la demandada haya bajado sus precios por debajo del costo de producción.

De los antecedentes aportados al proceso por la FNE, se puede observar que efectivamente James Hardie había estado vendiendo bajo el costo fijo unitario, sin embargo, ello es atribuible a que se trata de un participante nuevo en el mercado y por lo tanto, es lógico que en principio deba soportar dichas pérdidas.

Por tanto, tampoco se ha probado la segunda condición necesaria para atribuir el ejercicio de posición dominante por la vía de establecer precios predatorios a James

⁴⁵ Considerando Vigésimo Cuarto, Sentencia N° 39 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa Rol C 42-04.

Hardie, toda vez que no se ha logrado acreditar que esta haya vendido sus productos bajo el costo evitable relevante.

5.2.3 El recurso de reclamación ante la Corte Suprema, causa Rol 3449-06.

Las demandantes Cementa y Quimel, interpusieron recurso de reclamación ante la Corte Suprema, en base a las siguientes consideraciones.

Cementa estima que el Tribunal no se hizo cargo de toda la prueba rendida en juicio, y por tanto la sentencia habría sido dictada sin lograr una certeza en sus convicciones, haciendo omisión al desacato del Dictamen imputado por las demandantes, y sin tener a la vista la definición de mercado relevante realizada por la FNE.

Finalmente, y la alegación que resulta más interesante, señala que para que se configure el ilícito tipificado en la letra C del DL 211, no es necesario que el imputado sea el agente dominante en el mercado, sino que es necesario que baje sus precios bajo el costo de forma tal, que tenga la intención de eliminar a los demás participantes del mercado.

Es decir, la recurrente hace alusión a la potencialidad del peligro de una conducta que tienda a infringir la libre competencia, bastando que el predador pueda llevar a la insolvencia o a la quiebra al predado, y que mantenga una situación financiera suficiente como para soportar dichas pérdidas a largo plazo.

Respecto a las barreras a la entrada y salida del mercado, sostiene que el H. Tribunal no consideró en su análisis las pruebas aportadas por esta parte que lograban acreditar que la instalación de una planta para la producción de planchas de fibrocemento conlleva una inversión del orden de cinco a diez millones de dólares, sin esperar retornos durante cinco años.

Finalmente, aduce que el ilícito en análisis se configura por vender bajo los costos de producción, sin embargo el TDLC habría puesto una exigencia adicional: que se tratara de costos evitables razonables, sin definirlos ni delimitarlos.

Quimel por su parte, aduce que el TDLC no se habría hecho cargo de toda la prueba allegada al proceso, llegando a conclusiones erróneas y contradictorias.

Principalmente, la omisión de informes allegados al proceso por esta parte que incluyen un actor más en la industria y que logran acreditar la efectiva posición en el mercado de James Hardie, quien aún utilizando el máximo potencial de su capacidad instalada, y por ende, a la mayor eficiencia posible, sigue vendiendo bajo sus costos.

Hace alusión a lo que la jurisprudencia europea exige en cuanto a costos para estar ante la presencia de un precio predatorio: la actividad será predatoria si el precio de venta es inferior al costo variable, y si el precio es superior a este pero inferior al precio total, se considerará predatorio si se ha tenido el propósito de eliminar al resto de los competidores del mercado, lo cual en este caso está plenamente establecido.

Concuerda con Cementa en que el H. Tribunal cae en error al considerar que, para estar ante abuso de poder de mercado por la vía de establecer precios predatorios, debe tratarse del actor dominante del mercado, que en este caso sería Pizarreño, toda vez que el actor dominante ya dispone de poder de mercado suficiente.

La Corte Suprema acogió el recurso de reclamación interpuesto por las demandantes Quimel y Cementa, en base a las siguientes consideraciones:

- 1) Es un hecho no debatido por las partes, que James Hardie ha desconocido lo resuelto por el Dictámen 1.287 de la Comisión Preventiva, en el cual, determinó que James Hardie estaba vendiendo bajo sus costos durante los últimos tres años (2011, 2002 y 2003) y que por tanto, debía abstenerse de seguir realizando dicha conducta, debiendo velar la FNE para que James Hardie ajustara su comportamiento a dicha resolución;

- 2) Que si bien James Hardie no es el principal actor en el mercado, su política de vender bajo el costo, la ha llevado a aumentar considerablemente su participación de mercado, aproximadamente en la cifra del 35%, mientras que sus competidores en el mismo periodo analizado, han disminuido, sin excepción, su participación;
- 3) A mayor abundamiento, del informe acompañado por la FNE se concluye que durante dicho periodo, las exportaciones de James Hardie le han reportado ganancias, y que sólo ha obtenido pérdidas en la venta de planchas de fibrocemento lisas en el mercado nacional, pudiendo obtener un retorno de dichas pérdidas en las ganancias obtenidas como consecuencia de las ventas en el extranjero;
- 4) El artículo tercero letra C del DL 211, habla de las prácticas predatorias o de competencia desleal desarrolladas con el objeto de obtener, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado, por tanto, no exige dicha disposición ser el actor dominante en el respectivo mercado, en tanto precisamente, la estrategia de bajar los precios bajo el costo puede tener como propósito alcanzar el poder de mercado o posición dominante del que se carece.

Por tanto, La Corte Suprema resuelve acoger el recurso de reclamación interpuesto por Quimel y Cementa, condenado a James Hardie a una multa a beneficio fiscal ascendente a 1.000 Unidades Tributarias Anuales.

5.2.4 Análisis del caso en sede libre competencia

El sujeto activo en este caso es una persona jurídica, James Hardie, la cual en la época de los hechos cuya sanción se solicita al TDLC, estaba ingresando al mercado de las planchas de fibrocemento para la construcción.

El sujeto pasivo inmediato son los productores y comercializadores de planchas de fibrocemento para la construcción, puesto que son los competidores directos de James Hardie, y quienes tendrán en definitiva, legitimación activa para demandar.

Es importante señalar a este punto que la demandada James Hardie intentó ampliar el mercado relevante por la vía de incluir otros supuestos sustitutos de las planchas de fibrocemento, todos los cuales estarían dentro del mismo mercado relevante. Sin embargo, éste quedó definido en su versión acotada, entendiéndose por competidores solamente los fabricantes y vendedores de planchas de fibrocemento.

El sujeto pasivo mediato reviste una particular característica puesto que el abuso de posición dominante a la forma de precios predatorios tiene como efecto en un principio, la baja de los precios, lo cual pareciera ir en directo beneficio de los consumidores.

Sin embargo, al mediano y largo plazo, se produce la salida de competidores, con una consecuente subida en los precios de los productos del predador, viéndose mermadas las posibilidades de elección de los consumidores.

La acción está conformada por la baja intencionada de los precios de las planchas de fibrocemento, con la expectativa de incrementar la participación de mercado que James Hardie tenía al entrar al mercado.

Logrado este objetivo, los precios son incrementados de manera intencional, (considerado que el resto de los competidores, si no han sido desplazados del mercado, al menos han visto disminuida su participación de modo considerable), con el objeto de paliar las pérdidas iniciales, y obtener una renta monopólica.

El resultado es la conculcación a la libre competencia, la cual conforme lo dicho no resulta fortuita, sino que depende de la voluntad y acciones directas del predador.

El nexa causal se da por acreditado por la Corte Suprema, toda vez que son las acciones conscientes de James Hardie, consistentes en disminuir sus precios bajo sus costos promedio, con el fin de incrementar el poder de mercado que detentaba, las que producen el efecto de conculcar la libre competencia.

Respecto de la faz subjetiva, podemos diferenciar tres estados sucesivos en la conducta predatoria de James Hardie:

- (i) una conducta consciente y efectuada de manera dolosa, consistente en bajar los precios de forma tal de incrementar el poder de mercado que se detenta;
- (ii) hecho lo anterior, se produce como consecuencia el desplazamiento del resto de los competidores del mercado, o al menos una baja considerable en sus respectivas participaciones de mercado. Puede ser objeto de discusión la intencionalidad de esta acción. En efecto, puede tratarse de un caso de dolo eventual, por cuanto la intención del predador es, en el corto plazo, incrementar su poder de mercado, y en el largo plazo, abusar de dicho poder obteniendo rentas monopólicas.
- (iii) finalmente, una vez alcanzada la posición de dominio el predador sube sus precios a fin de obtener rentas monopólicas, lo cual no se acreditó ni fue materia en el juicio, y no será por tanto, objeto de análisis.

La conducta resulta antijurídica y culpable, no han existido causales de justificación así como tampoco causales de exculpación.

5.2.5 Los hechos en sede civil. Causa Rol C 2191-2007, 26º Juzgado Civil de Santiago

La demanda de Quimel rolante a fojas 7

Quimel demandó a James Hardie luego de obtener una sentencia favorable mediante el Recurso de Reclamación interpuesto ante la Corte Suprema, modificatorio de la sentencia del TDLC.

La demanda se basa en que James Hardie, desde su ingreso al mercado nacional, y con el fin de lograr adquirir parte importante del mismo, inició una política sistemática de venta bajo el costo de sus planchas de fibrocemento, durante los años 2001, 2002 y 2003.

Dichas conductas anticompetitivas habrían desencadenado la desaparición del mercado de empresas que llevaban décadas participando del mismo, y produjo así mismo, una baja considerable en las ventas de la demandante.

El daño por el cual reclama indemnización en esta sede, es la baja en la venta de sus planchas, las cuales se redujeron en un 60% en el periodo antes indicado, aún cuando además se vio obligada a bajar los precios de las mismas.

Así mismo, Quimel se vio obligada a asumir un importante endeudamiento bancario entre los años 2001 a 2004 a fin de evitar su quiebra.

En cuanto al monto de los perjuicios a indemnizar, el daño emergente ascendería a la suma de \$513.962.000 pesos por endeudamiento, y a \$143.689.000 pesos por la pérdida contable experimentada en el año 2004.

En cuanto al lucro cesante, éste corresponde a lo que la demandante dejó de percibir entre los años 2001 y 2003, período en el cual se concretó la conducta predatoria de James Hardie.

El monto a indemnizar puede ser determinado en base a la rentabilidad promedio que Quimel obtuvo en el período 1994 a 2000, previo al ingreso al mercado de James Hardie, y en un escenario de competencia leal, el cual corresponde a un 11,6% anual, ascendente a \$336.349.000 pesos.

Finalmente, demanda por concepto de daño moral un total de \$900.000.000 pesos, por el desprestigio o descrédito comercial tanto en el mercado de las planchas de fibrocemento, como también en el financiero y bancario, quienes en conocimiento del estado financiero de la demandante elevaron los estándares para la obtención de los créditos solicitados por ésta.

Así mismo, demanda por el daño moral que le provocó la mala imagen corporativa que le impidió la obtención de nuevos clientes y proyectos, como así mismo, por la pérdida del honor y reputación al no poder cumplir con los compromisos comerciales asumidos con terceros.

El escrito de contestación a la demanda, rolante a fojas 63 vuelta

James Hardie contesta la demanda señalando que en sus primeros años en Chile vendió sus productos a precios que estaban bajo sus costos totales de producción, lo cual afirma que es absolutamente normal en cualquier empresa que ingresa a un mercado nuevo.

Los perjuicios que reclama la demandante deben acreditarse, puesto que ellos no provienen necesariamente de la política de precios de James Hardie.

Quimel ha arrastrado pérdidas desde hace mucho antes que James Hardie ingresara al mercado, situación que se vio agravada por la disposición legal que prohibió el uso de asbesto en la fabricación de las planchas de fibrocemento, del cual la demandada hizo caso omiso, negándose a renovar su tecnología, lo que se tradujo en un menor grado de eficiencia al aumentar sus costos de producción.

El resultado es la fabricación de un producto notoriamente inferior al que ofrecían tanto Pizarreño como James Hardie, lo cual unido a una administración deficiente explican las bajas en las utilidades.

Por tanto, los perjuicios que la demandante solicita le sean indemnizados no revisten la certeza necesaria, ni tampoco existe una relación de causalidad entre estos y la conducta de James Hardie.

El daño demandado por concepto de lucro cesante es meramente hipotético o eventual, porque la supuesta utilidad futura no es tal, toda vez que la demandante ha tenido una tendencia sostenida a la baja en sus ingresos.

Tampoco procede la indemnización por concepto de daño emergente, puesto que la demandante no ha señalado nada respecto al origen, destino, pago, ni vigencia del endeudamiento bancario solicitado.

La pretensión por daño moral también debe ser rechazada puesto que no es procedente respecto de personas jurídicas ni tampoco existe una relación de causalidad entre el supuesto desprestigio comercial de la demandante y las conductas desplegadas por James Hardie.

5.2.6 La sentencia del Tribunal Civil de 23 de junio de 2009, rolante a fojas 1059

El juzgado civil resolvió rechazar la demanda de indemnización de perjuicios deducida por Quimel con fecha 23 de junio de 2009.

El tribunal partió por establecer que la Corte Suprema acogió el recurso de Reclamación interpuesto por Quimel, sancionando a James Hardie por desarrollar una política de precios predatorios entre los años 2001 a 2003, con el objetivo de eliminar la competencia y así ganar poder en el mercado, con la intención de obtener rentas sobre normales en el largo plazo.

Determinada de esta forma la responsabilidad de James Hardie, se tuvo por establecida por sentencia firme una conducta contraria a la libre competencia, por lo que debe darse por acreditada la concurrencia de culpa, debiendo probarse en esta sede solamente el daño.

A este respecto, es necesario identificar la política de precios establecida por Quimel durante el periodo indicado y compararla con la que tenía antes de ingresar James Hardie al mercado.

De lo declarado por los testigos se puede concluir que históricamente Quimel siempre vendió más barato que sus competidores para poder mantener su participación de mercado, y que aún luego de la entrada de James Hardie, sus precios nunca fueron superiores a los de la demandada.

Las bajas en las ventas de Quimel se explican por otros factores, en primer lugar por la calidad de sus planchas. En efecto, los testigos concordaron en que las planchas de James Hardie tienen una mayor estabilidad dimensional, y mejor presentación.

Por el contrario las planchas de Quimel son quebradizas, permeables y poco sólidas, lo cual se debe en parte al sistema manual de producción de las mismas, en que la alta manipulación produce abolladuras, marcas y deformaciones en sus bordes.

Quimel por las razones dadas no pudo ingresar a canales de distribución profesionales y masivos, donde existieran consumidores dispuestos a pagar un precio mayor por mejor calidad, concentrándose sus ventas en el mercado de las ferreterías del sector periférico, y pequeñas y medianas empresas constructoras.

Por tanto, la fijación por la demandante de un precio inferior al de la demandada y las distintas calidades y procedimiento de fabricación de las planchas, permiten concluir que no existe un nexo causal entre los perjuicios alegados por la demandante y las conductas predatorias por las cuales fue condenada infraccionalmente la demandada.

5.2.7 Análisis del caso en sede civil

El juzgado civil parte de la base de las conductas, hechos y calificaciones jurídicas establecidas por el TDLC, que como hemos argumentado, corresponden básicamente a la acción culpable o dolosa del infractor.

Este aserto es corroborado de manera expresa por el tribunal cuando señala que la culpa debe tenerse por acreditada, y que sólo deben probarse los daños y la causalidad entre los mismos en sede civil.

La acción sancionada por el TDLC y objeto de la demanda de perjuicios es la imposición de precios predatorios en el mercado de la comercialización de planchas de fibrocemento, esto es, la venta bajo el costo promedio de dicho producto.

Luego, el tribunal hace un análisis de la procedencia de la indemnización de perjuicios en base a la existencia de daños a Quimel, los cuales corresponderían a las pérdidas que ha sufrido como consecuencia de la conducta predatoria de James Hardie.

El tribunal consideró que las pérdidas de Quimel están asociadas a que esta empresa siempre ha vendido a precios bajos, situación que no se modificó con la entrada de James Hardie al mercado. Por tanto, no existen verdaderamente daños, y de existir, tampoco serían atribuibles a la conducta de James Hardie, toda vez que no hay una relación de causalidad entre ambos.

Las bajas ventas de Quimel se deben principalmente y como se expresa en la sentencia, a la baja calidad de las planchas de Quimel, que por sus características resultan atractivas para un mercado diferente al de James Hardie.

Esta sentencia resulta esclarecedora en cuanto a los requisitos que deben probarse en sede civil para que proceda la indemnización de perjuicios: el daño y la causalidad.

En cuanto a la faz subjetiva del ilícito, la conducta de James Hardie resultó suficiente para conculcar la libre competencia, pero la intencionalidad de la misma no iba dirigida directamente a desplazar del mercado a Quimel, ni a producir una baja en sus ventas aún cuando era la consecuencia que lógicamente debería producirse.

Como explicáramos antes, podríamos hablar a este respecto de un caso de dolo eventual, en que la intención de James Hardie fue incrementar el poder de mercado que detentaba por la vía de reducir sus precios bajo el costo de producción, lo cual tiene como consecuencia lógica el desplazamiento o la baja en la participación de sus competidores, aún cuando la intención no estuviera directamente dirigida a lograr ese objetivo, al menos respecto de Quimel.

SECCIÓN SEXTA

6. Algunos problemas que plantea la acción civil por ilícitos monopólicos.

6.1 Equivalentes jurisdiccionales.

Los equivalentes jurisdiccionales son “todos aquellos actos que sin haber emanado de la jurisdicción de nuestros tribunales equivalen a los efectos que produce una sentencia para los efectos de la solución del conflicto”.⁴⁶

El artículo 22 del DL 211, regula el llamado a conciliación en el procedimiento monopólico, el cual es de carácter facultativo para el Tribunal.

Parte de la doctrina ha sostenido que el llamado a conciliación no debiese ser procedente ni estar regulado por el DL 211, toda vez que esta norma se encuentra prevista para solucionar conflictos de carácter público, velando por intereses irrenunciables, aún cuando sean aprobados por el TDLC:

*“Atendido que la legislación antimonopólica constituye un límite, fundado en el orden público y la moral, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, nos parece totalmente improcedente la reforma introducida al Decreto Ley 211 contemple la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia llame a las partes a conciliación”.*⁴⁷

El artículo 30 del DL 211 prevé la acción civil cuando exista como antecedente una “*sentencia definitiva ejecutoriada*” favorable dictada por el TDLC.

⁴⁶ MATORANA MIQUEL, Cristián. Introducción al derecho procesal, la jurisdicción y la competencia. Departamento de derecho procesal. Universidad de Chile. Febrero 2006. p. 153.

⁴⁷ VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p131.

Es evidente que ello incluye los equivalentes jurisdiccionales que contempla nuestro ordenamiento, sin que sea posible una interpretación restrictiva del precepto, independientemente de si dichos equivalentes son o no deseables para el sistema.

El problema se plantea en casos que el equivalente jurisdiccional alcanza sólo a la FNE, en representación del interés general, y al demandado, pero no a privados individualmente considerados, sea porque no se sumaron a dicha instancia deduciendo demanda, sea porque no dedujeron demandas individuales con anterioridad.

En este último caso –cuando el privado no haya deducido demanda con anterioridad- hay que tener presente que, ejecutoriada la conciliación, operaría la cosa juzgada, lo que imposibilita al privado demandar posteriormente por los mismos hechos ante el TDLC, de acuerdo a una jurisprudencia reciente⁴⁸.

El problema se suscita porque, de acuerdo al mandato del artículo 30, el tribunal civil deberá tener en consideración las conductas, hechos y calificación jurídica establecidos por el TDLC.

La pregunta es, ¿cabe la posibilidad para el privado de demandar perjuicios en sede civil, teniendo como antecedente el equivalente jurisdiccional entre la FNE y el demandado?

Una interpretación posible, y más cercana a justicia, es que la FNE representa el interés de la colectividad. En este sentido, siendo la misma acción ilícita la que funda la acción civil y la que puede interponer la Fiscalía, y estando el privado representado en la conciliación antimonopólica por ésta, existiría una identidad legal de partes, por lo que el privado podría interponer la acción civil por los perjuicios causados en procedimiento sumario, debiendo probar únicamente los daños causados y la relación causal.

⁴⁸ Resolución de término número 62/2008, TDLC. Rol 153-08, caratulados Requerimiento de la FNE contra Cervecera CCU Chile Limitada.

Esta es la solución del Derecho Peruano, el cual en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú, dispone:

“Artículo 49°.- Indemnización por daños y perjuicios

Agotada la vía administrativa, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas declaradas anticompetitivas por la Comisión, o, en su caso, por el Tribunal, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante INDECOPI, (nuestro TDLC) y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios⁴⁹”.

Una segunda interpretación posible es que no existe posibilidad de demandar perjuicios en sede civil, puesto que los hechos, conductas y calificaciones jurídicas no se han determinado respecto del privado que intenta accionar.

Ello, porque operaría la triple identidad –partes, objeto y causa de pedir del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil- y con ello, la excepción de cosa juzgada en sede libre competencia.

De esta forma, el privado estaría impedido de demandar al mismo sujeto y por los mismos hechos, no pudiendo obtener la sentencia favorable necesaria para demandar en sede civil.

Aún cuando el tribunal opte por esta alternativa, hacemos presente que el derecho del demandante no puede verse mermado en ninguna medida, puesto que siempre subsistirá la acción civil ante los tribunales ordinarios de justicia.

⁴⁹ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034, publicado el 25 de junio de 2008.

El TDLC ha evitado pronunciarse a este respecto, señalando que es el tribunal civil el llamado a determinar si procede o no la acción de un privado en estas circunstancias⁵⁰. La discusión queda abierta.

⁵⁰ “Que, finalmente, a este Tribunal no le corresponde analizar si la posibilidad de que prospere una acción de indemnización de perjuicios por parte de Cervecera Artiagoitia en contra de CCU se vería en algún grado mermada en caso de acogerse alguna de las excepciones dilatorias planteadas en autos, por cuanto la procedencia de tales acciones se rige por normas diversas de las que corresponde aplicar a este Tribunal y están destinadas a amparar bienes jurídicos distintos de los que corresponde tutelar en esta sede”. Ob. Cit. Resolución de término número 62/2008.

6.2 La prueba de la conculcación a la libre competencia.

Hemos señalado que quien pretenda accionar con miras a la reparación de un perjuicio civil, deberá acreditar tanto los perjuicios de carácter privado, como el nexo causal entre la conducta antijurídica calificada por el TDLC y dichos daños.

El problema se presenta debido a que el régimen de prueba difiere entre el que debe aplicar el TDLC y el juez en lo civil.

En materia civil, los medios probatorios se encuentran taxativamente establecidos en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.

Por oposición, el DL 211 en su artículo 22, establece que los hechos materia del juicio podrán probarse por los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil *“y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”*.

En cuanto a la apreciación de la prueba, el sistema que rige en materia civil es el de la prueba legal o tasada, en tanto, en sede libre competencia la regla es la sana crítica.

La conducta podrá probarse por cualquier medio, así también su carácter de culpable o dolosa. Dichas calificaciones deberán mantenerse por el juez civil, sin que puedan volver a ser probadas. Por oposición, el daño civil y la relación causal, deberán probarse por los medios de prueba que taxativamente contempla el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.

6.3 Reparación del lucro cesante

La prueba del daño, como señalábamos, es de carga del demandante, y deberá ser acreditada por los medios de prueba que taxativamente contempla el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.

El lucro cesante, se caracteriza por su incertidumbre, pues en la práctica se materializa en un cálculo de probabilidades de la ocurrencia de hechos futuros. Ello, es aún más notorio en sede libre competencia, donde la conculcación a la colectividad puede ser sólo potencial –o lo que es lo mismo- puede tratarse de un ilícito de mero peligro:

*“Sin embargo, en la mayoría de los casos más importantes, la pregunta se refiere a los efectos futuros que una determinada operación tendrá en la competencia. Ello requiere de un análisis que inevitablemente es dinámico (porque la situación originaria necesariamente cambiará) e hipotético (porque atiende precisamente a un futuro que, al menos en alguna medida, es incierto)”.*⁵¹

Algunos criterios que puede utilizar el juez en lo civil para la determinación y cuantificación del lucro cesante son los beneficios que el infractor podría haber obtenido si no hubiera existido el ilícito monopólico, y los beneficios que el infractor haya obtenido en virtud del ilícito monopólico. Como criterios coadyudantes se pueden considerar la importancia económica y duración del ilícito; todo ello con miras a obtener una valoración, dentro de lo posible, equitativa, que no signifique un lucro para la víctima.

⁵¹ BARROS BOURIE Enrique, *La prueba en los casos de libre competencia*. En Fiscalía Nacional Económica, Día de la Competencia 2004. P 2

6.4 Excepción de litis pendencia.

Existiendo dos procesos paralelos a los que el demandante pudiera optar, a fin de perseguir la responsabilidad del competidor (TDLC, o tribunal civil mediante procedimiento ordinario), se plantea el caso, que por un mismo ilícito, un demandante concurre al TDLC, y otro demandante a un tribunal civil, a fin de perseguir la responsabilidad correspondiente.

En este caso, el demandado podría oponer la excepción prevista en el número 3 del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la excepción de litis pendencia contra la segunda demanda, por encontrarse pendientes de sentencia los mismos hechos en un proceso distinto.

Sin embargo, la jurisprudencia parece haber resuelto lo opuesto: no cabe oponer la excepción de litis pendencia, aún cuando los hechos sean los mismos, puesto que, la causa de pedir es distinta en ambos procesos.

Ello es del todo armónico con la idea que hemos planteado: ambas sedes –civil y libre competencia- son distintas, puesto que amparan bienes jurídicos distintos; y obedecen a distintos principios y fines, privado y público, respectivamente.

Reproduciremos al efecto algunos considerandos relevantes de la resolución de 23 de abril de 2008, de la causa rol C N° 154-08:

“Segundo: Que, para que pudiera prosperar la excepción de litis pendencia opuesta, la competencia de este Tribunal habría de coincidir con la del juzgado civil que previno en el asunto. Sólo así, la sentencia firme que recaiga en dicho procedimiento podría producir cosa juzgada en éste y, únicamente de esa forma, podrían infringirse las reglas de competencia y los principios de seguridad y certeza que el legislador orgánico y procesal resguardó al contemplar la excepción de litis pendencia en el artículo 303 N° 3 del Código de Procedimiento Civil;

Tercero: Que, por lo tanto, y en la medida que este Tribunal tiene competencia especial, exclusiva y excluyente en materias de libre competencia, no puede existir litis pendencia en relación con el asunto de interés particular del que está conociendo el tribunal civil. Así, aunque los hechos sometidos a conocimiento de ambos tribunales fueran los mismos, el ámbito de competencia de cada uno es diverso y, por consiguiente, sus pronunciamientos no pueden colisionar o ser contradictorios

Cuarto: Que, por la misma regla de especialidad, sólo este Tribunal puede declarar como contraria a la libre competencia una determinada conducta, prevenirla, corregirla y sancionarla con el fin de resguardar este bien jurídico y, en consecuencia, el interés público que pudiera estar comprometido en los hechos sometidos a su conocimiento;

Quinto: Que, adicionalmente, no puede haber litis pendencia entre el señalado juicio civil y éste, por cuanto no coincide entre ambos procesos la causa de pedir que, en el que conoce este Tribunal está configurada por una presunta infracción al artículo 3º del DL 211, fundamento respecto del cual, como se señaló, sólo este Tribunal puede decidir; independientemente de que –para hacerlo- deba conocer hechos similares o idénticos de aquellos puestos en conocimiento del juez civil;

Sexto: Que, por otra parte, la cosa pedida en ambos procesos tampoco sería la misma. En el proceso civil, lo pedido tiene para el demandante un contenido patrimonial directo que sólo él puede reclamar, mientras que en el proceso de libre competencia, el objeto o cosa pedida es únicamente el resguardo de este bien jurídico público, de manera que el conflicto de interés privado subyacente es meramente incidental”⁵²

⁵² Resolución 23 de abril de 2008, causa rol C N 154-08, caratulada “Demanda de Universidad Católica de Chile, Corporación de Televisión contra VTR BANDA ANCHA (CHILE) S.A”.

6.5 El procedimiento sumario

El artículo 30 del DL 211 dispone que la acción de indemnización de perjuicios civiles a que de lugar la sentencia definitiva ejecutoriada obtenida en sede libre competencia, se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil.

A este respecto, resulta interesante destacar que el legislador por mandato expreso, dispone la aplicación del procedimiento sumario a la antedicha acción, tratándose de un caso de aplicación específica del procedimiento sumario.

La relevancia de lo expuesto, recae en que una vez iniciado el procedimiento, no será posible para las partes transformar el juicio sumario en un proceso ordinario, como si sucede en los casos en que la aplicación del juicio sumario es de tipo particular, tal como lo dispone el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil.

Ello es del todo beneficioso para quien interpone una acción civil de perjuicios derivada de ilícitos monopólicos, toda vez que las posibilidades de defensa se merman, y en definitiva, resulta concordante con la normativa monopólica, puesto que el TDLC es el órgano experto en la materia, que debe en la medida de lo posible, y hasta donde llegue su competencia, calificar las conductas que considere antijurídicas y contrarias a la libre competencia.

SECCIÓN SEPTIMA

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo sostuvimos que el bien jurídico que trasciende a toda la legislación monopólica es la libre competencia.

La libre competencia es aquel bien jurídico que la ley busca promover y defender para la consecución de un fin último, cual es el mayor bienestar social, a partir de la mayor producción de bienes y servicios, a los menores precios posibles.

Ello, es del todo coherente con la historia fidedigna de la Ley que crea el TDLC, Ley 19.911, puesto que la intención del legislador fue dejar indeterminada la definición del bien jurídico que ella protege, dejando esta tarea a cargo de la jurisprudencia.

Finalmente, la jurisprudencia, como hemos visto, ha definido el bien jurídico como la producción de más y mejores bienes y servicios al menor precio, por medio de la protección de la competencia, haciendo explícito que el fin último de la norma es la eficiencia, y la relación medio- fin que tiene con la libre competencia.

Este fin último es de carácter público, pues interesa a la colectividad. Sin embargo, de la infracción al DL 211, es posible verificar, en ciertos casos, daños civiles ocasionados a privados que no son reparables con una multa a beneficio fiscal, pues tienen un fundamento diferente.

En cuanto a los antecedentes que el tribunal civil debe tener a la vista a partir de la sentencia condenatoria del TDLC, concluimos que por “calificación jurídica” debe entenderse la conducta declarada antijurídica por el TDLC, así como su calificación de culpable o dolosa. Ello es de la mayor relevancia, toda vez que se sigue de esta afirmación, que la culpa no deberá volver a probarse en el juicio sumario ante los tribunales civiles.

El daño y el nexo causal deberán acreditarse mediante los medios de prueba taxativos contemplados en el Código de Procedimiento Civil. En tanto, la culpa puede ser acreditada con anterioridad bajo las reglas del DL 211 que consagra libertad probatoria, pero limitada a las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia.

Se analizó la experiencia comparada en relación a la indemnización de perjuicios civiles emanados de sentencias monopólicas, específicamente la legislación Norteamericana (Clayton Act) y la legislación europea (Tratado de Roma).

Del sistema Norteamericano podemos rescatar las instituciones de los *“treble damages”* y *“class actions”*, los cuales facilitan la indemnización de perjuicios para la víctima básicamente por tres vías: (i) incentivando la interposición de demandas, (ii) disminuyendo los costos de los litigios; y (iii) aumentando la efectiva compensación de los perjuicios.

Sin embargo, como tuvimos oportunidad de ver, el carácter sancionatorio de los *“treble damages”* no se condice con la función meramente compensatoria que tiene la indemnización de perjuicios en nuestro sistema. Una institución semejante podría ayudar a mejorar la situación de la víctima, así como a disuadir la ejecución de delitos monopólicos.

Así mismo tuvimos oportunidad de revisar la institución de los *“indirect purchase suits”* que dicen relación con la indemnización a los compradores indirectos de quienes han cometido una infracción monopólica.

Esta institución si bien beneficiosa para las víctimas, ha tenido aceptación restringida en el sistema Norteamericano, y probablemente resultaría impracticable en nuestro sistema en el actual estado de desarrollo en que se encuentra, puesto que pugna ampliamente con el requisito de causalidad, al menos como lo han puesto en práctica los tribunales civiles nacionales.

En el sistema europeo en tanto, la indemnización de perjuicios tiene un carácter compensatorio, sin embargo se diferencia de nuestro sistema en que la legitimación activa es más amplia, por cuanto comprende también a los sujetos pasivos o víctimas mediatas.

La jurisprudencia nacional, si bien escueta, resulta bastante ilustrativa de la forma en que el tribunal civil debe analizar la procedencia o improcedencia de la indemnización de perjuicios emanados de una sentencia monopólica.

De los dos casos en que se han demandado perjuicios civiles a partir de una sentencia del TDLC, bajo el imperio del DL 211 modificado por la ley 19.911 que introdujo el actual texto del artículo 30, es posible obtener las siguientes conclusiones:

1.- Manifiestan el análisis que debe hacer el tribunal civil, tomando en consideración las conductas, los hechos, y las calificaciones jurídicas del TDLC sin volver a analizarlas;

2.- El tribunal civil no sólo debe abocarse a determinar el monto de los perjuicios a indemnizar, sino también a determinar la procedencia de la indemnización;

3.- Ilustran cómo el tribunal civil debe dar por establecida la existencia de la acción u omisión, culpable o dolosa, debiendo limitarse a analizar la existencia del daño y como es lógico, de la causalidad entre ambos;

4.- Finalmente, dan cuenta cómo en un caso puede haber existido una conculcación a la libre competencia y por tanto, una vulneración a dicho bien jurídico de carácter público. Sin embargo no es imperativo que concurriendo una conculcación a la libre competencia se produzca un daño a un patrimonio concreto que haga procedente la indemnización de perjuicios civil.

Se analizaron casos prácticos que abren la discusión sobre la necesidad de una regulación más acabada de la acción de perjuicios emanada de una sentencia

monopólica. La experiencia comparada puede servir como directriz en este sentido, a fin de facilitar la prueba de los perjuicios a las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

1. BARROS BOURIE Enrique, *La prueba en los casos de libre competencia*. En Fiscalía Nacional Económica, Día de la Competencia 2004.
2. CÁRDENAS, Hugo A. *La relación de causalidad: ¿quaestio facti o quaestio iuris?: Comentario a sentencia de Corte Suprema, 26 de enero de 2004*. *Rev. chil. derecho*, abr. 2006, vol.33, no.1.
3. CARIOTA FERRARA, Luigi “*El negocio Jurídico*”. Madrid, Editorial Aguilar, 1956.
4. Causa Rol C N° 154-08.
5. CLIFFORD A. Jones, J.D. (Okla), “*Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*”, Editorial Oxford, 1999.
6. Comisión Resolutiva, Resolución N° 368.
7. DE LA VEGA GARCÍA, Fernando. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial, resarcimiento del daño causado al competidor*. Madrid Editorial Civitas, 2001.
8. DFL N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973. Publicado en el Diario Oficial de 7 de Marzo de 2005.
9. FERRI, Luigui. *La autonomía privada*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

10. HARRISON DE LA BARRA, Francisco Javier, *Diccionario de instituciones de derecho procesal penal*, tomo I, citando a Garraund, Ediciones Encina Limitada, Santiago de Chile, 1972.
11. FISCALÍA Nacional Económica, *La representación del interés general en el sistema de libre competencia, su significado y alcance*. {En línea} Santiago. {Consulta 5 diciembre 2008}. http://www.fiscaliaeconomica.cl/descargas/dia_competencia/data/2004/disc_ddl_c_2004_pmp.pdf.
12. Libro Blanco de Acciones de Daños y Perjuicios por Incumplimiento de las Normas Comunitarias de Defensa de La Competencia, 2008.
13. MATURANA MIQUEL, Cristián. *Introducción al derecho procesal, la jurisdicción y la competencia*. Departamento de derecho procesal. Universidad de Chile. Febrero 2006.
14. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se Inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia , Mensaje N° 132-346, Boletín N° 2944-03. Santiago, 17 de mayo de 2002.
15. Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Acuerdo que Aprueba el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América y sus Anexos, Adoptados en Miami el 6 de junio de 2003, Mensaje N° 168349, Boletín N° 3318-10, Santiago, 8 de agosto de 2003.
16. ORTIZ BAQUERO Ingrid, *“La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”* {En línea}. {Consulta 3 de junio de 2011} dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3627134&orden=0 p. 41.

17. POSNER, Richard A., *Antitrust Law*. 2 ed. Chicago, The University Of Chicago Press Chicago And London, 2001.
18. Reglamento de la Comisión Europea N°1 del año 2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.
19. Resolución de término número 62/2008, TDLC, Rol C N° 153-08, caratulado “Requerimiento de la FNE contra Cervecera CCU Chile Limitada”.
20. Resolución N° 479 de 31 de diciembre de 1996 de la Comisión Resolutiva.
21. SANTIESVAN DE NORIEGA, Jorge. *Responsabilidad extracontractual derivada de conductas anticompetitivas. Tipicidad, Antijuricidad y calificación previa por parte de la administración*. {En línea}. {Consulta 8 diciembre 2008} <http://www.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recomp/castellano/articulos/otono2008/Santistevan.pdf>.
22. Sentencia de Juzgado Civil de Primera Instancia de Madrid, 7 de Junio de 2005.
23. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 244, considerando 9, 2006.
24. VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006.

