



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**PRUEBA DEL DAÑO PATRIMONIAL PRODUCIDO A COMPETIDORES Y
COMPRADORES DIRECTOS A PROPÓSITO DEL ILÍCITO DE COLUSIÓN**

DANIEL BARRERA SUTHERLAND

Profesor Guía: Jonatan Valenzuela Saldías

Santiago de Chile.

2024.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: LA INSTITUCIONALIDAD DE LIBRE COMPETENCIA	5
I. Consideraciones preliminares:	5
II. Institucionalidad de libre competencia y <i>public enforcement</i> :.....	5
A. <i>DISEÑOS INSTITUCIONALES</i> :	5
B. <i>MODELO INSTITUCIONAL ADOPTADO POR EL DECRETO LEY 211</i> :	6
C. <i>FUNCIÓN ADJUDICADORA DEL TDLC</i> :.....	7
D. <i>TIPO INFRACCIONAL DE COLUSIÓN</i> :.....	9
i. <i>Consideraciones generales</i> :	9
ii. <i>Elementos de la colusión</i> :	10
1. <i>Acuerdo o práctica concertada</i> :.....	10
2. <i>Que el acuerdo o práctica concertada involucre competidores entre sí</i> :.....	12
3. <i>Objeto recaiga sobre variable de competencia</i>	12
4. <i>Aptitud anticompetitiva</i>	13
5. <i>Existencia de voluntad para su concreción</i>	14
iii. <i>Multas y sanciones aparejadas</i>	15
III. Institucionalidad de libre competencia y <i>private enforcement</i> :	16
A. <i>PRINCIPALES ANTECEDENTES DE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA</i> :	16
B. <i>RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AGENTES COLUDIDOS</i>	17
i. <i>Rol de la sentencia infraccional</i> :.....	18
2. <i>Efecto prejudicial</i> :	19
ii. <i>Daño</i> :.....	21
1. <i>Daño anticompetitivo y daño indemnizable</i> :	21
2. <i>Naturaleza del daño indemnizable</i>	22
iii. <i>Causalidad</i> :.....	24

CAPÍTULO II: PRIVATE ENFORCEMENT EN CHILE Y LAS PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS PROCESALES ASOCIADAS	26
I. Evolución normativa:	26
A. PRIMERA ETAPA:	26
B. SEGUNDA ETAPA:	28
C. TERCERA ETAPA:	35
CAPÍTULO III: LA PRUEBA DEL DAÑO PATRIMONIAL DE COMPETIDORES Y COMPRADORES DIRECTOS POR EL ILÍCITO DE COLUSIÓN	39
I. Introducción:	39
II. Etapa de inclusión probatoria:	40
A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA INCLUSIÓN PROBATORIA:	40
i. Sentencia infraccional:	41
ii. Prueba pericial:	44
III. Etapa de valoración probatoria	46
A. SANA CRÍTICA:	46
B. INFERENCIAS PROBATORIAS COMO FORMA DE RAZONAR SOBRE LOS HECHOS:	49
C. VALORACIÓN HOLÍSTICA:	51
IV. Etapa de decisión probatoria	52
A. CONCEPTO DE ESTÁNDAR DE PRUEBA:	52
B. ESTÁNDAR DE PRUEBA DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL TDLC:	53
i. Estándar de prueba aplicable a procedimientos infraccionales de colusión:	53
ii. Estándar de prueba aplicable a procedimientos indemnizatorios por colusión:	54
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES	57
BIBLIOGRAFÍA	60

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo consistirá en el análisis de la prueba de los daños patrimoniales producidos por el ilícito de colusión cometido por un agente económico tanto respecto de competidores como agentes económicos aguas abajo.

La motivación del trabajo se funda en la modificación del artículo 30 del Decreto Ley N°211 (“**DL 211**”), que trajo aparejada como una de sus principales novedades la atribución de competencia exclusiva al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”) para el conocimiento y fallo de las acciones indemnizatorias a las que eventualmente puede dar lugar la comisión de un ilícito anticompetitivo.

Desde la modificación del artículo 30 del DL 211 a la fecha, al TDLC le ha correspondido emitir un solo pronunciamiento definitivo acerca de una acción indemnizatoria por la comisión de un ilícito anticompetitivo, en donde fue tributario de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia quienes conociendo de las mismas acciones indemnizatorias que antes correspondían completamente a la justicia ordinaria fueron asentando algunos criterios sobre la forma en que opera la acción en análisis, y en particular acerca de la prueba de la causalidad y el daño.

Sobre esto último se enfocará el presente trabajo, en específico, sobre la situación del daño patrimonial sufrido por los competidores y compradores directos, por medio del cual se pretende dar cuenta de las principales particularidades relacionadas a la acción de indemnización de perjuicios establecida en el artículo 30 del DL 211.

Con dicho objetivo, el presente trabajo de estructurará en tres capítulos.

El primer capítulo abordará la institucionalidad de Libre Competencia en Chile, analizando el rol de los organismos públicos destinados a resguardarla y de los privados que se han visto afectados por conductas anticompetitivas, explicando además las particularidades del ilícito de colusión, las consecuencias que trae aparejada su condena y en específico la procedencia de la acción indemnizatoria por los daños que se puedan haber ocasionado a competidores y/o compradores directos.

El segundo capítulo tiene por objeto realizar un análisis de la evolución normativa referida a la acción indemnizatoria por ilícitos anticompetitivos, dando cuenta de las tres etapas que se pueden identificar y los principales casos que los tribunales de justicia han tenido la oportunidad de conocer en cada una de ellas, exponiendo los principales criterios que se han elaborado en torno a la acreditación de los daños patrimoniales.

El tercer capítulo examinará la acción de indemnización de perjuicios consagrada en el artículo 30 del DL 211 y los supuestos que la jurisprudencia ha tenido a la vista para determinar la procedencia de esta bajo la perspectiva de la teoría racional de la prueba.

Por último, se hará una recapitulación de los tres capítulos referidos y se expondrá las principales conclusiones referidas a la acreditación del daño patrimonial producido a competidores y compradores directos a propósito del ilícito de colusión.

CAPÍTULO I: LA INSTITUCIONALIDAD DE LIBRE COMPETENCIA

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

En este capítulo, se procederá a describir el funcionamiento que tiene la institucionalidad de libre competencia en Chile, distinguiendo el rol que les corresponde a las autoridades o “*public enforcement*”, y el rol de los privados en la persecución, sanción y reparación de los ilícitos anticompetitivos a lo que se le denomina “*private enforcement*”.

II. INSTITUCIONALIDAD DE LIBRE COMPETENCIA Y PUBLIC ENFORCEMENT:

a. DISEÑOS INSTITUCIONALES:

En cada sistema jurídico existen diversos entes de carácter público encargados de velar por la existencia de libre competencia en los mercados, ya sea mediante controles *ex ante* con el establecimiento de normativas y regulaciones para ciertas actuaciones o mercados en particular, y controles *ex post* investigando, persiguiendo y sancionando las infracciones que se produzcan. Esto es lo que se ha denominado como *public enforcement* en materia de libre competencia y que tiene por objeto servir al interés público¹.

La orgánica y distribución de funciones de las instituciones públicas de libre competencia a nivel comparado es tan diversa como ordenamientos jurídicos existen en el mundo, lo que se debe, dentro de otros factores, a la historia del país, su cultura jurídica, política y económica, además de los objetivos que el mismo diseño tenga, es decir si propende a la protección de un determinado bien jurídico, al que entiende debe conferírsele protección mediante el derecho de la competencia².

Al respecto, se pueden identificar tres grandes modelos o diseños institucionales, dentro de los que se encuentran: (i) modelo judicial bifurcado; (ii) modelo de agencia integrada; y (iii) modelo de agencia bifurcada³.

En el modelo judicial bifurcado existe una agencia técnica especializada que cuenta con facultades de investigación, pero donde las funciones de adjudicación y sanción

¹ Sobre el desempeño de la Fiscalía Nacional Económica véase: Pardow (2015).

² Dentro de los que podemos encontrar principalmente el promover y defender la libre competencia de los mercados, perseguir la máxima eficiencia en los mercados y la protección al consumidor

³ Al respecto, véase: Fox y Trebilock (2012).

corresponden a los tribunales ordinarios de justicia luego de un procedimiento sancionador legalmente tramitado.

El modelo de agencia integrada se caracteriza en cuanto hay una institución encargada de la investigación de los presuntos actos contrarios a la libre competencia, la que, a su vez, posee facultades adjudicadoras, y en donde las eventuales multas o sanciones pueden ser revisadas y/o impugnadas por un tribunal especializado o jueces de tribunales superiores ordinarios.

Por último, en el modelo de agencia bifurcada, existe una agencia que posee facultades de investigación y es quien debe ejecutar la acción de *enforcement* ante tribunales o autoridades especializadas contempladas exclusivamente para conocer de este tipo de acciones o similares quienes tienen, dentro de otras funciones, la de adjudicación. La decisión de estas últimas puede ser impugnada ante otros organismos especializados o tribunales ordinarios de justicia⁴.

b. MODELO INSTITUCIONAL ADOPTADO POR EL DECRETO LEY 211:

La legislación nacional adopta el modelo de agencia bifurcada, en donde se encuentran como principales agentes a la Fiscalía Nacional Económica ("**FNE**"), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**TDLC**") y la Excma. Corte Suprema ("**Corte Suprema**").

A la FNE, por un lado, le corresponde investigar y perseguir las "*conductas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos*"⁵, mientras que, por otro, la labor de adjudicación le corresponde al TDLC, órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia⁶⁻⁷. Por último, se encuentra la Corte Suprema que está facultada para conocer del recurso de reclamación que procede ante la dictación de una

⁴ Para mayor detalle, véase Sepúlveda (2017)

⁵ Artículo 3, inciso primero del DL 211.

⁶ Artículo 5 del DL 211.

⁷ Esto sin perjuicio de las otras atribuciones y deberes que le confiere el artículo 18 del DL 211.

sentencia pronunciada por el TDLC, y sea que imponga alguna de las medidas dispuestas en el artículo 26 del DL 211⁸ o absuelva de estas⁹.

c. FUNCIÓN ADJUDICADORA DEL TDLC:

Como fue señalado, el TDLC es un órgano jurisdiccional que tiene como función prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Para efectos del presente trabajo, esta función se debe analizar en concordancia con la atribución – deber que le confiere el numeral 1) del artículo 18 del DL 211 que señala:

“Artículo 18º.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

- 1) *Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley; (...).”*

Las situaciones que pueden constituir infracciones al DL 211 se encuentran establecidas primordialmente en un catálogo no taxativo contemplado en el artículo 3, cuyo inciso primero establece una cláusula general respecto de las conductas que pueden ser consideradas como contrarias a la libre competencia, estableciendo:

“cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja, o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.

El inciso segundo del referido artículo referido, contiene especificaciones acerca de las conductas que son consideradas como contrarias a la libre competencia, en particular, las letras a), b), c) y d), respectivamente, se refieren a las siguientes conductas: a) la colusión consistente en los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí y que consistan en la fijación de una serie de variables competitivas esenciales; b) el abuso de posición dominante en el mercado o explotación abusiva fijando precios de compra o de venta, imponiendo ventas atadas, asignando zonas o cuotas de mercado u otros abusos semejantes; c) las prácticas predatorias o de competencia desleal realizadas con el objeto de alcanzar o mantener una posición dominante; y, finalmente, d) la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en

⁸ Dentro de las sanciones que impone se encuentran: (i) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, o sistemas; (ii) ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y otras personas de derecho privado; (iii) aplicar multas a beneficio fiscal; y (iv) imponer la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración del Estado

⁹ Inciso segundo del artículo 27 del Decreto Ley 211.

dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que estas pertenezcan tenga ingresos anuales superiores a las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.

Dentro de las conductas mencionadas, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la colusión constituye el más lesivo de los atentados en contra de la libre competencia, puesto que cuando los agentes económicos incurren en dicho actuar, el precio y/o las condiciones de comercialización de los bienes producidos no son determinados en virtud de las reglas de oferta y demanda, sino que por la mera voluntad de los agentes coludidos, lo que a su vez produce efectos redistributivos negativos, desincentivos a la innovación y empeoramiento en la calidad y condiciones de producción de los productos.

El repudio que el legislador expresa hacia esta conducta se ve prístinamente reflejado en la historia de la Ley 20.945 la que señala:

“Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado”

Asimismo, el TDLC ha sido enfático en recalcar la lesividad de la colusión señalando al respecto¹⁰:

“La colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados contra la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores”

Atendida la relevancia de este ilícito anticompetitivo y el objeto del presente trabajo que comprende los daños patrimoniales que los agentes coludidos puedan irrogar a sus competidores y compradores directos, y en particular las dificultades probatorias que la acreditación del daño tiene aparejada en estos casos, a continuación, se procederá a analizar el tipo infraccional de colusión.

¹⁰ Sentencia N°119 TDLC dictada en la causa “Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada S.A y otros”

d. TIPO INFRAACCIONAL DE COLUSIÓN:

i. Consideraciones generales:

Luego de la modificación introducida por la Ley N° 20.945, el inciso primero letra a) del artículo 3 del DL 211 determina que la colusión consiste en:

“a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”

Sobre la normativa citada, se pueden señalar tres grandes diferencias respecto de la Ley N° 20.361 de 2009¹¹.

La primera diferencia dice relación con el entendimiento de las conductas constitutivas de colusión en donde se elimina la distinción entre acuerdos “expresos” y “tácitos”. La segunda consiste en la precisión que efectúa la norma al señalar que los acuerdos o prácticas concertadas puedan involucrar a “competidores entre sí”, lo que importa que pueden ser partícipes tanto competidores directos, como verticalmente relacionados. La tercera diferencia, y quizás la más relevante es aquella que deroga la exigencia legal comprendida para el caso de los carteles duros¹², los que al ser considerados como intrínsecamente anticompetitivos, se estima que los acuerdos o prácticas concertadas que diesen lugar a estos, necesariamente debían conferir poder de mercado para sancionarse (Grunberg 2017, p. 16-19).

A continuación, se procederá a evaluar los requisitos configurativos de una conducta constitutiva de colusión.

¹¹ Que establecía como tipo infraccional de colusión: “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.

¹² Entendidos como las colusiones que consisten en la fijación de precios de venta o de compra, limitación de la producción, asignación de zonas o cuotas de mercado, o la afectación de procesos de licitación.

ii. Elementos de la colusión:

Los requisitos o elementos para estar ante el ilícito anticompetitivo de colusión son los siguientes: (1) la existencia de un acuerdo o práctica concertada; (2) que el acuerdo o práctica concertada involucre a competidores entre sí; (3) que el objeto recaiga sobre una variable de competencia; (4) la aptitud anticompetitiva del acuerdo o práctica concertada y; (5) que exista voluntad para su concreción.

1. **Acuerdo o práctica concertada:**

Primero que nada resulta necesario hacer un distingo acerca de la conceptualización de acuerdos y de prácticas concertadas.

Respecto de los acuerdos se debe distinguir entre aquellos que son expresos y tácitos. Los primeros comprenden aquellos pactados en términos explícitos y directos acordados tanto por vía escrita como oral, mientras que los acuerdos tácitos son aquellos inferidos a través de antecedentes, indicios o circunstancias que inequívocamente conducen a concluir que se está en presencia de un acuerdo de voluntades destinado a poner en peligro o lesionar la libre competencia (Eyzaguirre y Grunberg, p. 60).¹³

En general, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tenido un entendimiento amplio de la noción de acuerdo, lo que se evidencia en la Sentencia N° 167 del TDLC dictada en el “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*”, en la que se señaló:

“(…) que en materia de libre competencia, el término “acuerdo” es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros”¹⁴.

Por otra parte, las prácticas concertadas han sido conceptualizadas como una coordinación entre agentes económicos mediante la cual, sin haber alcanzado el estado de

¹³ En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en las Sentencias de fecha 7 de septiembre de 2012 dictada en la causa Rol N° 2.578-2012 y de fecha 12 de octubre de 2016 en la causa Rol N° 5.128-2016.

¹⁴ Sentencia N° 167 TDLC, dictada en el “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*”

En este mismo sentido véase: Sentencia N° 145 del TDLC dictada en el “*Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*”.

concluir un acuerdo formal, han sustituido con conocimiento los riesgos de la competencia por la cooperación práctica¹⁵.

Al efecto, Grunberg siguiendo a la doctrina europea señala que hay tres elementos necesarios para acreditar la existencia de esta conducta. Primero, la existencia de algún tipo de contacto entre las empresas, sin importar si este es indirecto o débil. Segundo, algún tipo de consenso entre las partes en cuanto a que prime la cooperación en vez de la competencia. Tercero, que exista una conducta en el mercado basada en la concertación entre las partes (2017, p. 22-26).

Ahora bien, más allá de la existencia de la distinción conceptual existente entre acuerdo y práctica concertada, la jurisprudencia del TDLC y la Excma. Corte Suprema ha estimado que para efectos de la interposición de una eventual sanción, la distinción carece relevancia, lo que queda en claro manifiesto en el Sentencia N°167 del TDLC dictada en el “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*”, la que dispuso:

“Que la distinción, sin embargo, resulta hoy injustificada y superada. Tanto en el derecho norteamericano, desde el citado caso Monsanto (supra, considerando 21), como en el europeo, desde AsnefEquifax (Caso C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), [2006] ECR I-11125, ¶ 32), la jurisprudencia se enfoca, más que en la denominación formal, en cubrir las distintas formas de colusión”.

Sin perjuicio de lo anterior, y constituyendo una materia que excede el ámbito de estudio del presente trabajo, esta distinción continúa siendo relevante para la configuración de una eventual responsabilidad penal de los actores que fueron parte del acuerdo colusorio¹⁶.

¹⁵ Definición disponible en <https://www.concurrences.com/en/dictionary/concerted-practices-en> (Última visita: Martes 20 de junio de 2023).

¹⁶ No así ante una eventual querrela penal, al respecto véase (Artaza, et al, p. 45).

2. Que el acuerdo o práctica concertada involucre competidores entre sí:

La colusión es un ilícito de naturaleza esencialmente colectiva, por lo que debe comprender necesariamente a dos o más competidores¹⁷ que hayan incurrido en un acuerdo o práctica concertada.

El TDLC ha sido claro en este entendimiento e inclusive ha considerado la imputación de colusión a dos o más competidores entre sí como un requisito de admisibilidad a efectos de iniciar el procedimiento sancionatorio, lo que se refleja en la resolución de fecha 1 de agosto de 2017 dictada en la causa Rol C-322-2017, caratulada “*Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región*” en donde se declaró inadmisibile el requerimiento y la reposición en contra de dicha resolución, señalando lo siguiente:

“6) Que, en el presente caso, existe un vicio procesal manifiesto o evidente que impide un pronunciamiento favorable del Tribunal. Incluso de considerarse que el requerimiento imputa a la AGC la calidad de facilitador del supuesto cartel de los médicos cirujanos, ello exige necesariamente declarar la existencia del acuerdo ilícito entre los competidores directos. Sin embargo, no es posible conocer y declarar la existencia de un acuerdo colusorio de competidores, ni siquiera como presupuesto de sanción de un agente facilitador, sin la comparecencia en el juicio de al menos dos competidores que concurrieron a dicho acuerdo. Así lo reclama la naturaleza de este ilícito que, al ser esencialmente colectivo, exige la concurrencia de dos o más agentes económicos competidores que celebran un acuerdo con “la voluntad y decisión conjunta” de llevarlo a cabo (Sentencias de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 10954- 11, considerando 9°, y Rol N° Rol N°27.181-2014, considerando 40°).”

De esta manera, queda en evidencia que el ilícito de colusión tiene que comprender necesariamente a más de un actor del mercado en el que se haya incurrido en la conducta.

3. Objeto recaiga sobre variable de competencia:

A partir de la ya mencionada modificación al inciso segundo letra a) de DL 211 introducida por la Ley N° 20.945, se debe diferenciar el concepto de cárteles duros y “no duros”.

¹⁷ Por competidores lo relevante es que se trate de agentes de mercado independientes, respecto de quienes se espera que actúen en forma autónoma en el proceso competitivo (Artaza, et al, p.51)

Los carteles duros consisten en la supresión de la voluntad entre competidores a efectos de fijar precios de venta o de compra; limitar la producción; asignarse zonas o cuotas de mercado; o afectar los procesos de licitación¹⁸. En otras palabras, son conductas que son consideradas como anticompetitivas por la sola existencia del acuerdo o práctica concertada sobre las variables mencionadas, sin que sea necesario acreditar los efectos anticompetitivos que se produjeron en la competencia o la circunstancia de que se adjudicó a acrecentó poder de mercado¹⁹.

Por otra parte están los carteles “no duros” que dicen relación con la determinación de condiciones de comercialización o la exclusión de actuales o potenciales competidores de un mercado, lo que es estudiado en virtud de la regla de la razón haciendo un análisis sobre las condiciones del mercado en el que se desarrolló la conducta.

Como ya fue expuesto, esta distinción es relevante para efectos de determinar si el acuerdo o práctica concertada debe conferir poder de mercado para ser sancionable en virtud de lo dispuesto en el DL 211.

4. Aptitud anticompetitiva:

La aptitud anticompetitiva dice relación con los efectos que se producen en el mercado por la conducta colusiva, y concretamente si mediante esta se confirió poder de mercado a los competidores. Como se adelantó en el punto anterior, a efectos de determinar si concurre esta exigencia se debe distinguir entre carteles duros y no duros.

En el caso de los carteles duros, basta con acreditar que existió un acuerdo entre competidores para que dicha conducta sea sancionada, en virtud de la aplicación de la regla per se. Este razonamiento fue aplicado en la Sentencia N°175 del TDLC en la causa caratulada “*Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y otros*”, en donde estipula:

“En efecto, el actual artículo 3° letra a) de dicho decreto ley dispone que los acuerdos entre competidores que consistan en fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar procesos de licitación, son ilícitos, se hayan producido o no efectos y les hayan conferido o no poder de mercado a sus partícipes.”

¹⁸ A efectos de ver acabadamente en qué consiste cada una de estas situaciones, véase (Artaza, et al,2020, p. 55-59)

¹⁹ A estos efectos véase Grunberg (2017, p. 18).

Por otra parte, los carteles no duros deben ser analizados bajo la regla de la razón, cuyo objetivo es examinar la naturaleza del acuerdo, las circunstancias del mercado imperantes, lo que, en definitiva, se traduce en hacer una ponderación de los riesgos anticompetitivos y las ganancias en eficiencias asociados al acuerdo de colaboración de que se trate (Hovenkamp, 2018, p. 83). En estos acuerdos, sí es necesario que el TDLC o la Excm. Corte Suprema realice una evaluación sobre las condiciones de competencia, eficiencias y respecto a si la conducta colusoria tuvo como consecuencia el haber conferido poder de mercado a los competidores.

5. Existencia de voluntad para su concreción:

Esto también se ha denominado como la faz subjetiva, intencionalidad o culpabilidad del tipo infraccional de colusión, la que dice relación con la intención de los competidores para la obtención de un beneficio y/o un perjuicio a terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, a sus competidores, consumidores y en general a la libre competencia, siendo constitutivo de un atentado contra el Orden Público Económico (Artaza, et al, 2020, p. 68)

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido enfática en recalcar la relevancia del elemento volitivo en la colusión, lo que se ve manifestado en el pronunciamiento que tuvo a propósito del *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, en donde estableció:

“(…) Las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con la obtención de un beneficio y/o perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico.

Octavo: Que el elemento volitivo es esencial en la colusión y con arreglo a la ley puede ser expreso o tácito.”

De esta manera, es esencial para la configuración del ilícito anticompetitivo en comento que las partes tengan conocimiento acerca del beneficio que les puede irrogar o del perjuicio que puede ocasionar la conducta a terceros.

iii. Multas y sanciones aparejadas:

Si se acreditan los elementos mencionados y se cumple con el estándar de prueba clara y concluyente, que es el que ha predominado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia²⁰, en virtud del artículo 26 del DL 211 se pueden imponer como medidas:

1. La modificación o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a la libre competencia.
2. Ordenar la modificación o poner disolución de las personas jurídicas de derecho privado que hayan intervenido en los actos, contratos, convenios o sistemas o acuerdos anticompetitivos acreditados.
3. Imposición de una multa a beneficio fiscal que puede ser hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales.
4. Prohibición de contratar con organismos del Estado cualquiera sea su naturaleza, así como también la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años desde que la sentencia se encuentra ejecutoriada.

Asimismo, vale atender a lo dispuesto en el inciso final del artículo 26 del DL 211 en cuanto señala que *“La aplicación de las sanciones previstas en este artículo será compatible con aquellas de carácter penal establecidas en la presente ley y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30.”*

²⁰ En este mismo sentido véase: Becerra (2020), Fuchs (2020) y Grunberg (2017).

Es decir, el legislador reconoce expresamente la posibilidad de que una vez dictada la sentencia infraccional se puedan perseguir las respectivas responsabilidades penales y civiles de los agentes que hayan incurrido conductas anticompetitivas.

Con lo expuesto se ha consagrado el sistema denominado “*follow on actions*” en virtud del cual quienes se hayan visto afectados por el ilícito anticompetitivo pueden accionar solamente una vez que se haya dictado sentencia infraccional condenatoria en contra de los agentes que hayan incurrido en el reprochable actuar.

A continuación, se procederá a analizar el fenómeno *private enforcement* o participación de los privados en el derecho de la competencia, con un particular énfasis en cuanto a los requisitos se deben cumplir para la procedencia de la indemnización de perjuicios en la materia junto a las principales problemáticas asociadas al respecto.

III. INSTITUCIONALIDAD DE LIBRE COMPETENCIA Y PRIVATE ENFORCEMENT:

a. PRINCIPALES ANTECEDENTES DE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA:

El *private enforcement* se basa en reclamaciones por daños y perjuicios interpuestas por entidades privadas que han sufrido daños por infracciones antimonopólicas y tiene como objetivo la compensación (OECD, 2016).

Esta es una tradición proveniente principalmente de Estados Unidos, en donde los mecanismos privados de protección a la libre competencia han devenido tan robustos que aproximadamente el 90% de los pleitos por ilícitos anticompetitivos son impulsados por particulares (Banfi, 2014, p. 220), lo que obedece a la existencia de ciertas instituciones que funcionan como incentivos para que los privados ejerzan dichas acciones dentro de los que destacan los *treble damages* que consisten en obtención de reparación de tres veces el daño que han sufrido a propósito de la comisión del ilícito anticompetitivo²¹.

Por otra parte, en Europa el *private enforcement* y las acciones indemnizatorias han experimentado un mayor desarrollo en el último tiempo²², en el que se ha ido reconociendo la importancia de la evolución de este a efectos de colaborar con la detección, disuasión y castigo de los ilícitos contra el mercado, como la colusión, aunque obviamente

²¹ Véase a modo referencial: Besomi (2014).

²² Véase Comisión Europea (2008) y Comisión Europea (2015).

su principal objetivo radique en la reparación de los daños provocados a los afectados (Hernández y Tapia, 2019, pp. 7).

Araya (2005) señala que el *private enforcement* consiste en la intervención de los particulares en la aplicación del Derecho de la Competencia, tema dentro del cual el estudio del sistema compensatorio de las víctimas es uno de los pilares (p. 16).

La intervención de los particulares en el derecho de la competencia puede comprenderse en sentido amplio o restringido.

En un sentido amplio, se entiende que la intervención de los privados abarca acciones de cualquier índole, esto es denuncias ante la autoridad competente por conductas que atentan contra la libre competencia, demandas que persiguen la responsabilidad de carácter infraccional del sujeto que cometió la infracción ante los órganos jurisdiccionales respectivos, o derechamente ejercer las acciones civiles correspondientes producto de los daños causados.

En un sentido estricto o restringido, se comprende que la intervención de los privados queda limitada exclusivamente a las interposiciones de acciones civiles por parte de los particulares que han sido dañados por los ilícitos, lo que se vincula principalmente con las acciones indemnizatorias que puedan ejercer.

Como ya se ha señalado, el presente trabajo tiene como objeto el análisis del *private enforcement* en sentido estricto por lo que, a continuación, se analizarán los supuestos que deben acreditarse para que proceda la indemnización de perjuicios por un ilícito anticompetitivo.

b. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AGENTES COLUDIDOS:

Barros (2020, p. 67) señala que los requisitos de la responsabilidad civil por culpa o negligencia, - estatuto común y aplicable al régimen analizado-, pueden ser catalogados en cuatro grupos: (i) una acción libre de un sujeto capaz; (ii) realizada con dolo o negligencia; (iii) que el demandante haya sufrido un daño; y (iv) que entre la acción culpable y el daño exista una relación de causalidad suficiente para que este pueda ser objetivamente atribuido al hecho culpable del demandado.

Antes de referirse a la forma en que deben concurrir estos requisitos, vale abordar el rol que tiene sentencia infraccional del TDLC de cara al procedimiento de indemnización de perjuicios, al ser tanto un requisito de procesabilidad como al tener efecto prejudicial o de cosa juzgada positiva respecto de los elementos de la responsabilidad civil que deben ser acreditados.

i. **Rol de la sentencia infraccional:**

1. Requisito de procesabilidad:

Los requisitos de procesabilidad son aquellos que se requieren para que el órgano jurisdiccional pueda legítimamente acoger a tramitación una demanda. Al efecto se debe distinguir entre los requisitos generales de toda demanda y los especiales que dependen de la acción y procedimiento entablado.

Como se trató en el capítulo anterior, el legislador adoptó el sistema *follow on actions* en virtud del cual la sentencia infraccional ejecutoriada es un requisito a efectos de interponer la eventual acción indemnizatoria a la que los hechos sancionados pueden dar lugar

En el caso de la acción analizada, el tenor del artículo 30 del DL 211 es claro en cuanto señala la existencia de un pronunciamiento previo del TDLC como requisito de procesabilidad. Como señala (Maturana, 2020, p. 10) en otras palabras, la norma aludida sólo está suponiendo, sino que está exigiendo que exista pronunciamiento previo del TDLC sobre la existencia del ilícito anticompetitivo para que pueda ser resuelta la acción indemnizatoria por los perjuicios derivados de aquél.

Como sostiene el autor referido, esto se apoya primero en que la redacción del artículo 30 DL 211 tras la última reforma, señala claramente *al resolver la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* fundará su fallo sobre los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda, lo que da cuenta de lo ilógico que sería que se interpusiera una demanda de indemnización de perjuicios sin que existiera pronunciamiento previo del TDLC.

A su vez, esto se apoya en el plazo de prescripción dispuesto para la interposición de la acción la que, a diferencia de las regla general para la responsabilidad extracontractual consagrada en el artículo 2332 del Código Civil que señala las acciones prescriben en el

plazo de cuatro años desde la perpetración del acto, prescribe en el mismo plazo de cuatro años contados desde que se encuentra ejecutoriada la sentencia definitiva.

Por otra parte, debido a que como señalan Fuchs y Vives 2015 p.971) esto podría dar lugar a sentencias contradictorias, toda vez que tendría que haber pronunciamiento tanto en la determinación de la configuración del ilícito anticompetitivo, como posteriormente respecto de los criterios relevantes para determinar la causalidad y cuantificar el daño.

En definitiva, como señala Rivero (2016, p. 477) las acciones civiles indemnizatorias de perjuicios para que sean procedentes por este tipo de conductas, nunca podrán ser iniciadas o entabladas en forma simultánea o paralela a la substanciación de un procedimiento ante un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

2. Efecto prejudicial:

Como consecuencia del sistema *follow on actions*, el inciso segundo del artículo 30 DL 211 consagra un efecto de prejudicialidad o de eficacia positiva de cosa juzgada, el que según Romero (1999), p. 509 consiste en la vinculación de los tribunales, impidiendo que en un nuevo proceso se decida una determinada acción de modo un modo contrario a como fallada con anterioridad otra, en cuanto esa decisión sea prejudicial de otra posterior, y como señala Rivero (2016), p. 461 impide que en un juicio posterior se decida en contradicción con la declaración del derecho que consta en una sentencia anterior – amparada por la cosa juzgada material–, siempre que lo resuelto en ese fallo constituya un antecedente lógico-jurídico para resolver la nueva acción deducida en un juicio.²³

Hasta antes de la reforma de la Ley N° 20-945 en virtud de la redacción del artículo 30 que señalaba:

“(…) 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.”

²³ En este mismo sentido véase: Romero (2012) y (2015); Ezurmendia (2018); Maturana (2020)

Era claro tanto por la doctrina como por la escasa jurisprudencia existente hasta el momento que el efecto prejudicial alcanzaba a los elementos de acción/omisión y culpa/dolo de la responsabilidad civil, teniendo por tanto que acreditarse solamente la causalidad y el daño.

Con la nueva redacción del artículo 30 que señala:

“Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda.”

De parte de autores como Domínguez (2017), p. 618 se planteó la duda acerca de si con esta nueva redacción lo que se estaba queriendo hacer por el legislador era en realidad hacer que en el nuevo juicio indemnizatorio el mismo tribunal hiciera una calificación jurídica sobre todos los elementos de la responsabilidad civil. Esto fue contrastado por autores como Hernández y Tapia (2019²⁴ p. 13-15) quienes señalaron que sin perjuicio de la nueva redacción igualmente solo se tendría que acreditar los elementos de la responsabilidad causalidad y daño.

Esta discusión ya quedó zanjada en la sentencia 188 del TDLC, dictada en la *Demanda de Papelera Cerrillos S.A. contra CMPC Tissue S.A. y otra*, Rol CIP-3-2020 en donde como ya se señaló, se estableció:

“En efecto, toda vez que una sentencia ejecutoriada califica la conducta como ilícita, se configura de inmediato la infracción al deber de cuidado que constituye la culpa del agente, lo que se denomina como culpa infraccional, por lo que no es necesario que acreditar nuevamente la imputabilidad de la conducta en la tramitación de la acción de perjuicios”²⁵.

De esta manera, para la procedencia de la indemnización de perjuicios solamente resulta necesaria la acreditación de perjuicios y la existencia de una relación causal entre la conducta y los perjuicios.

En virtud de lo señalado, se procederá a analizar exclusivamente la forma en que se deben configurar el daño y la causalidad en este tipo de casos.

²⁴ En este mismo sentido: Budnik (2019, p.106) Maturana (2020, p.10)

²⁵ Véase: Considerando Vigésimo Octavo.

ii. **Daño:**

Como ya se ha señalado, la colusión es considerada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como la infracción más gravosa a la libre competencia y al orden público económico por los perniciosos efectos que genera en el funcionamiento de la economía de mercado.

Sin embargo, los daños que puede ocasionar no se limitan a lo ya señalado, pudiendo también generar graves perjuicios a los intereses de personas determinadas, o dicho de otro modo, las conductas anticompetitivas y, en particular la colusión, no solamente reporta utilidades o beneficios para quienes las llevan a cabo, sino que como contrapartida también generan externalidades negativas que se manifiestan de diferentes maneras para los competidores que no formaron parte de esta conducta, compradores directos, compradores indirectos o consumidores y para la sociedad en general²⁶.

Esta situación está contemplada en el artículo 30 del DL 211 en cuanto establece expresamente la posibilidad de accionar en contra de los sujetos que hayan incurrido en la infracción atentatoria a la libre competencia y establece que *“la indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el periodo en que se haya cometido la infracción”*.

Ahora, para determinar qué daño causado es efectivamente imputable al sujeto sancionado por el TDLC a efectos de demandar la indemnización y reparación de este, se debe distinguir entre el daño anticompetitivo y daño indemnizable.

1. Daño anticompetitivo y daño indemnizable:

El daño anticompetitivo es propio de producirse la comisión de un atentado en contra de la libre de la competencia, como la colusión, ilícito en que se genera un daño a la sociedad en general que viene dado por la pérdida de bienestar social, el uso ineficiente de los recursos, retrasos en la innovación, generación de barreras a la entrada a nuevos competidores, entre otros daños sociales que no se encuentran atribuidos a ningún individuo en particular. En razón de esto, no puede ser directamente asimilado al concepto de daño o perjuicio existente en el ordenamiento civil, y que es característico de una

²⁶ Véase: Araya (2005, p. 11) y Fiscalía Nacional Económica (2014).

vulneración al orden público económico que justifica la aplicación de las medidas sanciones contempladas en el artículo 26 del DL 211 (Lewin, 2011, p. 47).

Por otra parte, el daño indemnizable corresponde a la lesión de un derecho subjetivo o interés legítimo en la persona o bienes de la víctima, ya consista en un perjuicio económico o en uno moral (Banfi, 2013, p. 224) que deriva de la comisión del ilícito anticompetitivo, lo que en virtud del artículo 30 del DL 211 y del ordenamiento civil supletorio resulta plenamente indemnizable.

Esta diferencia ha sido acogida por la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema en tanto ha señalado:

“Es decir, el procedimiento ante el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia tiene por objeto reprimir, sancionar y corregir las conductas que se estimen que constituyen atentados en contra de la libre competencia, en cambio, el procedimiento civil busca indemnizar los daños que con motivo de dicha conducta se ocasionaron a la víctima. Tan diversas son las finalidades y objetos de uno y otro, que es posible encontrar ilícitos que afectan la libre competencia que no generan daños en la esfera patrimonial o extrapatrimonial concreta de un determinado agente; así sucederá en los supuestos en los que se demuestre, por ejemplo, que el comportamiento ilícito del demandado no incidió en los resultados que obtuvo su competidor.”²⁷

Esclarecida esta diferencia, se procederá a analizar la naturaleza del daño que efectivamente se produce y afecta los resultados obtenidos por los competidores de quien incurrió en una conducta anticompetitiva.

2. Naturaleza del daño indemnizable:

Dentro de los afectados por el ilícito de colusión que están legitimados para reclamar daño indemnizable, podemos encontrar, en primer lugar, a los competidores que no fueron parte del cartel, ya sea horizontal o vertical, y que sufrieron algún perjuicio a causa de la manipulación concertada de variables esenciales del mercado relevante en cuestión. En segundo lugar, a los compradores directos que según el artículo 12 de la Directiva de la Unión Europea corresponden a la *“persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor productos o servicios”*. Y, por último, a los compradores indirectos *“haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios”*.

²⁷ Sentencia de fecha 21 de abril de 2016, dictada por la Excm. Corte Suprema en la causa Rol N°978-2015.

A continuación, se analizarán los daños patrimoniales y se hará referencia a aquellos de los que pueden ser objetos tanto los competidores que no fueron parte del cartel como los compradores directos que no tengan la calidad de consumidores en la relación contractual celebrada con el infractor.

a. Daño emergente:

El daño emergente es conceptualizado como la pérdida patrimonial producida al momento de la ocurrencia del daño, o como la pérdida de valor de los activos o aumentos en los gastos pasivos (Barros, 2020, p. 269).

Bajo esta partida indemnizatoria se comprende tanto la empresa de la víctima, con su organización y medios que se verían afectados cuando, a consecuencia de la práctica colusiva, pierda valor o incluso desaparezca, como a la integridad de su patrimonio comprendido dañado por los gastos efectuados que tienen como motivo el ilícito de colusión²⁸.

Dentro de las principales imputaciones que se pueden realizar al respecto encontramos, por un lado, los sobrepuestos o sobrecostos que es un daño propio de la colusión en virtud de la cual se fijan los precios y que afecta en gran parte a los compradores -sean directos o indirectos-, en la medida de que tienen que pagar un precio mayor al que hubiesen pagado en un mercado perfectamente competitivo²⁹.

Otro típico daño producido por los carteles que tienen por objeto la exclusión de competidores, corresponde a la pérdida de valor o desaparición definitiva de la empresa que ve deteriorada su posición en el mercado a raíz de las prácticas exclusorias de los agentes coludidos. Esta imputación, también podría considerarse como un eventual lucro cesante futuro, toda vez que esa empresa, al no poder generar más ganancias, lo hace de cara al porvenir.

Por otra parte, también se podría alegar la indemnización de las instalaciones ya construidas, los sueldos del personal que ya fue abonado o el precio de las licencias de ciertos productos que, en definitiva, no pudieron ser utilizados (Peña, p. 168).

²⁸ En este mismo sentido véase: Peña (2018, p.165).

²⁹ Véase: Sentencia N°160 y 167

b. Lucro cesante

El lucro cesante es comprendido como el impedimento de un efecto patrimonial favorable, sea por la imposibilidad de producción de un ingreso o de disminución del pasivo que hubiesen ocurrido como consecuencia del curso normal de los acontecimientos (Barros Enrique, 2020, p. 269). Al efecto vale distinguir entre lucro cesante presente y futuro.

En el lucro cesante presente, se encuentra, por una parte, los daños derivados del denominado “efecto volumen” que corresponde a la reducción de la demanda que provocan los aumentos de precio en donde el daño -sobrepeso- puede ser asumido totalmente por el afectado o transmitirlo al mercado aguas abajo lo que haría que este daño no le fuera indemnizable a él³⁰.

Otro tipo de daño puede ser producido por una colusión que tenga fines exclusorios, la que afecta tanto a los competidores como a toda la cadena de producción aguas abajo, en donde el daño viene dado por la diferencia entre las ganancias que hubiera obtenido en condiciones de mercado sin la práctica anticompetitiva comparada a cuales fueron los que tuvo entonces.

En cuanto al lucro cesante futuro, este se refiere a la situación del daño sufrido por la pérdida de valor o desaparición de una empresa y, por extensión del daño debe entenderse aquella conducta que no es susceptible de ser eliminada mediante la cesación de la conducta anticompetitiva, es decir, el daño viene dado por la suma de todos los beneficios que habría obtenido en el futuro de no haber padecido los efectos de la infracción en el pasado (Peña, 2018, p. 171).

iii. Causalidad:

Sin perjuicio de que se encuentre establecida la existencia de una infracción anticompetitiva, esto no necesariamente implica que aquella provocó daños indemnizables a competidores o compradores directos, por lo que se debe recurrir al establecimiento de causalidad entre el hecho imputado -colusión- y el daño provocado.

La relación de causalidad necesaria debe cumplir con dos requisitos, el primero consistente en que el hecho sea una condición necesaria para el daño *condictio sine qua*

³⁰ Esta es una usual defensa utilizada por los demandados en estos juicios a la que se denomina “defensa *passing on*”, a estos efectos véase: Robles (2021)

non, y el segundo que dice relación con la conexión material o jurídica que debe haber entre hecho y el daño.

Ahora bien, establecer la causalidad en casos de colusión resulta complejo, toda vez que los mercados son instituciones complejas y las infracciones a la libre competencia frecuentemente afectan sofisticadas cadenas de suministro que operan en estructuras muy intrincadas del mercado, lo que dificulta de manera particular la identificación de nexos causales (Informe OCDE, p. 173).

Debido a esta complejidad, a nivel comparado se han planteado distintas soluciones a efectos de poder establecer el vínculo de causalidad y poder reparar efectivamente el daño causado.

En Estados Unidos se han establecido criterios, tales como si la conducta *“razonablemente fue capaz de contribuir significativamente al continuado poder monopólico del demandado”*, que no hubiese posibilidad alguna de que otras causas distintas de la evaluada hayan provocado el daño, y que la conducta debe *“incrementar la probabilidad”* de que un negocio adquiera una posición monopólica (Carrier, 2011, p. 402-406).

En la Unión Europea, por otra parte, la determinación de la causalidad corresponde a cada tribunal de los Estados miembros, y en donde se observa ver como criterio general que cada caso es analizado casuísticamente, atendiendo a las particularidades de cada uno y en donde se sostiene que deben aplicarse los principios de efectividad y eficiencia.

En Chile, la solución pareciera venir dada por el planteamiento de Barros (2020, p. 438-440), quien sostienen que en casos difíciles -como los analizados- la prueba de la causalidad se construirá en base a presunciones, ya que su demostración es necesariamente hipotética, y en especial cuando se trata de daños producidos por múltiples causas. E incluso cuando la prueba de la causalidad es extremadamente compleja, a efectos de evitar una “prueba diabólica” se podría proceder a flexibilizar la exigencia probatoria bastando con la prueba de que el daño se produjo con ocasión de la actividad del demandado.

En el siguiente capítulo se analizarán todas las particularidades referidas dando cuenta de la evolución que ha tenido el *private enforcement* y en particular las indemnizaciones de perjuicios por ilícitos anticompetitivos en Chile.

CAPÍTULO II: PRIVATE ENFORCEMENT EN CHILE Y LAS PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS PROCESALES ASOCIADAS

I. EVOLUCIÓN NORMATIVA:

De la regulación de la acción indemnizatoria por la comisión de ilícitos anticompetitivos, se pueden distinguir tres grandes etapas.

La primera etapa va desde la dictación del DL 211 hasta la promulgación de la Ley N° 19.911 en 2003, en donde no existía regulación específica alguna.

La segunda etapa, comprende desde la promulgación de la Ley N° 19.911 en donde se modificó el artículo 30 del DL 211 y se reguló específicamente la acción indemnizatoria a raíz de la comisión de ilícitos anticompetitivos otorgándole a la justicia ordinaria la competencia para conocer de dichos asuntos

La tercera y última etapa comienza el año 2016, en la cual, a través de la Ley N° 20.945, se modifica nuevamente el artículo 30 del DL 211 otorgándole competencia al TDLC para conocer de las acciones indemnizatorias a las que dieran lugar la comisión de ilícitos anticompetitivos.

A continuación, se pasarán a exponer los principales hitos y características de cada uno de estos periodos.

a. PRIMERA ETAPA:

Desde la dictación del DL 211 el año 1973 hasta el año 2003, no existía una regulación especial respecto de la indemnización de perjuicios derivada de ilícitos anticompetitivos, por lo que se debía recurrir a las normas supletorias que rigen a la acción de responsabilidad extracontractual, tanto respecto de sus aspectos procedimentales como sustantivos.

Es decir, los afectados patrimonialmente por ilícitos anticompetitivos debían tramitar la acción indemnizatoria bajo las reglas de un juicio ordinario, en el cual pese a existir una sentencia infraccional previa, al menos a nivel normativo, no había reconocimiento al valor que se le otorgaba a una sentencia condenatoria.

En esta primera etapa vale destacar el juicio caratulado “*Pivcevic y otros con Lan Chile*”³¹, que consistió en una demanda de responsabilidad civil en la que Aerovías DAP y sus socios accionaron por responsabilidad extracontractual en contra de Lan Chile, Ladeco y National Airlines, a raíz de la resolución dictada por la Comisión Resolutiva Antimonopolios que se sancionó a las referidas demandadas por haber adoptado una estrategia de precios predatorios que tenían por objeto la expulsión del mercado de Aerovías DAP

La demanda indemnizatoria fue acogida en primera instancia, condenando al reparar los perjuicios ocasionados a raíz del ilícito anticompetitivo comprendiendo tanto daño emergente, lucro cesante como daño moral, estableciendo al respecto:

“SE ACOGE LA DEMANDA, solo en cuanto se condena solidariamente a las demandadas a pagar a la demandante por daño emergente las pérdidas operacionales del avión Boeing y por lucro cesante la pérdida de utilidades en la venta de pasajes para los vuelos de dicha aeronave, sólo en el período del 15 de marzo al 31 de mayo de 1996.

En la liquidación se tendrá en consideración el valor de los pasajes vendidos en ese período establecido con el método seguido por el peritaje contable de autos y su extremo de comparación será el valor del pasaje de promoción fijado por la propia demandante según se asentara en el Considerando 9º numeral 4, o sea, \$106.000.- con reajustes e intereses sobre el total reajustado, de acuerdo con lo señalado en el Considerando 34.

VI.- Se las condena en igual modo, a pagar por daño moral el 50% de la suma total resultante a consecuencia de lo decidido precedentemente, distribuido en un 10% para la empresa y un 20% para cada uno de los socios demandantes. Con reajustes e intereses conforme al Considerando 34º.”

Esto fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago y finalmente por la Corte Suprema, la que solamente desestimó el daño moral por falta de prueba.

Una de las principales conclusiones que se pueden extraer de esta etapa y en particular del *Pivcevic y otros con Lan Chile*, es la relevancia de una declaración previa del ilícito infraccional a afectos de acreditar la responsabilidad, en tanto sirve para presumir la conducta dolosa de la parte sancionada y posteriormente demandada. En el referido juicio se hizo en base a la presunción de dolo que se imputa por el hecho de incurrir en prácticas predatorias (Banfi, 2014, p. 46).

³¹ Causa tramitada bajo los roles: C-4.831-97 ante el 4º Juzgado Civil de Santiago; 5.954-1999 ante la Corte de Apelaciones de Santiago; y 5.835-2004 ante la Corte Suprema.

Otro aspecto relevante a considerar es la importancia de la prueba pericial rendida en autos, en tanto la determinación del valor de los pasajes vendidos en el periodo de conducta que se estableció indemnizable, se realizó en base al método señalado por el perito contable.

b. **SEGUNDA ETAPA:**

Según describe el profesor Araya, paradójicamente el proyecto de la Ley N°19.911 no contenía en un inicio referencia alguna respecto de un régimen especial de responsabilidad a propósito de la comisión de ilícitos anticompetitivos.

Esto hasta el segundo trámite constitucional, en el cual el profesor Jorge Streeter envió una nota a las comisiones de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y desarrollo de la Cámara de Diputados, que provocó la inclusión de una indicación que dio cuenta de la necesidad de incorporar una norma especial que hiciera referencia a este régimen especial de responsabilidad a efectos de que la persona que se estimara perjudicada en su derecho de tener una libre competencia pudiera obtener el resarcimiento de los perjuicios provocados (2005, p.15-16).

Finalmente, la disposición en comento fue incluida dentro de las modificaciones que se le hicieron al DL 211, el que en ese entonces establecía lo siguiente:

“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 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”.

Dentro de las principales innovaciones que esta norma incluyó se encuentra el denominado mecanismo *follow on*, en virtud del cual la acción indemnizatoria solamente se podía interponer una vez que el TDLC haya dictado una sentencia definitiva ejecutoriada de condena.

A su vez, se le otorgaba competencia para conocer de esta acción al juzgado civil competente, quien debía darle tramitación de acuerdo con las normas del procedimiento

sumario, y quien además debía fundar su fallo basado en las conductas, hechos y calificación jurídica realizada por el TDLC.

Durante este periodo destacan las siguientes demandas indemnizatorias interpuestas entre competidores:

Tabla I: Demandas interpuestas por competidores durante la vigencia de la Ley N° 19.911

Caratulado	Rol	Conducta sancionada	Estado
Cementa S.A. con James Hardie Fibrocementos Ltda.	26° Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-13.272-2007.	Se interpone acción de indemnización de perjuicios a raíz de las prácticas predatorias por las que había sido sancionada James Hardie Fibrocentros Ltda, en virtud de sentencia Rol 3349-2006 de la Corte Suprema.	Demanda fue rechazada por falta de causalidad.
Producción Química y Electrónica Quimel S.A. con James Hardie Fibrocementos Ltda.	26° Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-2.191-2007.	Se interpone acción de indemnización de perjuicios a raíz de las prácticas predatorias por las que había sido sancionada James Hardie Fibrocentros Ltda. en virtud de sentencia Rol 3349-2006 de la Corte Suprema.	Se acogió la demanda concediendo indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral.
TV Cable Loncomilla S.A. con Ricardo Barra Yates y otros	23° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 8.755-2006.; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6.721-2009. Corte Suprema, rol N° 9.519-2010.	Se interpone acción de indemnización de perjuicios a raíz de las prácticas anticompetitivas por las que fueron sancionadas Cable Central Sociedad Anónima y a CMET S.A. en virtud de la sentencia N°28/2005 del TDLC que fue confirmada por la sentencia de la Excma. Corte Suprema en la causa Rol N°5005-2005.	La demanda fue rechaza por el tribunal de primera instancia, resolución que posteriormente fue parcialmente revocado por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago en cuanto concedió la indemnización de perjuicios por lucro cesante.
Philip Morris con Compañía Chilena de Tabacos	10° Juzgado Civil de Santiago; rol N°C-19.655-2009; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1520-2010; y	Se interpone acción de indemnización de perjuicios por Philip Morris a raíz de la conducta de abuso posición dominante en que incurrió Compañía Chilena de Tabaco, que fue declarada da en la Sentencia N°26 del TDLC y confirmado en la sentencia de la causa Rol	Se acogió la demanda solo en cuanto a la indemnización del lucro cesante.

	Corte Suprema, Rol N° 1.339-2012.	4332-05 de la Corte Suprema.	
Etcom S.A con Telefónica Móvil de Chile S.A.	20° Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-24.288-2012; y Corte Suprema, rol N° 9.666-2015 y rol N° 34-045-2016.	Se interpone acción de indemnización de perjuicios a raíz de la práctica de discriminación arbitraria de precios, que se tradujo en un estrangulamiento de márgenes constitutivos de abuso de posición dominante, que fue declarada por la Sentencia N° 88 del TDLC y confirmado por la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa Rol 8077-2009.	Se acoge la demanda solo en cuanto al monto del lucro cesante.
Voissnet con Telefónica	4° Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-26086-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5324-2016; Corte Suprema, rol N° 28.166-2018	Se interpone acción de indemnización de perjuicios a raíz del abuso de posición dominante en que incurrió Telefónica y fue declarado por la Sentencia N°97/2010 del TDLC y confirmado por la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en la causa Rol 2140-2010.	Se acogió la demanda solo en cuanto se concede indemnización a título de lucro cesante.
OPS Ingeniería Limitada con Telefónica Móviles Chile S.A.	22° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 20.891-2013. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 8.249-2015. Corte Suprema, rol N° 18.171-2017.	Se interpone acción de indemnización de perjuicios a raíz del abuso de posición dominante en que incurrió Telefónica y fue declarado por la Sentencia N°97/2010 del TDLC y confirmado por la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en la causa Rol 2140-2010	Se acogió la demanda solo en cuanto se concede indemnización a título de lucro cesante.
Netline Mobile S.A. con Telefónica Móviles Chile S.A. - Claro y otro	6° Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-3320-2014. Corte de apelaciones de Santiago, rol N°13563-2016. Corte Suprema, rol N° 7368-2018.	Se interpone acción de indemnización de perjuicios a raíz de las prácticas exclusorias en las que incurrieron Telefónica Móviles Chile S.A., Entel PCS Telecomunicaciones S.A., y Claro Chile S.A., declarado por la Sentencia N° 156/2017 y confirmado por la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema	Se rechazó la demanda debido a que se consideró se estaban demandando hechos que no fueron objeto del fallo sancionatorio.

		en la causa Rol 15.389-2017.	
Rivas con Sociedad Educativa American British School Ltda.	27° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 7.123-2011 Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2.957-2013. Corte Suprema, rol N° 978-2015.	Se interpone acción de indemnización de perjuicios en contra de la Sociedad Educativa American British School Limitada por haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N°211, declarado en la Sentencia N°62/2008 y confirmado por la Excm. Corte Suprema en la causa 1909-2008	Se acogió la demanda sólo en cuanto se concede la indemnización por daño emergente y lucro cesante.

Fuente: Elaboración propia.

Dentro de las principales conclusiones que se pueden extraer sobre la jurisprudencia citada y los pronunciamientos de fondo, se pueden destacar: (i) la función prejudicial de la cosa juzgada del TDLC; (ii) al reconocimiento de que todo daño puede ser indemnizado; (iii) el entendimiento de que no todo ilícito anticompetitivo necesariamente produce daño en los competidores; (iv) la relevancia de la prueba pericial en cuanto a la acreditación del daño; y (iv) la deferencia respecto de la acreditación del lucro cesante.

En cuanto a la función que cumple la sentencia del TDLC, el artículo 30 del DL 211 - vigente a esa época-, establecía que el juzgado civil fundaría su fallo en “*las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*”, lo que fue entendido tanto por la doctrina³² como por la jurisprudencia, como una presunción de derecho respecto a la culpa de la demandada, que ya fue condenada en el juicio infraccional tramitado ante el TDLC.

Esto se refleja en la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en *Ecom S.A con Telefónica Móvil de Chile S.A.* en cuanto estableció:

“La consideración imperativa por parte del tribunal civil se limita a las conductas, hechos y calificación jurídica, es decir, del ilícito anticompetitivo establecido en el fallo del TDLC,

³² Véase Barros, 2006, p. 963; Valdés, 2006, p. 281 y 309; Araya, 2016, p. 308.

debiendo, por consiguiente, demostrarse las restantes exigencias de la responsabilidad extracontractual de la que aquí se trata, esto es, el resultado dañoso y el nexo causal”.

Ahora bien, la función de la sentencia infraccional no se limita a lo señalado, sino que también ha sido considerada como un antecedente relevante para efectos de la acreditación del daño, circunstancia plasmada en la sentencia dictada por la ltima. Corte de Apelaciones en *TV Cable Loncomilla S.A. con Ricardo Barra Yates y otros* en cuanto determina:

“3°.- Que la existencia de tales daños se encuentra acreditada, en primer lugar, en la sentencia ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que sirve de antecedente necesario a la demanda de autos, que reconoció que la demandante debió efectuar la rebaja referida por causa de la manipulación del mercado que se sancionó.”

Inclusive la sentencia dictada en el marco del procedimiento contencioso de libre competencia ha sido considerada como una limitante para el demandante, en tanto, la demanda indemnizatoria debe restringirse exclusivamente a los hechos acreditados y sancionados en el procedimiento infraccional, no siendo posible fundar la demanda en hechos nuevos o diversos. Esto fue contemplado en la causa *“Netline Mobile S.A. con Telefónica Móviles Chile S.A. - Claro y otro”* en tanto se rechazó la demanda de responsabilidad extracontractual incoada fundándose en lo siguiente:

“Décimo Cuarto: Que como se aprecia de los hechos establecidos en la sentencia recurrida, contrariamente a lo que postula el recurso, la demanda no se rechaza por estimar que los perjuicios que se demandan deben haberse producido necesariamente en el período que fue materia de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sino porque la demanda se basó en hechos posteriores al mencionado fallo, que no fueron objeto de esa sentencia, conclusión fáctica establecida en la sentencia que resulta inamovible para esta Corte de Casación al no haber sido impugnada denunciando infracción a normas reguladoras de la prueba, de modo tal, que no se produce infracción del artículo 30 del Decreto Ley 211, porque esta disposición en su inciso segundo establece claramente que 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, norma a la cual la sentencia ha dado correcta aplicación al rechazar la demanda ya que estableció que los hechos en que se funda la demanda no fueron materia de dicho fallo.”

Por otra parte, como se refleja en *Producción Química y Electrónica Quimel S.A. con James Hardie Fibrocementos Ltda*, en donde se concedió la demanda por daño moral, daño emergente y lucro cesante, la jurisprudencia, de acuerdo a las reglas generales y sin necesidad de mediar disposición expresa, ha considerado que todo daño es indemnizable a raíz de los ilícitos anticompetitivos cometidos, siempre y cuando sean probados.

De esta manera, en reiteradas ocasiones no ha resuelto otorgar algunas partidas de daño reclamados por carecer de prueba, como es el caso *TV Cable Loncomilla S.A. con Ricardo Barra Yates y otros*, en donde denegó la indemnización por daño emergente por la ausencia de prueba, señalando lo siguiente:

“6°.- Que otros rubros alegados por la demandante en el capítulo de daño emergente, como perjuicios efectivos sufridos, no se consideran, por carecer de prueba suficiente.”

Otro aspecto relevante que fue analizado en esta época dice relación con lo señalado por la Excma. Corte Suprema en la causa *“Rivas con Sociedad Educativa American British School Ltda.”*, en donde reconoce que no todo ilícito anticompetitivo necesariamente debe producir daño a sus competidores:

“Tan diversas son las finalidades y objetos de uno y otro, que es posible encontrar ilícitos que afectan la libre competencia que no generan daños en la esfera patrimonial o extrapatrimonial concreta de un determinado agente; así sucederá en los supuestos en los que se demuestre, por ejemplo, que el comportamiento ilícito del demandado no incidió en los resultados que obtuvo su competidor.”

Respecto de los medios de prueba más relevantes, vale destacar el rol preponderante que tiene la prueba pericial y en particular los informes contables a la hora de determinar el periodo, extensión y cuantía de los daños, como se ve claramente expresado en el caso de *Voissnet S.A. con Telefónica*, en el cual la Excma. Corte Suprema rebajó el monto concedido por la ltma. Corte de Apelaciones en función de la valoración que realizó respecto de los informes económicos y contables presentados. A saber:

“Octavo: Que sin perjuicio de lo referido precedentemente, del estudio y análisis de la pericia contable efectuada por el señor Correa Cruzat es posible concluir que esta no tomó en consideración una serie de factores que es posible desprender de la demás prueba documental e informes periciales económicos y financieros acompañados a juicio por las partes, y que, a juicio de esta Corte, resultan relevantes para la determinación del quantum indemnizatorio. Dichos datos son los siguientes: 1.- La participación de la empresa Voissnet en el segmento residencial y Pyme, durante el periodo 2006 a 2010, fue inferior al 5%, a diferencia del segmento empresas, en el que se observa una participación correspondiente al 30% aproximadamente (Informe IDC (custodia 1722-2015) y declaración judicial de su autor, don Patricio Soto Serdio a fojas 257 e Informe pericial contable de perito judicial don Carlos Correa Cruzat (custodia 6958-2015).”

“Noveno: Que en función de lo antes señalado, es posible concluir, tal como es parcialmente referido por el segundo Informe suscrito por don Jorjue Quiroz – conocido como el “Informe Quiroz II”-, que provee un análisis de la pericia contable del señor Correa Cruzat, que el monto por concepto de lucro cesante correspondiente al escenario medio proyectado por dicho profesional se encuentra sobreestimado,

atendida la tasa de penetración que la empresa demandante hubiera logrado obtener en las conexiones de banda ancha de la demandada, los ingresos potenciales y los márgenes asociados a la gestión y comercialización de los respectivos servicios, razón por la cual se fijará una suma que satisfaga, de una manera razonable, aquellos perjuicios causados por la pérdida del ingreso al mercado de la actora en las condiciones señaladas, que esta Corte fijará en un 30% de la suma propuesta por el perito Correa Cruzat para el escenario medio entre los años 2003 y 2010, suma que en total asciende a \$1.657.849.480 (mil seiscientos cincuenta y siete millones ochocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochenta pesos), de la manera que se indicará en lo resolutivo.

Lo expuesto, queda también demostrado en la causa “OPS Ingeniería Limitada con Telefónica Móviles Chile S.A.”, en donde la Excm. Corte Suprema señaló:

“Primero: Que la pericia como actividad consiste en “la aplicación de los conocimientos del experto a un supuesto concreto, emitiendo un parecer, evacuando una opinión o facilitando una información” (Flores Prada, Ignacio, 2005 “La prueba pericial de parte en el proceso civil”). Segundo: Que el informe pericial realizado por Luis Alberto Vásquez y Drago Radovic, en la página 51, se refiere al excedente de venta perdido por OPS entre los periodos 2007 y 2013, y teniendo por establecido que solo se da por probado por el período que corre entre 2007 y 2010, es necesario entender, tal como ahí se señala, que solo el 42% de los minutos eran proveídos por Telefónica Móviles Chile S.A., por lo cual ésta solo puede hacerse responsable de indemnizar la pérdida de ese porcentaje y no de todos los minutos como excedente de venta perdido y evaluados en 166.179 Unidades de Fomento en su equivalente en pesos a la fecha del pago efectivo.”

Por último, como bien ha sido reconocido, la prueba del daño y del nexo causal son una de las grandes complicaciones para accionar solicitando la indemnización de perjuicios (Banfi, 213, p. 271), lo que de cierta manera ha sido subsanado por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa *Etcóm S.A con Telefónica Móvil de Chile S.A.*, en donde haciendo referencia a la prueba del lucro cesante, señala:

“Considerando, además, la dificultad en la prueba de lo que se trata, dificultad que, en caso alguno, puede favorecer al autor del ilícito competitivo”.

De lo expuesto se desprende que la jurisprudencia nacional ha tenido un margen de deferencia respecto de la prueba del daño y en particular acerca del lucro cesante, lo que se desprende de haber concedido la indemnización por este ítem en la totalidad de las demandas indemnizatorias acogidas en esta época.

C. TERCERA ETAPA:

Mediante la Ley N°20.945 se introdujeron una serie de reformas relevantes a la institucionalidad de libre competencia nacional³³, dentro de las cuales nos ocupa principalmente lo referente a la modificación del artículo 30 del DL 211, que establece una serie de modificaciones respecto del régimen de indemnización de perjuicios por la comisión de un ilícito anticompetitivo.

Según consta en la Historia de la Ley el otorgamiento de la competencia para conocer de este tipo de acciones al TDLC obedeció, dentro de otras razones, a la necesidad de aumentar la eficacia de la legislación de libre competencia, como también la eficiencia y economía procesal, para que la determinación del daño fuese efectuada por el mismo tribunal que conoció de la infracción que motivó la demanda³⁴, el que, por lo demás, se encuentra integrado por dos economistas o especialistas en ciencias asociadas, quienes sin duda están en mejores condiciones de valorar los informes periciales de índole contable o económico, esenciales a la hora de la acreditación del daño sufrido por el demandante.

En definitiva, en virtud de la última modificación, el artículo 30 reza lo siguiente;

“Artículo 30°.- 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 ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva.

Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

³³ Dentro de las que se pueden destacar (i) La introducción de la regla *per se* para carteles duros; (ii) la criminalización de la colusión; (iii) la incorporación de un régimen obligatorio para la notificación de las operaciones de concentración cuando superen determinados umbrales; (iii) la nueva regulación de la indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos; (iv) la prohibición explícita del *interlocking* horizontal directo; (v) regulación de las participaciones minoritarias; (vi) la incorporación de nuevas sanciones y el aumento del monto de las multas; (vii) otorgamiento de nuevas atribuciones a la FNE. Para mayor detalle véase (Budnik, 2017)

³⁴ Véase: Historia de la Ley N° 20.945, Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, p. 89; en el mismo sentido, ídem Informe de Comisión de Constitución del Senado p. 578.

La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.

La acción de indemnización de perjuicios derivados de los acuerdos sancionados en el Título V de la presente ley se sustanciará conforme a lo establecido en este artículo, y respecto de ellos no podrán interponerse acciones civiles en el procedimiento penal."

Del tenor del texto legal recién citado se desprende, por un lado, que se mantiene el mecanismo *follow on*, pudiendo interponerse la acción indemnizatoria solo una vez que exista sentencia ejecutoriada y, por otro, la competencia para conocer las acciones indemnizatorias queda radicada en el TDLC, en donde se le dará tramitación de acuerdo al procedimiento sumario.

Otra diferencia que se puede apreciar radica en ciertos aspectos de la redacción del nuevo artículo 30 en el que se indica que la sentencia indemnizatoria debe fundar su fallo basándose en los hechos establecidos en la sentencia, a diferencia de la redacción anterior en donde se indicaba que esta sería basada en las conductas, hechos y calificación jurídica, lo que ha dado lugar a cierta incertidumbre respecto la necesidad de la prueba de la culpa.

Por último, se señala que el Tribunal deberá valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, a diferencia de la situación anterior en la cual, de acuerdo a las reglas generales del Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, se valoraba conforme a las normas de la prueba legal tasada.

Recientemente, con fecha 6 de diciembre del año 2023 se dictó la Sentencia N°188/2023, la cual constituye la primera sentencia indemnizatoria en materia de libre competencia por parte del TDLC en la "*Demanda de Papelera Cerrillos S.A. contra CMPC Tissue S.A. y otra.*", en donde las principales consideraciones que contiene siguen la misma línea jurisprudencial ya asentada por los tribunales superiores de justicia, reconociendo al modelo *follow on actions* al disponer que "*la acción de indemnización de perjuicios requiere que se haya dictado previamente de una sentencia definitiva ejecutoriada derivada de la comisión de uno los ilícitos sancionados por el D.L N°211*"³⁵.

Por otra parte, es claro en señalar que el objeto de la acción de responsabilidad civil en sede de libre competencia se acota exclusivamente a la determinación de los perjuicios derivados que ya fueron sancionados por sentencia ejecutoriada en sede infraccional, razón

³⁵ Véase: Considerando Vigésimo Quinto.

por la cual no corresponde al demandante acreditar hechos distintos a lo que fueron establecidos en la sentencia infraccional previa, así como tampoco procede que estos incidan en la determinación de la existencia de perjuicios o su cuantificación, a efectos de la acción de indemnización de perjuicios³⁶.

Asimismo, la reciente sentencia del TDLC establece que la discusión en el proceso indemnizatorio se circunscribe únicamente a determinar la existencia, especie y monto de los perjuicios, así como el vínculo causal entre los hechos declarados como anticompetitivos y los perjuicios reclamados por el demandante. De modo que para estimar admisible la acción indemnizatoria, el actor sólo requiere acreditar haber sufrido perjuicios vinculados causalmente con los hechos calificados previamente como ilícitos anticompetitivos³⁷.

En cuanto a la acreditación de los daños reclamados, si bien no hace referencia al estándar de suficiencia probatoria que se debe satisfacer, sí se detiene en analizar la forma en que ninguno de las dos partidas reclamadas se acredita.

El daño emergente lo desestima de plano, señalando que el demandante no aportó prueba alguna que diera cuenta de los perjuicios reclamados que consistían en el valor de mercado de las maquinarias que adujo tener que vender a raíz de los actos colusorios de los demandados³⁸.

Respecto del lucro cesante efectuó un análisis pormenorizado del informe económico acompañado por la demandante acerca de los supuestos efectos y consecuencias que habría enfrentado Papelera Cerrillos como consecuencia de los ilícitos por los que fueron sancionados los demandados en la sentencia infraccional, concluyendo que ofrecía una estimación simplista del lucro cesante, que empleó premisas erradas y que adoleció de errores de cálculo manifiestos³⁹.

Por último, en cuanto a la causalidad concluyó que tampoco se tuvo por probada en tanto el hecho de que la demandante haya sufrido pérdidas durante la vigencia del acuerdo

³⁶ Véase: Considerando Vigésimo Quinto y Quincuagésimo.

³⁷ Véase: Considerando Trigésimo primero.

³⁸ Considerando Quincuagésimo Quinto.

³⁹ Considerando Sexagésimo Quinto.

colusorio tuvo una explicación multicausal, ajena a las conductas que fueron objeto de la sanción de la Sentencia Infraccional.⁴⁰

⁴⁰ Considerando Septuagésimo tercero.

CAPÍTULO III: LA PRUEBA DEL DAÑO PATRIMONIAL DE COMPETIDORES Y COMPRADORES DIRECTOS POR EL ILÍCITO DE COLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN:

En el presente capítulo se pretende dar cuenta de las principales problemáticas y particularidades de la acción de indemnización de perjuicios interpuesta ante el TDLC para el resarcimiento de los daños ocasionados por el ilícito de colusión a competidores o compradores directos.

Al efecto, se analizarán las distintas etapas de la actividad probatoria, entendidas como estadios tripartitos de actividad relativa a la evidencia, consecutivos, correlativos y consecuenciales entre sí, en las que intervienen tanto las partes como el tribunal, y que impactan en lo que, al final del proceso ha de tenerse por probado (Ezurmendi, p. 102).

Siguiendo a Taruffo (2008) y Ferrer (2007), estas etapas pueden resumirse de la siguiente manera: (i) de conformación o inclusión probatoria; (ii) de valoración de la prueba; (iii) de aplicación del estándar de prueba.

Respecto de la etapa de inclusión probatoria se analizará brevemente qué se entiende por esta, luego se expondrán los medios de prueba más relevantes en relación con la acreditación del daño patrimonial para finalizar dando cuenta de ciertas tendencias comparadas que se han adoptado a efectos de que las partes se puedan valer del material probatorio suficiente y aportarlo en el proceso.

En la etapa de valoración probatoria, se atenderá la forma en que TDLC ha interiorizado y razonado en base al concepto de sana crítica, dando cuenta del rol que las inferencias probatorias –propio de todo razonamiento judicial– tienen en este procedimiento, atendiendo particularmente a la composición mixta del tribunal, para finalmente analizar la forma en que se daría una valoración holística –como la misma jurisprudencia del tribunal ha reconocido que realiza – de la prueba del daño patrimonial.

Por último, en la etapa de decisión probatoria, se pretenderá fijar y argumentar cuál es el estándar de suficiencia probatoria que debe regir en las acciones indemnizatorias a

raíz de la colusión en base a la naturaleza del procedimiento y la jurisprudencia de nuestros tribunales al respecto.

II. ETAPA DE INCLUSIÓN PROBATORIA:

a. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA INCLUSIÓN PROBATORIA:

La etapa de inclusión es aquella en que, a partir de la aportación de pruebas por las partes, se conforma el conjunto de elementos de juicio en base a los cuales el juez deberá resolver (Carbonell, 2019, p. 600).

Sobre los medios de prueba, vale mencionar que estos se conectan con el litigio a través de una relación instrumental, pudiendo ser entendidos estos como cualquier elemento que pueda ser usado para establecer acerca de los hechos de la causa (Taruffo, p. 15).

Por una parte, el inciso segundo del artículo 22 del DL 211 señala que:

“Serán admisibles todos 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”

El criterio fundamental para establecer la admisibilidad de una prueba es su relevancia o pertinencia, y esto se encuentra relacionado con la probabilidad de acierto de la decisión (Vásquez, 2015, p. 102).

Por relevancia se puede entender un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador -en este caso- son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en el litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos (Taruffo, p. 38).

En las acciones indemnizatorias por ilícitos anticompetitivos la relevancia viene dada por lo establecido en la sentencia infraccional del TDLC y la discusión acerca de la acreditación de la prueba del daño y causalidad que se debe dar en este juicio resarcitorio.

A continuación, se procederá a analizar los medios de prueba que pueden ofrecer una base cognitiva para establecer la verdad acerca de los hechos en el litigio, es decir, los que pueden aportar información para su comprobación.

i. Sentencia infraccional:

La aceptación de sentencia infraccional como un medio de prueba está contemplada dentro de la regulación de los instrumentos o como una manifestación de la prueba de presunciones (Romero, p. 253).

Como ya fue abordado a lo largo de este trabajo, de cara a una eventual acción indemnizatoria, la sentencia infraccional cumple con dos funciones esenciales, esto es, ser un requisito de procesabilidad y disponer efecto prejudicial. Sobre esta última función vale tener hacer un par de consideraciones.

En el sistema de libre competencia nacional, en particular respecto de la acción indemnizatoria, se contempla el sistema *follow on* en virtud del cual, una vez que exista sentencia ejecutoriada, quienes hayan resultado afectados pueden interponer la acción civil correspondiente, estando obligado el TDLC a fundar su fallo en los antecedentes que sirven a la demanda.

La acción puede ser interpuesta por terceros afectados que no necesariamente fueron parte en el proceso y su legitimación activa se fundamenta en que no todos los terceros se hallan en la misma situación frente al proceso seguido *inter alias*, sino que, en función de la conexión existente entre su situación jurídica y la deducida por las partes en el proceso, pues la decisión que en este se adopte puede repercutir de modo más o menos intenso en aquella, lo que permite encuadrarlos en distintas categorías (Grande, 2008, p. 27).

En estos casos la cuestión controvertida y la forma en que afecta a los terceros es evidente, se sanciona una conducta colusoria que afectó patrimonialmente a competidores o compradores directores. A los efectos que la sentencia puede tener sobre terceros se les denomina “hechos jurídicos” debido a que por la mera existencia de un pronunciamiento judicial se constatan determinados efectos no deseados ni previstos por el juez en la resolución, ni perseguidos directamente por las partes al promover el proceso. Son los

efectos indirectos, colaterales, secundarios o reflejos, cuando van referidos a los terceros, puesto que no se pueden atribuir directamente a la declaración de voluntad en que consiste la sentencia – pues están fuera del objeto de esta – su causa inmediata debe hallarse en una circunstancia diversa, esto es: en la ley o en la conexión de las situaciones jurídicas (Romero, p. 263).

En las acciones indemnizatorias en análisis, la conexión viene dada por el artículo 30 del DL 211 que establece que la sentencia que el TDLC dicte al respecto debe basarse en los hechos, y el efecto que tiene ésta respecto de terceros se denomina “efecto reflejo de la sentencia”.

Como ya se ha señalado, el objeto de prueba tiene que versar exclusivamente sobre los daños sufridos y la causalidad que hay respecto de estos y la conducta sancionada. Por lo demás, las implicancias que puede tener la sentencia infraccional para la cuantificación del daño sufrido por los demandantes se vinculan estrechamente con el razonamiento del TDLC para determinar la cuantía de la multa a los agentes sancionados, puesto que dentro de los criterios que se emplean para la imposición de esta se encuentran “*el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación*”⁴¹.

A continuación, se dará cuenta de una serie de pronunciamientos del TDLC en donde conociendo del procedimiento infraccional al menos se aproxima a la situación de los daños ocasionados por la conducta.

En la Sentencia N°119/2012 dictada en el “*Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros*”, el TDLC se refiere claramente al daño ocasionado por la colusión en la que incurrieron las farmacias coludidas:

⁴¹ En la sentencia 175/2020, dictada en el “*Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania – P. Nuevo S.A. y otros*”, el TDLC fue claro señalando los criterios para la determinación de la multa señalando: “*A falta de dicha información, se utilizarán como multas bases aquellas que fueron solicitadas por la FNE en su Requerimiento, en el que consideró la gravedad y duración de la conducta, el alcance del daño provocado y el efecto disuasivo que debe tener la sanción.*”

“Centésimo nonagésimo octavo: Que la colusión de las requeridas también debe considerarse como especialmente grave por la extensión del daño causado, que en este caso viene determinada por tres factores: (i) en primer lugar, por la importante participación de mercado de FASA, CV y SB, quienes en conjunto representaban a la fecha de los hechos el 92% de las ventas totales de productos Farma en el país, lo que implicó que la conducta tuviese aptitud para involucrar a casi la totalidad de la oferta en el mercado relevante; (ii) en segundo término, por el número de consumidores afectado por las alzas coordinadas de precios, que en este caso, atendida la participación de mercado antes indicada y más aún si se considera que dicha participación se extiende a todo el territorio de la República, necesariamente es muy elevado, alcanzando potencialmente a la totalidad de la población; y (iii) por la circunstancia de que el acuerdo probablemente se habría mantenido en el tiempo de no haberse iniciado en contra de las requeridas la investigación de la FNE que motivó el requerimiento de autos.”

En la Sentencia N°139/2014, dictada en el “*Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*”, el Tribunal para determinar la multa a imponer efectuó un análisis pormenorizado del daño ocasionado por la Avícolas Requeridas al haber aumentado artificialmente los precios:

“Tricentésimo quincuagésimo cuarto. Que, no obstante lo anterior, de tomarse como referencia la estimación del informe acompañado por la FNE a fojas 10.319 del cuaderno principal, el sobreprecio promedio estimado por los autores es de un 14% (entre los años 2008 y 2010). Con esta estimación, el daño generado por las Empresas Avícolas Requeridas, en términos de mayores precios cobrados, supera en muchas veces el máximo de la multa aplicable en esta causa;

Tricentésimo quincuagésimo quinto. Que ante diversos escenarios de sobreprecios cobrados por las Empresas Avícolas Requeridas, basta con que el sobreprecio cobrado durante todo el período de duración de la colusión (1994 a 2010) haya estado por sobre un 3% –escenario muy conservador– para que (i) el beneficio económico obtenido por Agrosuper sea cerca de ocho veces la multa máxima aplicable; (ii) el beneficio económico obtenido por Ariztía sea cercano a cuatro veces la multa máxima aplicable; y, (iii) el beneficio económico obtenido por mayores precios, por parte de Don Pollo, sea cercano a la multa máxima aplicable.”

La Sentencia N°160/2017, dictada en el “*Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*”, es el más explícito en señalar que los criterios considerados para la determinación de la multa pueden posteriormente ser considerados para la determinación de los daños ocasionados en el respectivo juicio indemnizatorio:

“Finalmente, bajo una perspectiva estricta de regulación económica, el modo de cálculo planteado -haciendo referencia a la multa- tampoco genera un incentivo perverso para la delación o el reconocimiento en un proceso judicial de un período colusivo más prolongado con el fin de obtener multas menores, pues tal actuación se vería disuadida por el efecto patrimonial que dicha extensión de tiempo podría tener en un eventual juicio de daños por actos anticompetitivo.”

De la lectura de los pronunciamientos del TDLC se extrae con claridad la referencia directa que se hace a los daños ocasionados por la colusión. Lo que, en virtud del mandato del artículo 30 del DL 211 que señala que el tribunal fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan como antecedente a la demanda, es una prueba relevante que debe ser considerada a efectos de acreditar la existencia y extensión del daño alegado en el correspondiente juicio indemnizatorio.

En línea con la conclusión desarrollada en el capítulo II, vale tener presente que la extensión de la eficacia positiva de la cosa juzgada en el correspondiente juicio de daños posterior, se ve limitada a los hechos que ya fueron sancionados por sentencia ejecutoriada. Por lo mismo, como lo ha señalado la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago en la causa N° de Ingreso 13.563-2016 y ha sido reafirmado en la Sentencia N° 188/2023 del TDLC en la “*Demanda de Papelera Cerillos S.A. contra CMPC Tissue S.A. y otra*”:

“la sentencia condenatoria dictada en sede de libre competencia no puede producir efectos de cosa juzgada en relación a los hechos y conductas diversas al ilícito anticompetitivo”.

De este modo, la sentencia infraccional dictada con anterioridad cumple un rol fundamental en el proceso indemnizatorio posterior, puesto que es la que otorga los márgenes de la extensión del daño, teniendo por acreditado todo lo del procedimiento infraccional anterior, sin que exista la posibilidad de que se acrediten nuevos hechos que justifiquen la indemnización de otros daños.

ii. Prueba pericial:

Con el paso del tiempo la complejidad y sofisticación técnica de las cuestiones debatidas en todo tipo de litigios, especialmente en los de índole económica, los estudios y las experticias científicas se han adentrado y han impactado los procesos judiciales, especialmente en lo relativo a la demostración de los enunciados descritos por las partes con el fin de convencer al juez y que éste pueda apoyarse en ellos para determinar un mayor grado de probabilidad de certeza o falsedad de las proposiciones (Luna, p. 124).

Es por lo anterior que se ha acuñado el concepto de "*cientificidad de la prueba*" cuando para la determinación de los hechos son necesarios conocimientos que excedan los del hombre medio y exijan conocimientos de naturaleza técnica o científica (Denti, p. 277 y ss.).

La prueba pericial siempre conlleva el ofrecimiento de información especializada que debería contribuir a la correcta toma de decisión sobre los hechos en un proceso judicial (Vázquez, 2015, p. 37), en tanto consiste en una prueba que emana de un experto que pone su conocimiento a disposición para así emitir una opinión sobre el caso concreto.

En definitiva, lo que distingue a la pericia del resto de los medios de prueba es que la prueba pericial intenta lograr la convicción del tribunal respecto de hechos técnicamente complejos, o sobre aspectos especializados de hechos determinados (Flores, 2005, p. 15).

Si bien la comprobación y determinación del daño en un principio es un asunto propiamente jurídico, atendido a que el Derecho de la Competencia es un asunto intrínsecamente ligado a la economía y organización industrial, se hace necesario que para la determinación de la existencia de perjuicios cometidos a competidores o compradores directos, se tenga que recurrir a informes de expertos que revisten los caracteres de informes periciales econométricos o contables, puesto que para determinar la existencia, extensión y magnitud de estos, se deben realizar juicios hipotéticos en base a contrafactuales donde es necesaria la reconstrucción de ciertos escenarios competitivos que hubieran ocurrido en la eventualidad de no haber existido el ilícito sancionado, lo que solamente se puede determinar en base a diversos informes económicos basados en cálculos econométricos o contables.

La relevancia de este tipo de informes ha sido ampliamente reconocida tanto por la doctrina nacional como internacional. Por una parte, Banfi ha señalado que la prueba de la causalidad, plausibilidad y cuantía del daño emanado de los ilícitos anticompetitivos -especialmente del lucro cesante-, requiere de informes periciales -económicos- (2014, p. 142).

Se ha señalado que "*desde la perspectiva del private enforcement la cuestión relativa a la valoración del daño sufrido por el perjudicado por una conducta anticompetitiva, y el alcance que a estos efectos tienen los informes económicos elaborados por los peritos, y que necesariamente han de acompañar la acción de resarcimiento patrimonial, es*

indudablemente la gran protagonista de la construcción jurisprudencial de este peculiar sistema de daños derivados de ilícitos antitrust (Díez Estella, p. 284)⁴².

En decir, la determinación y cuantificación del daño es una cuestión que trasciende el análisis jurídico y se vincula estrechamente con la esfera económica, por lo que el papel que juegan los informes periciales realizados por expertos en economía o contabilidad es de gran entidad.

En este sentido, que la competencia para el conocimiento de las acciones indemnizatorias recaiga en el TDLC que es tribunal mixto, compuesto por abogados y economistas, que cuentan con los conocimientos idóneos para conocer tanto de cuestiones jurídicas como económicas para valorar la prueba, resulta fundamental para no incurrir en los principales riesgos asociados a la denominada sobrevaloración epistémica de la prueba pericial⁴³.

En definitiva, en los procedimientos indemnizatorios por atentados a la libre competencia, los informes económicos son fundamentales, toda vez que permiten a los jueces formar su convicción sobre cómo hubiese actuado el mercado sin el ilícito y determinar la eventual existencia de daños y la magnitud de estos. En palabras de Taruffo, en estos casos los economistas “*son pistoleros a sueldo, dispuestos a servir a la parte que los convoca*” (p. 90), los que tienen un rol esencial en la materia.

III. ETAPA DE VALORACIÓN PROBATORIA:

a. SANA CRÍTICA:

La valoración probatoria, correspondiente al segundo momento probatorio consiste en la valoración de los elementos de juicio disponibles en el proceso. Es el momento de la racionalidad, en donde se debe evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis o su contraria (Ferrer, p. 46), en otras palabras, es un juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba (Gascón, p.157).

⁴² En mismo sentido véase: Lewin (2011), p. 53; Banfi (2013), p. 240.

⁴³ En este sentido véase (Duce, pp. 223-262).

En lo que interesa al objeto de análisis, la prueba deberá ser valorada a efectos de determinar si el daño demandado por el competidor o proveedor afectado, se puede tener o no por acreditado.

En virtud del inciso segundo del artículo 30 del DL 211, las acciones indemnizatorias que se interponen ante el TDLC a propósito de ilícitos anticompetitivos, se apreciarán de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que consiste en un sistema libre de valoración de la prueba, pero enmarcado dentro de ciertos límites racionales.

En este sentido la doctrina respecto la sana crítica ha señalado *“esta forma de valorar la prueba entrega al juez amplias facultades discrecionales de valoración, pero imponiéndole los deberes de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico en base a la pruebas rendidas, y exponer en la sentencia ese proceso de razón con el cual llegó a la convicción que tales son los hechos que establece. Aparece como la síntesis entre el de la tasación legal y el de íntimo convencimiento”* (Peñailillo, 1998, p. 19).

Asimismo, la Excma. Corte Suprema, en sentencia Rol N° 15.005-2019 en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre la valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, particularmente a propósito del procedimiento contencioso de libre competencia:

“Vigésimo: Que, en lo medular, la reclamación de Mol plantea una disconformidad con la apreciación de los distintos medios probatorios que han sido acompañados en autos, por lo que resulta imprescindible recordar que el inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N° 211 prescribe: “El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica” (...) Conforme a este sistema el análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto la que sustenta la convicción como aquella que es descartada. Este sistema obliga a que los sentenciadores dejen explicitadas en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas.”

Es decir, el sistema de la sana crítica opera bajo ciertas reglas que funcionan como parámetros o guías de razonamiento en la fundamentación que justifica la asignación de valor que hace el juez a las pruebas en juicio y que tienen por objeto sustentar determinadas hipótesis fácticas (Carbonell, 2018 p. 40). Los criterios bajo los cuales se tiene que regir el razonamiento de los sentenciadores en este sistema de valoración vienen dados por las

máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica.

Por una parte, las máximas de la experiencia consisten en generalizaciones empíricas que permiten enlazar un enunciado sobre hechos conocidos con otro enunciado sobre hechos desconocidos. En palabras de González Lagier son enunciados descriptivos (verdaderos o falsos, por tanto) cuya fundamentación es empírica. Llegamos a ellas a través de razonamientos generalizadores (que usan las reglas de racionalidad epistemológica) a partir del examen de casos particulares (2018 p. 86). En un eventual juicio indemnizatorio por ilícitos anticompetitivos, una máxima de la experiencia podría ser “*si existe un acuerdo o práctica concertada para afectar un proceso, entonces se presume que el competidor que se pudo adjudicar la licitación debido a esta conducta sufrió un perjuicio patrimonial*”

En cuanto a los conocimientos científicamente afianzados, entendidos como aquellos que se obtienen mediante la comprobación empírica de una hipótesis que afirma la regularidad en la naturaleza o una relación causal entre eventos. El conocimiento cumple también una función de garantía, conector o enlace en el tránsito del enunciado fáctico conocido a otro desconocido (Carbonell, 2018 p. 42).

Como ya se trató anteriormente, el conocimiento científico y en particular de la ciencia económica es fundamental a efectos de cuantificar el monto de los perjuicios que han sufrido los competidores o proveedores afectados por el ilícito anticompetitivo. Al efecto, en los juicios indemnizatorios de esta naturaleza, se contempla una serie de métodos diversos para determinar el monto de los perjuicios, dentro de los que se encuentran el *Yardstick method*, *before and after method*, *market share method*, *going concern method*, entre otros⁴⁴ y en donde los jueces *licenciados o con post grados en ciencias de la economía* cumplen un rol fundamental.

Por último, los principios de la lógica comprenden los principios como el de identidad, no contradicción, de exclusión o tercero excluido y de razón suficiente⁴⁵, los que, en definitiva, a juicio de Carbonell, pueden tener como finalidad representar una eventual

⁴⁴ Para un análisis detallado de estos métodos véase: Lewin (2011), Quíroz, Givovich, et. Al (2020); Edward, Fantuzzi, et. Al (2020).

⁴⁵ En este sentido véase: Laso (2009)

inconsistencia entre los enunciados fácticos o controlar la corrección de cada una de las inferencias que conforman el razonamiento probatorio judicial (Carbonell, 2018 p. 43).

En un juicio indemnizatorio una conclusión a la cual se podría llegar en virtud de estos principios es que si a raíz de un acuerdo o práctica concertada entre competidores en donde se acuerda subir los precios respecto de un producto determinado y, a raíz de eso, un competidor también tuvo la posibilidad de subir sus precios y aumentar su margen de ganancias, posteriormente no podría alegar un eventual perjuicio a raíz de esta conducta, toda vez que, sin perjuicio de no haber participado de esta igualmente se vio beneficiado al tener la posibilidad de aumentar sus precios-.

b. INFERENCIAS PROBATORIAS COMO FORMA DE RAZONAR SOBRE LOS HECHOS:

Como ya se mencionó, la etapa de valoración de la prueba consiste en evaluar qué elementos de juicio avalan las hipótesis que se pretenden probar, o más bien, en la corroboración entre los relatos sobre hechos y la prueba aportada en juicio que, en el caso que nos convoca, sería la existencia de daño patrimonial sufrido a raíz del ilícito de colusión.

En esta etapa se pueden identificar como elementos los “hechos a probar”, la información que han aportado las partes y, por tanto, de la que se puede denominar como “hechos probatorios” y una relación o enlace que debe existir entre ambos llamada “inferencia probatoria”, en la medida de que el ejercicio intelectual que conecta la información disponible con un enunciado sobre los hechos. (González, 2018, p 19).

Dentro de las inferencias probatorias se encuentran las epistemológicas o basadas en una máxima de la experiencia, las normativas y las interpretativas.

La inferencia probatoria epistemológica es una generalización empírica que correlaciona hechos como los descritos en las premisas con hechos como los descritos en la conclusión a partir de la observación de una asociación pasada entre ambos tipos de hechos. Dentro de estos se comprenden tanto las máximas de la experiencia como el conocimiento científico, el que tiene como función la creación de conocimiento y cumple un rol fundamental en el razonamiento probatorio.

Por otra parte, se encuentran las inferencias probatorias normativas que vienen dadas principalmente por normas que establecen que si se dan por probados los hechos establecidos en la premisa normativa, se debe dar por probada una hipótesis determinada.

Finalmente, se encuentran las inferencias probatorias interpretativas que emplean definiciones que permiten subsumir un hecho determinado en un conjunto más amplio de estos, tiene que ver con los hechos cuyo enlace es una regla conceptual o definición.

En los casos de indemnización de perjuicios a raíz de colusión, el hecho base fundamental a partir del cual los magistrados pueden comenzar a construir sus diversas inferencias probatorias dice relación con la sentencia infraccional dictada por el mismo tribunal, en cuanto, por regla general, ya contiene un análisis del mercado relevante en el que se perpetuó la infracción, la duración de esta, los agentes económicos involucrados, las variables competitivas afectadas y los criterios que se emplearon para determinar la multa, lo que en virtud de los antecedentes aportados por las partes puede ser relevante para la construcción de inferencias probatorias principalmente epistemológicas.

Por otra parte, cabe recalcar la estrategia utilizada por la Unión Europea. El artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE establece “*Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción*”, estableciendo de esta manera una presunción normativa respecto de los daños que generan los cárteles.

En la normativa nacional no existe ninguna norma semejante, sin perjuicio de que eventualmente esta podría ser considerada por los mismos jueces como una inferencia probatoria epistemológica o eventualmente ser objeto de una reforma legal futura entendiendo que esta se haría cargo de cuestiones como el posible desequilibrio de las partes en ciertos casos en donde se demanda indemnización por competidores con un considerable menor poder de mercado o proveedor aguas debajo de menor entidad, facilitar la aplicación de las normas en supuestos en los que la prueba resulta difícil o imposible en el entendido de que en muchas ocasiones las colusiones son delitos “complejos” y, por último, consignar que una cierta situación corresponde a lo que normalmente, o con mayor probabilidad sucede, que en estos casos sería el hecho de que un cartel provoca daños (Gama, p. 81).

c. VALORACIÓN HOLÍSTICA:

Tanto el TDLC como la Excma. Corte Suprema han tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a la valoración de la prueba en virtud de las reglas de la sana crítica, señalando adicionalmente que esta debe valorarse de manera holística, esto es, ponderando en conjunto todos los antecedentes que han sido aportados la causa. Así lo ha entendido el TDLC, en cuanto en la Sentencia N°167/2019 en el “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*”, ha señalado:

“Septuagésimo: Que la prueba del proceso ha sido analizada y valorada de manera holística, es decir, en su conjunto, de modo de poder determinar el patrón de comportamiento de las requeridas, lo que es consistente con la apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica.”

En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema en la causa rol N° 9361-2019, conociendo del recurso de reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N°167/2019, dispuso:

“Duodécimo: Que, a la luz de lo expuesto, en concepto de esta Corte la referencia que los sentenciadores hacen a una ponderación “de manera holística”, no es más que una apreciación sistemática de los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, lo cual siempre exige que en la sentencia deban precisarse necesariamente las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud se asigna valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso.”

Al afecto, Accatino señala que en la valoración holística, un hecho singular es relevante como objeto de prueba en un proceso porque puede integrarse de manera coherente en el relato de un caso individual que, considerado como un todo, corresponde a una realización concreta del caso genérico previsto por las normas jurídica aplicables. Para ejemplificar esto alude a una situación en donde la existencia de un daño patrimonial sufrido por un determinado sujeto constituye un hecho jurídicamente relevante, susceptible de ser identificado como un *probandum*, cuya aceptación como probado debe ser justificada, porque puede integrarse de modo coherente en el relato de una sucesión de eventos que pueden calificarse como un caso de daños causados a otro en virtud de una acción negligente (2018, p. 33).

En un juicio indemnizatorio por ilícitos anticompetitivos, a efectos de acreditar el daño patrimonial sufrido por competidores o compradores directos, se debe atender

entonces tanto a los hechos establecidos por la sentencia infraccional, como a otras cuestiones relevantes del demandado, como lo es la participación de mercado que tenía con anterioridad a que se comenzara a ejecutar la colusión, el estado de sus finanzas, el desarrollo competitivo que tuvo con posterioridad, así como también atender a los modelos econométricos que tienen la capacidad de prever cuál hubiera sido el escenario contrafactual del demandante si no hubiera cometido el ilícito en cuestión.

IV. ETAPA DE DECISIÓN PROBATORIA:

a. CONCEPTO DE ESTÁNDAR DE PRUEBA:

El estándar de prueba se aplica dentro de un sistema de reglas de forma que el juez pueda justificar su decisión sobre las narraciones de los hechos realizadas por las partes a efectos de determinar si se cumple con el grado de corroboración suficiente para tener por probada una hipótesis sobre los hechos. En otras palabras, es una regla que fija el umbral para que el juzgador pueda tomar una decisión sobre si se encuentran probadas o no las hipótesis que se discuten en el proceso a través de la prueba rendida.

Al efecto, Valenzuela señala que cada regla de estándar probatorio tiene tres funciones que pueden advertirse claramente: (a) es una regla de suficiencia o umbral para afirmar que determinadas pruebas habilitan al juzgador a adoptar una decisión; (b) es una regla de distribución de errores, manifestando las preferencias del legislador en orden a soportar una clase de error en cada tipo de decisión, y (c) es una regla moral, que da cuenta de los rasgos principales del fenómeno que se administra en el procedimiento (p. 187).

Dependiendo de las consideraciones que tenga el legislador sobre cuestiones relativas al bien jurídico tutelado, los estándares pueden ser más o menos exigentes. El estándar mínimo es el de prueba preponderante que distribuye el error simétricamente y, mientras que el más exigente es el de más allá de toda duda razonable en la medida que distribuye el riesgo del error asimétricamente y es el que busca un estándar más cercano a la certeza. Como un intermedio se intuye el de prueba clara y convincente, que corresponde a un estándar intermedio, en casos en que existe alguna justificación para acentuar la dirección de los riesgos hacia el actor, es decir, este soporta mayores riesgos de una

decisión errónea, puesto que debe soportar un estándar más alto de prueba y es el que se encuentra asociado principalmente al derecho administrativo sancionador⁴⁶.

b. ESTÁNDAR DE PRUEBA DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL TDLC:

Como fue abordado, desde la reforma del año 2016 que otorgó competencia al TDLC para conocer de las acciones civiles por ilícitos anticompetitivos, el tribunal no ha tenido la oportunidad de dictar sentencia alguna al respecto. Esto, a diferencia de lo que ha sucedido en sede infraccional, en donde el tribunal sí ha tenido la oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones al respecto.

A continuación se procederá a analizar someramente cuál ha sido el entendimiento que el TDLC ha desplegado sobre el estándar de prueba en materia infraccional a efectos de posteriormente desarrollar una hipótesis respecto a cómo el tribunal eventualmente afrontará y considerará un estándar de suficiencia probatoria en juicios indemnizatorios.

i. Estándar de prueba aplicable a procedimientos infraccionales de colusión:

Al igual que en materia infraccional, el DL 211 no regula el estándar de prueba que debe regir en el conocimiento de las acciones indemnizatorias por ilícitos anticompetitivos, remitiéndose a señalar en el inciso final del artículo 22 que *la valoración de la prueba se hará conforme a la sana crítica*. No obstante, la jurisprudencia tanto del TDLC como de la Excma. Corte Suprema ha ido adoptando un criterio más bien uniforme en cuanto al entendimiento de que el estándar de prueba que debe aplicarse en los procedimientos contenciosos de libre competencia es el de *prueba clara y concluyente*.

El TDLC pronunciándose sobre el asunto en la sentencia N° 134⁴⁷ ha señalado:

“Septuagésimo. Que si bien la Excma. Corte Suprema no definió de manera categórica en qué consiste el estándar que ella califica como de “prueba clara y concluyente”, este Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de este Tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal.”

⁴⁶ Letelier (2019)

⁴⁷ En este mismo sentido véase: Sentencias N°133,136,137,160,167, 175

Por su parte la Corte Suprema, conociendo del recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia N°167 del TDLC:

“Sin embargo, como ya ha señalado esta Corte en otras oportunidades, el grado de convicción que ha sido requerido para sancionar la colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual demanda un examen no en relación a su cantidad, sino a su preponderancia y aptitud de convicción en relación a la conducta imputada.”

De esto se colige que, más allá de una mera enunciación respecto del estándar, la jurisprudencia antimonopólica no se ha pronunciado respecto de condiciones o requisitos que, a su juicio, puedan dar lugar a una satisfacción del umbral indicado.

Ahora bien, vale destacar el voto disidente de los ministros Tapia y Arancibia – quienes ya no integran el tribunal–, quienes en la sentencia N°160 del TDLC sostuvieron la posición de que el estándar de prueba corresponde a *balance de probabilidades*, esto es, el estándar civil. Respaldan esta postura, amparados en las siguientes razones: (i) dogmáticas, como entendimiento que tenían sobre la naturaleza de la infracción imputada, la separación que existe entre la responsabilidad administrativa y penal, y las potestades y reproches que podía imponer el TDLC; (ii) económicas, en cuanto a la prevención de un tipo de error por sobre otro –falso negativo / falso positivo–, y (iii) por razones institucionales relacionadas principalmente con la separación entre el órgano persecutor y juzgador que existe en la institucionalidad de libre competencia nacional⁴⁸.

ii. Estándar de prueba aplicable a procedimientos indemnizatorios por colusión:

En cuanto al estándar de prueba aplicable a procedimientos indemnizatorios tramitados en virtud del artículo 30 del DL 211, y al igual que en la regulación del procedimiento infraccional, se limita a indicar *el tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las normas de la sana crítica*.

Estimamos que el estándar que corresponde aplicarse en estos casos es el de *prueba preponderante o balance de probabilidades*, por las razones que paso se exponen a continuación.

⁴⁸ Becerra (2020).

Lo primero que se debe considerar es la naturaleza jurídica de la pretensión indemnizatoria que se interpone, la que claramente es de índole patrimonial, toda vez que lo que se litiga es si debido al actuar contravencional que produjo la conducta colusoria tiene que responder ante otros por los daños ocasionados, dándoles un monto de dinero determinado, dependiendo de si el daño que generó corresponde a uno patrimonial, extrapatrimonial o ambos.

En segundo lugar y en el mismo sentido de lo anterior, en un juicio indemnizatorio no hay razones para que exista algún tipo de prevalencia por resguardar y tratar de evitar que ocurran los denominados errores tipo I o falsos positivos, sino que se comprende que al estar en disputa únicamente el bien jurídico “patrimonio”, no debe preferirse la superposición de un tipo de error por sobre este, lo que implica que la distribución del error debe ser igualitaria entre las partes, lo que es propio del estándar de prueba preponderante.

En tercer lugar, se debe atender a las eventuales dificultades probatorias que pueden suscitarse a propósito de estos juicios en donde el demandante se encontrará desprovisto de material probatorio atendido que las colusiones son infracciones que generalmente tienen una larga duración, con una alta sofisticación en el actuar de los agentes partícipes del mercado, donde el material probatorio puede estar o bien a disposición de los demandados o ir diluyéndose con el tiempo. Esto considerando además que uno de los principales rubros en los que se ve afectado el competidor o proveedor demandante es el lucro cesante⁴⁹, lo que al ser un juicio de probabilidad en la percepción de los ingresos futuros que hubiese tenido la empresa afectada es algo complejo de acreditar⁵⁰.

Por último, se debe atender a que la principal variación que trajo consigo la Ley N° 20.945 en cuanto al régimen de indemnización de perjuicios fue otorgarle competencia al TDLC para conocer de estas y en donde en ningún momento estuvo en discusión si esto implicaba una reconfiguración de la naturaleza de los daños indemnizables en sede civil – incluyendo daños punitivos como en los casos de juicios colectivos por infracción a los derechos del consumidor– o un cambio en el rol –pasivo– que debe tener el tribunal, toda

⁴⁹ Como ya se trató en el capítulo II.

⁵⁰ En este sentido véase: Araya (2016).

vez que este juicio indemnizatorio se tramita de acuerdo a las reglas del procedimiento sumario.

En uno de los fallos más esclarecedores con los que cuenta la jurisprudencia nacional en la causa N° 9666-2015 “ETCOM c. TMCH” , la Corte de Apelaciones de Santiago fue clara en cuanto al umbral de exigencia requerido a efectos de la acreditación del daño reclamado, estableciendo:

“Por consiguiente, aparece mejor informado, más imparcial, verídico y realista el proporcionado por la actora, del que estos sentenciadores extraerán la pérdida razonable probable de la demandante, aunque siempre en un escenario de razonabilidad y probabilidad, realizando una regulación, en fin, aproximada, suponiendo el curso normal de la actividad mercantil de la afectada y considerando, además, la dificultad en la prueba de lo que se trata, dificultad que, en caso alguno, puede favorecer al autor del ilícito competitivo.”

En virtud de lo anterior, atendida la naturaleza puramente patrimonial de la pretensión indemnizatoria, de la distribución igualitaria del error que subyace a los litigios de índole puramente patrimonial, a las eventuales dificultades probatorias con las que se pueden encontrar los demandantes y, en definitiva, al diseño institucional y procedimental del que dispuso para ejercer la acción en comento, vale concluir que el estándar de prueba es el de prueba preponderante o balance de probabilidades.

CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

Como fue expuesto a lo largo del presente trabajo, el ilícito de colusión se intuye como el más lesivo de los atentados en contra de la libre competencia, toda vez que cuando los agentes económicos incurren en estas conductas, el precio y/o las condiciones de comercialización de los bienes producidos no son determinados en virtud de las reglas de oferta y demanda, sino que por la mera voluntad de los agentes coludidos, lo que, a su vez, produce efectos redistributivos negativos, desincentivos a la innovación y un empeoramiento en la calidad y condiciones de producción de los productos.

En este contexto, adquiere relevancia que la institucionalidad de libre competencia, compuesta por la Fiscalía Nacional Económica, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Excelentísima Corte Suprema puedan prevenir este tipo de conductas, o en su defecto, actuar de la manera idónea corrigiéndolos, reprimiéndolos y sancionándolos en la forma y con las sanciones previstas en la ley, circunstancia entendida como el *public enforcement*.

Ahora bien, una vez que las autoridades de libre competencia nacionales actúan sancionando a los agentes que se han coludido, de acuerdo a los artículos 26 y 30 del Decreto Ley N°211, quienes hayan resultado afectados tienen la posibilidad de interponer las respectivas acciones indemnizatorias en contra de quienes hayan incurrido en la conducta sancionada.

Para efectos de la interposición de la acción resarcitoria, la sentencia ejecutoriada que se ha dictado en materia infraccional es fundamental, en tanto constituye un requisito de procesabilidad y produce efecto positivo de cosa juzgada, toda vez que con la sentencia ejecutoriada que califica la conducta como ilícita, se configura de inmediato la infracción al deber de cuidado que configura el elemento “culpa” de los agentes coludidos. Este, entendido como culpa infraccional, en virtud de la cual el acto se ve relevado de la carga de acreditar la imputabilidad de la conducta en la tramitación de la acción indemnizatoria.

De este modo, el juicio resarcitorio versa exclusivamente sobre la acreditación de los perjuicios ocasionados y el nexo causal causal entre estos y la conducta sancionada.

Es así como la acreditación del daño patrimonial constituye uno de los temas que reviste de la mayor relevancia en la materia en tanto que de aquello depende la eficacia de la acción de indemnización interpuesta por los afectados con ocasión del ilícito de colusión.

Como se abordó a lo largo de este trabajo, respecto de la acción analizada es posible identificar tres etapas desde la dictación del Decreto Ley N° 211 en 1973 a la fecha, períodos en los que si bien los pronunciamientos de los tribunales de justicia no abundan, han bastado para conformar una serie de criterios en torno a la procedencia de la acción, sus limitaciones, principales características y particularidad sobre la acreditación del daño como una cuestión esencial en estas.

En lo referido a la procedencia de la acción, la doctrina y jurisprudencia han sido enfáticas en la relevancia de la declaración previa del ilícito infraccional, atendida a la consagración legislativa de un modelo *follow on actions*, en virtud del cual solamente es posible deducir la demanda de indemnización de perjuicios una vez que la sentencia infraccional pronunciada se encuentre firme y ejecutoriada, convirtiéndose así en un requisito de procesabilidad de la acción.

Asimismo, la sentencia del TDLC o la Excelentísima Corte Suprema cumple una función prejudicial respecto de la imputabilidad de la conducta de los agentes que incurrieron en el ilícito sancionado. Sin embargo, el rol que cumple la referida sentencia no se agota en aquello, puesto que también puede considerarse tanto como un antecedente relevante para la acreditación del daño como tal y, a su vez, como una limitante para el actor en la medida que la acción que interpone debe restringirse exclusivamente a los hechos acreditados y sancionados en el procedimiento infraccional, siendo improcedente añadir hechos nuevos o diversos a esta.

En cuanto a los daños indemnizables, de acuerdo a las reglas generales y sin necesidad de mediar norma expresa, se ha considerado que todo daño ocasionado por el ilícito sancionado, en especial la colusión, es indemnizable en la medida que sean debidamente acreditados.

Respecto a los medios de prueba que revisten mayor relevancia de cara a la acreditación del daño patrimonial, se encuentra la sentencia infraccional ejecutoriada por los motivos ya señalados y la prueba pericial, en particular los informes económicos y contables, esto último, atendida la composición mixta del TDLC integrada tanto por

abogados como economistas. En virtud de aquello, los referidos informes pueden ser correctamente valorados y aportar información fundamental para la determinación y cuantificación de los daños ocasionados, en tanto, por un lado, los informes económicos, a través de diversos métodos econométricos, permiten reconstruir el escenario que habría existido en caso de que los agentes sancionados no se hubiesen coludido, mientras que, por su parte, los informes contables o financieros pueden dar cuenta de la situación que tenía la empresa competidora o compradora afectada por el ilícito colusivo y plantear cuál hubiese sido el desenvolvimiento de la empresa sin la ocurrencia de este.

El TDLC debe valorar los medios de prueba aportados al proceso indemnizatorio de acuerdo a las reglas de la sana crítica, haciendo una valoración holística de estos, ponderándolos todos de manera conjunta, considerando las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica, teniendo siempre en consideración que el hecho base para la realización de diversas inferencias probatorias que tiendan a acreditar o no el daño ocasionado es la sentencia infraccional ejecutoriada, en cuanto, por regla general, ya contiene un análisis del mercado relevante en el cual se perpetuó la infracción, la duración de esta, los agentes económicos involucrados, las variables competitivas afectadas y los criterios que fueron utilizados para determinar la multa.

Por último, y sin perjuicio de que no existe norma expresa, en cuanto al estándar de prueba que aplica en la materia, , no cabe dudas que atendida la naturaleza patrimonial de la acción y la distribución igualitaria del error que subyace en este tipo de juicios, sumado a las complejidades probatorias que pueden encontrar los demandantes para reconstruir un escenario sin colusión y de esa manera establecer la magnitud del daño producido, es el estándar de prueba preponderante o balance de probabilidades.

BIBLIOGRAFÍA

1. Accatino, Daniela. (2014). Atomismo y holismo en la justificación probatoria. *Isonomía*, (40), 17-59. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182014000100003&script=sci_abstract
2. Araya, Fernando (2005). *Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación*, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 4. pp. 9-32. <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/356>.
3. __ (2016). La dificultad en la prueba del daño indemnizable en caso alguno puede favorecer al autor del ilícito anticompetitivo. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de abril de 2016, rol n° 9.666-2015. Revista Chilena de Derecho Privado, N°27, pp. 303-313. <https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/66>.
4. Araya, Fernando; Canale Rudy; et. (2020) Al. Cálculo de perjuicios en casos de colusión: Desafíos metodológicos. Investigaciones Centro Competencia Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/calculo-de-perjuicios-en-casos-de-colusion-desafios-metodologicos/>.
5. Artaza, Osvaldo; Belmonte, Matías; y Santelices Víctor (2020). El delito de colusión. Tirant Lo Blanch.
6. Barros, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extrancontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
7. Banfi, Cristián. (2013). La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000200006&script=sci_abstract.
8. __ (2014). Banfi del Río, Cristian. (2014). Daños por ilícitos anticompetitivos entre Tabacaleras. *Revista de derecho (Valdivia)*, 27(2), 133-145. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502014000200006>
9. Becerra, Daniela (2020). Hacia la construcción de estándares de prueba en el procedimiento sancionatorio de libre competencia chileno. Trabajo final de Master en Derecho Probatorio de la Universidad de Girona. Profesor Guía: Jordi Ferrer.
10. BESOMI, María Ignacia (2014) "Indemnización a consumidores por ilícitos anticompetitivos: un análisis desde la perspectiva de la responsabilidad civil. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor Guía: Cristián Banfi del Río.

11. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 2003.
12. Bork, Robert. The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself (2ª ed., Free Press, New York 1993).
13. Budnik, Gabriel (2017). Análisis de la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de libre competencia". Revista Derecho y Humanidades N°29. Enero a junio, 2017 pp. 39-56. en: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/52177/54886>.
14. __ (2019). Indemnización de perjuicios por infracciones a la libre competencia. Revista Chilena De Derecho Y Ciencia Polític • E- ISSN 0719-2150 • VOL. 10 • N° 1. pp- 93-116. <https://derechoycienciapolitica.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/92/77>.
15. Carbonell, Flavia (2018). Sana crítica y razonamiento judicial, en Benfeld, Johann y Larroucau, Jorge (Eds.), La sana crítica bajo sospecha (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
16. __ (2019) La irradiación procesal en el derecho civil. La irradiación procesal del derecho civil: A propósito de los hechos y su prueba. En Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno. Coord: Pereira, Esteban. Rubicon Editores.
17. Carrier, M. (2011), A Tort-based Causation Framework for Antitrust Analysis, American Bar Association
18. Coloma Correa, Rodrigo. (2012). ¿REALMENTE IMPORTA LA SANA CRÍTICA?. Revista chilena de derecho, 39(3), 753-781. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300007>.
19. Denti, Vittorio (1972). Cientificidad de la prueba en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 2(3). Pp- 277-301
20. Díez, Fernando (2019). La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales Private enforcement of competition law: damages actions and judicial pronouncements. Cuadernos De Derecho Transnacional, [S.I.], pp. 267-305.
21. Directiva UE (2014) 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26.11.2014 relativa a las acciones por daños por infracciones al Derecho de la Competencia.

22. Domínguez, Carmen (2017). Efectos de la sentencia dictada en sede de libre competencia en materia de responsabilidad civil: algunas notas en perspectiva evolutiva. Estudios de Derecho Civil XII, Legal Publishing. Santiago. 2017
23. Duce J., Mauricio. (2018). Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis*, 24(2), 223-262. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200223>
24. Fox, Eleanor y Trebilcock, Michael (2012). The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project. En: The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices (Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock, eds.) (Oxford University Press); NYU Law and Economics Research Paper No. 12-20.. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2128913>
25. Edwards, María Victoria; Fantuzzi, Jorge, et. Al (2020). Acciones de indemnización de perjuicios a partir de conductas anticompetitivas. Investigaciones Centro Competencia Universidad Adolfo Ibáñez. https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/04/Edwards-Fantuzzi-Gana_Acciones-de-indemnizaci%C3%B3n-de-perjuicios-a-partir-de-conductas-anticompetitivas.pdf
26. Eyzaguirre, Cristóbal y Grunberg, Jorge. (2008). Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos. Revista Anales Derecho UC Temas de Libre Competencia 2, Legis S.A.
27. Ezurmendia Álvarez, Jesús. (2018). Eficacia positiva de la cosa juzgada e iniciativa para su introducción al proceso. Rol del juez en la vinculación de procesos conexos entre las mismas partes. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema rol: 28600/2016, del 8 de noviembre de 2016. *Ius et Praxis*, 24(2), 673-684. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200673>
28. ____ (2020). PROBLEMAS RELATIVOS A LA PRUEBA EN CADA ETAPA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA. *Revista chilena de derecho*, 47(1), 101-118. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372020000100101>
29. Ferrer, Jordi (2007) La valoración racional de la prueba. Marcial Pons.
30. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2014). Sanciones justas y óptimas para la infracción a la libre competencia. Exposición día de la Competencia, Santiago.
31. FLORES PRADA, Ignacio (2005) *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Tirant lo Blanch.
32. Fox, Eleanor y Trebilcock, Michael (2012). The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project. En: The

Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices (Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock, eds.) (Oxford University Press); NYU Law and Economics Research Paper No. 12-20. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2128913>

33. Fuchs, Andrés (2020). "El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos", Investigaciones Centro Competencia Universidad Adolfo Ibáñez. <https://centrocompetencia.com/el-estandar-de-prueba-aplicable-en-casos-de-carteles-una-propuesta-de-debate-para-la-denominada-agenda-anti-abusos/>
34. Fuchs Nissim, Andrés y Álvaro Vives Martens (2015). "Dos problemas en torno a la responsabilidad civil derivada de ilícitos anticompetitivos", en Álvaro Vidal Olivares, Gonzalo Severin Fuster y Claudia Mejías Alonso (eds.) *Estudios de Derecho Civil X*. Santiago: ThomsonReuters.
35. Gama, Raymundo (2013). "Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho intercontinental", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 31, N°3, pp. 555-572.
36. Hernández, Gabriel y Tapia Mauricio (2019). *Colusión y Daños a los Consumidores*. Editorial Thompson Reuters. Santiago.
37. Hovenkamp, Herbert (2018) *The Rule of Reason*, Florida Law Review, Vol. 70.
38. Gascón, Marina (2010). *Los Hechos en el Derecho*. Editorial Marcial Pons.
39. Grande Seara, Pablo (2008): *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil* (Valencia: Tirant) 499 pp.
40. Grunberg, Jorge (2017). Los Acuerdos y prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones *hub and spoke*. En FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*, Santiago: Ediciones Fiscalía Nacional Económica.
41. González, Daniel (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista telemática de filosofía del derecho*, N° 23, pp. 79-97. <http://hdl.handle.net/10045/110362>
42. __ (2018) González, Daniel, "Tres modos de razonar sobre hechos", en *Hechos y razonamiento probatorio*, coord. Vázquez, Carmen, Editorial. CEJI, pp 17 - 43.
43. Laso Cordero, Jaime. (2009). *LÓGICA Y SANA CRÍTICA*. *Revista chilena de derecho*, 36(1), 143-164. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372009000100007>

44. Lewin, Nicolás (2011): Indemnización de perjuicios por atentados a la libre competencia: el daño anticompetitivo, su relación con el daño civil y la determinación de los perjuicios”, Revista Anales Derecho UC, N° 6. pp. 43-62.
45. Hernández, Gabriel y Tapia Mauricio (2019). Colusión y Daños a los Consumidores. Editorial Thompson Reuters. Santiago.
46. Hernández-Paulsen, Gabriel. (2018). COLUSIÓN Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO COLECTIVO A LOS CONSUMIDORES. Revista chilena de derecho privado, (30), 87-126. <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722018000100087>
47. Letelier Wartenberg, Raúl. (2018). El precio del statu quo . Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. Revista de derecho (Valdivia), 31(1), 209-229. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100209>
48. Luna Salas, F. (2018). El mito del cientificismo en la valoración de la prueba científica. Jurídicas CUC, 14(1), 119–144. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.06>
49. Maturana, Javier (2020) “La acción de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos desde la perspectiva procesal”. Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibañez. <https://centrocompetencia.com/la-accion-de-indemnizacion-de-perjuicios-por-ilicitos-anticompetitivos-desde-la-perspectiva-procesal/>
50. Pardow, Diego (2015). El desempeño en juicio de la FNE: ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. Sección: Ensayos. Año 22-Nº2, 2015. pp. 419-451. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200014
51. Peña Mardones, Cristóbal. (2017). Traduciendo el discovery al civil law chileno: Su aporte a los procesos de reforma procesal civil. Ius et Praxis, 23(2), 79-120. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200079>
52. Peñailillo, Daniel (1989): La prueba en materia sustantiva civil (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
53. Rivero, Renée (2016). La Prejudicialidad en el proceso civil chileno (Santiago, Thomson Reuters).
54. Robles, Antonio (2021). La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia. », InDret 1.2021 ,pp. 1-45. <https://indret.com/la-defensa-basada-en-la-repercusion-del-dano-passing-on-causado-por-infracciones-del-derecho-de-la-competencia/>

55. Romero, Alejandro (1999), Comentario de Jurisprudencia "Corte de Apelaciones de Santiago, de 22 de julio de 1997 "Lebanon /Investment Corporation Chile con Sauna Hermanos Ltda." Revista Chilena de Derecho. Vol. 26 N° 2.
56. ____ (2012). La Sentencia Judicial Como Medio De Prueba. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 2, pp. 251 – 276. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000200002>
57. ____ (2015). LA PREJUDICIALIDAD EN EL PROCESO CIVIL. Revista Chilena de Derecho, vol. 42 N° 2, pp. 453 – 482. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200004>
58. Taruffo, Michele (2008). La Prueba (trad. L. Manríquez, J. Ferrer, Madrid, Marcial Pons).
59. Tapia, Mauricio Tapia (2012). Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, (2), Pág. 251-264. doi:10.5354/0719-5516.2014.31008. <https://doi.org/10.5354/rdep.v0i2.31008>
60. Sepúlveda, Pedro (2017) Diseño institucional y revisión judicial en sede de libre competencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor Guía: Jorge Grunberg.
61. Valdés Domingo (2006). Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Editorial Jurídica. Santiago.
62. Valenzuela, Jonatan (2019). El juez y la prueba, Pensando al juez, Coords: Vial, Manuel y Martínez, David. Editorial: Marcial Pons.
63. Vásquez, Carmen (2015). La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 38. ISSN: 0214-8676 pp. 101-130. <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.04>
64. ____ (2015). De la prueba científica a la prueba pericial. Marcial Pons.
65. Vásquez Omar (2015). "Algunas reflexiones en torno a la indemnización de daños anticompetitivos, sus fines y eficacia". Derecho y humanidades, n°25, 2015, pp. 17-37. Disponible en: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/48416>