



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

INDEMNIZACIÓN A CONSUMIDORES POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS: UN
ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

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

MARÍA IGNACIA BESOMI ORMAZÁBAL
PROFESOR GUÍA: CRISTIÁN BANFI DEL RÍO

Santiago, Chile

Julio, 2014

La presente memoria ha sido elaborada en el marco del Proyecto Conicyt - Fondecyt – Iniciación N° 11121336, titulado “Revisión crítica de la responsabilidad civil por daños entre competidores por conductas anticompetitivas en Chile”, dirigido por el profesor Dr. Cristián Banfi del Río.

Agradezco sinceramente al Profesor Cristián Banfi por su dirección. Sus comentarios y correcciones mejoraron mucho mis intuiciones iniciales, y su dedicación y disponibilidad permitieron el avance fluido y continuo en el trabajo de esta memoria.

*Antitrust Policy cannot be made rational
until we are able to give a firm answer to one question:
What is the point of the law –what are its goals?
Everything else follows from the answer we give.*

R. BORK, The Antitrust Paradox at 50 (1978)

Resumen	8
 PRIMERA PARTE	
I. Introducción y Planteamiento del Problema	11
1. Consideraciones de orden público	13
2. Consideraciones de orden privado	14
3. Estructura del Trabajo	16
 II. EE.UU.	 19
1. <i>Private Enforcement</i>	19
2. Finalidades y objetivos del <i>Private Enforcement</i>: <i>Compensation y Deterrence.</i>	20
3. Normativa e Instituciones Relevantes	21
a) <i>Sherman Act</i>	22
b) <i>Clayton Act</i>	22
c) <i>Treble Damages</i>	23
d) <i>Passing-on Defense</i>	25
e) <i>Standing</i>	31
f) <i>Passing-on Offense</i>	33
g) Críticas y Propuestas de Reforma	37
h) Acciones de Clase	40
i) Prueba	46
4. Conclusión capítulo	46
 III. CHILE	 50
1. Cuestión Previa	50
2. Descripción	51

3.	Normativa e Instituciones Relevantes	52
a)	FNE, TDLC y Corte Suprema	52
b)	Decreto Ley 211	53
c)	Código Civil, Libro IV, Título XXXV	57
d)	Acción Culpable	59
e)	Daño	59
f)	Causalidad	61
g)	Daño, causalidad y <i>passing-on</i>	62
h)	Prueba	67
i)	Acciones de Clase y Representación Corporativa	68
4.	Conclusiones Capítulo	76
IV.	Comparación y Conclusiones Primera Parte	78
 SEGUNDA PARTE		
I.	Aplicación Privada de las Normas de Libre Competencia	81
1.	¿Por qué la Justicia Correctiva?	83
2.	Justicia y Eficiencia	86
a)	Mercado y Derecho	88
b)	Modelo de Atribución de Responsabilidad	88
c)	Posición estratégica de las Partes en el Juicio de Responsabilidad	90
II.	Condiciones de la Responsabilidad	93
1.	Acción Culpable	93
2.	Daño	94
a)	Ilícitos Anticompetitivos y Daños a Consumidores	94

b)	¿Pérdida de Eficiencia?	95
c)	Tipos de Daños	98
d)	<i>Deadweight Welfare Loss</i> , Daño Anticompetitivo o Daño a	99
e)	Daño Indemnizable	100
3.	Daño Indemnizable en el Derecho Chileno	104
a)	Daño Significativo	105
b)	Daño Directo	106
c)	Daño Cierto	111
d)	Daño Personal	113
e)	Daños de los compradores directos que traspasaron los	119
costos		
f)	Determinación y Prueba del Daño	122
4.	Causalidad	133
a)	Fundamento de la Causalidad: Causa Necesaria	134
b)	Límite a la Causalidad: Conexión de Ilícitud	136
c)	Límite a la Causalidad: Causa Próxima	138
d)	Determinación y Prueba de la Causalidad	142
e)	Rol que juega el Dolo en materia de Causalidad y Daños	144
5.	Conclusiones Capítulo	145
III.	Acciones Colectivas y Consumidores	151
1.	SERNAC – Farmacias	152
2.	Legitimidad SERNAC y Juicio Colectivo	156
a)	Especialidad de la Ley del Consumidor	156
b)	Infracciones por las que procede el Juicio Colectivo	163
c)	Necesidad del SERNAC de hacerse parte en el	167
	Procedimiento seguido ante el TDLC	

d) Determinación de los Consumidores afectados y necesidad de un Procedimiento al respecto	169
e) Procedimiento Aplicable	173
IV. Conclusiones del Trabajo	186
BIBLIOGRAFÍA	190

Resumen

Este trabajo analiza, en el marco del estudio de la aplicación privada de las normas de libre competencia (*private antitrust enforcement*), el problema de la indemnización por daños a los consumidores afectados por un ilícito anticompetitivo. En base a un estudio comparado de dos legislaciones (la estadounidense y la chilena), serán identificadas dos formas específicas de tratar esta cuestión que se corresponden con visiones distintas del *private enforcement* y la función de la responsabilidad civil.

El estudio de las principales figuras jurídicas disponibles para obtener reparación pretende mostrar el panorama actual y ofrecer una interpretación de la normativa chilena según la cual ésta se propone, en lo central, hacerse cargo de un objetivo específico, como es la compensación de las víctimas, dando cuenta de dos principios centrales para un sistema de derecho privado arraigado en la tradición jurídica occidental de derecho civil: la justicia correctiva y el rechazo al enriquecimiento injustificado.

La falta de jurisprudencia en esta sede y la ausencia del impulso privado, que –en cambio– ha mostrado ser vigoroso en el sistema norteamericano, motivan el análisis y reflexión jurídicos de esta materia en Chile, mostrando que el

entramado normativo representa sólo una base desde la cual construir una aplicación sólida de las normas de competencia de parte de los privados, y en particular, de los consumidores. Desde allí se evalúa la posibilidad de corregir ciertos mecanismos, considerando aquellos que han mostrado su eficacia en el derecho comparado en relación a aspectos probatorios tanto del daño como de la causalidad. Por último, y a propósito de un caso reciente iniciado por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), se abre la discusión sobre la existencia de acciones de clase, procedencia del juicio colectivo y legitimación activa de organismos públicos y privados en representación del interés difuso y colectivo de los consumidores.

Esta tesis no se hace cargo de los avances y de la evolución que ha existido en la Unión Europea sobre aplicación privada de las normas de libre competencia, en primer lugar por la heterogeneidad que presentan los 28 sistemas de protección a la competencia de sus Estados miembro y en segundo lugar, pues, pese a los avances de los últimos años, aún no representa un contrapunto acabado y estable de comparación. Lo anterior no permite, sin algún nivel de especulación, tenerlo como un referente definitivo en estas materias. Nos remitiremos a él, sin embargo, cuando sea pertinente en razón de las modificaciones que creamos necesarias, por ser aquella un modelo que

es, en último término, inevitable para nuestro país. Por una parte, debido a la común tradición que une nuestro derecho privado al europeo-continental, y por otra, en atención a los avances que este último ha mostrado en materia de competencia en general, promoviendo la eficiencia e integración de los mercados internacionales y respetando la normativa doméstica en cuanto a los estatutos de responsabilidad civil. Lo anterior puede ser una experiencia de un valor incalculable para analizar reflexivamente nuestro propio sistema, exista o no la posibilidad de una reforma global.

Este trabajo pretende analizar e interpretar sistemáticamente nuestro ordenamiento, tal cual como es, y no tiene como pretensión fundamental la de modificar la ley. No es, por lo tanto, el punto central de este trabajo realizar propuestas de *lege ferenda*. En aquellas cuestiones en que no exista un correlato entre dicha interpretación y la práctica jurídica, se revisará la posibilidad de cambiar la perspectiva adjudicadora de la aplicación de la ley, sólo para, en último término, proponer algunas modificaciones legislativas menores que permitan una mayor realización de los mismos principios que informan el resto del sistema legal vigente.

PRIMERA PARTE

I. Introducción y planteamiento del problema.

Un ilícito anticompetitivo, que definiremos con nuestra ley como *cualquier acto o contrato que prevenga, restrinja u obstruya la libre competencia o tienda a producir estos efectos*,¹ es reprimido por la normativa que pretende defender la libre concurrencia de agentes en el mercado. En efecto, resulta consustancial al derecho de la competencia mundial el identificar dichos actos con alteraciones negativas en los mercados,² pues se traducen en diferentes daños que se dispersan y afectan no sólo al mercado en que se produce el ilícito, sino también a aquellos

¹Artículo 3 del Decreto Ley 211.

²“De acuerdo a la teoría económica, los ilícitos anticompetitivos que favorecen los precios supra-competitivos, como la fijación de precios o la monopolización, generan una pérdida de bienestar, consistente en un número de unidades producidas del bien en cuestión inferior al óptimo”. BULST, Friedrich W., *Passing-On* en BASEDOW Jürgen and TERHECHTE, Jörg, *Private Enforcement of Competition Law*. Baden-Baden: Nomos, 2011. Pág. 68. (Esta y todas las demás traducciones contenidas en esta memoria, de no señalar lo contrario, han sido hechas libremente por la autora). Desde Adam Smith el problema de las restricciones a la competencia viene siendo repetido por la teoría económica. En su forma más básica (intento de monopolización), Smith observó que los monopolistas, por la vía de mantener el mercado desabastecido y sin cubrir la demanda efectiva, vendían sus productos por sobre el precio de mercado, aumentando de ese modo sus ganancias por encima de su tasa natural. SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*. The Modern Library. New York, 1937. Capítulo VII, parágrafo 26; Para una versión más reciente de dicha explicación, ver WHISH, Richard, *Competition Law*, 4th ed. Londres: Butterworths, 2001. Pp. 6 y ss.

complementarios y, en general, a toda la cadena productiva.³ La pregunta inicial para comenzar a tratar nuestro objeto es la siguiente: ¿qué daños se producen por infracciones a las normas sobre libre competencia y a través de qué mecanismos se identifican y compensan?⁴ La respuesta a esta pregunta se encuentra condicionada por la consideración de diversos factores. Estas consideraciones exigen, en primer lugar, distinguir los diferentes niveles o formas de daño que pueden producirse en virtud de tal infracción y los sujetos e intereses que lesionan; en segundo lugar, reconocer cuáles de ellos son tenidos en cuenta o pueden ser reparados conforme a la ley. En este contexto, las preguntas específicas que motivan nuestro trabajo son las siguientes: ¿qué clase de daño es el que sufre un

³Este fenómeno es el que Kloub denomina como *damage dispersion*. Lo característico de la economía contemporánea es la facilidad para que los perjuicios se esparzan por el mercado, recorriendo toda la cadena de distribución. “*En la economía contemporánea, puede haber cuatro o más eslabones por los que el daño pasa: productores-distribuidores-compradores al por mayor-minoristas-consumidores finales. Esta dispersión del daño, si se quiere, pone un problema significativo a la aplicación del imperativo tradicional de justicia correctiva – que el que ha sufrido un daño está legitimado para obtener reparación del que lo provocó.*” KLOUB, Jindrich, *Standing and pass-on defense in antitrust damage suits: guided by corrective justice or efficiency?* En BASEDOW, Jürgen and TERHECHTE, Jörg, *Private Enforcement of Competition Law*. Baden-Baden: Nomos, 2011. Pág. 83. Así también lo consigna Hovenkamp al señalar que “(...) *los ilícitos económicos tienen una forma de ondular por los mercados, creando un gran número de víctimas (...) No son sólo consumidores, sino que también rivales, proveedores y empresas operando en mercados complementarios.*” HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise. Principles and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. Pág. 59

⁴El concepto de “daño” y su relación con esta tesis se irá perfilando en los capítulos que siguen. Por ahora, debe entenderse en un sentido amplio, como cualquier perjuicio o lesión que se provoca a propósito de un atentado a la libre competencia, con independencia de si califica o no como daño indemnizable, de su posibilidad de ser probado en juicio, y de si es individual o colectivo, entre otros aspectos.

consumidor: daño social o daño indemnizable en sede civil? De haber daño indemnizable, ¿qué mecanismos existen para compensarlo y cuáles muestran ser óptimos? ¿Qué problemas se generan en este ámbito y cómo podrían resolverse? Antes de comenzar a responder las interrogantes planteadas, haremos un par de prevenciones en relación al tipo de problema con el que nos enfrentamos.

1. Consideraciones de Orden Público.

El problema fundamental de los ilícitos económicos debe ser entendido como uno de orden público: el daño mayor, que es conocido como daño social, neto o anticompetitivo (*deadweight welfare loss*), produce una pérdida irrecuperable de eficiencia, producción por debajo del óptimo y empobrecimiento del mercado y de la sociedad toda que no puede ser resuelto por la acción descoordinada de privados.⁵ El fin de las normas de libre competencia es proteger los mercados y la libre concurrencia de agentes en ellos, pero esto no considerado como un fin en sí mismo, sino

⁵La pérdida neta de riqueza social consiste en que el beneficio del aumento de producción es mayor que lo que representa para las empresas infractoras la venta de una unidad adicional de producto. Un tratamiento sistemático de la *allocative efficiency* o *deadweight loss* en LANDE, Robert, *The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust*. 33 Antitrust Bulletin. 1988. Pp. 429 y ss.

como protección indirecta del bienestar de los consumidores.⁶ La protección de la libre competencia, como un todo, es entregada a organismos públicos y en la literatura especializada se le denomina genéricamente *public enforcement*.

2. Consideraciones de Orden Privado.

El ilícito anticompetitivo, además de afectar a los mercados en su conjunto, genera daños específicos a personas particulares, quienes tienen para su protección diferentes mecanismos, entre los cuales las normas de orden público son de carácter preventivo e indirecto. Estos particulares perjudicados pueden ser competidores y consumidores (en sentido amplio, personas que compran productos del mercado afectado, sean o no los últimos en la cadena productiva). Es el *private enforcement* o aplicación privada de las normas de libre competencia el mecanismo a través del cual

⁶ Para una tesis en ese sentido, véase, en general, AREEDA, Phillip; BLAIR Roger; HOVENKAMP, Herbert; PIETTE, Christine, *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Nueva York: Aspen Publishers: Wolters Kluwer Law & Business, 2010; en WHISH (2001), la protección del bienestar de los consumidores no es el único objetivo, pero sí el principal. Pp. 16 y ss. El bienestar de los consumidores no es un concepto vago o general. La teoría económica lo ha caracterizado otorgándole un significado específico. Whish explica que el *social welfare* consiste en que se logre la eficiencia productiva y de asignación. El efecto combinado de ambas eficiencias es lo que maximiza el bienestar social general. Por su parte, “*El bienestar del consumidor, que está relacionado específicamente con las ganancias de un consumidor por oposición a las de la sociedad completa, también se maximiza en condiciones de competencia perfecta.*” WHISH (2001). Pág. 4.

las víctimas de daño pueden accionar directamente contra el hechor del ilícito y obtener una reparación. El *private enforcement*, de conformidad con lo anterior está constituido por las acciones indemnizatorias que tienen los privados contra los infractores, para obtener un resarcimiento al daño provocado.⁷ Esta acción, cuya condición y objeto es el *daño indemnizable*, se sujeta normalmente a las reglas generales y principios del juicio de responsabilidad civil.⁸

Debe aclararse, por de pronto, que la responsabilidad civil derivada de un ilícito anticompetitivo tiene su fuente en la infracción a un deber legal de conducta, y en ningún caso debe entenderse que los particulares tienen un derecho subjetivo a la competencia, sino simplemente una protección legal general de ciertos intereses patrimoniales que se pueden ver afectados por la vulneración de la ley que protege la libertad de competir en los mercados. Esta es una especificación del principio que establece el deber de reparar todo daño causado a otro, y que funda de forma amplia la responsabilidad civil.

⁷Se utiliza aquí el concepto restringido de *Private Enforcement* por contraposición a uno amplio que contempla todas las medidas que pueden utilizar los privados, ya como complemento del *public enforcement*, ya como medida autónoma. Ver esta distinción en BANFI, Cristián, *La Responsabilidad Civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia*. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 21, Santiago, diciembre de 2013. Pág. 221-222. [BANFI, (2013a)]

⁸La responsabilidad civil, como vínculo jurídico, se determina a través de un juicio normativo que imputa a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona: KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. Pág. 125.

3. Estructura del trabajo.

Este trabajo comienza con una revisión breve y general de las dos soluciones normativas que han planteado las legislaciones que son objeto de este estudio. En primer lugar, se describirá el entramado institucional estadounidense en relación a la indemnización de los consumidores afectados por los ilícitos anticompetitivos. Así, se analizarán la institución de los *treble damages*, la prohibición general del *passing-on defense* y la restricción de la legitimación activa (*standing*), con el fin de mostrar cómo interactúan con la aplicación general de las normas de libre competencia y asimismo con el *public enforcement*. El explicar el rol central que tienen los privados en el derecho estadounidense será útil para realizar una comparación con el escenario equivalente en nuestro propio ordenamiento. El segundo capítulo se centra en la descripción general de la institucionalidad que rodea al estatuto de libre competencia en Chile, cuya defensa recae principalmente en órganos públicos. Lo escuálido del *private enforcement* forzará a mirarlo con mayor profundidad para comprender su estructura y finalidades. Las normas del Decreto Ley 211, el Código Civil y la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores serán claves para mirar el asunto de manera global. En el

tercer capítulo se confrontarán ambos sistemas con el objeto de permitirnos obtener una comprensión más honda de dos soluciones que presentan semejanzas en ciertos aspectos, y toman caminos separados en otros. Se busca, por esa vía, hacer transparente cómo la normativa vigente es una herramienta institucional que se pone al servicio de ciertos objetivos político-jurídicos más o menos explícitos.

La Segunda Parte revisa los elementos o requisitos de la responsabilidad por culpa a la luz del ilícito anticompetitivo, por las variaciones que ello supone en la construcción dogmática general de dichos elementos. Esta revisión pretende dar cuenta de la normativa chilena. Esto supone defenderla e interpretarla desde ella misma, asumiendo un punto de vista interno que aporte coherencia a una *tradición jurídica*. Es por esto que tomará cierta extensión plantear las bases y fundamentos de la responsabilidad civil, para luego detallar las diferentes clases de daño que se producen en ese contexto, intentando determinar cuáles de ellos pueden ser clasificados como daños indemnizables de acuerdo a nuestro ordenamiento. Se revisan también los problemas que surgen a raíz de la causalidad y la prueba, considerando específicamente la posición de los compradores indirectos que se han visto perjudicados, y de los

compradores directos que han traspasado sus costos a sus propios consumidores.

En la tercera parte se abarca lo relativo a la representación colectiva, las acciones de clase y el juicio colectivo establecido en la ley 19.496. Se intenta ofrecer una interpretación de la solución adoptada por el ordenamiento (incluyendo al Código Civil, al Código de Procedimiento Civil, la Ley del Consumidor y la Ley de Libre Competencia), que de sustento a la postura adoptada por la Corte Suprema, según la cual el SERNAC y los demás entes legitimados en la ley 19.496, están facultados para interponer acciones en el interés colectivo y difuso de los consumidores.

Cerraremos el trabajo con las conclusiones obtenidas a lo largo del mismo, exponiendo brevemente que, en nuestra opinión, el derecho clásico de responsabilidad no puede hacerse cargo absolutamente del problema de la reparación de los daños sufridos por los consumidores a raíz de ilícitos anticompetitivos.

II. EE.UU.

1. *Private Enforcement*.⁹

Describir la aplicación privada de las normas de libre competencia estadounidense supone dar cuenta de un poderoso y arraigado sistema que comprende una extensa normativa sustantiva y procesal, la colaboración de privados con autoridades públicas y una cultura que incluye sólidas prácticas *antitrust* y de litigación privada.¹⁰ Sin embargo, para lo que aquí importa, las principales características de este sistema se podrían resumir de la siguiente forma: (1) el aseguramiento del cumplimiento de la normativa *antitrust* es descentralizado y recae en múltiples organismos, tanto públicos como privados; (2) en el cumplimiento de este objetivo los particulares tienen un rol preponderante: la proporción de casos iniciados por privados versus los casos iniciados por el Departamento de Justicia o la *Federal Trade Commission* es, según las cifras más recientes, de diez a

⁹Ver, en general AREEDA *et al.* (2001); CRANE, Daniel, *The institutional Structure of Antitrust Enforcement*. Nueva York: Oxford University Press, 2011.

¹⁰Para una sistematización de la estructura general del *public* y del *private enforcement* de la normativa *antitrust*, se recomienda ver AREEDA, Philip, KAPLOW, Louis and EDLIN, Aaron, *Antitrust analysis. Problems, text, and cases*. 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2004. Pp. 32 y ss. Para la evolución histórica del *private enforcement*, CRANE (2011). Pp. 51 y ss.; para una reseña de la forma en que el *public enforcement* se ha expandido y contraído con el paso del tiempo, ver HOVENKAMP (2005). Pp. 60 y ss.

uno.¹¹ En este sentido, bien vale sostener que “*Las acciones civiles resarcitorias constituyen uno de los principales mecanismos privados para defender la libre competencia.*”¹²

Lo que interesa en el presente trabajo es examinar si este panorama se relaciona, y en qué forma, con la indemnización de los daños sufridos por los consumidores a consecuencia de las prácticas anticompetitivas.

2. Finalidades y objetivos del private enforcement: *compensation* y *deterrence*.

Como todo estatuto de responsabilidad, el *private enforcement* persigue naturalmente el objetivo de compensación o indemnización. El juicio normativo de responsabilidad imputa a un patrimonio daños que se han sufrido en otro patrimonio a causa de una conexión de ilicitud entre la acción del titular del primer patrimonio y los daños. Por otro lado, y esto está prácticamente fuera de discusión,¹³ el entramado normativo

¹¹CRANE (2011). Pág. 163; FOER, Albert, *The Ideal model of private enforcement of competition law*, in BASEDOW, Jürgen *et al.* (2011). Pág. 206-207.

¹²BANFI, (2013a). Pág. 225. El contraste se manifiesta en la explicación de Hovenkamp: el *public enforcement* constituye una mínima parte de la persecución a ilícitos económicos, concentrándose en fusiones horizontales y carteles. HOVENKAMP (2005). Pág. 60.

¹³Ver FOER, Albert and CUNEO, Jonathan (*eds.*), *The International Book of Private Enforcement of Competition Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing. 2010. Pp. 8-9; POSNER, Richard,

estadounidense hace patente la persecución de un objetivo adicional: la prevención. Esto supone la existencia de normas cuya aplicación va más allá de mantener el equilibrio roto por la acción dañosa, o en otras palabras, que trascienden la justicia correctiva con la finalidad de otorgar incentivos a los privados para demandar. La institución que se utiliza con fines disuasorios es paradigmáticamente la de los *treble damages*,¹⁴ y su eficacia se ve resguardada por otras dos instituciones que son, a su vez, dos caras de la misma moneda: la prohibición del *passing-on defense* y la limitación del *standing*. Veremos que, en buena parte, estas instituciones proporcionan una explicación coherente a la abundancia y frecuencia de las demandas privadas por ilícitos anticompetitivos en EEUU, en comparación con otras legislaciones y sistemas, como el nuestro.

3. Normativa e instituciones relevantes.

Las principales normas *antitrust* en Estados Unidos han sido objeto de sucesivas modificaciones, pero su esencia se mantiene tal como fue

Antitrust Law. 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 2011. Pág. 266; CRANE (2011); SALOP and WHITE, *Economic analysis of private antitrust litigation*. Georgetown Law Journal. vol. 47. Washington D.C., 1986; AREEDA, Phillip y HOVENKAMP, Herbert, *Fundamentals of Antitrust Law*. Nueva York: Aspen Law and Business, 2002. Pp. 108 y ss. Esta función de la responsabilidad ha sido también reconocida por la Corte Suprema en *Brunswick Corp. v Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477, 486-487 (1977).

¹⁴HOVENKAMP (2005). Pág. 20.

pensado en un inicio: la regulación clara y sencilla de la libre concurrencia de los agentes en el mercado.¹⁵ Pasaremos a caracterizar brevemente las disposiciones legales que interesan.

a) ***Sherman Act***. Es en la sección séptima donde encontramos el fundamento de la acción de responsabilidad civil derivada de ilícitos anticompetitivos. Ésta dispone que *toda persona que sufra un daño en su negocio o propiedad en razón de cualquier actividad prohibida por las normas de libre competencia, podrá demandar ante cualquier corte de distrito de los Estados Unidos (...) y obtendrá tres veces los daños sufridos por ella, más los costos de la demanda, incluyendo los honorarios razonables de abogados.*¹⁶

b) ***Clayton Act***. Tras la creación de la regla de la razón, y con el objeto de complementar la *Sherman Act* previniendo prácticas anticompetitivas incipientes y tipos específicos de ilícitos, se dicta

¹⁵Ibid. Pp. 58 y ss.

¹⁶“Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States (...) and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee”: 15 U.S.C. § 7. Traducción hecha por ALBORNOZ, Camila y MORALES, Felipe, *La responsabilidad civil extracontractual como instrumento de protección de la Libre Competencia*. Director: Cristián Banfi del Río. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Privado. Santiago, 2013.

esta norma que contiene disposiciones sustantivas y procesales. Son especialmente relevantes las *sections* 4, 5, 15 y 16. La primera de ellas replica la acción para demandar *treble damages* por infracciones a esta normativa y la *section* 16 concede medidas cautelares para conductas incipientes, entre otras.¹⁷

c) ***Treble Damages***. *Obtendrá tres veces los daños por ella sufridos*, rezan las disposiciones de la *Sherman* y la *Clayton Act*. Es en razón de esta norma que el sistema norteamericano de *private enforcement* se transforma en lo que es (o adquiere su esencia): le da una fisonomía propia que lo diferencia del resto. La regla no responde, por supuesto, a la aplicación de una lógica correctiva, salvo que se pueda sostener convincentemente que se trata de permitir la indemnización de daños difíciles de identificar.¹⁸ Esta alternativa, sin embargo ha sido desechada por varias razones, pero sobre todo porque niega sistemáticamente la forma en la que esta indemnización está estructurada,¹⁹ y que se corresponde propiamente con la

¹⁷Para más detalle ver ALBORNOZ y MORALES (2013). Pág. 21.

¹⁸Se ha sostenido que, pese a la triplicación, las víctimas no obtendrían en juicio la completa indemnización de los daños sufridos. FOER and CUNEO (2010). Pág. 8.

¹⁹La norma no señala supuestos bajo los cuales se permita recuperar más de lo que se pueda probar en juicio, sino que indica, de manera general, una indemnización triplicada. Por otro lado, sus propios defensores le imputan el hecho de estimular la litigación privada e ir en directo beneficio de

categoría de daños *extracompensatorios*.²⁰ Así comprendida, la *ratio legis* de la disposición no es otra que ofrecer cuantiosos incentivos para quien se encuentre en posición de demostrar que fue afectado por el ilícito, por un lado, y fuertes desincentivos para cometer infracciones por parte de los potenciales infractores, por otro.²¹

Hay otra forma en que la indemnización triple se vincula con la disuasión. Esta vez no se presenta una conexión interna entre ambos sino externa, y tiene que ver con la forma en que se asegura la eficacia de la norma. Los *treble damages* no sólo dejan de obedecer a una lógica correctiva por su desproporción, sino porque pueden ser (y de hecho son) concedidos a quien demande, aun cuando el demandado esté en posición de probar que el demandante no ha sufrido daños. *La relación base para que la compensación opere*

la prevención, por aparecer como una *recompensa monetaria* para los privados. BANFI (2013a). Pág. 225.

²⁰Daños punitivos, ejemplares o extracompensatorios, son algunos de los nombres que recibe esta institución.

²¹En ese sentido argumenta Bulst, al señalar que la disponibilidad de la defensa *passing-on* está en directa relación con la finalidad de disuasión de un sistema. Lo importante cuando el objetivo es la prevención del ilícito, es que el infractor no se quede con su ganancia. BULST, Friedrich W., *Passing-On* en BASEDOW *et al.* (2011). Por otro lado se ha argüido que, en el caso en que la ganancia del infractor supere los daños de la víctima, los *treble damages* no cumplirían una función propiamente preventiva, sino retributiva, al obligar al infractor a internalizar dichas pérdidas. En el resto de los casos (la ganancia es inferior a los daños), la acción cumple una función de prevención. BANFI (2013a). Pág. 226.

puede, así, no existir. Esto, como se adelantó, no corresponde a una propiedad interna de los *treble damages* sino a la aplicación de dos instituciones diferentes aunque relacionadas con ella: la prohibición del *passing-on* y la legitimación o *standing* para demandar.

d) ***Passing-on defense.*** Se aplica a aquellos ilícitos que generan daños por el cobro de un sobre precio. Un demandado utilizará el *passing-on* como defensa cuando argumente que no debe la indemnización exigida porque el daño que alega el demandante (sobreprecio derivado del ilícito competitivo) no fue efectivamente soportado por él, pues éste lo traspasó en parte o completamente (normalmente en forma de aumento de precio) a terceros, más abajo en la cadena de distribución.²²

Para aterrizar el asunto miremos un ejemplo. Supongamos que producto de una colusión en el mercado de producción de cueros, un comprador al por mayor de cueros y fabricante de zapatos, demanda

²²Kloub ha descrito el *passing-on* de la siguiente forma: “El sobrecargo en los productos inducido por la conspiración puede ser traspasado, en la forma de aumento de precios, a los clientes del comprador directo, los compradores indirectos. Ellos, a su vez, pueden traspasar el aumento de precio a sus clientes y así sucesivamente, hasta que el sobreprecio (perjuicio) llegue a los consumidores finales” KLOUB (2011). Pág. 83. El problema de traspaso de costos, y en general de daños, es común a cualquier tipo de responsabilidad. Su importancia en sede de indemnización por ilícitos anticompetitivos radica en que los afectados no son necesariamente conscientes de estar sufriendo dicho daño. Ver BULST (2011). Pág. 67.

a su vendedor por el sobreprecio de \$1.000.000, que debió pagar producto de su ilícito.²³ El demandado, quien efectivamente estaba coludido y obtuvo rentas monopólicas por ello, se defiende argumentando lo siguiente: el comprador de cueros, si bien pagó dicha suma de más, no ha sufrido daño alguno por cuanto el millón de pesos fue asumido por él como un costo, que luego traspasó a sus propios compradores (podría ser un *retail* o directamente consumidores), en forma de aumento de precios. Si alguien cargó finalmente con esos sobreprecios (y esa es una cuestión que deberán alegar y luego probar), fueron los compradores del fabricante de zapatos.²⁴

Esta excepción o defensa fundada en que el daño no fue sufrido por quien demanda sino por los consumidores de éste (o lo que es lo mismo, por traspasar los daños derivados del ilícito anticompetitivo hacia abajo en la cadena productiva) no ha sido acogida por los tribunales federales norteamericanos. Salvo excepciones, en que se

²³Supongamos que puede probar que, con anterioridad al ilícito, éste pagaba un precio X por cierta cantidad de cuero, y durante el ilícito pagó \$1.000.000 por sobre X.

²⁴La afirmación de que, por haber traspasado costos el distribuidor (o, en general, el comprador directo) no haya sufrido ningún daño, se analizará en la segunda parte de este trabajo.

permite aportar prueba en ese sentido,²⁵ los jueces han declarado que, para el demandado, ésta no es una excepción válida. Esto implica que, consagrado como quedó en *Hanover Shoe*, a un comprador directo prácticamente se le reconoce un *derecho a ser indemnizado por el sobreprecio pagado por el lícito*, aun si traspasó completamente este sobreprecio a sus consumidores sin sufrir daño económico alguno. Es más, considerando la institución de los *treble damages*, se le reconoce un derecho a ser indemnizado *por el triple* del sobreprecio pagado a causa del ilícito.

En *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Mach. Corp.*²⁶ la Corte Suprema de Estados Unidos prohibió a los demandados defenderse con el *passing-on*, regla que quedó consagrada de manera general aunque sin ser vinculante a nivel estatal. Los hechos del caso son básicamente los siguientes:²⁷

²⁵La existencia de contratos de *cost-plus*, por ejemplo, que dan lugar a la *cost-plus exception*. 392 U.S. 481, 494. (1968).

²⁶392 U.S. 481 (1968).

²⁷Una reseña de los hechos y del fallo en <http://supreme-court-cases.findthebest.com/1/2831/Hanover-Shoe-Inc-v-United-Shoe-Machinery-Corp> Fecha de visita: 27 de julio de 2014.

Hanover Shoe fabricaba zapatos y compraba máquinas a *United Shoe Mach. Corp.*, productor y distribuidor de maquinaria para fabricar zapatos. Luego de que la Corte Suprema reconociera que *United Shoe* había monopolizado el mercado en que operaba, infringiendo la *section 2* de la *Sherman Act*, *Hanover Shoe* interpuso una *treble damages action*, exigiendo se le indemnizara por los sobrepuestos pagados en el tiempo de duración del ilícito. La indemnización solicitada por la actora se basó en la diferencia entre el precio efectivamente pagado por las máquinas y el precio que hubiese pagado de no existir ilícito. Una de las defensas de *United* consistió en la falta de daño sufrido por *Hanover*, por haber traspasado éste el sobrepuesto a sus propios consumidores.²⁸ La Corte Suprema condenó a *United* a pagar la indemnización y desestimó la defensa *passing-on* considerando que *Hanover* había probado el perjuicio y su monto conforme al § 4 de la *Clayton Act*, puesto que acreditó que *United* había cobrado sobrepuestos en el período en que se cometió el ilícito. Asimismo, la corte sostuvo que la posibilidad de que *Hanover* haya recuperado el sobrepuesto por la vía de “traspasarlo” a sus

²⁸“*Hanover* no soportó ningún perjuicio, desde que todos los costos excesivos (...) no fueron absorbidos por *Hanover*, sino que lo traspasaron a sus clientes” *Ibid.*

propios clientes no era pertinente en la determinación de los daños cuya indemnización reclamaba.²⁹

La decisión se basó en tres argumentos.³⁰ (1) Si el vendedor (infractor) carga al comprador el precio ilegal, está tomando de éste más de lo que la ley permite, sea cual sea el precio al que el comprador luego venda. De no haber mediado ilícito, sus ganancias serían mayores si sus costos disminuyeran;³¹ (2) Admitir el *passing-on* supondría complicados procedimientos y una prueba prohibitiva;³² (3) Si se concede el *passing-on*, los únicos legitimados para accionar serían los consumidores, quienes no tienen incentivos pues su daño es muy pequeño:³³ como conclusión, los infractores *se quedarían con el fruto de su infracción*.³⁴

²⁹“*Hanover probó el daño y el monto del mismo en el sentido del § 4 de la Clayton Act, al acreditar que United sobrecargó los productos durante el periodo de duración del ilícito (...) y la posibilidad de que pudiese haberlo recuperado por la vía de traspasarlo a sus clientes no es relevante en la determinación de sus daños.*” *Hanover Shoe*, Pág. 487-494.

³⁰Así los resume BULST, *Op Cit.* Pág. 67 y ss. Las razones se encuentran en la sección segunda del citado fallo.

³¹Esto supone afirmar que, aunque pueda haberse traspasado el costo, con toda probabilidad *hay algún nivel de daño* para el intermediario. *Hanover Shoe*, Pág. 489.

³²Es difícil saber los motivos detrás del precio con o sin ilícito anticompetitivo, y de saberlo, *se mantendría la dificultad prácticamente insuperable de demostrar que el demandante no hubiese subido los precios en ausencia del sobrecargo (...) y permitir la defensa passing-on generalmente exigiría largos y complicados procedimientos adicionales, incluyendo gran cantidad de evidencia y complicadas teorías.*” Section II.

³³ *Ibid.*

³⁴“*Would retain the fruits of their illegality*”. *Ibid.*

Salvo por el argumento (1), donde se asume que existiría un perjuicio para el comprador (sin explicar en qué consistiría ni cuál es su monto), los argumentos dados por la Corte ponen el énfasis no en el daño sufrido por el demandante, sino en evitar que el infractor se quede con sus rentas ilícitas. En efecto, de aceptarse el *passing-on*, los consumidores serían los únicos legitimados para demandar, pero en este caso cabe esperar que *nadie demande*. Las normas que legitiman a los privados para demandar la indemnización de los perjuicios (especialmente la regla que concede los *treble damages*) existen para ser aplicadas. Más aún, de su aplicación depende la mayoría de los juicios indemnizatorios por ilícitos anticompetitivos iniciados en Estados Unidos. Luego, el permitir el *passing-on* significaría, bajo la normativa vigente, permitir la impunidad de los infractores.

Esta es la razón crucial para afirmar que la forma en que se estructura el *private enforcement* en Estados Unidos no busca *principalmente* la compensación de las víctimas, ni es ésta un límite estricto para la responsabilidad. La obligación indemnizatoria de los infractores, habiendo más de un agente aguas abajo en la cadena de intercambio, queda sujeta a una lógica diferente de la justicia correctiva propia de

las relaciones de derecho privado, poniendo de relieve al infractor, *sus ganancias*, y buscando principalmente que no se aproveche de esas rentas obtenidas ilícitamente. Así, la prohibición del *passing-on* cumple el rol de garantizar la eficacia de la indemnización triple, pues de otro modo la falta de incentivos, información y dificultades en materia de causalidad que sufren los consumidores, dejaría la acción consagrada en la *Sherman Act* con una aplicación mucho más débil.

La institución que se revisará a continuación, muestra cómo (y a pesar de sí misma), la acción indemnizatoria en ciertos casos no puede dar cuenta, siquiera indirectamente, de una función compensatoria, al prohibir a cierta clase de afectados demandar en juicio por los daños sufridos. Por otro lado, y más importante para esta tesis, se logra mostrar porqué la prohibición del *passing-on* es relevante para los consumidores y cómo les afecta.

- e) *Standing*. Recordemos que está legitimada para interponer la acción indemnizatoria *toda persona que sufra un daño*. ¿Quiénes son exactamente las personas a que hace referencia la sección 15 de la

Sherman Act? Los criterios que utiliza la jurisprudencia para hacer operativa esa facultad son los siguientes³⁵:

- i. Debe existir un daño a los negocios o la propiedad;
- ii. Debe tratarse de un daño anticompetitivo: esta limitación del *standing* se estableció en el caso *Brunswick Corp. v Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, y consiste en que el daño que el demandante debe acreditar debe ser *del tipo que las normas de libre competencia pretenden evitar y que surja de allí la ilicitud de los actos de los demandados. El perjuicio debe reflejar el efecto anticompetitivo ya de la violación o de actos que son posibles por causa de la violación*,³⁶
- iii. Debe existir una causa próxima. Este criterio, también normativo, impone un estándar de cercanía entre el hecho y el daño. Debe existir una conexión material y económica entre ambos (para lo cual se consideran diversos factores: la

³⁵Para un análisis más detallado de estos criterios y sus fuentes en la jurisprudencia ver AREEDA *et al.* (2004). Pp. 67 y ss.

³⁶“*of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants acts unlawful. The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation*”: *Brunswick Corp. v Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* 429 US 477 (1977). Pág. 489.

naturaleza del daño, su carácter directo o indirecto, el grado de probabilidad de ocurrencia del daño -o su carácter más o menos especulativo-, la conexión causal entre el ilícito y el daño, el riesgo de que se duplique la indemnización como consecuencia de acogerse la demanda, la existencia de otras víctimas directamente afectadas, entre otros).³⁷

f) ***Passing-on offense: legitimación de compradores indirectos.*** Como se puede notar, la regla de legitimación pasa de ser muy amplia en la ley (*any person*) a significativamente restringida en la jurisprudencia (*any person...* que cumpla con determinadas características). Lo que interesa aquí destacar, por cierto, no es la existencia genérica de criterios jurisprudenciales que acoten la legitimación. De más está decir que esto no puede ser *per se* problemático. Dijimos anteriormente que la institución del *standing*, junto a la prohibición de defensa *passing-on*, hacía operativa la institución fundamental de indemnización por ilícitos anticompetitivos (*treble damages*) y esto por una razón que no es otra que la consecuencia inversa (y lógica,

³⁷ALBORNOZ y MORALES (2013) Pág. 37.

según sus creadores) de la regla de *Hanover Shoe*: la legitimación no se extiende a compradores indirectos.

Si volvemos un momento al punto anterior, podremos notar que hay un asunto que no soluciona la prohibición del *passing-on*: ¿qué ocurre con los sujetos a quienes se traspa el sobre precio? Estos sujetos, generalmente (aunque no necesariamente) consumidores, serán compradores indirectos del infractor que impuso un precio al comprador directo quien a su vez lo transfirió a los primeros. En otras palabras, estará en la situación de un comprador indirecto aquel sujeto que alega haber sufrido un daño derivado del ilícito, a causa de un intermediario que le traspa los costos. Cuando un comprador indirecto sostenga ese razonamiento, se dirá que está ejerciendo el *passing-on offense*. ¿Satisface un comprador indirecto los criterios para tener legitimación? No se puede dar una respuesta definitiva pues la legislación no lo contempla, y los criterios dados por los tribunales, principalmente el de la causa próxima, no los excluye de plano.³⁸ Sin embargo, la Corte Suprema, en el fallo más relevante que existe a este respecto, negó esta posibilidad asegurando, entre otras cosas, que

³⁸El criterio de causalidad exige, por cierto que la conexión entre el ilícito y el daño sea directa, sin embargo, esto no se ha resaltado suficientemente en los fallos.

debía haber simetría entre la prohibición del *passing-on* como defensa y como demanda: si la primera estaba generalmente prohibida, la segunda también debía estarlo. Para ser consistente con la decisión adoptada en *Hanover Shoe*, se debe prohibir una demanda fundamentada inversa pero idénticamente al *passing-on defense*.³⁹

El fallo dictado en el caso *Illinois Brick Co. v. Illinois* afirmó de un modo categórico que “únicamente los compradores directos que pagaron sobre precio, y no otros en la cadena de producción o distribución, son una parte “dañada en sus negocios o propiedad” en el sentido establecido por la Clayton Act.”⁴⁰ A grandes rasgos, el caso es el siguiente:

Productores de bloques de concreto se coludieron para subir los precios de su producto, violando la sección primera de la *Sherman Act*.

Los principales clientes de los productores eran contratistas e inmobiliarias que construían viviendas que luego vendían a entidades

³⁹ “[C]ualquiera sea la regla que se adopte en relación a las teorías *passing-on* en las acciones indemnizatorias por ilícitos anticompetitivos, debe ser aplicada equitativamente para demandantes y demandados.” Mr. Justice White; Por otro lado, se argumentó que si la teoría *passing-on* no podía ser usada defensivamente por el infractor contra un comprador directo, tampoco podría ser utilizada por un comprador indirecto en contra del infractor. Pág. 270, *Illinois Brick Co. v. Illinois*.

⁴⁰“Only overcharged direct purchaser, and not others in chain of manufacture or distribution, is party “injured in his business or property” within meaning of the Clayton Act.” 431 U.S. 720, 97 S. Ct. 2061.

gubernamentales, los consumidores finales. Estos últimos, si bien no se encontraban en relación directa con los infractores, habían pagado el sobre precio pues éste había sido incorporado por las inmobiliarias en el precio de las casas. De esta manera, los consumidores finales demandaron la indemnización de los perjuicios bajo el supuesto de haber sufrido *injury* conforme a lo establecido en la *section 4* de la Clayton Act.⁴¹

La Corte Suprema resolvió, por 6 votos contra 3, negar legitimación a los consumidores o compradores indirectos y, en cambio, concentrar la indemnización en los compradores directos. Fundó esta decisión en las siguientes razones: (1) la necesidad de evitar la duplicidad de la indemnización, por unos mismos hechos y daños, tanto a los compradores directos como a los compradores indirectos,⁴² y (2) la necesidad de evitar la inseguridad y complejidad probatoria que traería la admisión de este tipo de demandas. La postura disidente, en cambio, señaló que la simetría entre el passing-on como defensa y como demanda no era necesaria, aceptando la prohibición de la primera

⁴¹CAVANAGH, Edward, *Illinois Brick: a Look Back and a Look Ahead*, 17 Loy. Consumer L. Rev. 1. (2004)

⁴² “...permitir el uso ofensivo pero no defensivo del passing-on crearía riesgos serios de responsabilidad múltiple para el demandado (...) los compradores indirectos no pueden utilizar el passing-on para ser indemnizados, a menos que se permita al demandado usar el passing-on defense contra compradores directos.” Section II.

passing-on como defensa pero no de la segunda, concediendo así legitimación activa a los compradores indirectos.

g) **Críticas y propuestas de reforma.**⁴³ La decisión adoptada en *Illinois Brick*, a diferencia de aquella tomada en *Hanover Shoe*, generó un amplio debate y tuvo férreos defensores,⁴⁴ pero sobre todo críticos,⁴⁵ considerando la abundante evidencia que muestra cómo son los consumidores los que generalmente se ven perjudicados por el traspaso de precios.⁴⁶ Basados en que esta regla va contra la *Hart-Scott-Rodino Act* (que permite a los abogados estatales actuar como *parens patrie* en favor de los ciudadanos afectados), y considerando que en la mayoría de los casos los compradores indirectos afectados son consumidores, más de 35 estados han revertido la regla de *Illinois Brick*, permitiendo

⁴³Ver en general KLOUB, Jindrich, *Standing and pass-on defense in antitrust damage suits: guided by corrective justice or efficiency?* En BASEDOW *et al.* (2011).

⁴⁴LANDES, William M; POSNER, Richard, *Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, U. of Chicago Law Review. N° 46. 1979. Pp. 602 y ss.

⁴⁵AREEDA *et al.* (2004). Pp. 60-61; FOER in BASEDOW *et al.* (2011); RICHMANN, Barak, MURRAY, Christopher, *Rebuilding Illinois Brick: a Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule*. Southern California Law Review. N° 81. (2007). Pág. 69

⁴⁶En ese sentido el estudio realizado por HARRIS, Robert y SULLIVAN, Lawrence. *Passing-on the monopoly Overcharge: a Comprehensive Policy Analysis*, U. of Pennsylvania Law Review. N° 128. (1979). Pág. 269. Los autores aquí argumentan que, habiendo varios eslabones en la cadena de producción y distribución, el que hecho de que el sobre precio se vaya traspasando aguas abajo no es simplemente una generalidad, sino una regla. Este estudio tuvo opositores, entre los que destaca el juez Richard Posner.

accionar a los compradores indirectos.⁴⁷ Lo contrario, señalan, sería dejar a la *Hart-Scott-Rodino Act* prácticamente sin eficacia. Esto se ha hecho sin necesariamente revertir la regla de *Hanover Shoe*, lo que puede generar serias contradicciones y el exceso de responsabilidad.⁴⁸

La Corte Suprema respondió a estas críticas sosteniendo que la sentencia pronunciada en *Hanover Shoe* “*promueve aún más el objetivo de la compensación, en la medida en que el comprador directo absorbe al menos algo, y a menudo la mayoría, del sobre precio (...) No estamos dispuestos a llevar el principio de la compensación a su extremo, tratando de determinar indemnizaciones a través de toda la cadena productiva porque (...) considerando la dificultad de identificar la cantidad de perjuicio absorbido por cada*

⁴⁷Los estados han adoptado las denominadas IBRs (*Illinois Brick repealer statutes*). En 1989 la Corte Suprema declaró constitucional el otorgamiento de legitimación activa a los compradores indirectos por leyes federales: *California v. ARC America Corp.* CS. 18-04-89, 490 U.S. 93 (1989).

⁴⁸Esto deja abierta la cuestión de qué hacer en casos en que tanto compradores directos como indirectos demanden daños por un mismo ilícito. La prohibición del *passing-on* como defensa obligaría a indemnizar al comprador directo aún si este traspasó daños, y la legitimación de compradores indirectos que pueden argumentar traspaso, obligaría también al infractor a indemnizar a éstos. Además, debe considerarse que cada indemnización será por el triple de los daños probados. No hay evidencia de casos en que esta superposición por responsabilidad múltiple se haya dado, pero el problema sigue latente.

*comprador indirecto, hay pocas razones para creer que el monto de lo indemnizado reflejaría el daño efectivamente sufrido.”*⁴⁹

El legislador, por su parte, ha recomendado revertir ambas reglas, y modificar el tratamiento dado al problema, sugiriendo específicamente:⁵⁰

- i. Modificar la regla de *Hanover* e *Illinois* permitiendo a los compradores directos e indirectos demandar la indemnización;
- ii. Permitir que la acción interpuesta por el comprador indirecto ante cortes estatales pueda ser trasladada a las cortes federales;
- iii. Permitir la consolidación de las acciones de compradores directos e indirectos en una sola jurisdicción (*forum*) federal para asuntos judiciales y prejudiciales.

⁴⁹*Hanover Shoe does further the goal of compensation to the extent that the direct purchaser absorbs at least some, and often most, of the overcharge. (...) we are unwilling to carry the compensation principle to its logical extreme by attempting to allocate damages along all ‘those within the defendant’s chain of distribution’ because (...) given the difficulty of ascertaining the amount absorbed by any particular indirect purchaser, there is little basis for believing that the amount of the recovery would reflect the actual injury suffered. Hanover Shoe, Pág. 746-47. (Traducción libre).*

⁵⁰http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm Propuesta realizada por la U.S. Antitrust Modernization Commission.

h) Acciones de Clase.⁵¹ Las instituciones vistas anteriormente afectan a los consumidores en la medida en que estos sean compradores indirectos. Si son compradores directos de los infractores, la prohibición del *passing-on offense* no altera la legitimidad original de la *Sherman Act*. Cumpliendo con los requisitos generales, podrían accionar sin problemas, jurídicamente hablando. En los hechos, sin embargo, la situación de los consumidores es más bien débil y precisamente por eso (recordemos) es que se prohíbe el *passing-on defense*: *si sólo los consumidores pudiesen demandar, nadie demandaría*. Si lo que importa es que las normas que conceden acciones privadas por infracción a las normas *antitrust* sean aplicadas, entonces ellas no pueden ser dejadas (única ni principalmente) en manos de los consumidores. Principalmente por un problema de incentivos, ellos no demandarán.⁵²

⁵¹Para revisiones más exhaustivas de la material consultar BRODER, Douglas, *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*. 2nd ed. Nueva York: Oxford University Press, 2012; GIDI, Antonio, *Las Acciones Colectivas en Estados Unidos* en GIDI, Antonio y FERRER, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos. La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en una Perspectiva Comparada*. México: Porrúa, 2004. Pp. 1-25.

⁵² En ese sentido, BEARD, Daniel, *Damages in competition law litigation*, en WARD, Tim y SMITH, Kassie (eds.), *Competition litigation in the UK*. Londres: Sweet and Maxwell, 2003. Pp. 274 y ss.

El problema de los incentivos ha sido tratado *in extenso* en otros trabajos por lo que no será analizado en detalle aquí. Las acciones de clase surgen como respuesta precisamente cuando existe un problema de incentivos o de localización del daño. Este tipo de acciones se crea para proveer de un método eficiente de resguardo cuando existe una *clase* de demandantes: ya no necesita demandar cada miembro de la clase por separado (cuestión que comúnmente vuelve el litigio prohibitivamente caro o poco atractivo), sino que pueden hacerlo todos los miembros de la clase conjuntamente.⁵³

Las acciones de clase en Estados Unidos tienen su raíz en la regla de *equity*, pero no fue sino en 1966 que adquirieron su actual fisonomía de *class action*.⁵⁴ Hoy están contempladas en la regla 23 del Procedimiento Civil para los Tribunales Federales de 1938 (*F.R.Civ.P.*). El potencial indemnizatorio que tiene una *class action* es enorme y su procedimiento es bastante complejo, constando de varias etapas. Lo anterior explica que la mayoría de ellas no prospere

⁵³Para un análisis de esta cuestión en detalle véase BIANCHI, Alberto, *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1998; FISS, Owen, *El Derecho como Razón Pública*. Marcial Pons, Madrid. (2007), y CHAHUÁN, Luis F., *Acciones Colectivas. La Legitimación activa y otros problemas procesales en relación con dichas acciones*. Memoria Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2011.

⁵⁴CHAHUÁN (2011); BRODER (2012).

judicialmente y terminen en acuerdos extrajudiciales. Pese a lo anterior, las acciones de clase son consideradas una herramienta única en la legislación norteamericana y su eficacia es aún objeto de debate.⁵⁵

Procedimiento. A continuación se describen a grandes rasgos las principales etapas, trámites y requisitos para interponer una acción de clase y lograr la compensación buscada.⁵⁶

- i. *Inicio.* El *F.R.Civ.P.* permite a los representantes de una clase demandar en favor de toda la clase. Dicha demanda debe contener un *alegato de clase*.

- ii. *Inadmisibilidad.* Los demandados pueden ejercer su primera defensa, *motion to dismiss*, en base a cuestiones formales o procesales. Se encuentra en esta categoría la excepción por falta de legitimación frente a compradores indirectos.

⁵⁵CHAHUÁN (2011). Pág. 166.

⁵⁶Un caso de *class action* que puede ilustrar el procedimiento y su complejidad: *Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feed Int'l Corp.* 559 U.S. 662, 130 (2010).

- iii. *Certificación de clase*. No habiéndose interpuesto, o no habiendo tenido éxito las excepciones interpuestas, el tribunal debe decidir si certifica o no la acción como una de clase. Se exigen 4 requisitos: (a) *Numerosity*. La clase debe ser tan extensa que vuelva poco práctico agrupar a cada miembro de forma individual; (b) *Commonality*. Debe haber cuestiones de hecho y de derecho en común a toda la clase; (c) *Typicality*. Los argumentos del representante deben ser del tipo de alegaciones de los miembros de la clase representada; y (d) *Adequacy*. El representante debe ser capaz de representar justa y adecuadamente a los miembros de la clase.
- iv. *Categoría*. Posteriormente la corte debe señalar qué clase es la que está demandando. Existen tres tipos y generalmente caen dentro de la categoría (b)(3), lo que quiere decir *que la class action representa el medio más apropiado para solucionar una controversia*. Para ello el tribunal debe cerciorarse de (a) que los elementos comunes predominan por sobre los elementos individuales y (b) que una acción de clase es el mejor método

para obtener un resultado justo y eficiente. Estas determinaciones se harán siguiendo los siguientes criterios:

- Si, y en qué medida, los litigantes individuales tienen interés en controlar por sí mismos el litigio;
 - Si existen otros litigantes en cuanto a los mismos hechos y, si es el caso, la naturaleza y medida de sus demandas;
 - Si es deseable confinar el juicio de la clase a una sola jurisdicción particular y
 - Qué dificultades podrían encontrarse en la administración de la *class action*.
- v. *Notificación*. Aceptada la acción como una de clase (b) (3), el tribunal ordenará al demandante notificar a todos los miembros de la clase. Esta notificación contendrá la comunicación del derecho a excluirse (*right to opt-out*) si prefieren quedar al margen o interponer su acción individual, lo que les permite ser

representados por el representante general o por su propio abogado. Si no manifiestan su derecho a quedar fuera, quedarán automáticamente vinculados por la decisión del tribunal.

vi. *Settlement*. Cualquier acuerdo realizado en el marco de una *class action* debe ser aprobado por el tribunal.

A pesar de todos estos obstáculos, las acciones de clase son una gran amenaza. La magnitud de la posible indemnización, sobre todo después de triplicarse, puede ser tan significativa, que los acuerdos se logran generalmente apenas se certifica, o incluso antes, durante el período de certificación.

Las críticas a este sistema van en la línea de la proliferación de la industria del reclamo y la manipulación efectuada por los abogados para captar honorarios cuantiosos, en base a conflictos superfluos, y también en cuanto a su efectividad.⁵⁷

⁵⁷ En ese sentido, véase ANDERSEN, William y ROGERS, Paul, *Antitrust Law: Policy and Practice*, 4th ed. Nueva York: Lexis Nexis, 2008. Pág. 774.

i) **Prueba.**⁵⁸ Por regla general, la carga de la prueba la tiene el demandante. Éste debe probar la existencia del daño y su monto. Respecto al monto del daño, sin embargo, el criterio de los tribunales estadounidenses tiende a ser más flexible.⁵⁹ Las razones de este “relajo” en el estándar de la prueba son fundamentalmente dos: la falta de información de los afectados y la posibilidad de los tribunales de realizar un análisis objetivo y, con base en la información existente, realizar estimaciones razonables. Esto aseguraría, según los propios tribunales, que dichas estimaciones se sujeten a parámetros racionales y justos, limitando esta *tolerancia* probatoria con la responsabilidad que pesa sobre los jueces de no permitir indemnizaciones determinadas por adivinanzas o especulación.⁶⁰

4. Conclusión.

Es innegable, a la luz de la exposición hecha en este capítulo, que la forma en que las instituciones están estructuradas, pero por sobre todo la manera en que interactúan, dan lugar a una acción indemnizatoria que no responde

⁵⁸Ver, en general, AREEDA, Phillip, HOVENKAMP, Herbert and BLAIR, *Proving Antitrust Damages: legal and economic issues*. Section of Antitrust Law, American Bar Association. Page Eds. (1996).

⁵⁹AREEDA *et al.* (2004). Pág. 58.

⁶⁰ “Esta mirada tolerante está limitada por nuestra responsabilidad de no permitir indemnizaciones determinadas mediante adivinanzas o especulación, debemos al menos insistir por una estimación justa y razonable de los daños, basada en la evidencia relevante.” *Bigelow v RKO Radio Pictures*, 327 US 251 (1946).

precisamente a la lógica detrás de toda indemnización, sino que es sensible a consideraciones que exceden a la función compensatoria y, por ende, al principio de justicia correctiva. No consideramos que detrás de ellas exista una lógica penal o de castigo sino más bien una perspectiva economicista de las reglas y su funcionamiento, que ven a éstas como generadoras de incentivos y desincentivos en el marco de la actuación racional de los agentes a los que dichas normas se aplican, imponiendo directrices externas que restan autonomía a la lógica de la relación privada de derecho civil.⁶¹ Así, por ejemplo, lo muestra el razonamiento de la Corte Suprema al sostener que *“las normas sobre libre competencia serán más efectivamente aplicadas por la vía de concentrar la recuperación completa del sobre precio en los compradores directos que permitiendo a cada demandante potencialmente afectado por el sobrecargo demandar sólo por el monto que pueda probar que absorbió”*⁶².

En cuanto a los resultados previsibles de esta configuración, pudo observarse que en muchos casos, existiendo compradores directos e indirectos, los primeros podrían enriquecerse injustificadamente (siendo

⁶¹ En ese sentido, POSNER (2011); PAGE, William, *Antitrust Damages and economic efficiency: an approach to antitrust injury*. University of Chicago Law Review.

⁶² *Hanover Shoe, Section II*.

compensados por daños que no existieron), y los segundos quedar sin ser indemnizados, pese a haber sufrido daño.

Conforme a la opinión que sostuvo la Corte Suprema frente a las críticas por la regla de *Illinois*, y por ende la de *Hanover*,⁶³ habría que objetar que el reparo fundamental no es que el objetivo de compensación no sea relevante a juicio de las cortes. Por cierto que lo es: señalan estar cumpliendo con este objetivo de mejor manera que intentando compensar a todo aquel que pueda probar una porción de daño. *Lo que importa es si ese objetivo está institucionalmente protegido*, y la respuesta que puede extraerse en el capítulo parece ser: sólo si efectivamente los compradores directos absorbieron todo o la mayoría del daño; no lo está, en cambio, si son los consumidores u otros compradores indirectos quienes se vieron mayormente perjudicados. Que las sentencias no se hayan hecho cargo de esta situación, hasta ahora, muestra que, en principio, los objetivos de compensación/evitación del enriquecimiento sin causa de demandantes pueden ser tenidos en cuenta, pero ceden en importancia ante un objetivo principal: la evitación del enriquecimiento del infractor, y por esta vía, la

⁶³Ver *supra*. N° 30.

prevención de futuras infracciones a la ley *antitrust*.⁶⁴ La eficacia de la aplicación privada de las normas de la competencia como complemento del *public enforcement* en cuanto a la prevención de atentados anticompetitivos, ha sido estudiada y confirmada desde hace un par de décadas, pero no precisa este trabajo de mayor detalle al respecto.⁶⁵

⁶⁴No sostengo que esta situación sea absoluta, sino predominante. Es esta postura la que ha logrado imponerse, sin perjuicio de la existencia de críticos y propuestas de reforma de la legislación y decisiones jurisprudenciales.

⁶⁵Existe un amplio debate sobre la medida en que este estatuto es eficaz en la prevención. Sin embargo, es menos debatido el hecho de que funciona como un complemento muy robusto del *public enforcement*. SALOP and WHITE (1986).

III. CHILE

1. Cuestión previa.

*En la mayoría de los países extranjeros el rol del private enforcement es mucho menos significativo que en Estados Unidos, y en algunos de ellos no hay private enforcement en absoluto.*⁶⁶

En este apartado se realizará una descripción general del sistema de aplicación privada de las normas de competencia en nuestro país. Habrá que partir por aclarar que será una comparación desigual. Este “sistema”, a diferencia del estadounidense, es en realidad el esqueleto de un sistema: es un entramado institucional sin correlato práctico. Es metodológicamente difícil y académicamente poco honesto, por lo tanto, intentar enfrentar ambos modelos de cara a este escenario pretendiendo que se trata de un análisis global. No es inútil, sin embargo, si lo que buscamos es *perfilar* las formas institucionales adoptadas para dar respuesta a nuestro problema, como modelos que se enfrentan por referencia a objetivos y principios jurídicos diversos.

⁶⁶HOVENKAMP (2005). Pág. 59.

2. Descripción.

La caracterización del modelo de protección de la libre competencia en Chile supone diferenciar dos sub-sistemas con reglas e instituciones suficientemente distinguibles. El primero, de orden público (que corresponde a lo que en el primer capítulo se identificó como *public enforcement*), está compuesto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica, cuyo marco de facultades está regulado por el Decreto Ley 211, y la Corte Suprema, quien tiene a su cargo conocer de los recursos de reclamación interpuestos contra las sentencias del TDLC. A diferencia de Estados Unidos, en Chile, como en Europa, la tarea de asegurar el cumplimiento de la normativa de libre competencia recae fundamentalmente en organismos públicos.⁶⁷ Por otro lado, encontramos un sistema de acciones privadas, de competencia desleal de una parte, y de ilícitos anticompetitivos, de otra parte. Este último es el que nos interesa aquí y su fundamento inmediato se encuentra en la normativa de libre competencia contenida en el Decreto Ley 211, pero su regulación sistemática y de fondo queda entregada, en cambio, a la normativa general y supletoria del Código Civil, artículos 2314 y siguientes.

⁶⁷Para un mayor detalle de la caracterización de los sistemas chileno y europeo ver ALBORNOZ y MORALES (2013) y BANFI (2013a).

3. Normativa e instituciones relevantes.

a. FNE, TDLC y Corte Suprema.

- i. *Fiscalía Nacional Económica.* Este organismo público, descentralizado e independiente de todo otro organismo o servicio, es el encargado de defender y promover la libre competencia en todos los mercados de la economía chilena. En este contexto, está facultado para realizar investigaciones por posibles ilícitos anticompetitivos (desde 2009 con amplísimas atribuciones para estos efectos); generar guías y lineamientos de regulación específica e informes; realizar acuerdos extrajudiciales, consultas y requerimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- ii. *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.* El TDLC es un tribunal de carácter colegiado, especial e independiente del poder judicial, dedicado exclusivamente al conocimiento de causas sobre libre competencia. En este carácter dicta instrucciones generales y

resuelve tanto asuntos no contenciosos como contenciosos iniciados por demandas de particulares o requerimientos de la FNE.

iii. *Corte Suprema*. Pese a su independencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Además, la Corte resuelve los recursos de reclamación que se interpongan en contra de las sentencias del TDLC.

b. *Decreto Ley 211*. Dictado el 22 de diciembre de 1973, el DL 211 no significó un cambio sustantivo en materia de protección a la libre competencia respecto de la normativa que lo precedió. Su aporte fue más bien el de establecer una estructura orgánica que mejorara la eficacia y eficiencia de la aplicación de la normativa vigente desde 1959.⁶⁸ Su modificación más relevante fue en 2003, a través de la ley 19.911.⁶⁹

⁶⁸Para una descripción más detallada ver ALBORNOZ y MORALES (2013). Pág. 136-137. La innovación del Decreto fue esencialmente la creación de la Fiscalía Nacional Económica, las Comisiones Preventivas Regionales y Central y la Comisión Resolutiva, destinadas a hacer operativa la normativa existente.

⁶⁹Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003. Su texto refundido se encuentra en el DFL N°1 del 18 de octubre de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

El artículo primero del Decreto contiene la finalidad básica y central que define como *defender y promover la libre competencia en los mercados*, y asienta un carácter eminentemente represivo del mismo, señalando que *los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.*⁷⁰

El ilícito anticompetitivo es definido genéricamente en el artículo tercero como toda conducta individual o colectiva que *impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*, y establece sanciones para quienes resulten culpables de ellas. Este artículo configura la base de ilicitud que da lugar a todo el entramado de aplicación privada de las normas sobre libre competencia, constituyendo dicho ilícito la base y condición de la responsabilidad por daños en esta materia.

En sus artículos 30 y 31 (introducidos por la ley 19.911 en 2003) el Decreto establece las bases de la responsabilidad civil por ilícitos

⁷⁰Inciso 2° del artículo 1°. Esto se ve reforzado por el hecho de que no existe un control preventivo en materia de operaciones de concentración.

anticompetitivos.⁷¹ Señala el 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 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.*

De esta disposición hay tres cosas que serán relevantes para este trabajo. La primera de ellas es que se caracteriza y establece la acción indemnizatoria como una *follow-on action*. Esto quiere decir que es una acción que depende del éxito de otra acción: la interpuesta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuya sentencia deberá declarar la existencia de una infracción a las normas de libre competencia en los términos del artículo tercero. Dicha sentencia, como veremos, generará modificaciones en el juicio de

⁷¹Esta cuestión será debatida en la Segunda Parte de este trabajo. Por de pronto, sin embargo, no genera problemas situar el artículo 30 en el centro de la normativa relevante.

responsabilidad civil, dando por probados ciertos requisitos cuya prueba, normalmente, sería exigida en todo juicio indemnizatorio.

En segundo lugar, la disposición se remite, en todo lo que no regula ella misma, a *las reglas generales*. El juicio de responsabilidad, dice, se tramitará ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales. Estas reglas, en cuanto al procedimiento, serán las del Código de Procedimiento Civil, y en cuanto al fondo, serán las reglas del Código Civil.⁷² La remisión del artículo 30 a las reglas generales es la determinación legal de la *no especialidad* de esta forma de *private enforcement*,⁷³ y en algún sentido,⁷⁴ una redundancia del artículo 2314 del Código Civil. La responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos es, en este como en todos los casos, un juicio normativo que establece indemnizaciones con base en una infracción a deberes de conducta: en este caso, un deber legal, fijado específicamente por el artículo 3 del

⁷²El artículo 3 de dicho código establece su supletoriedad en relación a toda otra normativa especial. Las reglas sobre responsabilidad civil –contractual y extracontractual- se aplican siempre que no exista normativa especial dictada al efecto.

⁷³Recordemos que, en sentido amplio, el *private enforcement* incluye todas las acciones que los privados puedan realizar, autónoma o complementariamente a los organismos públicos, en aplicación de normativa de libre competencia.

⁷⁴No es absolutamente redundante pues tiene por objeto establecer el carácter de *follow-on* de la acción y el procedimiento conforme al cual se tramita.

Decreto Ley 211. Tenemos, por tanto, un caso de aquello que la doctrina llama culpa infraccional.⁷⁵

Por último, es necesario destacar que la disposición señala que el juicio se tramitará conforme a las reglas del procedimiento sumario, lo que será relevante al momento de determinar la procedencia del juicio colectivo y las acciones de clase. Esto, sin embargo, quedará suspendido hasta el próximo capítulo. Para analizar las primeras dos cuestiones, entonces, nos remitiremos, con la regla del artículo 30, al Título XXXV del Código Civil.⁷⁶

- c. **Código Civil, Libro IV, Título XXXV.** Conforme al artículo 2314: *El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.* Sin perjuicio, entonces, de la pena o multa que puede establecer el TDLC al declarar un ilícito anticompetitivo, el infractor está obligado a la indemnización de los daños provocados. Esta disposición, como vemos, se encuentra en

⁷⁵BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006. Pp. 97 y ss. y 1045.

⁷⁶Dejaremos de lado, por ahora, la cuestión de si puede la responsabilidad por ilícitos anticompetitivos derivar de un vínculo contractual tratándose de consumidores afectados, descartando, entonces una eventual aplicación de las reglas de responsabilidad contractual y no las comprendidas en el título de los delitos y cuasidelitos.

perfecta armonía con aquella dispuesta por el artículo 30 del Decreto Ley 211.

La ley no da muchas más claves sobre cómo ha de determinarse la responsabilidad, ni establece criterios precisos para cada uno de los requisitos que la constituyen. Es la doctrina la que ha construido y profundizado en estos criterios, señalando de manera unánime que para dar por establecida la responsabilidad, el actor debe probar una acción culpable, el daño y un vínculo causal que relacione la acción con el daño.⁷⁷ Como consecuencia de lo estipulado por el artículo 30 del DL 211, la acción y la culpa (ilícito anticompetitivo) ya han sido probados ante y declarados por el TDLC y/o la Corte Suprema, lo que deja a quien demande en sede civil con la necesidad de probar sólo el daño y la causalidad.⁷⁸ Esta es precisamente la ventaja de consagrar la acción de indemnización como una *follow-on action*: el ahorro de hechos a ser probados en el juicio civil. Esto porque, a diferencia de

⁷⁷ALESSANDRI, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Imprenta Universitaria. Santiago, 1943.; La sistematización más completa de los elementos de la responsabilidad, se la debemos en Chile a Enrique Barros. Utilizaremos en lo que sigue su *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* como guía y referente principal en esta materia. BARROS (2006), Pp. 61-62.

⁷⁸Esto no merece mayor argumentación atendido el tenor del artículo 30 del DL 211. *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.*

EEUU, donde se establece una presunción refutable, en Chile el juez civil no puede exigir prueba ni desconocer lo que ya dejó establecido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: *la existencia de una acción ilícita constitutiva de una infracción a las normas de libre competencia.*

d) **Acción culpable.** La ilicitud de la conducta, en este caso, está legalmente definida.⁷⁹ Como ya se mencionó, el sentido de la *follow-on action* es dar estos requisitos (la acción y la culpa) por descontados al hacerlos depender de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Ésta (la sentencia), determinará la ilicitud, estableciendo los hechos constitutivos de infracción y la calificación jurídica de la misma, a la que debe atenerse el tribunal civil que se encuentra conociendo de la acción indemnizatoria. La sentencia en sede de libre competencia, así, tiene efecto de cosa juzgada en relación al nuevo juicio.

e) **Daño.** En nuestra legislación, la responsabilidad civil (que se funda y tiene como objeto la compensación de la víctima), tiene como

⁷⁹Sin perjuicio del margen que concede el artículo tercero del DL 211 para calificar conductas como anticompetitivas.

principio básico el de reparación integral del daño. En este sentido, debe repararse a la víctima *todo pero nada más* que el daño sufrido por ella, constituyéndose como condición esencial de la reparación.⁸⁰ Todo, pues se la debe dejar en la situación en que estaría de no haber mediado ilícito (en esto consiste repararla), y nada más por cuanto esto reportaría un enriquecimiento injusto para la víctima,⁸¹ cuestión que es rechazada por nuestro ordenamiento, particularmente por nuestro Código Civil.⁸² Lo anterior impide cualquier semejanza con la institución estadounidense de los *treble damages* y muestra que el único objetivo visible es el de recomponer el desequilibrio patrimonial

⁸⁰Es, además de condición, el objeto de la acción de indemnización. BARROS (2006). Pág. 15.

⁸¹Así lo ha señalado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia. En ese sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, 1.9.2003. GJ 281, 104; Corte de Apelaciones de Santiago, 10.7.2002, RDJ, T. xcix, sec. 2º, 83. Veremos en la segunda parte como el principio de reparación integral y el rechazo al enriquecimiento injustificado son dos caras del mismo principio, que regula integrando las instituciones básicas de derecho civil: el principio de justicia correctiva.

⁸²El rechazo al enriquecimiento injustificado como principio y fuente de derecho, es hoy unánimemente aceptado en nuestra doctrina. Ver, en general, PEÑAILILLO, Daniel, *El Enriquecimiento Sin Causa. Principio de Derecho y Fuente de Obligaciones*. Revista de Derecho Universidad de Concepción N°200, Año LXIV (Jul.-Dic. 1996). Así también lo ha reconocido nuestra Corte Suprema, quien sostuvo que al hacer una interpretación conforme al *espíritu general de la legislación y a la equidad natural*, se observa que nuestro ordenamiento *no admite el enriquecimiento sin causa. Esto se desprende de la reglamentación de la accesión (artículos 658; 662; 669 Código Civil), las prestaciones mutuas (artículos 904 a 915 Código Civil), la recompensa en sociedad conyugal (1725 n° 3 y 4; 1734 Código Civil) y de la acción de reembolso del pago de lo no debido (artículo 2295 Código Civil)*. Corte Suprema 2-12-1997, ROL 3518-1996; LegalPublishing.

causado por el ilícito anticompetitivo, a través de la debida indemnización.⁸³

f) **Causalidad.** Esta exigencia supone que, una vez probado, se pueda mostrar que el daño se debe fáctica y normativamente a la ocurrencia del ilícito. En principio, como se suele repetir en literatura especializada, los daños se quedan donde se producen.⁸⁴ Para radicar las consecuencias pecuniarias en un patrimonio distinto de aquel que se vio afectado, debe poder mostrarse que dichos perjuicios le son imputables a otro, quien deberá en definitiva soportarlos. Esta cuestión, que se encuentra íntimamente relacionada con la legitimidad, es de mucha importancia para este trabajo por cuanto la caracterización doctrinaria de la causalidad pone de relieve una idea de

⁸³No debe descontarse, sin embargo, el hecho de que los tribunales chilenos tienen un margen bastante generoso para aplicar indemnizaciones que exceden la reparación integral del daño, generalmente a título de indemnización por daño moral. Tratar este tema aquí, sin embargo, es un despropósito por la falta de casos específicos en la materia, y porque su alcance excede, con mucho, el objeto de este trabajo. BARROS (2006). Pág. 218-219.

⁸⁴*Casum sentit dominus o res perit domino* (las cosas perecen para su dueño), es la forma en que se acuñó en Roma el axioma de que, en principio, las pérdidas debían ser soportadas por el patrimonio en que se producen. La formulación contemporánea de dicho principio se lo debemos, sin embargo, al juez y jurista norteamericano Oliver W. Holmes quien señalara: “*El principio general de nuestro derecho es que la pérdida debe quedar donde caiga y este principio no se ve afectado por el hecho de que un ser humano sea el instrumento de la desgracia... un perjuicio resultante de un accidente inevitable o, lo que de acuerdo al derecho o a la razón constituye la misma cosa, de un acto que el cuidado y la previsión ordinarios son incapaces de precaver, no es sino la desgracia del damnificado, sin que constituya fundamento para la responsabilidad legal*”. HOLMES, Oliver, *The Common Law*, Little, Brown and Company. (1881). Trad. 45^o ed. Por BARRANCOS Y VEDIA, Fernando. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1964. Pág. 95.

cercanía en sentido normativo. En este sentido, el problema de la compensación a los consumidores, quienes por definición⁸⁵ son el último eslabón de la cadena productiva, se agudiza en la medida en que el ilícito haya sido cometido más “arriba” en dicha cadena o en la medida en que existan más intermediarios entre el infractor y los consumidores perjudicados.

g) Daño, causalidad y passing-on. Es este, quizás, el lugar para preguntarse por la posibilidad de que un infractor, una vez probado el ilícito, se defienda con el *passing-on*. Si la exposición hasta aquí ha sido suficientemente clara, la única conclusión posible es que en Chile, y de conformidad a la estructura que tiene el juicio de responsabilidad, una defensa como esa sólo podría estar basada en este argumento: *inexistencia del daño*. Asimismo, debe revisarse el escenario inverso: la posibilidad de que los compradores indirectos (sean o no consumidores) demanden indemnización al infractor señalando que, por medio del traspaso de costos, el ilícito les ha provocado un daño que debe ser compensado. Con la misma prevención anterior, el

⁸⁵Son *consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios.* Artículo 1° número 1 de la ley 19.496.

infractor sólo tendría una defensa posible: *inexistencia de vínculo causal*.

Passing-on defense: inexistencia del daño. ¿Podría un infractor señalar que, por traspasar sus costos aguas abajo, el demandante no ha sufrido perjuicio? De ser esto así, ¿debe pagar indemnización? La respuesta a estas preguntas no debiera ser muy distinta a lo señalado en los apartados anteriores: sólo puede cobrar indemnización quién ha sufrido daño, por todo el monto del mismo, pero nada más que el mismo. Si la acción indemnizatoria tiene un carácter preponderantemente compensatorio, debe admitirse como defensa el que el actor traspasó los perjuicios que causó a sus propios consumidores. La acción de responsabilidad civil tiene como presupuesto fundamental la existencia de un daño, por lo que si éste no se produjo en el patrimonio del demandante, no procede compensación alguna. De esta manera evitamos el enriquecimiento injustificado del comprador directo que puede obtener una compensación de perjuicios que no ha sufrido. El éxito de la defensa *passing-on* dependerá, así, de si se logran demostrar dos cosas:⁸⁶ que el demandante ha traspasado

⁸⁶Para ver de quién es la carga de acreditar cada uno de los hechos, ver *infra*, g).

los sobrepagos pagados a sus consumidores, y que, por causa de ese traspaso, el vendedor no ha sufrido daño (o ha sufrido uno inferior a aquel cuya indemnización reclama). Es importante, por ahora, mantener una diferenciación lógica de los niveles que debe tener su argumentación: que exista traspaso de sobrepagos no necesariamente significa que quien traspasa no haya sufrido daño, y es por esto que deberán acreditarse ambas cosas para que la defensa prospere.⁸⁷

Passing-on offense: inexistencia del vínculo causal y legitimidad.

Exactamente pero a la inversa de la situación anterior: ¿pueden los compradores indirectos demandar bajo el argumento de que le fueron traspasados los perjuicios provocados por el ilícito anticompetitivo? El comprador indirecto (sea o no un consumidor) que pretenda indemnización, deberá mostrar que sufrió un daño y que dicho daño es imputable a la acción ilícita del demandado. Si se encuentra en posición de probar estas exigencias, el *passing-on offense* no sólo está permitido, sino que forma parte del núcleo de nuestro estatuto de responsabilidad y se encuentra en armonía con la mejor comprensión de sus finalidades. En relación a lo anterior, alegar únicamente que se

⁸⁷La relevancia de esta distinción será analizada en la segunda parte.

pagó un sobre precio muestra una debilidad en la demanda. No obstante que el pago del sobre precio constituye en sí mismo un daño emergente,⁸⁸ el actor siempre debe dejar en claro en su libelo qué daño sufrió, sea que éste provenga del pago de un sobre precio u otro motivo.

Nuestra legislación no contempla norma expresa respecto de las personas *legitimadas* (en sentido estricto) para reclamar una indemnización de daños y perjuicios derivados de una conducta anticompetitiva. Sin embargo, de una correcta interpretación del artículo 30 del D.L. 211, coherente con las reglas generales de la responsabilidad civil, podemos concluir que no hay una restricción *a priori* en cuanto a legitimación: puede demandar cualquier persona natural o jurídica que haya sufrido daños o perjuicios con motivo de un ilícito anticompetitivo declarado como tal por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Esta misma solución se viene barajando hace ya un tiempo en la Unión Europea, desde la configuración del *White Paper* y hasta la Propuesta de Directiva.⁸⁹ En ese contexto, el artículo

⁸⁸Pues representa típicamente una pérdida de activo que se condice con el daño emergente, sobre cuya indemnización no cabe lugar a dudas.

⁸⁹Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, COM (2013) 404 final,

30 del D.L. 211 ocupa la expresión “*con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada*” para indicar que es necesario contar con esta resolución como requisito habilitante, sin distinguir entre quienes puedan ser específicamente esas personas. No existe norma expresa que permita o prohíba a compradores indirectos demandar la indemnización y es por esto que quien quiera descartar la demanda de un comprador indirecto no debe hacerlo por la vía de pretender que no tiene legitimación para demandar, sino que deberá negar que se cumpla alguno de (o todos) los requisitos para que la indemnización sea concedida.

Recogiendo los razonamientos anteriores, una interpretación de nuestra normativa vigente debiese asumir que la alternativa adoptada es exactamente la misma que tomaron las autoridades europeas en su Propuesta de Directiva: *admitir la defensa passing-on y reconocer, en general, la legitimidad de los compradores indirectos.*⁹⁰

Diario Oficial de la Unión Europea, 11 de junio de 2013. Además, esta propuesta fue aprobada por el Parlamento Europeo con fecha 17 de abril de 2014, encontrándose pendiente su promulgación.

⁹⁰Exactamente esa configuración decidió adoptar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en sus artículos 12, 13, 14 y 15, por considerarla la opción más adecuada para tutelar el derecho a un pleno resarcimiento. Una diferencia significativa, sin embargo, aparece en cuanto a la legitimación y el *passing-on*. Se permite el *passing-on* sólo si los compradores indirectos tienen

h) **Prueba.** Por regla general, en todo juicio de responsabilidad, toca al demandante probar los requisitos que, como ya sabemos, en el caso de ilícitos anticompetitivos se reducen a dos: daño y causalidad. Conforme a las reglas del Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, no se alterará esta carga de la prueba mientras el demandado no alegue o afirme, a su vez, hechos contrarios a los defendidos por el demandante. En este sentido, si el demandado realiza una defensa genérica,⁹¹ el *onus probandi* se mantendrá en contra de quien exige indemnización. Es necesario destacar que la defensa *passing-on* es precisamente una que altera la carga de la prueba y la traslada al demandado, pues será éste quien deberá probar el traspaso (y, dependiendo del caso particular, la ausencia de daño).⁹²

legitimación para accionar. Si la legislación nacional correspondiente no legitima a compradores indirectos, el *passing-on* se prohíbe también.

⁹¹Se realiza una defensa de este tipo cuando se niegan, en general, los argumentos de hecho esgrimidos en la demanda, sin incluir ni afirmar hechos nuevos. De hacerlo, sería el demandado quién tendría que probar esos hechos. DEVIS, Hernando. *Teoría General de la Prueba, Tomo I*. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988. Pp. 206 y ss.

⁹²Por lo general, los hechos negativos no se prueban. La ausencia de daño es un hecho negativo y no correspondería al demandado probarlo, sino al actor (pues éste afirma la existencia del daño, hecho positivo que debe probar). Sin embargo, dependiendo de los hechos afirmados en la defensa, puede tocar al demandado probar la ausencia de perjuicios. En el caso del *passing-on*, por ejemplo, éste deberá probar que el comprador indirecto realizó el traspaso del sobreprecio, gravando a sus propios compradores con un cargo adicional. Por otro lado, y para mostrar que tampoco ha sufrido otros perjuicios, puede alegar que el demandante no disminuyó sus ventas al cargar sobreprecios. Este hecho negativo supone afirmar que las ventas se mantuvieron iguales, cuestión que debería probar con estados financieros u otros documentos de valor similar.

i) *Acciones de clase y representación corporativa.*⁹³ Al igual que en Estados Unidos, aunque con una diferencia importante, el problema de los incentivos (y, por lo tanto, de las acciones de clase) se nos vuelve a presentar aquí. El problema es el mismo por cuanto al llegar al final de la cadena nos encontramos con un grupo de consumidores que, al pretender una compensación del daño sufrido, tienen amplias dificultades para ejercer sus derechos en juicio.⁹⁴ La gran diferencia, es que el caso estadounidense sólo deja a salvo (por regla general) a los consumidores que son *compradores directos* del infractor. Los demás no tienen *standing* a nivel federal. En Chile, en cambio, la legitimación es amplia y no depende de si hay o no una relación contractual con el infractor, por lo tanto, *en principio* todo aquel que crea haber sido dañado por el ilícito puede demandar conforme al artículo 30 del Decreto Ley 211. Así las cosas, lo probable es que se presente el escenario que se describe en doctrina: *el resarcimiento de los compradores indirectos* (y agregaremos: también de los compradores directos) *es prácticamente imposible en ausencia de acciones de*

⁹³La diferencia entre ambas es de carácter procesal: las acciones de clase permiten que el grupo de personas afectadas accionen conjuntamente; la representación corporativa permite a una persona o corporación representar a la clase. BARROS (2006) Pág. 246.

⁹⁴La relación entre legitimación y daños difusos será analizada en detalle en la Segunda Parte.

clase.⁹⁵ Esto es tan definitivo, que la opinión general es que los ordenamientos que simplemente *no prohíben* la legitimación a consumidores, pero no contemplan acciones de clase, confinan la legitimación, de manera implícita, a los compradores directos.⁹⁶

De hecho, a excepción de Holanda, todos los demás Estados Miembro de la Unión Europea están en proceso de introducir algún tipo de acción colectiva.⁹⁷ La autorización general del *passing-on* y la legitimación amplia concedida a los compradores directos e indirectos en las últimas propuestas legislativas de la Unión Europea abre el espacio para discutir sobre los incentivos que tendrán dichos legitimados para demandar. Podríamos resumir las propuestas que se han hecho de este modo: (1) otorgar legitimidad a compradores indirectos, permitiendo el *passing-on*⁹⁸; (2) establecer una presunción refutable del traspaso completo del sobreprecio (alterando la carga de

⁹⁵BANFI (2013a). Pág. 238. El paréntesis es agregado.

⁹⁶Este sería el caso, por ejemplo, de la legislación británica. *Ídem*.

⁹⁷No obstante, la complejidad del procedimiento ha terminado por transformar algunas de ellas en meramente simbólicas, como sucede, por ejemplo, en Alemania. Ver MICKLITZ, Hans, *Collective Private Enforcement in Antitrust Law - What is Going Wrong In the Debate?* En BASEDOW *et al.* (2011). Pp. 101 y ss.

⁹⁸Salvo prohibición del *passing-on* en legislación estatal, en cuyo caso la legitimación de los compradores indirectos se encuentra también prohibida para evitar dobles indemnizaciones.

la prueba a favor de los demandantes); (3) conceder acciones de clase o representativas (*opt-in class actions*).⁹⁹

¿Cuál es la situación en Chile en relación a las acciones de clase y la representación de clases?

- i. *Normativa general.* Las acciones en Chile son, por regla general, individuales. No está consagrada con carácter general la acción colectiva o representación corporativa, ni existe un tratamiento sistemático del tema.¹⁰⁰ Ambas son, por lo tanto, de derecho estricto: sólo tendrán lugar bajo autorización expresa de la ley para los casos específicamente previstos por ella.

- ii. *Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.* A través de la introducción del juicio colectivo,¹⁰¹ la Ley número 19.496

⁹⁹Esta determinación se tomó en consideración a dos estudios. El primero evalúa la efectividad de la protección colectiva y específicamente de dichas acciones en la materia, y el segundo analiza los problemas que se presentaron para los consumidores en ese contexto. MICKLITZ (2011). Pp. 101 y ss. Los estudios utilizados por la Propuesta pueden encontrarse completos en los siguientes sitios:http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf; http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreport-problemstudypart1-final.pdf; Para una regulación más detallada, consultar el *Green Paper on Consumer Collective Redress*, disponible en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_en.pdf.

¹⁰⁰En Estados Unidos, como en Gran Bretaña, Canadá y Australia, existe un estatuto especial para las *class actions*, y un tratamiento doctrinal sistemático. En los países de tradición continental, en cambio, el panorama sería *disperso y sectorizado*. CHAHUÁN (2011). Pág. 164.

¹⁰¹Introducido por la ley 20.433 publicada en noviembre de 2010.

sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante LPC), es la única en que se integra una acción colectiva con dicha denominación,¹⁰² y su aplicación queda circunscrita a las relaciones de consumo. Quedarán fuera, por tanto, los casos en que los compradores indirectos no califiquen como consumidores conforme al artículo 1 N° 1.¹⁰³ Dicha ley es subsidiaria y supletoria,¹⁰⁴ por lo que su aplicación dependerá de si existe una ley especial que regule la materia sobre la que eventualmente se pretende aplicar. Si no existe una tal ley especial o ella no regula algún aspecto específico, se aplicaría la LPC.

Conforme a esta regulación, las asociaciones de consumidores pueden *asumir la representación y defensa de los derechos de los consumidores*, pero también están autorizados -por el artículo 8° letra e) de la ley-, a la representación del interés difuso o colectivo de los mismos, incluso sin mandato previo. Por otro lado, es facultad del SERNAC denunciar incumplimientos a la LPC ante organismos e instancias jurisdiccionales, o hacerse parte en juicios

¹⁰²Sin perjuicio de la existencia de ciertas acciones que protegen intereses supraindividuales, como la ley de quiebras y la ley de copropiedad inmobiliaria. CHAHUÁN (2011). Pág. 9-11.

¹⁰³Debe tratarse de destinatarios finales del producto o servicio, ya sean personas naturales o jurídicas.

¹⁰⁴Artículo 2° bis de la LPC.

en que se vean afectados intereses generales de los consumidores. Pero además tiene otra forma de acción, la vía judicial, dentro de la cual se encuentra el juicio individual y lo que interesa analizar: el juicio colectivo. Este juicio constituye una *herramienta legal para la defensa y ejercicio de los derechos y principios consagrados en la normativa general y especial sobre protección de los derechos de los consumidores* y, específicamente, consagra un *procedimiento especial para la defensa de los intereses difusos y colectivos de los consumidores*.¹⁰⁵ Esta forma procesal se corresponde más propiamente con la idea de representación corporativa que de acciones de clase, no obstante lo cual, y en pro de mantener un lenguaje más uniforme y sencillo, seguiremos esta última denominación. El artículo 50 de la LPC, en sus incisos 5° y 6° señala: *son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos*”.

¹⁰⁵CHAHUÁN (2011). Pág. 175.

Juicio colectivo. Este procedimiento especial, regulado en los artículos 51 y siguientes de la LPC, posibilita la representación corporativa. La sentencia definitiva tiene efecto *erga omnes*, lo que permite que todos quienes hayan sido perjudicados por los mismos hechos puedan reclamar las debidas indemnizaciones, en la forma que determina el procedimiento colectivo.

- iii. *Legitimidad del SERNAC y de otras asociaciones para interponer acciones de clase a favor de los consumidores afectados por ilícitos anticompetitivos.* La normativa, como vimos, faculta al SERNAC y a las asociaciones de consumidores para iniciar juicios colectivos en defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores. La pregunta fundamental, sin embargo, necesita precisar esta legitimación. ¿Puede el SERNAC interponer acciones colectivas por infracciones al Decreto Ley 211? Esto supondría señalar que las facultades del Servicio tienen un amplio alcance. Una primera posibilidad es responder que el SERNAC actualmente sólo puede interponer acciones por intereses colectivos o difusos *en casos de atentados a la Ley de Protección de los Derechos de*

los Consumidores.¹⁰⁶ Esto, por de pronto, deja sin acciones de clase a los consumidores afectados por ilícitos anticompetitivos. Si se sostiene lo contrario, esto es, que el SERNAC (además de los legitimados en el artículo 51 de la LPC para intentar el juicio colectivo) está facultado para iniciar una acción colectiva por infracción al estatuto de libre competencia, se deja a los consumidores en un escenario absolutamente distinto, con acciones de clase a su disposición, y quizás más importante, los deja bajo la defensa del SERNAC, u otra asociación reconocida para defenderlos.

Resolver esta cuestión es de la mayor importancia para esta tesis. Del hecho de que los consumidores tengan o no acciones de clase, depende, en definitiva, la eficacia de las normas que, en primer lugar, conceden la acción indemnizatoria para los dañados por el ilícito, y en segundo lugar, permiten (de manera negativa) la legitimación para compradores indirectos.¹⁰⁷ Sabemos que si de cada consumidor, individualmente considerado, dependiera la

¹⁰⁶ Que fue, por ejemplo, la postura que asumió el 10° Juzgado Civil al declarar la demanda del Sernac contra las farmacias inadmisibles. Ver *infra*. Pág. 94.

¹⁰⁷ Veremos lo problemáticas que resultan de las normas del juicio colectivo en ese respecto, hacia al final de la Segunda Parte.

aplicación privada de las normas de libre competencia, el *private enforcement* sería, ante todo, una declaración de buenos principios.¹⁰⁸ No se debe ignorar la fuerza de este argumento que la jurisprudencia norteamericana pone de relieve una y otra vez pues, después de todo, la experiencia en Chile no hace más que confirmarlo.

- iv. *Compradores que no son consumidores: Código de Procedimiento Civil.* Aunque no es el objetivo central de este trabajo, es necesario remarcar que aquella “clase” de afectados por un ilícito que no califique como de consumidores, no quedan de ninguna manera bajo la regulación de la ley 19.496. En estos casos deberán accionar individualmente, sin perjuicio de la regulación de litisconsorcio activo establecida en el artículo 18 del Código de Procedimiento Civil. Como sus acciones emanarán directa e

¹⁰⁸ A la misma conclusión llega el Centro de Regulación y Competencia (Regcom) de la Universidad de Chile en el informe que preparó respecto a este tema. Agrega además una perspectiva de economía procesal. *En efecto, el camino alternativo a las acciones de colectivas es que cada particular lesionado demande individualmente, usando el procedimiento previsto en el artículo 30 del DL 211. En dicho caso, y dado que los afectados por un cartel pueden ser cientos o miles de personas, ello acarrearía enormes costos para el sistema judicial, a lo que se agrega que incluso los gastos de notificación de la eventual demanda podrían superar el daño sufrido por cada persona natural afectada, o bien, por cada pequeña o mediana empresa (PYME).* REGCOM. Informe N° 25, *Legitimidad del SERNAC para demandar la indemnización de los daños causados por un cartel a los consumidores.* Santiago, 2012. Pág. 15.

inmediatamente de un mismo hecho, podrían interponer cada uno sus acciones en el mismo juicio.¹⁰⁹

4. Conclusión capítulo.

Chile es un país cuyas reglas fundamentales de *private enforcement* responden a un modelo occidental tradicional de responsabilidad aquiliana. Las posiciones específicas de demandantes y demandados, infractores y víctimas, corresponderán a lo que bajo esos criterios se determine como suficiente para constituir una relación obligatoria de indemnización: la infracción a un deber de conducta que genera daño, deviene en obligación de reparar el mismo (y nada por sobre el mismo) a quién lo haya soportado en su patrimonio. Vimos cómo en el caso de los ilícitos anticompetitivos la declaración del juicio del Tribunal de Libre Competencia es vinculante para el juicio civil en el sentido de dar por probada la acción culpable, y cómo eso facilita enormemente la situación del demandante. Sin embargo, es evidente que esto no resulta suficiente

¹⁰⁹Para ello deberán actuar a través de un procurador común. Artículo 19 CPC. Las complicaciones que van aparejadas a este juicio son enormes: pese a que se interpongan conjuntamente, las pretensiones son individuales, y el juez debe pronunciarse sobre cada una de manera particular. La “individualidad” de la acción se comunica a otros aspectos como por ejemplo, la extinción de la acción, cosa juzgada, entre otras.

para generar una práctica densa de litigios de responsabilidad, sobre todo cuando los afectados son consumidores.

Luego de este resumen general, la segunda parte intentará abarcar éste y los otros problemas que han sido tratados hasta aquí de un modo descriptivo, con el fin de (1) explicar porqué nuestro sistema de *private enforcement* otorga un pobre incentivo y, como nota el profesor Banfi, *hace un aporte limitado* a la aplicación de las normas de libre competencia¹¹⁰ y (2) cómo podríamos avanzar en el objetivo central, la compensación de las víctimas afectadas, sin pasar a llevar el principio de la reparación integral del daño y el rechazo al enriquecimiento injusto.

¹¹⁰BANFI, (2013a). Si bien el profesor Banfi realiza un análisis a la indemnización por ilícitos anticompetitivos entre competidores, con mayor razón deberá entenderse limitado el aporte de la responsabilidad civil en cuanto concierne a los consumidores, pues los casos que entre competidores son muy escasos, en cuanto a consumidores son prácticamente inexistentes.

IV. Comparación y conclusiones de la primera parte.

La primera parte de este trabajo consistió en mostrar las formas institucionales que adoptan dos legislaciones de frente a un problema común: indemnizar a consumidores en el contexto de ilícitos anticompetitivos. Se mostró que detrás de cada regulación existen diferentes perspectivas y objetivos, que se desprenden de principios jurídicos ponderados o valorados en diferentes grados. Asimismo, fue posible establecer una correlación entre la fundamentación general del *private enforcement* de cada ordenamiento y la posibilidad de ejercer la defensa *passing-on*, y consecuentemente, la legitimación para demandar de los compradores indirectos (por lo general, consumidores).

En uno de los extremos, como sucede en Chile, si el hechor puede probar el traspaso de los costos y la falta de daño de quien lo demanda, no pagará la indemnización (tiene *passing-on defense*), y se quedará, por tanto, con los frutos de su actividad ilícita. Eso en cuanto a esta primera relación. Las víctimas reales, que en este caso son compradores indirectos (consumidores generalmente), tienen legitimidad para demandar y deberán probar tanto el daño como la causalidad. La incertidumbre en cuanto a la situación de las acciones de clase y otros mecanismos que faciliten su accionar lleva a que

normalmente los consumidores no puedan probar dicho daño, ni tengan suficientes incentivos para intentarlo, por lo que no llegan a ser compensadas. Esto abre la discusión sobre la falta de impulso privado y los incentivos necesarios para fortalecer esta área.

En el otro extremo, como es el caso de Estados Unidos, el hechor no tiene *passing-on* (o muy excepcionalmente), y probado el sobreprecio, deberá indemnizar el triple de los daños al demandante que pagó dicho sobreprecio. Si traspasó las pérdidas a sus propios consumidores (o al menos gran parte de ellas), se enriquecerá injustificadamente. Las verdaderas víctimas (compradores indirectos), no tienen legitimidad y no son compensadas pues para los tribunales esto implicaría hacer pagar indemnizaciones dobles por unos mismos hechos y daños.

Una legislación cuyo objetivo central es la disuasión, intentará asegurar que el infractor no se quede con su ganancia, no siendo *lo más relevante* a quién se adjudica esa ganancia en juicio. En este sentido, los compradores directos son generalmente considerados un mejor demandante y no deben eliminarse sus incentivos para accionar. Está en el corazón de la legislación norteamericana *poner el énfasis* en la prevención (*deterrence*), aun si esto implica enriquecimiento injustificado. Esto no supone que no pueda comprenderse el mecanismo estadounidense como beneficioso para la

compensación, pero no llega a ser convincente a la luz de las relaciones recíprocas de las instituciones que entran en juego.

Pese a lo fútil que en apariencia puede resultar una comparación integral entre ambos sistemas (por lo disímil de su rendimiento práctico), la comparación del derecho doméstico con el estadounidense puede aclarar el camino a seguir en esta materia, a pesar de (o quizás precisamente por) las diferencias que aparecen una y otra vez en el plano de fondo. Mostrar cómo Estados Unidos se hace cargo de un problema identificado en dos frentes (compensación pero sobre todo prevención), considerando la enorme potencia que resulta tener a nivel de práctica jurídica, puede indicar la conveniencia de ciertos instrumentos por referencia a esos fines.¹¹¹ Pero también puede, y es lo que se ha sugerido aquí, revelarse inapropiado en atención a ciertos principios y estructuras que nuestra tradición jurídica considera fundamentales. Llegados a ese punto, la experiencia estadounidense puede ser tanto más útil en lo que nos separa que en lo que nos une.

¹¹¹No son pocos los críticos que señalan que no cumple con ninguna de estas finalidades. Véase, v. gr., CRANE (2011). Pp. 163 y ss.

SEGUNDA PARTE

I. Aplicación privada de las normas de libre competencia: fundamentos de la responsabilidad por daños.

De acuerdo con lo revisado en la Primera Parte, la solución chilena al problema de compensación de consumidores por ilícitos anticompetitivos, fue descrito como una que, en lo fundamental, pretendía hacerse cargo de la compensación de los daños sufridos, evitando el enriquecimiento injustificado de las víctimas. Si esta interpretación es correcta la pregunta es: ¿por qué, desde que se promulgó el Decreto Ley 211, no ha habido ningún caso en que se compense a los consumidores por dichos ilícitos? La situación es suficientemente seria como para no tomárselo a la ligera. Volveremos, pues, al principio, intentando primeramente dar cuenta de la legislación existente como una que es racional y sistemática; sólo entonces nos preguntaremos si algunas modificaciones son necesarias a la luz de dicha racionalidad.

Es representativa del debate actual en torno a la función y posibilidad del *private enforcement* una aseveración como la que sigue, por lo que se reproducirá *in extenso*.

*“En la economía contemporánea, puede haber cuatro o más eslabones por los que el daño pasa: productores-distribuidores-compradores al por mayor-minoristas-consumidores finales. Esta dispersión del daño, si se quiere, pone un problema significativo a la aplicación del imperativo tradicional de justicia correctiva – que el que ha sufrido un daño está legitimado para obtener reparación del que lo provocó. En el contexto de los ilícitos anticompetitivos, determinar quién soportó un daño, y exactamente cuánto, es una tarea inmensamente difícil, exigiendo complejos análisis económicos y una gran variedad de evidencia que fundamente dicho análisis. Los sistemas legales luchan en la aproximación de esa complejidad con las reglas tradicionales de la responsabilidad civil y tratan de establecer mecanismos que satisfagan las exigencias de la compensación sin hacer del litigio algo tan complejo que la eficiencia y pérdidas sistémicas superen los beneficios logrados.”*¹¹²

¹¹² *In today’s economy, there may be four or more steps through which the damage passes: Manufacturers-Distributors-Wholesalers-Retailers-Final Consumers. This damage dispersion, if you will, poses a significant problem to the application of a traditional corrective justice imperative –that one who has suffered damage shall be entitled to its recovery from the perpetrator. In the context of antitrust violations, determining who sustained damage, and exactly how much damage, is an immensely complicated task, requiring complex economic analysis and a plethora of evidence*

1. ¿Por qué la justicia correctiva?

La pregunta por los fundamentos de la responsabilidad civil puede servir ya como herramienta hermenéutica, ya como horizonte por referencia al cual se fijen políticas públicas a alcanzar mediante la institución. En el primero de los casos, ayudará en la tarea interpretativa tendiente a comprender la lógica interna de la relación de responsabilidad; en el segundo, servirá de criterio externo de los fines a perseguir.¹¹³

¿Cuándo es *justo* atribuir una obligación de indemnizar a una persona por los daños que ha sufrido otra? Es esta la pregunta central que busca fundamentar *las condiciones* de atribución de responsabilidad. Una mirada puramente compensatoria pone el énfasis en la víctima, mientras que una de corte más retributiva, lo pondrá en el infractor. La primera de ellas puede ser útil para mostrar por qué la víctima merece ser indemnizada, pero no muestra por qué debe responder por ello un determinado infractor. La segunda, en cambio, se hace cargo de fundamentar el merecimiento de un castigo por la comisión de un ilícito, pero no da cuenta de qué justifica

to base the analysis on. Legal Systems struggle in approaching this complexity with traditional tort based rules and seek to devise mechanisms that satisfy the requirements of damage compensation without making litigation complex to a point where efficiency and systemic losses outweigh the benefits achieved. KLOUB (2011). Pág. 83.

¹¹³BARROS (2006). Pág. 33.

que el infractor deba reparar los daños de una víctima, y no de otra.¹¹⁴ La justicia correctiva, en la forma que le da Aristóteles, logra ser una justificación normativa adecuada por atender a la relación entre el infractor y la víctima, sin hacer prevalecer a una parte sobre la otra, sino que buscando el equilibrio entre ambas por la vía de dar un enfoque *relacional*. Bajo esta perspectiva, la compensación no es una finalidad irrestricta en el juicio de responsabilidad, pues no se impone el punto de vista del titular del derecho por sobre toda otra consideración.¹¹⁵ Si ese fuera el objetivo, resultaría más apropiado un sistema de seguros y no uno de responsabilidad. Es fundamental, en estos casos, una igualdad formal entre las partes que permita señalar que la apropiación que hace una de ellas de algo de la otra es injusta porque no le pertenece.¹¹⁶ Esta apropiación no necesita constituir enriquecimiento, pues lo relevante es que ha actuado sin

¹¹⁴Ibíd. Pág. 37

¹¹⁵Posturas como la de Viney, que entienden que la compensación es la *finalidad* del juicio de responsabilidad, estarían por dar preponderancia al derecho de compensación de la víctima pues suponen que la compensación es un objetivo externo que presiona a favor del dañado, y no sólo un resultado de la aplicación de una lógica correctiva, o de anulación del daño. VINEY, Geneviève, *Las Metamorphoses de la Responsabilité. Rapport de Synthèse, en La Metamorphose de la Responsabilité. Sixième Journées René Savatier. 15 et 16 mai. Presses Universitaires de France. París, 1997.*

¹¹⁶“*Pero lo justo en las transacciones privadas, por más que consista en cierta igualdad (...), no es acorde con aquella proporción sino según la proporción aritmética. Efectivamente, da lo mismo que sea un hombre bueno el que haya defraudado a un hombre malo, o viceversa (...). La ley sólo toma en cuenta la diferencia del daño y trata a las partes como iguales, atendiendo sólo a si uno cometió injusticia y otro fue objeto de ella, si uno provocó un daño y otro lo sufrió; y entonces el juez trata de igualar la desigualdad de que resulta la injusticia.*”ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*. Porrúa S.A., México, 1967. Cap. IV.

consideración a los intereses del otro. La justicia correctiva, como su nombre lo indica, corrige la desigualdad que se ha generado mediante dicha acción, volviendo al equilibrio original.¹¹⁷

La categoría de justicia correctiva, pese a las críticas,¹¹⁸ y a que ella misma, por su formalidad (y por ende su vacuidad), no puede regular las condiciones de su propia aplicación, se ha mantenido como una idea que da cuenta de la lógica interna de las relaciones de derecho privado, estructurándolas desde dentro. Esto por su carácter bipolar (que permite establecer un vínculo o conexión entre el infractor y la víctima, determinándolos), que no poseen otras categorías que pretenden constituirse en base fundamental de la responsabilidad.¹¹⁹ De esta forma, la justicia correctiva se posiciona como un parámetro que no instrumentaliza

¹¹⁷ARISTÓTELES, *Op. Cit.* Pp. 58 – 73. En este sentido, la justicia correctiva es una virtud, pues consiste en un justo medio entre la ganancia y la pérdida injusta.

¹¹⁸KELSEN, Hans, *What is Justice?* Berkeley: University of California Press. 1957. Pp. 130 y ss. Señala Kelsen: *Las dos partes iguales de una línea dividida en dos y las dos mitades de un todo son evidentemente una mera metáfora de la relación de igualdad que debe establecerse entre la prestación y la contraprestación, la infracción y el castigo. La metáfora no soluciona el problema de la compensación o castigo justos. Es sólo otra forma de presentar el problema (...) El castigo debe ser igual a la infracción, la recompense igual al mérito. La cuestión decisiva, qué es lo malo y qué es lo bueno, no se responde con esta fórmula; ni tampoco la cuestión de que es “parecido” o igual.*

¹¹⁹Ver para un análisis profundo de esta cuestión, WEINRIB, Ernst, *The Idea of Private Law*, Oxford University Press. Oxford, 2012; COLEMAN, Jules, *Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method* en POSTEMA, Gerald, *Philosophy and the Law of Torts*. Cambridge University Press, 2001.

la relación de las partes, sino que atiende a su particularidad, teniendo la ventaja de *ser una idea integradora de los elementos de la responsabilidad civil: el injusto, el daño y el derecho a la reparación.*¹²⁰

2. Justicia y eficiencia.

Desde el punto de vista de la eficiencia, el derecho es visto como un instrumento que, al igual que otros, debe tender al máximo bienestar social posible. Para el análisis económico del derecho, el daño provocado representa una situación no reversible, *un costo hundido*, y es por ello que el sentido de la norma es establecer los incentivos adecuados para que el daño no llegue a provocarse.¹²¹ La reparación, así, pasa a segundo plano.¹²² Entendidos de esta manera, los daños triples no representan el derecho de la víctima a obtener una compensación enorme; no es su interés el que se pretende proteger, sino que constituye un desincentivo a la infracción de la normativa *antitrust*: si lo que el infractor espera ganar con su conducta ilícita está por debajo de lo que deberá pagar por concepto

¹²⁰BARROS (2006). Pág. 41.

¹²¹“*Aquellos que creen que la ley de libre competencia existe primordialmente para promover la eficiencia económica, argumentan que la disuasión, y no la compensación, debería ser el primer propósito del private antitrust enforcement.* CRANE (2011). Pág. 175.

¹²²Esto explica, como se dijo al final de la Primera Parte, porqué el sistema estadounidense se concentra en la prevención y sólo de manera derivada o secundaria atiende a la compensación.

de indemnización, no resulta una actividad racionalmente recomendada. Esto es lo que se conoce típicamente en derecho penal como “prevención general”. El estatuto de responsabilidad civil cumple la función de ser una técnica de prevención general, constituyéndose como mecanismo descentralizado de incentivos.

Enfrentado a la idea de justicia correctiva, el análisis del *óptimo de prevención posible* es enteramente consecuencialista, y sus normas tenderán, como lo muestra la legislación en Estados Unidos, a instrumentalizar la relación de las partes con miras a la consecución de ese objetivo superior. Como vimos, la justicia correctiva constituye una condición¹²³ pero también un límite a la responsabilidad, lo que explica, entre otras cosas, el principio ya mencionado de *reparación integral del daño*; este principio representa, por de pronto, un obstáculo a la búsqueda de eficiencia e incentivos normativos racionales.

Sin embargo, no son pocos los autores que han encontrado un punto de contacto entre ambas perspectivas. Aceptar el principio de justicia correctiva y reparación del daño como fundamento de las condiciones de

¹²³La justicia correctiva establece una condición que debe satisfacer toda decisión en materia de responsabilidad. BARROS (2006). Pág. 35.

la responsabilidad civil, no supone sostener la imposibilidad de aportar una perspectiva pragmática o economicista (de razonamiento práctico general, si se quiere) de la función que la responsabilidad civil cumple en la sociedad. Esto puede ser entendido en dos niveles.

a. *Mercado y Derecho.* La forma en que ambas perspectivas convergen, fue motivo de un análisis profundo por parte de variados autores, entre ellos Hayek, quien sostuvo que *el derecho es la estructura básica que da forma al orden espontáneo del mercado*. Lo que Hayek intenta decir con esto, es que hay un valor (económico) en que el Derecho mantenga una lógica autónoma, no instrumental, en su esfera de decisiones. Esto protege las expectativas de los sujetos, y les otorga un marco de estabilidad en sus decisiones económicas.¹²⁴ De este modo, justicia y eficiencia no serían incompatibles, sino que al contrario: el derecho es eficiente si es justo, y porque es justo.¹²⁵

b. *Modelo de atribución de responsabilidad.* Para determinar el *nivel óptimo de prevención*, el legislador puede acudir a numerosas

¹²⁴Esto podría explicar las discusiones sobre por qué la instrumentalización del derecho y la responsabilidad en pos de la eficiencia se vuelve contra ella misma.

¹²⁵Una explicación acabada de esta idea en HAYEK, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: University of Chicago Press. 1973. Pp. 94 y ss.

herramientas, siendo en este contexto el más fértil la elección de qué modelo de atribución utilizar: responsabilidad por culpa, estricta o, en el extremo, un modelo de seguro social. Sólo el primero de estos modelos cumple una función correctiva cabal. El segundo, pero sobre todo el tercero, generan responsabilidad y compensación a la luz de la justicia distributiva pudiendo llegar incluso a una absoluta socialización de riesgos. Para el Análisis Económico del Derecho optar por uno u otro *depende de los costos legales y de los costos de prevención que cada régimen acarrea.*¹²⁶ Sin intentar entrar en esta discusión, es pertinente señalar que el modelo elegido para la indemnización de perjuicios derivados de ilícitos anticompetitivos es claramente el de responsabilidad aquiliana o por culpa, y que esto parece ser bastante pacífico en el derecho doméstico.¹²⁷ Una buena razón para esta elección, es que la responsabilidad estricta suele ir aparejada a las actividades consideradas por sobre un determinado umbral de peligro. En razón de ese *riesgo creado* es que se les impone una carga adicional al prescindir del estándar de conducta y se atiende

¹²⁶BANFI, Cristián, *Naturaleza de la Responsabilidad Civil entre Rivaes emanada de Ilícitos Anticompetitivos*. En TURNER, Susan (coord.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago, Editorial LegalPublishing - Thomson Reuters, 2014, Pág. 6 (en prensa). [BANFI, (2014a)]

¹²⁷ Ver BANFI, (2014a). Pág. 5. “*Ella parecería consistir en una responsabilidad estricta calificada por el resultado (...) sin embargo (...) aquella conducta es deliberada ya que tiene por objeto causar un daño al mercado (...). Por ende, la responsabilidad civil subsiguiente debe fundarse en el dolo que se encuentra ínsito en la infracción.*”

únicamente a la existencia del daño y vínculo causal. Competir en el mercado, sin embargo, no parece ser una actividad riesgosa o peligrosa; al contrario, parece generar muchos más beneficios que desventajas para la sociedad. Es por esto que, para ser responsables, los agentes deben infringir ciertos estándares esperados en su actuar, considerando, sobre todo, que el daño económico en el contexto de mercado es algo que debe considerarse normal y aceptable, fruto de la selección que el mismo mercado hace de las estrategias más racionales (eficientes).¹²⁸

c. *Posición estratégica de las partes en el juicio de responsabilidad.*

Pero el legislador también puede, y esto será relevante para lo que sigue, definir ciertos modelos o criterios en relación a los costos que las partes, una vez establecida la acción culpable, deberán soportar. Quién está en mejor posición para proporcionar la prueba, por ejemplo, o quién debe tolerar presunciones en su contra, son análisis que atienden fundamentalmente a criterios económicos: quién deba cargar con ciertos riesgos asociados a su actividad –en este caso ilícita-

¹²⁸En ese sentido, ARAYA, Fernando, *Daño Anticompetitivo y Daño Indemnizable: un Ensayo de confrontación*. Revista Chilena de Derecho Privado n° 4 - 2005, Pág. 13. “(...) por regla general, el daño sufrido por los comerciantes en el mercado, por el fenómeno competitivo, cae dentro de la juricidad, es lícito, o si se prefiere, legítimo.”

debe hacerlo porque su posición es la más adecuada (y los costos serán menores). Esto es determinante a la hora de ejercer los derechos a indemnización, pues si no se establecen las cargas y costos adecuados, los derechos pueden quedar absolutamente desprotegidos pese a estar consagrados. En otras palabras, en la disyuntiva de qué modelo de responsabilidad era el más adecuado, el legislador optó por el estándar más alto: responsabilidad por culpa. Una vez tomada esta decisión, los criterios internos a utilizarse en cada caso, deben ser los que se correspondan de manera más plena con la idea de justicia correctiva, pues miran específicamente a la relación particular entre las partes. Pero quedan por definirse otros criterios, menos centrales pero aun así relevantes, que pueden (y veremos por qué es adecuado que lo sean) ser evaluados a la luz de un criterio pragmático o económico y que no sólo no vulneran la justicia correctiva ni el principio que rechaza el enriquecimiento injustificado, sino que contribuyen a su mayor realización. Son estas las cuestiones que revisaremos en los apartados siguientes.

La discusión sobre la necesidad (o conveniencia) de que el *private enforcement* tenga entre sus finalidades la prevención, ha sido

relativamente superada por la doctrina jurídica y económica. Las acciones indemnizatorias no pueden, en sí mismas, ser miradas a la luz de criterios que no sean estrictamente los exigidos por la corrección del desequilibrio patrimonial que la acción culpable ha generado. Pero como ya se sugirió, la aplicación correcta y sistemática de estas acciones debiese generar, como efecto secundario y no buscado internamente por la regulación de responsabilidad, la prevención que tanto anhela quien pretende que se alcance la eficiencia mediante el derecho. Así fue consignado en el *White Paper* de la Unión Europea, para el cual si bien una compensación completa de las víctimas es el principio fundamental, *la aplicación de la justicia correctiva produciría intrínsecamente efectos beneficiosos en términos de prevención de futuras infracciones y un mayor cumplimiento de la normativa de libre competencia.*¹²⁹ Una de las ventajas de la aplicación privada de las normas de libre competencia, así, es alinear descoordinadamente el interés privado de quién persigue una compensación, y el interés público que busca disminuir todo lo posible las infracciones al derecho, operando cada uno desde su propia lógica, autónoma pero no ajena a la otra.

¹²⁹*White Paper Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules.*

II. Condiciones de la responsabilidad.

1. Acción culpable.

La responsabilidad derivada de una acción culpable (negligente o dolosa) es el régimen supletorio en nuestro ordenamiento. La culpa civil es siempre una conducta ilícita: la infracción a un deber de cuidado. Este deber puede ser determinado por el juez o por la ley. En este caso, tenemos un deber establecido en el Decreto Ley 211, por lo que la culpa es de tipo *infraccional*.¹³⁰ Si el daño se produce a consecuencia de una infracción a dicha regulación, el acto será ilícito *per se*. Todo esto ya fue descrito en la primera parte, y lo que interesa destacar aquí, es que debe haber una conexión de finalidad entre la norma que impone el deber de cuidado y el daño. Si bien esto es materia de causalidad, es importante tener en cuenta que la normativa de libre competencia considera especialmente los daños a que pueda dar lugar la infracción de una prohibición regulatoria, normando la indemnización de manera específica pero amplia, sin acotar la legitimidad ni el tipo de daños.¹³¹

¹³⁰BARROS (2006). Pp. 97 – 98.

¹³¹En relación a la prueba de la acción culpable, ver *supra*. Primera Parte, Sección III n° 3 letra d).

Debe recordarse, además, que la regulación de los deberes legales de cuidado nunca puede considerarse exhaustiva: siempre el juez podrá desprender de una determinada situación particular un nuevo deber de cuidado no regulado expresamente.

2. Daño

Se trata aquí de responder a dos preguntas. La primera es, por cierto, qué clase de daño es el que sufre un consumidor cuando se ve afectado por un ilícito anticompetitivo. La segunda, que supone haber respondido la primera, es si acaso ese daño es indemnizable. Recordemos que “*Los daños derivados habitualmente del ejercicio de la libertad de competir no son indemnizables.*”¹³² El problema del daño es uno fundamental para esta tesis, pues debe recordarse que el daño es condición pero también el *objeto* de la acción de responsabilidad, por lo que de su determinación dependen tanto la procedencia como el monto de la compensación.

a) *Ilícitos anticompetitivos y daño a consumidores.* Mucho se ha discutido sobre la finalidad de las normas que protegen la libre

¹³² ARAYA (2005), Pág. 13.

competencia, pero no cabe duda que una de las cuestiones principales (si no la fundamental) es la protección al bienestar de los consumidores. Son éstos los que sufrirán un perjuicio constante y silencioso a partir de las prácticas anticompetitivas, con menor posibilidad de reacción y reparación que los demás actores (como los competidores). Un ilícito anticompetitivo trae consigo un desplazamiento en la curva de eficiencia hacia la izquierda, situando por debajo del óptimo el nivel de producción de bienes totales a ser producidos y la calidad de los mismos. Esto, por consiguiente, aumenta los precios.

b) *¿Pérdida de eficiencia?* Las afirmaciones anteriores no están exentas de crítica: una tradición importante sobre teoría económica ha postulado que la libre competencia en el mercado no es necesariamente igual a más eficiencia y que, de hecho, podría sostenerse lo contrario. La escuela de Schumpeter y su teoría de *destrucción creativa*, ha argumentado que la relación entre competencia e innovación (eficiencia en sentido dinámico) sería inversamente proporcional: *menos mercado (más monopolio) sería*

*igual a más eficiencia.*¹³³ Por contraposición, Arrow sostuvo que bajo esa teoría hay una subestimación del papel que juega la presión competitiva en la innovación y eficiencia.¹³⁴ En este trabajo no se defenderá ninguno de los extremos señalados, pues los estudios más recientes muestran que la curva de innovación en relación a la competencia se expresa mejor mediante una U invertida: tanto en un monopolio como en una competencia radicalmente atomizada la innovación es mínima. La mayor tasa de innovación se encuentra entre medio: en mercados moderadamente concentrados, donde las cuatro mayores compañías concentran alrededor del 50% del mercado. Esto porque así los precios estarán suficientemente por sobre los costos para otorgar cierto superávit a las empresas que puedan invertir en tecnología. En los mercados demasiado competitivos no hay recursos

¹³³Para Schumpeter, el modelo clásico de competencia perfecta no sólo no sería ideal, sino que sería inferior como modelo de eficiencia. Para poder esperar crecimiento en sentido cualitativo (dinámico) se requiere que, al menos por un tiempo, una empresa pueda gozar de rentas cuasi-monopólicas, no legalmente sancionadas (=protegidas). Esto último aseguraría su temporalidad pues sin protección estatal tendería a difuminarse. La razón de esto es que la tecnología y conocimiento se “esparcirían” por el mercado aprovechando a otros agentes. El capitalismo, así, sería un proceso de destrucción creativa o un “*proceso de mutación industrial (...) que revoluciona constantemente la estructura económica desde dentro, destruyendo incesantemente la antigua, creando incesantemente la nueva.*” SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*. Routledge, 2006. Pág. 83. Sobre las primeras aseveraciones Solow construiría más tarde, en los ‘50s el modelo de crecimiento neoclásico. SOLOW, Robert, *Technical Change and the Aggregate Production Function*. 39 Rev. Econ. Stat. 312. 1957.

¹³⁴ARROW, Kenneth en CRANE, Daniel and HOVENKAMP, Herbert, *The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources*. Oxford University Press. Nueva York, 2013.

para crear nuevas tecnologías, pues los precios están siempre muy poco por sobre el costo marginal; mientras que el monopolio no tiende a innovar pues no lo necesita y aprovechará todo lo que pueda las inversiones ya realizadas.¹³⁵ Dichas conclusiones también han sido respaldadas por doctrina chilena¹³⁶ y comparada.¹³⁷ De estas conclusiones, además, da cuenta nuestra legislación actual sobre libre competencia de agentes en el mercado. Sin imponer la existencia de competencia atomizada, estableciendo por ejemplo cuotas de mercado, se intenta impedir restricciones a los mercados que tenderían, como ya se señaló, a una menor eficiencia general. La conclusión, entonces, conforme a la evidencia científica y de acuerdo a nuestra legislación, es que en la mayoría de los casos¹³⁸ los atentados a la libre competencia sí generan (o muy probablemente generan) pérdidas de eficiencia, que se traducen en menor cantidad de bienes producidos,

¹³⁵Las conclusiones señaladas se encuentran contenidas, entre otros, en estudios como el de AGHION, Philip., BLOOM, Nick, BLUNDELL, Richard, GRIFFITH, Rachel y HOWITT, Peter, *Competition and Innovation: an Inverted U Relationship*. 120 *Q.J. Econ.* 2005. Pp. 704 y ss.

¹³⁶La relevancia de la rivalidad entre empresas y la necesidad de proteger la competencia en el modelo chileno en YBAR, Mario, *¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia? Un análisis aplicado al caso de Supermercados II*. En MONTT, Paulo y NEHME, Nicole, *Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico*. Legal Publishing. Santiago, 2010.

¹³⁷WHISH (2001). Pp. 55 y ss.; POSNER (2004) Pp. 2 y ss.; Pp. 9 y ss.

¹³⁸Sobre todo considerando que los mercados en Chile suelen estar mucho más concentrados que ese “nivel óptimo” señalado.

pérdida en innovación o creación de nuevas tecnologías, bienes de menor calidad y aumento de precios.¹³⁹

c) *Tipos de daño*. De la situación anterior se desprende que son variadas las formas en que un ilícito puede “afectar” a un consumidor. Ahora, ese perjuicio es demasiado amplio y vago y necesita ser acotado para poder responder la segunda pregunta planteada al inicio de este apartado. La doctrina más autorizada ha distinguido generalmente dos grandes clases de daño que generan las infracciones a la normativa de libre competencia. El primero de ellos, conocido como *daño anticompetitivo* o daño social, consiste en el sobreprecio pagado o pérdida de bienestar generado al cambiar el producto o servicio por otro de menor calidad, o simplemente abandonarlo;¹⁴⁰ el segundo es el daño indemnizable, que tendrá como base el daño anticompetitivo, pero deberá ajustarse a las normas generales de daño reparable en sede extracontractual.¹⁴¹ Pensamos que esta clasificación es correcta, no

¹³⁹Todas estas consecuencias pueden ser generadas con mayor o menor intensidad, dependiendo del ilícito pero sobre todo del mercado. Ver HOVENKAMP (2005). Pp. 68 y ss. Así, por ejemplo, los sobreprecios serán inmediatos en un cartel o fijación de precios, pero de largo plazo en las prácticas de precios predatorios. LEWIN, Nicolás. *Indemnización de Perjuicios por atentados a la Libre Competencia: El Daño Anticompetitivo, su relación con el Daño Civil y la determinación de Perjuicios*. Revista Anales de Derecho UC, enero 2011. Pp. 41-62

¹⁴⁰Esto comprende también a los que nunca pudieron acceder a él.

¹⁴¹LEWIN (2011). Pp. 46 y ss.

obstante lo cual haremos ciertos ajustes en la taxonomía de modo de hacer lo más comprensiva posible la descripción de qué daños se generan a propósito de un ilícito anticompetitivo.

d) *Deadweight welfare loss, daño anticompetitivo o daño social.* Es la pérdida o daño neto consistente en una producción por debajo de la óptima. Es un daño *social neto* porque consiste en una pérdida de eficiencia¹⁴² que no se traduce en beneficios para nadie. En otras palabras, consiste en que el beneficio del aumento de producción (desplazamiento hacia el óptimo de eficiencia) es mayor que lo que representa para las empresas infractoras la venta de una unidad adicional de producto. Conforme a lo definido anteriormente, esta pérdida general de eficiencia tiene una dimensión estática –menos bienes de los que habría producido el mismo mercado sin ilícito, y el consiguiente aumento de los precios- y otra dinámica –el mercado no da los saltos cualitativos en tecnología que podría haber dado sin el ilícito.¹⁴³⁻¹⁴⁴ Este daño se caracteriza, entre otras cosas, por *el*

¹⁴² EGER and WEISE (2011). Pág. 36.

¹⁴³ La eficiencia dinámica ha sido caracterizada del siguiente modo: “*Un beneficio adicional de la competencia, que no puede ser probado científicamente, es que los productores innovarán y desarrollarán nuevos productos constantemente, como parte de la batalla continua por la búsqueda de consumidores para el negocio. Así, la competencia tendría el deseable efecto dinámico de estimular importantes investigaciones tecnológicas y desarrollo.*” WHISH (2001). Pág. 4. Por otra

*desplazamiento de la demanda hacia productos de inferior precio y calidad (...) Esto acarrea menor producción del bien (...) e insatisfacción de los consumidores, cuando, en situación de competencia, se habría producido más y los consumidores habrían sido mejor satisfechos.*¹⁴⁵ Estos daños, que no sólo afectan a los consumidores sino al mercado considerado en su conjunto, y por ello a la sociedad toda, no son, por lo general, considerados como un daño que deba tenerse en cuenta en sede de *private enforcement*. Es decir, no es un daño que en sus propios términos dé lugar a reparación privada.

- e) ***Daño indemnizable.*** Es fundamental comprender que el daño indemnizable es sencillamente el daño que deberá ser reparado en juicio. No corresponde a una categoría autónoma de daño ni presenta

parte, se ha puesto de manifiesto la relevancia que presenta el proceso competitivo como una forma de bienestar dinámico para los consumidores. Se ha sostenido que “(...) *El principal beneficio de la competencia es conducir al crecimiento de la productividad mediante la innovación... El crecimiento de la productividad es central por tratarse de la más importante determinante del bienestar de largo plazo de los consumidores y del estándar de vida de la población*”. PORTER, Michael, *Competition and Antitrust: Toward a Productivity Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures*. The Antitrust Bull. Pp. 919 – 958. La traducción es de Mario Ybar. Ybar (2010) Pág. 36.

¹⁴⁴Omitimos aquí mencionar el daño que se causa a los proveedores del mercado en que se comete el atentado a la libre competencia, pese a que ha sido advertida su infravaloración. Ver, en general, EGER and WEISE (2011).

¹⁴⁵POSNER (2004) Pág. 264.

una naturaleza propia que lo distinga de aquellas pérdidas generadas a propósito del daño social. Como señala Lewin, *a pesar de que el daño anticompetitivo y el daño indemnizable se encuentran tratados de distinta forma, se cree recomendable, para analizar los casos en que se pretenden indemnizaciones de perjuicios, tener siempre en consideración el daño anticompetitivo, ya que puede ayudar a resolver algunos de los problemas que comúnmente se plantean en las acciones civiles.*¹⁴⁶ La pregunta por qué tipo de daños sufren los consumidores, entonces, no puede ser respondida diciendo que sufren daño social y daño indemnizable. ¿Pero entonces qué daños sufren los consumidores? Los perjuicios que se generan a propósito de un ilícito anticompetitivo fueron caracterizados en el apartado anterior como pérdida de eficiencia y bienestar. Pero estos son daños sociales, podría argumentarse, y los daños sociales no se indemnizan.

Pero de los daños sociales pueden desprenderse distintas consecuencias.¹⁴⁷ La pérdida neta de eficiencia en sentido estático y dinámico, está constituida por perjuicios que caracterizaremos aquí de

¹⁴⁶LEWIN (2011), Pág. 48.

¹⁴⁷Exactamente la situación contraria de la que se esperaría de un mercado competitivo. “*En su forma más simple (...) los beneficios de la competencia son precios más bajos, mejores productos, posibilidades más amplias de elección y mayor eficiencia de la que se obtendría en condiciones monopólicas.* WHISH (2001). Pág. 2.

la siguiente forma: (1) menor cantidad de bienes disponibles; (2) aumento de los precios del producto por sobre los de mercado; (3) desplazamiento de la curva de demanda hacia productos de inferior precio y calidad; y (4) disminución de innovación y creación tecnológica. Esto puede significar, para los consumidores, dos escenarios diferentes: el primero es el de mantener el consumo del bien, aceptando los nuevos términos y pagar un *sobreprecio* por el producto, sufriendo el daño (2). El segundo escenario es no aceptar estos nuevos términos, modificando la demanda por el producto, hacia otro producto (“de inferior precio y calidad”), o bien, suprimir dicha demanda y ser excluido del mercado, sufriendo el daño (3).¹⁴⁸ En relación a (1), nótese que *el hecho de* una menor producción total es el que se traduce en el pago de un sobreprecio o del cambio de demanda, pero la producción por debajo de la óptima no es, en sí misma, un daño que sufran los consumidores. El daño sufrido por un consumidor, en ese caso, será de uno de estos dos tipos: *pagar más por el producto o no poder acceder a él, perdiendo bienestar*.¹⁴⁹ Sólo el primero lesiona un interés puramente patrimonial. En relación a (4), ello se traduce en

¹⁴⁸Por supuesto, puede ocurrir que un consumidor sea desplazado del mercado consumiendo el producto en menor cantidad, lo que conlleva sufrir en parte el daño (2) y en parte el daño (3).

¹⁴⁹ARAYA (2005). Pág. 24.

un daño a todo el mercado pues impide a todos aprovechar las tecnologías que habrían sido creadas de haber mayor competencia. En este sentido, un consumidor aisladamente considerado pierde la posibilidad de elegir productos mejores y más avanzados y gozar de ellos.¹⁵⁰ Ahora sí podemos formular la segunda pregunta. De estos daños, ¿cuál es indemnizable en el juicio de responsabilidad?

En general, la doctrina reciente en Chile ha caracterizado el daño indemnizable únicamente como el pago de sobrepuestos en razón del aumento de los mismos.¹⁵¹ Los daños consistentes en la pérdida de bienestar y de eficiencia en innovación son hoy considerados como costos puramente sociales o anticompetitivos. Sucede que, bajo un modelo de competencia basado en una idea de eficiencia estática, los consumidores desplazados o expulsados del mercado son considerados como una pérdida hundida, irrecuperable. Esto porque los costos de identificar, acotar y pagar las indemnizaciones correspondientes son prohibitivos, o en otras palabras, más altos que el mismo daño producido. Sin embargo el concepto de daño indemnizable, aunque en

¹⁵⁰Podrían, además, considerarse otras clases de daños, aún menos concretos, como la pérdida de confianza en los mercados o la defraudación de expectativas creadas.

¹⁵¹LEWIN (2011); ARAYA (2005).

forma más excepcional, ha mantenido el alcance amplio que lo caracteriza cuando se define como “*la lesión de un derecho subjetivo o interés legítimo en la persona o bienes de la víctima, ya consista en un perjuicio económico (típicamente daño patrimonial puro) o moral.*”¹⁵²

Esta definición que, como veremos a continuación, corresponde al concepto general de daño indemnizable en nuestro ordenamiento, nos parece un punto de partida más apropiado y comprensivo.

3. Daño indemnizable en el derecho chileno. Nuestra legislación no proporciona una definición de daño pero, para estos efectos, utilizaremos aquella que lo caracteriza como *toda lesión a un interés legítimo del demandante, entendiendo por tal la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes, o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba.*¹⁵³ El interés debe ser significativo¹⁵⁴ y directo, y para repararse en juicio debe ser cierto y personal. Lo anterior impone *límites* al tipo de daño que será objeto de indemnización, y es por ello que surge la pregunta de si los daños sufridos

¹⁵² BANFI, (2013a).

¹⁵³ ALESSANDRI (1943). Pág. 213.

¹⁵⁴ Esta exigencia tiene la función de excluir los “daños de bagatela” o *aquellas incomodidades o molestias que las personas se causan recíprocamente como consecuencia normal de la vida en común.* BARROS (2006). Pág. 226.

por los consumidores (o cuáles de ellos) quedan enmarcados dentro (o fuera) de dichos límites.

a) ***Daño significativo***. La primera dificultad con la que nos encontramos es el umbral de relevancia que es necesario para que el daño se considere reparable. La particularidad del daño que producen los ilícitos anticompetitivos es su fraccionamiento. El daño se reparte o esparce en el mercado afectando a muchas personas, pero a cada una de ellas por montos menores, a veces insignificantes.¹⁵⁵ Esto podría, en muchos casos, excluir la acción individual; no por falta de legitimidad ni por falta de daño, sino porque el daño no resulta jurídicamente significativo. Aún si el consumidor dañado en un monto menor decide accionar (superando el problema de los incentivos), su acción podría ser rechazada. Sin embargo, el requisito que exige al daño ser *significativo* plantea sus problemas más agudos en relación al daño

¹⁵⁵*La acción de clase, salvo en el caso de grandes compradores institucionales, es un engaño. No existe un método factible para localizar y reembolsar al consumidor que varios años atrás pudo haber pagado demasiado por un dentífrico.* POSNER (1969). Pág. 1590. (Traducción de C. Banfi, en BANFI, (2013a). Pág. 239. Cosa similar sucede con el daño ambiental. *La situación cambia si los contaminantes individuales tienen efectos minúsculos repartidos amplia e individualmente. Si alguien impone el equivalente de veinte centavos sobre cada persona en los Estados Unidos, no vale la pena que una persona lo demande, no obstante el total enorme del costo creado.* NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Pp. 86-87.

moral, no patrimonial, en cuyo caso el obstáculo tendería a ser más práctico que jurídico.¹⁵⁶

b) *Daño directo*. La exigencia de daño directo debe distinguirse de la *mediatez* del mismo. Que un daño sea mediato (esto es, que sea consecuencia del daño inmediato y en él hayan intervenido otras causas) no lo excluye de la categoría de daño indemnizable. En efecto, *la circunstancia de que intervengan otras causas no impide atribuir responsabilidad a quien con su hecho negligente ha intervenido causalmente en su generación.*¹⁵⁷ La exigencia de que el daño debe ser directo es el límite que impone el derecho cuando deja de ser razonable considerar que los daños lejanos puedan ser imputados al hecho del demandado.¹⁵⁸ ¿Son los daños descritos con anterioridad, daños directos? En otras palabras ¿es razonable entender que dichos daños pueden ser normativamente imputados a la conducta del deudor? Esta es, quizás, la pregunta más difícil de responder en esta materia.

¹⁵⁶BARROS (2006). Pág. 226.

¹⁵⁷Ibíd. Pág. 235.

¹⁵⁸Ibíd.

Daño (2): sobreprecios. El aumento de los precios por sobre el precio *de mercado*¹⁵⁹ constituye el ítem más tratado en la literatura jurídica, por la predisposición positiva de las legislaciones de tradición jurídica occidental a compensar los daños que pueden ser inmediatamente evaluados en dinero. La *commensurabilidad* de los sobreprecios es su mayor ventaja a la hora de asentarse como un daño que es típicamente considerado como indemnizable. Los sobreprecios serán daños directos si los consumidores se encuentran en relaciones contractuales con el infractor. Esto es incontestable. Si el vendedor está, por ejemplo, coludido con sus competidores para subir los precios de sus productos, el aumento de precios que recibe el consumidor no es sólo directo sino además inmediato.¹⁶⁰ Distinta es la situación de quién se encuentra un eslabón (o varios eslabones) más abajo en la cadena

¹⁵⁹ Aquí el precio de mercado es aquel que resultaría de la interacción en el mercado afectado sin considerar el ilícito. *No es el precio de equilibrio*, pues el mercado real puede presentar muchas fallas, que deben ser consideradas para efectos de calcular el precio del bien.

¹⁶⁰ Se podría sostener, en este caso, que concurre el hecho de la víctima al comprar el producto, lo que podría atenuar e incluso excluir la responsabilidad del infractor. Esto sería, sin embargo, extender en demasía la aplicación de tal categoría pues, por regla general, los consumidores no pueden actuar con *culpa* en estos escenarios: no pesan sobre ellos deberes de conducta de averiguar la existencia de carteles y evitar comprar productos afectados a ellos. Esa es una tarea fundamentalmente estatal. El criterio para considerar el hecho de la víctima es que exista una *exposición imprudente al riesgo*. Los riesgos que asumen los consumidores al interactuar como tales, son aquellos que el mercado produce normalmente, a través de las actividades lícitas de quienes forman parte de él. Una actividad ilícita, por su parte, constituye una anomalía no aceptada por el derecho, y no puede pesar sobre los mismos consumidores protegidos su exposición a un riesgo que el mismo ordenamiento repudia. En casos como el de las Farmacias, por ejemplo, los consumidores no sólo no tenían alternativa de utilizar otros productos, sino que tampoco podían dejar de utilizar los mismos por su condición médica.

productiva, pues en ese caso habrá intervenido, además de la acción del infractor, la de los intermediarios que traspasaron los costos en forma de precios. El daño es mediato pero, como sabemos, esto no excluye su reparación, al menos hasta cierto punto desde el cual deja de ser sólo mediato para convertirse en indirecto. La pregunta por cuál sea ese punto es de suma relevancia pues, por lo general, los consumidores son compradores indirectos. Aquí se sostendrá que, por regla general, *no es relevante cuántos intermediarios existan entre el infractor y el consumidor, ya que el daño provocado por los aumentos de precios es y sigue siendo daño directo*. Veremos esto en mayor detalle en causalidad, pero debe considerarse, por de pronto, que una estructura de mercado tocada por un ilícito anticompetitivo se comportará de maneras imprevisibles en varios aspectos y previsiblemente en otros. El aumento de precios es uno de estos últimos.¹⁶¹ Es perfectamente esperable (y previsible) que los aumentos de precios corran por toda la cadena distributiva llegando normalmente a ser absorbidos por los consumidores, pues los incentivos para cualquier agente de mercado racional van en ese sentido.¹⁶² No es

¹⁶¹No caben dudas de que dicho efecto es una consecuencia prácticamente inevitable de los ilícitos anticompetitivos. WHISH (2001). Pág. 4; HOVENKAMP (2005). Pág. 72.

¹⁶²Ver *Supra*. N° 50.

necesario que exista una causa adicional que genere dicho resultado, y no puede considerarse una causa relevante que cada intermediario asuma como costo el sobreprecio y lo traspase abajo.¹⁶³ No es causa relevante porque, de alguna manera, es la norma. Es lo que el infractor sabe que pasa y que *debe* pasar. Este hecho parece ser tan potente, que un tribunal francés negó indemnización a un intermediario que no había traspasado los costos por considerarlo una falta de su parte: debía traspasarlos como hizo todo el resto para actuar diligentemente. La decisión de absorber el mismo el costo constituiría una *ruptura del vínculo causal*.¹⁶⁴ Esta decisión podría ser criticada desde el punto de vista de los deberes que impone al intermediario, pero muestra que es esta la respuesta común –y, por lo tanto, previsible– del aumento de precios. El efecto es tan directo como tirar agua al suelo y que la tierra se moje: nadie diría que hay causas intermedias que contribuyeron al resultado (el aire que permitía el movimiento de las partículas, la ley

¹⁶³Que no sea necesario que dichas causas existan no significa que no puedan existir. Si existen entonces deberá aplicarse lo dispuesto para la pluralidad de causas, y en casos extremos, eximirse de responsabilidad al infractor.

¹⁶⁴En el caso *Arkopharma c. Roche et Hoffmann La Roche*, el Tribunal permitió una defensa *Passing-on* señalando que el cartel habría afectado a todo el mercado en el que operaba el demandante y que éste, como todo el resto de los compradores, podría haber traspasado los sobreprecios. *El hecho de que no haya actuado así, rompe el vínculo causal entre la infracción y su daño (de haberse producido). El daño, en ese caso, no habría sido producido por el infractor, sino por la decisión del demandante de no traspasar los sobreprecios y absorber, así, los costos.* Tribunal de Commerce de Nanterre, 11.05.2006.

de gravedad, etcétera) con ánimo de que no le sea atribuido el resultado. Distinto sería si repentinamente una ráfaga de viento desviara el curso esperado y la tierra mojada resultara ser la del vecino y no la propia: aquí intervino una causa relevante precisamente porque no es razonable enmarcar ese resultado en el curso normal de acción. De nuevo, esto será tratado con más cuidado en el apartado de vínculo causal.

Daños (3) y (4): pérdida de bienestar. Aquí es necesario recordar que el mercado se comporta en múltiples aspectos de manera imprevisible ante la ocurrencia de un ilícito anticompetitivo. La pérdida de eficiencia, como daño inmediato, genera otra serie de daños mediatos entre los que encontramos el daño estático consistente en la desviación de la demanda a bienes de menor precio y calidad (o exclusión del mercado) y el dinámico constituido por pérdida de eficiencia dinámica, o saltos cualitativos que el mercado habría dado en ausencia de la infracción. La naturaleza del interés lesionado, en ambos casos, es el bienestar del consumidor. Parece ser que la pérdida de bienestar que deriva inmediatamente del aumento de precios (buscar productos de menor precio y calidad, o definitivamente no demandar el producto),

es suficientemente directo. Nada hace pensar que exista necesariamente otra causa relevante que genere esa específica pérdida de bienestar.¹⁶⁵ Con el daño (4), sin embargo, la cuestión es diferente. No sólo porque ese daño no haya ocurrido *todavía* sino porque, por definición, no puede saberse si ocurrieron u ocurrirán, ni tampoco las causas que intervinieron en su ocurrencia. Este es el daño más considerable que producen los ilícitos anticompetitivos y que da cuenta más plenamente porqué éstos son de interés público. *Los daños de tipo dinámico son pérdidas de las que no se puede hablar con certeza.* La cuestión de si estos daños son o no directos queda oscurecida por la cuestión de si son daños ciertos.

c) ***Daño cierto.*** El daño debe ser real, apreciable. Mucho se podría especular sobre cómo el hecho de alguien afecta nuestro patrimonio, pero sólo podrá generar consecuencias al encontrarse debidamente acreditado, o al menos debe probarse que hay una alta probabilidad de su ocurrencia si todavía no se ha materializado. Esto nos remite a la prueba del daño.¹⁶⁶ El daño patrimonial derivado del pago de un sobreprecio es un pago cierto. La pérdida de bienestar derivada de

¹⁶⁵Lo que, nuevamente, no excluye que éstas puedan existir, lo que deberá ser probado.

¹⁶⁶Ver *infra*, letra d).

tener que modificar la demanda del producto o derechamente verse excluido del mercado, son daños que, de ser probados (y esto sumamente relevante), serían también daños ciertos. Son daños que *ocurrieron y eso se acreditó, u ocurrirán con suficiente certeza*.¹⁶⁷ El daño identificado como (4), sin embargo, es un daño que probablemente no ha ocurrido sino que se espera que ocurra en un futuro (más o menos próximo) y no deje de ocurrir, que sea incesante.¹⁶⁸ El supuesto que está detrás de quien afirma haber sufrido este tipo de daño es que, a causa del ilícito, él ya no puede esperar aprovecharse de los incrementos y mejoras tecnológicas en el mercado afectado, perdiendo, así, un bienestar que era esperable obtener. El mercado que existe hoy habría estado estructurado, desde dentro, de una manera distinta, inconmensurable desde el actual. Aquí no se trata de decir que no pueda esperarse razonablemente que el mercado hubiera tenido mejoras de no haber infracciones, se trata de que dichas mejoras no pueden ser mostradas ni cuantificadas ni, por lo tanto, enmarcadas dentro de la categoría de *lucro cesante*. Mucho menos puede mostrarse que este daño afectaría específicamente a este

¹⁶⁷El derecho no exige una certeza matemática, sino solo que el daño futuro sea la prolongación natural de un estado actual de cosas. BARROS (2006). Pág. 237.

¹⁶⁸Las pérdidas en tecnología y avances en eficiencia pueden continuar hasta el infinito.

consumidor. Se trata meramente de un daño *hipotético o eventual* pues no se sabe si se materializará ni por qué monto; ni se sabe, tampoco, en qué medida la acción del infractor es generadora de esas pérdidas¹⁶⁹ o si lo que se pierde por medio de esas acciones son sólo las oportunidades de que existan mercados más innovadores.¹⁷⁰ Concluimos, sin necesidad de continuar con los siguientes elementos, que por estas razones el daño (4) o pérdida de eficiencia dinámica, es un daño *puramente social. Una pérdida neta, no indemnizable.*¹⁷¹

d) Daño personal. Sólo quien ha sufrido el daño puede pedir su indemnización; sólo a él pertenece la pretensión. Esto traería como consecuencia una limitación de la indemnización del daño difuso y, por lo tanto, de los consumidores.¹⁷² Pero esto no es del todo correcto pues depende de dos consideraciones. Primero de qué se entiende por carácter difuso del daño; segundo, de si los consumidores

¹⁶⁹ Así razona Crane. Expone: *Con respecto a los daños estáticos, es posible para los economistas estimar el monto del sobreprecio, pese a que la estimación pueda ser especulativa algunas veces. En contraste, calcular el monto de la pérdida de eficiencia dinámica y cuantificar dicha pérdida en dólares a menudo equivale a poco más que conjeturas.* CRANE (2011). Pág. 173.

¹⁷⁰ En el lenguaje especializado se habla de *probabilidades remotas* o *de pérdida de oportunidad*, respectivamente. BARROS (2006). Pp. 239-240.

¹⁷¹ Por otro lado, surge la pregunta de si existe titularidad de un interés legítimo (que pueda ser lesionado) en los avances de los mercados, en la expectativa de que el mundo llegue a ser un estado de cosas *x* que hoy no existe.

¹⁷² BARROS (2006). Pág. 242.

efectivamente sufren un tipo de daño que ataque intereses o derechos difusos. Sólo si éste es incompatible con un concepto de daño personal y los consumidores sufren este tipo de daño, entonces tiene sentido la primera afirmación.

ii. *Interés difuso*. No es en realidad el carácter del daño, sino el del derecho que vulneran lo que complica la indemnización de los daños que afectan a muchas personas, sean estas determinadas o no. Que el daño sea personal es una exigencia que refiere a la *titularidad del interés que se ha lesionado* y es en este sentido que vale la pena revisar qué se entiende por derecho difuso. Este concepto, que tiene su origen más remoto en las acciones populares romanas,¹⁷³ nace como tal en el seno de la doctrina italiana. El primero en acuñar el término, Scialoja, clasifica las acciones de carácter público en tres: (1) aquellas que tienen carácter público y se ejercen por los órganos del Estado; (2) aquellas que tienen carácter público y su ejercicio queda entregado a la acción de los ciudadanos; (3) y los derechos públicos difusos.

¹⁷³Una lectura que pone de relieve el vínculo entre las acciones populares y la comunidad, en VON IHERING, Rudolf, *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo*. Comares. Granada, 1998.

Estos últimos están protegidos por acciones que tienen como *titular* a cada miembro de la comunidad, sin perjuicio de que el derecho corresponda también a todo el resto de los ciudadanos. El actor demanda por su propia cuenta y a su nombre y no en representación o como procurador de la comunidad; al hacerlo valer, empero, hace valer a la vez, en su propia persona, el derecho de todos los demás.¹⁷⁴ Esta idea, más tarde evolucionó a la luz del concepto de intereses supraindividuales, que supera la taxonomía público-estatal/privado-particular, y confiere a los derechos una base más amplia que la clásica idea de derecho subjetivo que constituye la base del derecho moderno. En este sentido Martín expone: *la noción de intereses difusos [...] no constituye un concepto acabado y categorial sino más bien invoca una idea-fuerza renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal.*¹⁷⁵ En ese sentido, el interés difuso es uno que no tiene portador, cuestión que contradice uno de los principios básicos del derecho de daños: éste debe ser personal (que alguien tenga la titularidad

¹⁷⁴SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. Pp. 174 y ss.

¹⁷⁵MARTÍN, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental. Vol. I*. Madrid: Editorial Trivium, 1991. Pp. 182 – 183.

del interés lesionado).¹⁷⁶ Sin intención de alargarnos más en esta materia, es interesante notar que el problema de los derechos difusos es uno que no es necesario tocar en este trabajo: los intereses colectivos y difusos que protege la norma chilena, no son sino intereses individuales cuya representación se permite acumular.

iii. *El derecho difuso en la legislación chilena.* En nuestro ordenamiento se recogieron, con dicho carácter, ciertas acciones que otorgan una legitimación activa amplia.¹⁷⁷ Estas acciones, sin embargo, han quedado incrustadas como una rareza que no armoniza adecuadamente con la lógica más privatista según la cual los bienes públicos son defendidos directamente por el Estado, y no por la ciudadanía. Las acciones colectivas o difusas establecidas en la ley del consumidor para reclamar indemnización, y que

¹⁷⁶Esta definición de interés difuso, de Giannini, se hace en razón de un criterio subjetivo de clasificación (es decir, en atención al sujeto que lo “porta”). El portador del interés colectivo, por contraposición, tendría el carácter de ser un ente exponencial de un grupo no ocasional. AGUIRREZABAL, Maite, *El procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios de la ley 19.496*. Cuadernos de Extensión Jurídica N° 12, Universidad de los Andes. Santiago, 2006. Pp. 153-157.

¹⁷⁷En el Código Civil, por ejemplo, los artículos 937 y 948, contra las obras que corrompen el aire y que concede los derechos de los dueños a las municipalidades y personas del pueblo, respectivamente. Asimismo, el artículo 2333, consagra explícitamente una acción popular cuando se amenace a personas indeterminadas.

interesan aquí, son excepcionales a la normas generales, pero no por el mismo motivo. Efectivamente, estas no corresponden a intereses supraindividuales o públicos, sino que a intereses individuales que por razones de eficiencia deben ser acumuladas. Son los denominados *intereses individuales homogéneos*.¹⁷⁸ Los daños que lesionan dicho tipo de intereses se manifiestan en forma personal, pues son intereses patrimoniales individuales los que se han visto atacados. El juicio colectivo establecido en la ley del consumidor en nada altera esta situación: siempre una víctima deberá probar daños personales ante un tribunal civil; la diferencia, es que la defensa del interés difuso, a través del juicio colectivo, *posterga la identificación de dichas víctimas* por su carácter masivo e indeterminado. El SERNAC y las demás asociaciones legitimadas pueden, así, representar este interés *difuso* sin necesidad de determinar una a una las víctimas del ilícito durante el procedimiento con el objeto de que se declare la obligación de indemnizar, ahorrándose así ese altísimo costo. Pero el pago de dicha indemnización se encuentra sujeto al reconocimiento de cada

¹⁷⁸Se denomina así a una herramienta procesal para tratar unitariamente los derechos individuales, considerando que el accionar individual puede ser poco conveniente conforme a un análisis costo-beneficio. AGUIRREZABAL, Maite, *Coloquio, el Estado de Derecho y la gran reforma a la justicia civil: una visión desde el derecho procesal comparado* (5 y 6 de octubre de 2009). Facultad de Derecho Universidad de Chile.

víctima que luego alegue y pruebe haber sufrido un daño personal. La denominación de dichos intereses como colectivos y difusos no sería más que nominal.¹⁷⁹ Que ese sea el efecto de consagrar el daño colectivo y difuso es una cuestión de la que da cuenta la reglamentación del procedimiento colectivo en la ley del consumidor, y que ha sido reconocida por la doctrina especializada.¹⁸⁰

En nuestro ordenamiento el concepto de interés difuso tiene un solo objeto: postergar la identificación de las víctimas para después de declarada la indemnización. El procedimiento puede ser llevado a cabo mostrando que existe un daño y las víctimas pueden mantener, mientras tanto, su indeterminación. Los efectos de esta consagración

¹⁷⁹“En Chile la noción de derechos individuales homogéneos no nos es totalmente extraña. En primer lugar, ya se mencionó que la ley del consumidor, pese a que nominalmente contemple un procedimiento para la protección de intereses difusos y colectivos, omitiendo nombrar a los derechos individuales homogéneos, en la práctica este procedimiento parece servir para la justiciabilidad de estos últimos.” CHAHUÁN (2011). Pág. 42. En la discusión sobre derechos supraindividuales, el intento de equiparar a estos los derechos individuales homogéneos representa una lectura en clave liberal de los mismos, que termina por negar el concepto de supraindividualidad por la vía de encasillarlo en categorías tradicionales. Pág. 41.

¹⁸⁰MOMBERG, Rodrigo, *Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*. 17 Revista de Derecho (Valdivia) 41. Pág. 53-54. Expone el autor: “el concepto de interés general de los consumidores es diverso del de interés colectivo o difuso, ya que estos últimos siempre implican en su sustrato la existencia de intereses individuales, sólo que acumulados para efecto de coherencia y economía procesal, de manera de evitar fallos divergentes y lograr una decisión uniforme en el caso particular.” (El destacado es nuestro).

no tienen un alcance extra-procesal y si lo tuvieran, por otro lado, habría que reconocer que nos encontraríamos frente a una excepción a la exigencia de que el daño debe ser personal.¹⁸¹ No hay, por tanto, un problema específico que se genere a partir de la categoría de *daño* difuso. Más detalles sobre esta cuestión se tratarán en el último capítulo de esta parte.

e) ***Daños de los compradores directos que traspasaron los costos.*** Si bien este problema no corresponde al punto central de esta tesis, tiene injerencia en las conclusiones principales. Dejaremos consignado que el problema del *passing-on* no se encuentra internamente vinculado con el de la legitimación activa. Es decir, a diferencia de lo que opinó la Corte Suprema norteamericana en *Illinois Brick*, el hecho de que un comprador directo haya traspasado costos no supone que no haya sufrido daño. Es sorprendente que esto no haya sido objeto de un análisis más detenido por parte de los tribunales estadounidenses, que insisten en que el daño se mantiene intacto a través de la cadena: si lo

¹⁸¹Como sucede, por ejemplo, en materia medioambiental. Se ha reconocido el carácter de *acción popular preventiva aplicable en materia medioambiental*, la regla del artículo 2333 del Código Civil. Ver, en general, DELGADO, Verónica, *La Protección del Medio Ambiente a través de las Acciones Populares del Artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un Estudio Histórico-Comparativo*. En MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, Tomo II*. Lexis Nexis. Santiago, 2005. Pp. 907 – 937. La Cita es de la página 918.

sufrió el comprador directo, no lo sufrió el comprador indirecto (comúnmente el consumidor); si lo sufrió el comprador indirecto, no lo sufrió el comprador directo.

Con esa afirmación a la vista, nos preguntamos: ¿puede “traspasarse” un perjuicio? Puede, en efecto, traspasarse un costo, pero el perjuicio derivado de un sobreprecio no es idéntico a (o no está representado únicamente por) los costos. Traspasar un costo puede, dependiendo de la estructura de mercado aguas abajo, generar un nuevo perjuicio que, en sus propios términos, no puede ser traspasado como se traspasa un precio. Los perjuicios económicos deben entenderse sistémicamente: si un comprador sube sus precios traspasando el sobreprecio pagado, es implausible suponer que sus ventas se mantendrán invariables, que sus clientes comprarán la misma cantidad, que el mercado aguas abajo se mantenga estable. Lo más razonable es suponer precisamente lo contrario. Es por esta razón que la determinación de la Propuesta de Directiva de la Unión Europea en cuanto a prohibir el passing-on en los casos en que la legislación nacional no conceda legitimación a compradores indirectos, nos parece poco acertada y, en cambio, la modificación que realizó Alemania a su estatuto de libre competencia,

en el sentido de no excluir *a priori* los daños por existir reventa del producto, es muy positiva.¹⁸² Lo sensible de este problema ha sido tratado con bastante detalle en la literatura especializada, que vuelve varios pasos tras la definición de daños por sobrepuestos para mostrar las implicancias que podría tener en la indemnización final.¹⁸³ Cuánto y qué tipo de daño¹⁸⁴ sufrirá el intermediario es una cuestión que excede con mucho el alcance de este trabajo.¹⁸⁵

¹⁸²El denominado ARC alemán (*German Act against Restraints of Competition*), modificó su texto en 2005 para establecer lo siguiente: *si un bien o servicio fue comprado a precio excesivo, no deben excluirse daños por la reventa del mismo.*

¹⁸³Para los compradores directos que son intermediarios, la doctrina ha ensayado distintas clases de definiciones del daño sufrido por el aumento de precios. Las dos que predominan han sido resumidas así. (1) El sobrepuesto pagado por unidades compradas, más la ganancia que no se percibió por unidades no compradas (daño emergente y lucro cesante, respectivamente); (2) la diferencia final entre las ganancias que se hubieran percibido de no existir el ilícito y las que efectivamente se obtuvieron. Esta segunda definición exige que el *passing-on* sea considerado por el demandante y sitúa la carga de la prueba sobre él (la primera, en cambio, no lo considera en el cálculo final, por lo que deberá ser el demandado quien pruebe que su daño fue menor). La definición (2), por otra parte, se hace cargo de los costos fijos atribuibles a las unidades no compradas y de las economías de escala que hubieran sido posibles de no haber existido el ilícito. BULST (2011) Pág. 69.

¹⁸⁴En el mismo texto, Bulst afirma que, al menos, habría que considerar las ganancias que se dejaron de obtener por las unidades no compradas. *Even if the passing-on defence is admitted and an overcharge has been passed on completely, the purchaser has thus suffered damages beyond profits lost on units not purchased.* Ibid.

¹⁸⁵Habría que consignar, por el momento, que si se traspassa el costo, este mismo no puede ser exigido como indemnización pues en ese caso sí habría enriquecimiento injustificado y, en caso de que también demanden los compradores indirectos, responsabilidad múltiple. Ante este escenario, la Corte Suprema Regional de Berlín estableció para ambas clases de compradores la solidaridad activa, decisión que fue muy criticada por inventar una comunidad de intereses inexistente. *HRCB*, 1.10.2009.2U 10/03. Kart.

f) ***Determinación y prueba del daño.*** En el tratamiento tradicional de la materia, la determinación y prueba del daño emergente, aunque más sencilla que aquella del lucro cesante, representa una gran complicación en el juicio de responsabilidad, al punto de considerar que la imposibilidad de identificar y acotar el daño es la piedra de tope de la función compensatoria del *private enforcement*.¹⁸⁶ Considerando que se trata de disminución de activos, entonces el ejercicio es el de comparar cuánto activo tendría la víctima de no mediar el hecho del infractor con la situación actual. En sede de ilícitos anticompetitivos, sin embargo, esto sí puede resultar problemático.

Daño (2): sobreprecios. El sobreprecio pagado es típicamente un daño puramente patrimonial.¹⁸⁷ Más aún, es un daño que puede directamente conmensurable en dinero. El cálculo del mismo, así considerado, corresponde a la diferencia entre el precio que hubiese pagado por un producto un consumidor de no haber ilícito y el precio que

¹⁸⁶Como lo ilustran los ejemplos anteriores, identificar, asignar y compensar a las verdaderas víctimas económicas de un sobreprecio anticompetitivo es a menudo imposible. La compensación, por lo tanto, es un objetivo noble pero, en último término, poco realista.” CRANE (2011).Pág. 170.

¹⁸⁷Daño puramente patrimonial es el que se expresa en una pérdida de dinero o disminución de un valor patrimonial, sin que intervenga un daño a las cosas corporales o a las personas. Barros (2006) Pág. 283.

efectivamente pagó.¹⁸⁸ Este *quantum* depende directamente de la posibilidad de determinar un precio de mercado en condiciones en que *ese* atentado a la competencia no hubiese existido, cuestión que no ha logrado asentarse sólidamente en la práctica judicial comparada. La precisión, a este respecto, es un horizonte lejano por referencia al cual pueden establecerse parámetros razonables de aproximación a un monto, pero nunca su exactitud. Compartimos la afirmación según la cual *si bien existen dificultades para establecer el monto de los perjuicios, tales dificultades no pueden entorpecer la obtención, por parte de la víctima, de una reparación, y en todo caso, las dificultades que se generen no podrían ser utilizadas a favor del autor del ilícito, ya que se estarían aprovechando para no reparar los perjuicios.*¹⁸⁹ Es así como en el derecho estadounidense, una vez determinada la existencia de los perjuicios, la prueba del monto se somete a estándares más flexibles, más relajados, sin volverse arbitrarios.

Por supuesto esta es una cuestión de prudencia. Si para tribunales especializados esto ya resulta una tarea ardua, para tribunales civiles comunes la cuestión se vuelve oscura. Son variados los métodos que se

¹⁸⁸LEWIN (2011). Pág. 51.

¹⁸⁹Ibíd. Pág. 52.

han utilizado en el extranjero para determinar el monto de los perjuicios y nos remitiremos brevemente a los más relevantes.¹⁹⁰

i. *Before and after method.* Se compara el mercado afectado en dos tiempos. En T1 el mercado no está bajo los efectos de un ilícito; en T2 sí lo está. La diferencia de precios cobrados en ambos tiempos será el daño provocado. Esto exige, por cierto, aislar otras posibles causas que pudiesen haber influido en el aumento de precio.¹⁹¹ Se señala que ha tenido aplicación en Chile en el caso *Pivcevic y otros con Lan Chile* (antes de la introducción del artículo 30 en el DL 211), pues determina la producción de un daño y su indemnización sólo para determinado período en que presumiblemente el lucro cesante se debía a la infracción.¹⁹²

ii. *Yardstick method.* Compara el mercado afectado por un ilícito, y otro mercado existente, libre de estas conductas, cuyas

¹⁹⁰Para un análisis más detallado ver LEWIN (2011). Pp. 52 y ss. No se tratará aquí el *Market Share Method* ni el *Going Concern Method*, pues están referidos únicamente a los daños producidos a los competidores, no a los consumidores.

¹⁹¹Aislar estas variables implica escoger períodos de tiempo adecuados y allí radica su dificultad. Si no son lo suficientemente extensos, podrán haber imperfecciones o mostrar resultados parciales. LEWIN (2011). Pág. 55. Se aplicó este mecanismo en *Eastman Kodak Co., v. Southern Photo Materials Co.*, 273 US 359. Ha sido también utilizado en Italia y Austria.

¹⁹²*Pivcevic y otros con Lan Chile*, Rol n° 4831-1997. 4° Juzgado Civil de Santiago.

características sean similares al mercado anterior. Es importante que exista claridad en cuánto a qué circunstancias son aquellas que unen a los mercados, y cuáles los separan, de modo de poder atribuir ciertos resultados diversos a dichas diferencias estructurales.¹⁹³

iii. Aislar factores adicionales. Para no atribuir al hecho ilícito consecuencias que pudieron ser provocadas por otros factores (hecho de la víctima, condiciones de mercado, etcétera), se utiliza el modelo econométrico de las llamadas *variables Dummy*. Éstas permiten aislar suficientemente los efectos producidos por unos hechos y por otros.¹⁹⁴

iv. Compradores indirectos. Si el consumidor es, además, un comprador indirecto, habrá que agregar un factor adicional: los intermediarios. Para determinar el daño final se deberá agregar el traspaso de los costos y la medida en que ello sucedió, para

¹⁹³Un caso en que este método fue utilizado en *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc*, 327 US 251, 257-258.

¹⁹⁴Éstas son variables cualitativas, categóricas o binarias, que permiten identificar y explicar la variación de distintos parámetros independientes y aislar sus consecuencias en un campo complejo. Una explicación completa de la utilización de modelos de regresión aplicando dichas variables se puede encontrar en HARDY, Melissa, *Regression with Dummy Variables*. Sage Publications. Estados Unidos, 1993.

calcular una indemnización final.¹⁹⁵ Se ha propuesto trabajar en base a presunciones refutables, de modo que la estimación del daño comience no en el patrimonio de la víctima, sino en el del infractor y los efectos probables de su conducta en el mercado.¹⁹⁶ Esto parece razonable considerando la evidencia existente de que los consumidores finales terminan absorbiendo (en el corto o largo plazo) los sobrepresos.¹⁹⁷ La condición para aplicar dicha presunción sería exigir al demandante alguna evidencia del traspaso. En este sentido, los principales criterios económicos para poder determinarlo son los siguientes:

1. Elasticidad de la demanda;
2. Elasticidad del precio de oferta;
3. Duración de la infracción;
4. Intensidad de la competencia entre compradores directos;

¹⁹⁵Se ha postulado que el daño sufrido por un consumidor podría ser incluso más alto que aquel sufrido por el intermediario, debido al *multiplier effect*. BULST (2011). Pág. 80.

¹⁹⁶BULST (2011) Pp. 69; 80. *Almost always the indirect purchasers will absorb at least part of this amount. In view of the aforementioned fairness consideration regarding who should bear the risk of complexity generated, it appears adequate to take the assumption that the indirect purchaser absorbs the amount in full as a starting point, absent evidency in contrary.*

¹⁹⁷HARRIS y SULLIVAN (1979); HOVENKAMP, Herbert, *The Indirect Purchaser Rule and Cost-Plus Sales*. Harvard Law Review 103, 1990. Pp. 1717 y ss.

5. Intensidad de la competencia entre compradores indirectos (si los hay).

Nos parece óptimo que, considerando el prisma desde el cual el traspaso y la cantidad del mismo pueden considerarse como efectivamente acaecidos, exista una presunción refutable de que el sobreprecio fue absorbido completamente por los consumidores, hasta que no exista evidencia en contrario. Sería un avance contemplar, también, algún mecanismo adicional que permita involucrar a algún organismo especializado en libre competencia (la Fiscalía Nacional Económica, por ejemplo) para que cumpla la función de un *amicus curiae*, realizando informes técnicos o respaldos teóricos.¹⁹⁸ Una presunción refutable, sin embargo, como la que se ha propuesto en el seno de la Unión Europea, nos parece que avanza suficiente en este ámbito, pese a las complicaciones que podría generar tener que aportar algunas de las evidencias exigidas.

Daño (3): pérdida de bienestar. Hasta aquí hemos considerado que se trata de un daño significativo, directo, personal y cierto. Sin embargo, se suele excluir estos daños de los denominados daños indemnizables, dejándolos, junto a la pérdida general de eficiencia, entre los daños irrecuperables o hundidos. Ya fue señalado que, en general, existe una tendencia a rechazar la indemnización de daños sin contenido patrimonial fuera de ciertos límites bien establecidos. La pérdida de un “disfrute”, así, aun cumpliendo con los requisitos generales, quedaría excluida de la indemnización. No hay, por ello, mayor tratamiento de la forma en que dichos daños pueden ser establecidos y calculados.

Diremos brevemente bajo qué lineamientos generales creemos que debiesen ser considerados. En primer lugar, tenemos un daño que no es inmediatamente conmensurable en dinero. Como no existe el pago de un sobreprecio, no puede señalarse que hay una disminución de activo a causa del infractor. Lo que hay es (1) consumo de un bien menos deseado (desplazamiento del mercado); (b) no consumo del bien (expulsión del mercado). Esta es la forma de daño inmediato *que constituirá la condición de existencia de perjuicio para un juicio indemnizatorio*, del que podrán surgir daños mediatos que también deberán ser indemnizados de ocurrir. Pensemos, por ejemplo, en el

caso de la colusión de las farmacias. Supongamos que una persona a la que se le había prescrito el consumo de un determinado medicamento para su enfermedad, a causa del aumento de precios que tuvo lugar por la colusión, no pudo seguir consumiéndolo. Con la suspensión del tratamiento, la enfermedad presentó complicaciones que se tradujeron en una serie de procedimientos médicos (exámenes, intervenciones, consultas, etcétera) cuyo costo soportó el paciente. ¿No diríamos que quiénes deben responder por estos daños son los que participaron del cartel? Todo indica que sí. Si se logra probar la causalidad (esto es, que es suficientemente probable que las complicaciones se hayan debido a la suspensión del tratamiento, y que el tratamiento se suspendió por el aumento de precios), no hay motivo para que los infractores no indemnicen. ¿Y si se pudiera probar que uno de los pacientes sufrió un mal irreparable y grave a raíz de dicho aumento de precios (la diabetes lo dejó ciego, la suspensión del tratamiento hormonal provocó un agravamiento en el cuadro de ovarios poliquísticos generando esterilidad), o peor aún, que le causó la muerte? ¿No deberían también indemnizar el daño moral a las víctimas, sean éstas los mismos pacientes o sus familiares cercanos? Adicionalmente debe considerarse la deliberación con que se realizan

los ilícitos anticompetitivos, pues esto se reflejará en la extensión de los daños a indemnizar.¹⁹⁹

Si bien la pérdida de bienestar, en sí misma, parece ser un daño muy difícil de determinar y de cuantificar,²⁰⁰ no lo son algunos daños con contenido patrimonial o moral que derivan del mismo. La pérdida de bienestar puede manifestarse de múltiples formas, de las cuales sólo la primera e inmediata es la pérdida de “disfrute” de un bien de consumo. Ni la doctrina ni los jueces deben negarse a ver en esas manifestaciones daños concretos y ciertos. De haber indicios de plausibilidad en las alegaciones (como podrían haber en los ejemplos anteriores), no se puede esperar que el demandante pueda probar con absoluta precisión el monto: no lo esperamos en el pago del

¹⁹⁹ El papel que toca al dolo en materia extracontractual y específicamente en indemnización por ilícitos anticompetitivos se tratará al final del apartado de causalidad.

²⁰⁰ Las razones esgrimidas para dicha afirmación es que es extremadamente difícil probar que una persona, bajo ciertas circunstancias, hubiese consumido el producto en cuestión. ¿Esto supone que la pérdida de bienestar no constituye un daño indemnizable? Nada impediría catalogarlo, en sí mismo, como un daño moral, desde que éste último puede consistir tanto en un mal que se causa como en un bien de cuyo disfrute se priva a la víctima. *El daño moral también presenta una cara que no es un sufrimiento que se traduzca en un mal positivo para la víctima, sino en una privación de ciertas ventajas de la vida.* Este es el llamado perjuicio de agrado. BARROS (2006). Pág. 291. Sin embargo, el perjuicio de agrado se ha entendido más como la pérdida de disfrutes ordinarios de la vida (audición; actividad sexual; entretenimiento) generalmente derivados de algún daño corporal o psíquico, que como la pérdida de una ventaja material, específicamente de consumo. En todo caso, según este autor, las condiciones de reparabilidad de dicha categoría de daño, cuyo riesgo es evidente, están dadas por la certeza y gravedad del daño, no por su naturaleza.

sobreprecio que es un daño relativamente fácil de calcular, y hay buenas razones para pensar que en este tipo de daños la cuestión es mucho más compleja. Lo que debe probar, entonces, es que el curso natural de los acontecimientos, considerando el tipo de mercado y el resto de los hechos que rodean al caso, hacen suponer que dichos daños ocurrieron, u ocurrirán con suficiente probabilidad.²⁰¹

De todo lo anterior, podemos concluir que los consumidores que cambiaron su demanda a un producto que los satisface menos o que quedaron excluidos del mercado, no deben ser considerados, *a priori*, como sujetos que no han sufrido daños que deban ser indemnizados, y acotar por ello la legitimidad a los que pagaron sobreprecio. De los daños considerados en el principio de este capítulo, entonces, sólo el daño (4), correspondiente a la pérdida de eficiencia dinámica, en principio puede ser descartado como objeto del juicio indemnizatorio.

El daño de tipo (3), sólo debiera ser descartado cuando sea pura

²⁰¹Para contraponer al caso de los medicamentos podríamos pensar en mercados de dulces masticables, zapatos de baile o lápices destacadores. Sería difícil asumir que la falta de dichos productos acarree perjuicios significativos a una persona; si se alega daño, harían falta razones poderosas y concretas que mostraran porqué debe tenerse por acreditado el perjuicio. La cuestión, así, será siempre contextual. Esto nos lleva a pensar que el perjuicio de agrado no puede, por regla general, derivar de relaciones de consumo, que tengan como consecuencia la pérdida de disfrute de productos normales del mercado. Podría, empero, ser consecuencia de la alteración de *ciertos* mercados y de la falta de *ciertos* productos, dentro de los cuales los medicamentos son sólo uno de muchos posibles.

pérdida de bienestar, sin presencia de daños patrimoniales cuantificables, o cuando se presente un problema en el vínculo de causalidad.

Escenario hipotético. En el fondo, la tarea de determinar los daños requiere del adjudicador la construcción de un escenario hipotético en que se encontraría el demandante de no haber existido acto ilícito.²⁰² Este escenario debe intentar atender a todas las características del mercado relevante existente antes (y/o después) del ilícito, durante un tiempo razonablemente largo como para que se presenten todas las fallas e interacciones con otros mercados que son propias de él. En este sentido, un monopolio, por ejemplo, se da típicamente en mercados oligopólicos. La construcción de una hipótesis en que la infracción no exista, las características del mercado deberán ser aquellas que se presentan en condiciones de competencia oligopólica.²⁰³ Esto refuerza

²⁰²Conforme al *difference method* la medida del daño está dada por *la diferencia entre (...) la posición actual de los demandantes (...) y (...) la posición de los demandantes en el escenario hipotético en que el acto ilegal no se hubiese cometido, pero las condiciones serían, por lo demás, similares.* ASHURST, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringements of EC Competition Rules. Analysis of economic Models for the Calculation of Damages, prepared by E. Clark, M. Hughes and D. Wirth.* Bruselas, 2004. Pág. 10.

²⁰³La importancia de lo anterior es que el precio resultante será probablemente un precio por debajo del monopolístico, pero por sobre un precio de equilibrio que se encuentre justo por sobre el costo marginal. Ver EGER, Thomas and WEISE, Peter, *Harm and Damages as Economic and Legal Categories in Antitrust Law* en BASEDOW *et al* (2011). Pág. 32.

la idea de posibilitar la intervención en el juicio civil de responsabilidad de los organismos especializados en libre competencia, para que informen al tribunal sobre las condiciones del mercado relevante, el tipo de fallas y las evoluciones que se presentan en el tiempo, de modo que el precio y cantidad de producción hipotéticos resultantes sean lo menos especulativos posible.

4. Causalidad

La exigencia de que un daño sea directo es la exigencia hecha a las propiedades de una *relación*, no al tipo de daño. Esta relación es aquella que existe entre el hecho ilícito y el perjuicio, es decir, el vínculo de causalidad. La relación debe cumplir con dos características: que el hecho sea una condición necesaria del resultado (*condictio sine qua non*), y entre ambos debe haber suficiente cercanía como para que pueda existir una imputación objetiva al hecho del demandado. Esta exigencia se corresponde exactamente con las dos funciones que cumple este requisito: la causalidad como *fundamento* y como *límite* de la responsabilidad, respectivamente.²⁰⁴

²⁰⁴BARROS (2006). Pp. 245-246 y 374.

a) **Fundamento de la causalidad: causa necesaria.** La primera característica, esto es, que el hecho sea la condición sin la cual el resultado no hubiese sucedido, en último término es una cuestión de prueba y presunciones judiciales.²⁰⁵ Nos parece que, atendidas las circunstancias en que se encuentran las partes en el juicio indemnizatorio, *llegados al convencimiento de que es probable que el daño se haya producido a causa del hecho, entonces debe presumirse que lo produjo.* Tendrá entonces el infractor la carga de mostrar porqué eso no sucedió así: qué causas serían las verdaderamente relevantes y porqué su infracción no fue un hecho significativo en la producción del daño. Esta inversión de la carga de la prueba no es arbitraria sino que responde a un hecho irrefutable del juicio que ha de realizar un tribunal al evaluar la causalidad: *conviene hacerse cargo de que envuelve siempre un juicio hipotético acerca del desarrollo que habrían tenido los acontecimientos de no haber ocurrido el hecho ilícito.*²⁰⁶ Siendo esto así, cabe considerar la siguiente cuestión: ¿hay mejores razones

²⁰⁵Ibíd. Pág. 378. Esto no quiere decir que sea sencillo probar la causalidad; puede ser, de hecho, muy difícil. Sin embargo, una vez probado, la dificultad está sorteada. No ocurre lo mismo con la necesidad de proximidad, como veremos.

²⁰⁶Ibíd. Pág. 380.

para hacer cargar al infractor, que ha creado un riesgo,²⁰⁷ con el peso de la falta de certeza, o a quien ha sufrido el daño? Recordemos que no es la existencia del daño lo que está puesto en duda, sino si éste se conecta con el ilícito anticompetitivo. Si lo que se exige es una prueba irrefutable de certeza, tendremos una solución invariable: el infractor nunca (o casi nunca) será hecho responsable. En condiciones normales, nunca se estará en posición para probar una causalidad natural suficiente; la existencia de otras –múltiples- causas que puedan haber afectado el resultado final, y la falta de seguridad que enfrenta incluso la ciencia para determinar una relación de causa-efecto necesaria, son algunos de los motivos que sería suficiente que *adujera* el demandado para eximirse del deber de indemnizar. En el caso de las interacciones de mercado esta cuestión se agudiza hasta el extremo, y no es necesario profundizar en el hecho de que la información con la que cuentan los consumidores es desproporcionadamente menor que aquella con que cuentan quienes cometieron el ilícito.²⁰⁸

²⁰⁷Hablamos de riesgo toda vez que éste está supuesto en la infracción, y porque en eso consiste precisamente atribuir probabilidades a la ocurrencia del hecho.

²⁰⁸Un caso en que la falta de prueba del lucro cesante fue decisiva, aunque entre rivales: Corte Suprema, 25.07.2013. *Philip Morris Chile Comercializadora Limitada con Compañía Chilena de Tabacos S.A.* Rol n° 5.835-2004.

Por otro lado, de no aceptarse lo anterior, no tendría sentido afirmar, por una parte, que un ilícito anticompetitivo *afecta* a los consumidores, y que el mismo Decreto Ley 211 establezca una acción reparatoria, por otra. Es decir, se sabe (porque es comprobable) que el riesgo se materializa en un número determinado de víctimas y se confiere un derecho a reparación en ese entendido, pero ninguna de ellas en particular podrá mostrar que *en su caso* el daño tiene como causa necesaria la infracción. Esta sería la consecuencia de exigir un estándar cercano a la certeza en vez de una probabilidad razonable. Una exigencia así sería injusta pues no enfrenta una realidad que es patente y aceptada en el resto de los juicios de responsabilidad, y porque carga con ese peso a quien no ha cometido infracción ni creado riesgo alguno, aun estando en la peor posición para proporcionar la información requerida.

b) *Límite a la causalidad: conexión de ilicitud.* Durante todo este trabajo se ha hablado del juicio de responsabilidad como uno que permite, atendidos ciertos daños, atribuir las consecuencias pecuniarias a un patrimonio distinto de aquel en que recayeron con base en una conexión de ilicitud. Esto ya prejuzga la forma en hemos entendido el

vínculo causal: la imputación normativa de un daño a un hecho se funda en que dichos daños son de aquellos que quedan cubiertos por el objetivo de la norma infringida. Esto se ha expresado diciendo que *sólo los daños cubiertos por el fin protector de la norma están en una relación de sentido con la negligencia del demandado*.²⁰⁹ Como estamos frente a un caso de culpa infraccional, es más fácil establecer (1) cuál es el deber de cuidado infringido y (2) qué tutela ese deber establecido por la ley. Para estos efectos diremos que el deber infringido es la prohibición de *impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos*. Como ya se mencionó, está bastante fuera de discusión que una de las razones más importantes (si no la más relevante) para proteger la libre competencia es la necesidad de resguardar indirectamente el bienestar de los consumidores. Por otro lado, el artículo 30 del Decreto Ley 211 establece un vínculo entre el ilícito y los daños provocados. Aquellos daños que han sido tratados aquí son daños que típicamente tienen lugar por causa del entorpecimiento de la libre competencia: aumento de precios, pérdida de bienestar y daños asociados.

²⁰⁹BARROS (2006). Pág. 384. Para esta comprensión hay importantes razones de justicia correctiva. WEINRIB (1995).

c) *Límite a la causalidad: causa próxima.* Es a propósito de la necesidad de proximidad que surgen las mayores dificultades dogmáticas y que se trae de vuelta el problema de legitimación de compradores indirectos. Que un resultado pueda ser atribuido objetivamente a una acción depende de la valoración normativa que hagamos de él. Después de comprobar que la infracción es causa necesaria y que tiene una conexión de sentido con el daño, el problema es determinar cuán lejos (o hasta qué daño consecuente) es razonable llegar en la atribución. Esta exigencia se expresa también diciendo que el daño que debe ser directo.²¹⁰

El principio en esta materia, tal como se señaló en el apartado sobre daños directos, es que *una vez acreditada la relación causal* (como causa necesaria), *el daño es tenido por directo mientras no se muestre lo contrario, lo que supone acreditar que no puede ser objetivamente atribuido al hecho del demandado.*²¹¹ Nos referimos a esta máxima acá, pues es un criterio establecido para el requisito de causalidad, lo que no

²¹⁰ALESSANDRI (1943). Pág. 233; BARROS (2006). Pp. 392-393. En definitiva, dice Barros, que el daño pueda ser normativamente imputado al hecho, *no es propiamente un juicio de causalidad (...), sino una cuestión valorativa que obliga a discernir cuáles consecuencias dañosas mediatas pero derivadas causalmente del hecho ilícito deben ser tenidas por relevantes a efectos de establecer la responsabilidad.* (El destacado es del original).

²¹¹BARROS (2006). Pág. 394.

resta peso al argumento que se dio a propósito de los daños. Los daños son directos (o la causalidad es próxima o normativamente adecuada) porque son los que previsible y normalmente –salvo prueba en contrario- se producen con ocasión de una infracción a la libre competencia. Esto se corresponde exactamente con lo dicho anteriormente sobre por qué nos parece intrascendente cuántos intermediarios existan en la cadena productiva, traspasando precios aguas abajo: no constituyen una causa relevante, por no ser imprevisible,²¹² que modifique el nexo causal y lo desvíe de su curso normal. Este razonamiento ha sido desplegado por nuestra doctrina, pero también por nuestra jurisprudencia. En un fallo sobre responsabilidad del Estado la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago consignó que *por ejemplo, si por una nevazón se hubiesen malogrado los predios empastados, obviamente, nada tendría que indemnizar el SAG; pero en el caso materia del juicio, al no haber existido otras causas imponderables ni imprevisibles ajenas a la actividad administrativa del SAG, no puede sino concluirse que los destrozos por los cuales se pide indemnización fueron consecuencia directa de las*

²¹²La previsibilidad del daño debe ser tomada como indicio fuerte de que el mismo es directo. Idem. Pág. 398.

*medidas adoptadas por el señalado servicio, por lo cual deben ser indemnizados.*²¹³

La formulación de qué causas o conforme a qué criterios podría excluirse un determinado daño como producido por la acción ilícita, como puede extraerse del argumento de la Corte, no está determinado *a priori*, ni existe una lista exhaustiva que los establezca: *por ejemplo, dice, una nevazón*. Lo cierto es que, desde la doctrina de la causa adecuada sea ha sostenido que *la imputación de daños consecuentes sólo se justifica si desde la perspectiva de un observador experimentado, que mira retrospectivamente la cadena causal, tales daños no resultan inverosímiles.*²¹⁴ Es decir, en principio será apropiado imputarlos si no son extraordinarios o anormales, lo que afirma un criterio *negativo* de determinación. Quién cometa una infracción a la libre competencia, entonces, será responsable de todos aquellos daños que ordinariamente se producen *con ocasión* de dichas infracciones, salvo que aparezca una causa intermedia suficientemente relevante como para determinar una desviación del curso causal, y

²¹³Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de diciembre de 1993. Causa rol n° 1995-1992. GJ N° 162 Pág. 58.

²¹⁴LARENZ, citado en BARROS (2006). Pág. 396.

entonces, eximir al infractor del deber de indemnizar.²¹⁵ Las reacciones normales de los demás agentes de mercado, y aunque estén fuera del control del infractor, no constituyen una desviación en ese sentido.²¹⁶ Dijimos que los sobrepuestos y la pérdida de bienestar son daños que se producen normalmente a propósito de una restricción a la libre concurrencia de agentes en el mercado, y mostramos por qué han de ser considerados daños directos, que deben ser imputados a dicha infracción. La razón estaba en la forma en que los agentes interactúan entre sí, al asumir los aumentos de precios como costos, los que se transforman, a su vez, en nuevos aumentos de precios, constituyéndose en un resultado normal, ordinario y absolutamente esperable por quien lo desencadena. *Al coludirse o efectuar alguna otra práctica reñida con la libre competencia, el autor no simplemente genera un riesgo, sino que comienza a materializarlo.* Este escenario ha sido estudiado en profundidad en múltiples ocasiones y no repetimos aquí más que las principales conclusiones.

²¹⁵Como podría ser, por ejemplo, lo que en dogmática penal se llama *prohibición de regreso*: el hecho de un tercero o de la propia víctima que, aunque no interrumpa la causalidad en sentido natural, interrumpe la imputación normativa por alterar el curso normal de los acontecimientos.

²¹⁶Ver EGER and WEISE (2011). Pág. 33. Según los autores, las consecuencias de un cartel que tenga por objeto fijar precios, o de una monopolización, siempre deben considerar las interacciones y reacciones que tengan los demás involucrados (consumidores, competidores, proveedores, entre otros), pues los agentes nunca actúan de forma aislada.

d) *Determinación y prueba de la causalidad.* Si bien esta debe ser acreditada por el demandante de conformidad al artículo 1698, pues es un elemento de la responsabilidad que funda su acción, lo que es de cargo del demandante es probar la causalidad como condición del daño (en sentido natural o fáctico);²¹⁷ una vez probado este vínculo, es el demandado quien debe probar que ciertos daños no se deben a su acción por ser indirectos, lo que supone probar que ha mediado alguna causa que logre modificar la sucesión normal de eventos y producir resultados anormales. La determinación y prueba de la causalidad se encuentra en íntima vinculación con la determinación y prueba de los daños. Lo que es necesario mostrar, entonces, es que determinado ilícito *generalmente provoca ciertos daños*. No se puede mostrar que hay causalidad sin pronunciarse, a la vez, qué es aquello que es causado. En este punto nos remitiremos a los métodos que fueron señalados en la *determinación y prueba de los daños*, pues resultan igualmente pertinentes aquí debido a la vinculación entre ambos requisitos que ya fue comentada.

²¹⁷Cómo ello sea probado es una cuestión que supera el alcance de este trabajo. El aporte de peritos y la utilización de presunciones, sin embargo, ha mostrado ser vital en el extranjero y en casos de indemnización por ilícitos anticompetitivos en Chile que involucran competidores.

Presunción de causalidad. En los casos en que es el infractor quien tiene mayor control de la situación e información sobre la actividad y sus riesgos, se vuelve sumamente difícil para la víctima probar el vínculo causal. Una prueba prohibitiva vulnera, en definitiva, su pretensión indemnizatoria por la vía de impedirle, en los hechos, mostrar algo más que dos eventos paralelos: la infracción y los daños. El problema es que muchas veces, lo que muestra (u oculta) una complicación a nivel de causalidad, es en realidad un problema de prueba. Uno de los déficits más relevantes que ha sido identificado en las demandas de consumidores es lo relativo a su falta de información. Generalmente no tienen el conocimiento detallado sobre qué es lo que sucedió en el mercado aguas arriba en que compraron.²¹⁸ Nos parece necesario que ante este escenario y en relación a los perjuicios comunes, avalados por las conclusiones de los estudios económicos más aceptados, se establezca una presunción *prima facie* que dé por acreditado el vínculo causal entre el ilícito y el daño que se produjo con ocasión de él, mientras el infractor no muestre con alguna plausibilidad la ocurrencia de hechos imprevisibles y externos a su control que puedan haber intervenido en los resultados. El fundamento de lo

²¹⁸HOVENKAMP (2005). Pp. 69-70.

anterior es el mismo que rige para presumir la culpa por el hecho propio, de conformidad al artículo 2329 del Código Civil.²¹⁹

e) *Rol que juega el dolo en materia de causalidad y daños.* Se ha discutido si en materia extracontractual el dolo es una agravante de la responsabilidad,²²⁰ expandiéndola a aquellos resultados que no eran previsibles al momento de cometer el ilícito. Esto supondría hacer soportar al infractor incluso los resultados extraordinarios o anormales que hayan ocurrido a propósito de su acción. De aceptarse, entonces, entraría en juego una variable adicional a la hora de realizar un juicio de prudencia, reduciendo aquellas circunstancias que, en condiciones normales, se considerarían extravagantes. Esto es de suma relevancia, pues el ilícito del Decreto Ley 211 es siempre uno *intencional* y, por lo tanto, de haberse declarado por el Tribunal de Defensa de la Libre

²¹⁹BARROS (2006). Pág. 418. En realidad, señala, esta presunción se aplicaría implícitamente tan a menudo, que la causalidad no llega a ser objeto de prueba directa en los juicios de responsabilidad. Nos parece que, si bien la libre competencia no es una actividad riesgosa, sí lo es la comisión de un ilícito anticompetitivo: los riesgos en materia de daños han quedado de manifiesto en los capítulos anteriores. La concreción de este riesgo supone que el mercado reacciona como normalmente lo hace en estos casos y el daño producido, así, es consecuencia generalmente inevitable de un atentado a la libre competencia. En este sentido se puede sostener que generalmente *todo daño que pueda imputarse a negligencia o malicia de otra persona, debe ser reparado por ésta*. Los daños anticompetitivos, pero particularmente los daños caracterizados aquí como “indemnizables”, son aquellos que generalmente (salvo prueba en contrario) pueden imputarse a malicia del agente infractor. Parece razonable que la lógica según la cual se presume la culpabilidad y que configura la culpa presunta, se aplique, con sus mismos estándares, a la causalidad.

²²⁰En materia contractual esto queda zanjado por el artículo 1558 del Código Civil.

Competencia, el tribunal civil debiese siempre partir de una base más amplia para apreciar los daños.

5. Conclusiones del capítulo.

En este capítulo se intentó caracterizar la forma y contenido que adquieren los elementos básicos de la responsabilidad, cuando ésta tiene como antecedente la comisión de ilícitos anticompetitivos. Siendo el hecho ilícito materia que cobra relevancia propiamente en el juicio en sede de libre competencia, se trató aquí sobre los otros dos elementos, a saber: el daño, y el vínculo causal.

En primer lugar, se señaló porqué la justicia correctiva logra ser un fundamento adecuado al juicio civil de responsabilidad. La justicia correctiva integra los elementos de la responsabilidad otorgando un enfoque relacional, que no hace primar los intereses de una de las partes por sobre los de la otra. Si bien esto podría suponer un obstáculo a una perspectiva más pragmática de la función del derecho de daños, lo cierto es que éste puede intervenir en varios niveles, siendo muy relevante la justicia correctiva a la hora de considerar la posición estratégica de las partes una vez determinado el ilícito.

En segundo lugar, en relación a los daños, se sostuvo que un ilícito anticompetitivo genera una situación de ineficiencia general, catalogada normalmente como daño social neto que no es inmediatamente indemnizable conforme al ordenamiento vigente. La determinación del daño reparable debe considerar las consecuencias de dicha situación de ineficiencia general, atendiendo cuidadosamente a cuáles de esos efectos negativos constituyen lesiones *significativas, directas y ciertas*. Por otro lado, es relevante identificar si los intereses o derechos afectados pueden ser catalogados como *personales*. Esto último, como quedó de manifiesto, no resulta problemático a la luz del procedimiento establecido en la Ley del Consumidor, pues no tiene como supuesto la existencia de lesión a intereses colectivos o difusos (ambas categorías utilizadas por la ley), sino intereses individuales que deben ser agregados para efectos procesales.

En tercer lugar, se intentó sostener que los daños constituidos por sobreprecios, deberían ser considerados, por regla general, como daños significativos, directos y ciertos. Lo anterior, atendida toda la evidencia disponible en relación a la interacción normal en el mercado de los diferentes agentes y a la forma cómo ellos reaccionan comúnmente ante el aumento de los precios. En este sentido, se argumentó que el traspaso de los costos por los

distintos intermediarios a lo largo de la cadena de producción no debe ser visto como un obstáculo que impida la indemnización de los perjuicios sufridos por los diferentes sujetos afectados, de modo que dicha circunstancia no transforma el daño que estos sufren en uno de carácter indirecto. Asimismo, en línea con las últimas propuestas normativas de la Unión Europea, se evaluó la posibilidad de establecer presunciones refutables de que los intermediarios efectúan el traspaso completo del sobreprecio, e igualmente permitir la intervención, como *amicus curiae*, de organismos especializados en libre competencia para así poder determinar con mayor exactitud y conforme a las características del mercado concreto, los precios del mercado en ausencia de ilícito.

En cuarto lugar, en relación a los intermediarios que realizan los traspasos, se planteó lo implausible que resulta la comprensión de daños “estáticos” que se trasladan invariablemente aguas abajo en la cadena productiva mediante el traspaso de los costos. Por lo tanto, cuando se discute acerca del *passing-on*, no se trata de una solución todo o nada entre prohibir la defensa y la demanda o permitir ambas, sino de mantener una diferenciación lógica en ambos niveles de la cadena productiva. Los daños, considerados así sistémicamente, no representan una suma cero donde las pérdidas de los consumidores puedan

igualarse a los traspasos hechos por los intermediarios ni el hecho de que ambos compradores (directos e indirectos) reclamen reparación supone, en modo alguno, dar lugar a una responsabilidad múltiple ni permitir que los demandantes se enriquezcan injustificadamente.

En quinto lugar, se argumentó que no debe rechazarse *a priori* la indemnización en sede civil de la pérdida de bienestar. En efecto, la pérdida de bienestar bien puede generar daños mediatos (aunque no indirectos) patrimoniales y/o morales resarcibles. La mera pérdida de disfrute de un bien, sin embargo, por sí sola no califica como daño indemnizable, por lo que habrá que atender a las características específicas del mercado y del producto de que se trate para determinar si existen daños significativos reparables en sede civil a consecuencia del ilícito anticompetitivo.

Por último, en relación a la pérdida de eficiencia dinámica, se mostró porqué la doctrina y, en último término, la ley, no la conciben como un daño que pueda ser objeto de indemnización. Esencialmente, la falta de certeza en cuanto a su existencia (por la absoluta ignorancia en que nos encontramos para determinar cuál habría sido el curso normal de la innovación tecnológica) impiden establecer parámetros razonables conforme a los cuales estimar algún

tipo de monto a reparar, quedando, por lo tanto fuera de la esfera cubierta por la responsabilidad civil.

En definitiva, la forma de determinar los daños supondrá en la creación de un escenario hipotético en el que no se hubiese cometido el ilícito anticompetitivo. La construcción de este escenario debe atender, siempre, a las características y fallas del mercado en cuestión, para no caer en el error de calcular los perjuicios indemnizables en base a los precios de equilibrio y el excedente ideal que existirían en condiciones de competencia perfecta.

Establecidos los lineamientos generales en relación al daño, la causalidad sólo cobra relevancia en las mismas circunstancias en que lo hace el requisito de que el daño sea directo o suficientemente próximo. La conclusión es que llegados al convencimiento de que es *probable* que el daño se haya producido a causa del ilícito, debe presumirse que éste lo produjo. El límite que supone el criterio de causa próxima sólo implica reafirmar lo dicho con anterioridad: el daño será tenido por directo mientras no se acredite una desviación del curso causal que impida atribuir sus resultados al hecho del demandado. Esta limitación no supone excluir todos los elementos que quedan fuera del control del infractor, sino sólo aquellos que representan anomalías y que, por lo

tanto, no pudieron ser previsibles en circunstancias ordinarias. La carga de la prueba, así, se invierte a favor del consumidor.

III. Acciones colectivas y consumidores

*"No es posible que, fruto de un ilícito de colusión respecto del cual los afectados son las personas, se esté diciendo que el Sernac no puede representarlas para reclamar los daños. Las farmacias han pagado multas a beneficio fiscal, las farmacias podrán pretender clases de ética; lo cierto es que hay algo que no ha sucedido: la devolución de los dineros mal cobrados a las personas, eso es lo que estamos pidiendo en este proceso."*²²¹

En este capítulo intentaremos responder la pregunta formulada hacia el final de la primera parte de este trabajo: ¿puede el SERNAC accionar en representación de los consumidores, para efectos de exigir la indemnización de los daños derivados de ilícitos anticompetitivos? Utilizaremos para responderla, a modo de introducción a la discusión, el caso SERNAC-Farmacias. Desde ya aclaramos que no se trata de un caso que presente todos los aspectos que nos interesa discutir, pero al menos nos podrá orientar en un inicio. A propósito de algunas discusiones a las

²²¹OSSA, Juan José, en su calidad de Director Nacional del SERNAC en entrevista con Radio Cooperativa, con fecha 4 de octubre de 2013. La entrevista completa disponible en la página web: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/sernac-pidio-admitir-a-tramite-demanda-colectiva-por-colusion-de-farmacias/2013-10-03/233029.html> Fecha de visita: 27.07.2014.

que ha dado lugar este caso, se desarrollarán argumentaciones que servirán de base a las cuestiones no tratadas, que serán comentadas al final.

1. SERNAC – Farmacias.

A principios del mes de mayo de 2013, el 10° Juzgado Civil de Santiago declaró inadmisibile la primera demanda colectiva interpuesta en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores por el SERNAC en contra de las farmacias Cruz Verde, Salcobrand y Ahumada (FASA).²²² Fundamentó esta decisión en dos flancos. El primero de ellos está referido a la legitimación del SERNAC; el segundo, a la claridad de la pretensión aducida.

Señala el Tribunal: *“(...) el legislador en el art. 30 DL 211, regula claramente la forma de proceder en el caso de las acciones de indemnización de perjuicios a consecuencia de la dictación de una sentencia por el T.D.L.C., donde establece que se tramitará de acuerdo a las reglas generales y específicamente hace aplicable el procedimiento*

²²²10° Juzgado Civil, 10.5.2013. *Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde S.A.* Rol n° 1940-2013; la demanda se basó en el ilícito anticompetitivo establecido por el TDLC y la Corte Suprema en las sentencias 119 del 31.1.2012 y del 7.9.2012, ROL n° 2578-2012, respectivamente.

sumario, y no otro (...)” Es decir, a juicio del tribunal, el artículo 30 establecería un procedimiento (sumario) que haría inaplicable cualquier otro procedimiento (juicio colectivo). Al apoyarse en dicha norma, el SERNAC omitiría la parte relativa al procedimiento que es procedente, para “utilizar” la norma a conveniencia. Distinto sería el caso de la norma establecida en el artículo 2 bis letra b) de la LPC, que regula el procedimiento colectivo (...), *para el caso que se afecte el interés colectivo y difuso de los consumidores y el derecho de solicitar indemnización mediante dicho procedimiento.*²²³ El actor pretende esta última tramitación (juicio colectivo establecido en la Ley del Consumidor), obviando el mandato expreso del artículo 30 del DL 211: tramitar la indemnización mediante procedimiento sumario del Código de Procedimiento Civil. Por otro lado, el SERNAC no se hizo parte ante el TDLC, en el procedimiento que declaró el ilícito, *que origina y fundamenta la acción del actor*. Expresa el Tribunal que era necesario que el SERNAC se hiciera parte en dicho procedimiento *atendido el expreso mandato legal que tiene este órgano, en la LPC, en aquellos casos en que pueda estar comprometido el interés colectivo y difuso de los consumidores y no pretender accionar en forma “rebuscada”, sólo una*

²²³Considerando 9º de la resolución que rola a fojas 349 en la causa mencionada.

*vez conocido el fallo que declara la colusión y condena a las demandadas.*²²⁴

En un razonamiento de distinto orden, explica que el SERNAC en su demanda no especifica qué consumidores habrían sido afectados, ni entrega datos o premisas a partir de las cuales estos grupos de consumidores puedan determinarse. Para que una acción colectiva prospere, señala, es necesario que los consumidores sean determinados o determinables, en razón de ser clientes identificables u otra razón similar. Con respecto a los consumidores que pagaron sobrepagos, el único medio de prueba sería la exhibición de la boleta²²⁵; para los que dejaron de comprar, debiese impetrarse un procedimiento aparte, que declarara su calidad de afectados y la efectiva concurrencia de perjuicio.

Son muchas las afirmaciones (explícitas o implícitas) contenidas en estos párrafos que presentan interés para lo que sigue. Nos remitiremos, por el momento, a resumir las principales conclusiones, que son las siguientes:

(i) el artículo 30 establece como aplicable el procedimiento sumario y

²²⁴Considerando 11°, ídem.

²²⁵Aquí la jueza que emite la sentencia declara haber comprado algunos de los medicamentos afectados a colusión, señalando que ya no posee las boletas de compra, cuestión que probablemente le suceda a muchos otros consumidores. Considerando 12°.

ningún otro, excluyéndose de plano la posibilidad de accionar por medio de un juicio colectivo; (ii) Para poder accionar, el SERNAC debió haberse hecho parte en el juicio seguido ante el TDLC; (iii) Las acciones colectivas no pueden prosperar si los afectados no son consumidores identificados o identificables.

Al ser sometida esta resolución de inadmisibilidad a un recurso de apelación y luego a un recurso de casación en la forma, la Corte de Apelaciones de Santiago declaró lo siguiente: *“Que ninguna duda puede existir en cuanto que Sernac es legitimado activo para accionar en defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores, por lo que, en términos estrictos, se cumplen las exigencias señaladas en las letras a) y b) del artículo 52 de la ley 19.496.”*²²⁶ Esta declaración coincide con lo establecido por la Corte Suprema en Oficio N° 8-2012, de fecha 17 de enero de 2012, pronunciándose respecto del Informe del Proyecto de Ley 50-2011.

²²⁶Corte de Apelaciones de Santiago. 2.12.2013. Rol n° 3908-2013. Expresa el considerando 2° *que ninguna duda puede existir en cuanto que Sernac es titular de las acciones destinadas a la defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores. A ello agrega que la normativa legal para la defensa de la libre competencia, tiene como principal objetivo cautelar el interés de los consumidores, en razón de lo cual no se divisa cual pudiera ser el impedimento para que Sernac actúe por ellos. (Considerando 3°).*

2. Legitimidad del SERNAC y juicio colectivo.

Como quedó especificado en la primera parte de este trabajo, las acciones de clase son de derecho estricto, y sólo reciben aplicación en los casos expresamente señalados por el legislador. En este sentido, se faculta al SERNAC para demandar en juicio colectivo en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores, así como también a asociaciones de consumidores, y grupos de consumidores en número no inferior a 50.²²⁷ Es una atribución (en rigor, un poder y un deber) del SERNAC hacerse parte en los juicios en que esté involucrado el interés general de los consumidores, y demandar en juicio colectivo, según corresponda.

¿Por qué, entonces, surge la pregunta de si está o no legitimado el SERNAC para demandar colectivamente la indemnización derivada de ilícitos anticompetitivos?

a) *Especialidad de la ley del consumidor.* En su artículo 2º, la LPC establece qué clase de actos quedan sujetos a su regulación. De conformidad a dicha norma, la LPC será aplicable, en general, a los

²²⁷Artículo 51 Ley 19.496.

actos que tienen carácter de comerciales para el proveedor, y civiles para el consumidor.²²⁸ Excluye, en su artículo 2° bis, a las actividades que, pese a tener dicho carácter, estén reguladas por leyes especiales. Específicamente señala: *las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o prestación de servicios reguladas por leyes especiales.* En relación a dichas actividades, la ley del consumidor tiene el carácter de supletoria,²²⁹ salvo: *b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores.* Esta contraexcepción, así, vuelve a hacer aplicable la ley del consumidor siempre que dicho interés se vea involucrado, *en lo relativo al procedimiento.* Dicho procedimiento, sabemos, es el juicio colectivo regulado por la misma ley en los artículos 50 y siguientes.

Nos importa lo dicho anteriormente pues la base para atacar la legitimidad activa del SERNAC es cuestionar la especialidad del Decreto Ley 211 por sobre la Ley del Consumidor; esto conllevaría

²²⁸De manera aún más general, el artículo 1° de dicha ley establece su ámbito de aplicación a relaciones de consumo, esto es, relaciones entre proveedores y consumidores.

²²⁹Pues se aplica la ley del consumidor a dichas actividades en las materias que éstas no prevean. Artículo 2° bis letra a).

afirmar (o negar) que dicho Decreto se aplica con preferencia a la Ley del Consumidor. Tal como señaló el 10° juzgado civil de Santiago, *el legislador en el art. 30 DL 211, regula claramente la forma de proceder en el caso de las acciones de indemnización de perjuicios (...), y específicamente hace aplicable el procedimiento sumario, y no otro*. Al respecto, el profesor Banfi ha señalado: *no creemos que el DL 211 sea una “ley especial” en relación a la LPC; luego, no es evidente ni menos indiscutible que el procedimiento para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores pueda extenderse, sin más, a una acción de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos.*²³⁰ Es decir, el DL 211 no es especial, por lo tanto no cabe aplicar el juicio colectivo a las acciones indemnizatorias por atentados a dicho decreto.

Pero aquí hace falta una explicación, ¿qué relevancia tiene la especialidad del DL 211 para efectos de la aplicación del procedimiento colectivo? La ley 19.496 es una que no se aplica a las actividades reguladas especialmente, salvo en cuanto al juicio colectivo cuando se ve implicado el interés colectivo y difuso de los consumidores. Pero el estatuto de libre competencia no es, en este

²³⁰BANFI, Cristián (2013). *Consumidores afectados por Ilícitos Anticompetitivos*. Columna de opinión en El Mercurio Legal, 9 de diciembre de 2013. [BANFI, (2013b)].

sentido, una regulación especial, pues no regula una actividad específica: regula en forma general la defensa de la libre concurrencia de agentes en el mercado, sin referirse nunca a un mercado particular, ni mucho menos a *actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes y servicios*. Si el DL 211 no es especial, entonces no cabe la aplicación de la contraexcepción del artículo 2° bis letra b). Así lo señala el profesor Banfi: *De conformidad con el artículo 2° bis letra b) de la LPC, este procedimiento es aplicable a actividades o mercados regulados por leyes especiales, calificación que, estimamos, no puede predicarse del DL 211, único cuerpo normativo general sobre defensa de la libre competencia en Chile.*²³¹ Pero no será aplicable dicha contraexcepción por el mismo motivo que no es aplicable la excepción del artículo 2° bis inciso primero: para vernos en la necesidad de aplicar una contraexcepción es necesario estar dentro del supuesto de la excepción (que excluía la aplicación general de la Ley del Consumidor), cuestión que no se cumple, pues la excepción se aplica a mercados regulados en leyes especiales. Y esa conclusión nos deja donde empezamos.

²³¹Ibíd.

Lo que tenemos delante es un problema de aplicación de reglas. Existen, en principio, dos reglas que se pretenden aplicables al caso: el artículo 30 del Decreto Ley 211 por un lado; la ley de protección al consumidor por otro. El primero de ellos señala que la acción de perjuicios *se tramitará en juicio sumario*. El juicio sumario, cuyas reglas están establecidas en el Código de Procedimiento Civil, altera las normas del juicio ordinario para los casos que *requieran de rápida tramitación*. La ley del consumidor, por otro lado, faculta (y mandata) al SERNAC a iniciar juicios en defensa de los consumidores, específicamente el juicio colectivo si se ve afectado el interés colectivo o difuso de los mismos. Por supuesto, la aplicación de uno de esos procedimientos excluye la aplicación del otro. Al tener que tomar una decisión, y de cara a la pregunta ¿es aplicable el procedimiento de juicio colectivo? El 10° Juzgado Civil de Santiago, recogiendo en parte lo planteado por las demandadas, dijo: no; la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema dijeron: sí. Opiniones doctrinales se han manifestado en el sentido del 30° Juzgado Civil. Si la interpretación del problema aquí sostenida es correcta, la necesidad de optar por una o por otra (de encontrar una respuesta correcta *en*

derecho) es una cuestión de argumentación jurídica prioritaria; con independencia de si los tribunales y/u órganos del Estado han pretendido “utilizar” las normas en cuestión, urge encontrar el sentido axiológico que fundamenta sus decisiones. Una de ellas tiene – necesariamente- que dar una respuesta correcta. Esto último se hace más urgente por cuanto la Corte Suprema desechó la posibilidad de legislar al respecto o hacer modificaciones que ordenaran el conflicto, por considerar que el asunto se encontraba lo suficientemente claro.²³²

El criterio de especialidad no provee una respuesta unívoca. Entre el Decreto Ley 211 y la Ley de Protección al Consumidor no puede determinarse cuál es especial *por referencia a la otra*, en el sentido en que lo exige el artículo 2° bis. El estatuto que regula la libre competencia, lo hace de modo general; la segunda, que regula las

²³²Corte Suprema, *Oficio N° 8-2012. Informe Proyecto de Ley 50-2011*. Santiago, 17 de enero de 2012. Tras la declaración de inadmisibilidad por parte del 10° Juzgado Civil de Santiago, un grupo de diputados envió un proyecto de ley al Congreso, cuyo artículo único pretendía modificar la ley del consumidor, agregando al artículo 50 A de dicha normativa el párrafo siguiente: *Asimismo, esos jueces conocerán de las acciones indemnizatorias que ejerzan los consumidores contra los proveedores de bienes y servicios que hayan sido condenados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por actos calificados por ese Tribunal como ilícitos de aquellos a que se refiere el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, de 1973.* La Corte informó desfavorablemente el proyecto por estar ya regulado en los artículos 30 del Decreto Ley 211, y en los artículos 2 bis y 50 y siguientes de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. De esas normas se desprendería claramente que el procedimiento colectivo era aplicable, y que el Sernac estaba legitimado para accionar colectivamente por ilícitos anticompetitivos.

relaciones de consumo, también lo hace de manera general. Si bien esta última se hace a un lado (volviéndose supletoria) en los casos en que las actividades son reguladas por leyes especiales, vimos que (i) el Decreto Ley 211 no regula actividades especiales en ese sentido y (ii) aun si lo hiciera, el juicio colectivo vuelve a tener aplicación en presencia del interés colectivo y difuso de consumidores.²³³ No estamos de acuerdo con la afirmación que hace el Centro de Regulación y Competencia (Regcom) de la Universidad de Chile en cuanto a que *de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° bis letra b) de la LPC, los consumidores pueden solicitar la reparación de los perjuicios a que se refiere el Decreto Ley N° 211,*²³⁴ pues dicha regla contenida en la letra b) del 2° bis sólo devuelve dicha posibilidad a las actividades que están reguladas en leyes especiales. Y el conflicto, por de pronto, no es entre el artículo 2° bis (o la aplicación de regulaciones especiales) y los artículos 50 y siguientes -pues ahí no hay superposición siquiera aparente-, sino entre las normas que facultan al

²³³Esto supone afirmar que el criterio de especialidad, en relación al artículo 2° bis de la ley 19.496, es irrelevante. Esté o no regulada una actividad por ley especial (supongamos, la venta de medicamentos en farmacias), cuando se trata del procedimiento en atención al que se tramitará un asunto que presente relevancia para el interés colectivo o difuso de los consumidores, *siempre* procede el juicio colectivo regulado en los artículos 51 y siguientes de la ley del consumidor.

²³⁴REGCOM (2012). Pág. 18.

SERNAC para accionar en juicio colectivo, y el artículo 30 del DL 211.

Las otras razones esgrimidas por quienes han tenido ocasión de argumentar al respecto tampoco parecen solucionar definitivamente el problema. Analizaremos en lo que sigue dichos motivos.

b) *Infracciones por las cuales procede el juicio colectivo.* Además del argumento anterior, se ha dicho que el juicio colectivo sólo sería aplicable ante infracciones a derechos del consumidor establecidos en la ley del consumidor. Como la libre competencia no está enmarcada en ninguno de los derechos establecidos en dicho estatuto, el juicio colectivo no procedería.²³⁵ Nos parece que esta afirmación no es del todo correcta.

Marco general de las acciones que concede la Ley de Protección al Consumidor. El artículo 50 de la ley del consumidor establece que las acciones que derivan de dicha ley, se ejercerán frente a actos o

²³⁵“(…) el procedimiento de protección del interés colectivo o difuso está orientado a atribuir la responsabilidad por una o más infracciones a la LPC y, eventualmente, la responsabilidad civil que fluya de tales contravenciones. (...) Sin un atentado a la LPC el procedimiento de defensa del interés colectivo o difuso carece de base; y sin una infracción a la LPC mal puede declararse la obligación de indemnizar perjuicios conforme al texto de la LPC. BANFI, (2013b).

conductas que afecten el ejercicio *de cualquiera de los derechos* de los consumidores. Sólo si se entiende lo anterior como restringido a aquellos derechos establecidos en la Ley del Consumidor, entonces el Juicio Colectivo tendría esta aplicación acotada. Pero parece razonable pensar que dicha regla entiende los derechos de los consumidores en un sentido más amplio, que trasciende a aquellos establecidos en la LPC. La misma definición de interés difuso así lo muestra: *Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.* El artículo se refiere a los derechos de los consumidores y no a las infracciones de la Ley del Consumidor, y pese a que ambas áreas puedan coincidir, es claro que la primera excede a la segunda.²³⁶ El derecho de indemnización que tienen los consumidores por haber sido dañados en sede de libre competencia es precisamente un derecho de los consumidores que se encuentra establecido fuera de la LPC.

Aplicación del Juicio Colectivo. Hay una poderosa razón de texto legal que respalda la afirmación según la cual el juicio colectivo es aplicable

²³⁶La definición de interés colectivo es menos transparente, pero aún sí digna de mención: las acciones defienden el interés colectivo de los consumidores cuando se promueven en defensa de los *derechos comunes a un conjunto determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual.* Artículo 50 Ley 19.496.

en circunstancias en que no ha existido una infracción directa a las normas primarias de la Ley del Consumidor. El artículo 51 –primero del párrafo 2° del título IV, cuyo título es *Del Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores-*, señala que el procedimiento en cuestión se aplicará *cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores*. Es sabido que el término *interés* excede al estricto *derecho subjetivo* en la terminología jurídica. La norma no señala que se utilizará cuando se infrinjan los derechos de los consumidores, ni menos que su aplicación se restringe a la infracción de los derechos establecidos en la Ley 19.496. En armonía con lo anterior se encuentra el artículo 52, que establece específicamente los requisitos de admisibilidad de la acción: legitimación activa y exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores en los términos del artículo 50. Es decir, si el tribunal verifica que la acción ha sido intentada por alguno de los legitimados en el artículo 51²³⁷, y que sus fundamentos de hecho y de derecho muestran que se ha afectado el interés colectivo y difuso en

²³⁷Estos son a) el SERNAC; b) una Asociación de Consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción (...); c) un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, no inferior a 50 personas, debidamente individualizados. Artículo 51 n° 1.

los términos del artículo 50, *debe declararla admisible y darle tramitación*. Nos parece claro que dicha remisión no contradice lo ya señalado sino que lo reafirma.²³⁸

Cuando se introdujo el juicio colectivo a la ley 19.496²³⁹, el Título IV pasó de denominarse “*Del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley*” a intitularse “*Del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y del procedimiento para la defensa del interés colectivo o difuso*”. La modificación no es trivial, ni tampoco casual: con anterioridad a la modificación la ley establecía un procedimiento cuya finalidad era exclusivamente la aplicación de esta ley (de protección al consumidor); luego de ella pasó a contener dos

²³⁸El 10º Juzgado Civil entiende la remisión al artículo 50 como hecha al primer inciso, esto es, a la regla que señala que *las acciones establecidas en la ley del consumidor se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores*. Esto devolvería, según el tribunal, la aplicación del Juicio Colectivo a aquellos casos en que se infringió dicha ley y no otra. Esto nos parece equivocado. En primer lugar, ya señalamos que la expresión *cualquiera de los derechos de los consumidores* es más amplia que *los derechos de los consumidores establecidos en la Ley del Consumidor*. Por otra parte, parece evidente que la remisión al artículo 50 se hace en razón de su penúltimo inciso, que define qué es el interés colectivo y qué el interés difuso. Es lógico, por cuanto es esta la única disposición del ordenamiento chileno que contiene una definición de dichos conceptos, y si el requisito de admisibilidad señala que el tribunal debe calificar el interés afectado como colectivo o difuso *en los términos del artículo 50*, esos términos no pueden sino ser aquellos que definen el interés colectivo y el interés difuso. No se entiende, en este caso, el razonamiento que ocupa el tribunal en su considerando Décimo Primero.

²³⁹Por la ley 19.995 de 2004. Para un tratamiento más detallado de las razones que hubo para la modificación legal, ver BARAHONA, Juan Sebastián, *Procedimiento General de Protección de los Derechos del Consumidor. Análisis y Comentarios*. Cuadernos de Análisis. Colección de Derecho Privado n° 3, 2006. Pp. 299 y ss.

procedimientos,²⁴⁰ uno de los cuales está orientado a la aplicación de la ley del consumidor y el otro está derechamente orientado, no a la aplicación directa de esa normativa, sino a la protección del interés colectivo o difuso. Si bien esta no es una razón definitiva, muestra de cierta forma la diferenciación de funciones que se encuentra ínsita en las estructuras procedimentales, y va en el mismo sentido que los razonamientos desplegados en este acápite.²⁴¹

c) *Necesidad del SERNAC de hacerse parte en el procedimiento seguido ante el TDLC.* Otra de las razones que se esgrimió para negarle legitimidad al SERNAC en el caso Farmacias, es que éste no se hizo parte ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento que terminó con la declaración y condena del ilícito competitivo, y que esto le impide accionar posteriormente ante el tribunal civil para cobrar los perjuicios a que dicha declaración da

²⁴⁰De otro modo se llamaría “*Del procedimiento a que da lugar la aplicación de esta ley y la protección del interés colectivo o difuso*”, pero en cambio señala que se trata del procedimiento que tiene lugar para aplicar la ley y *también* del procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso, lo que claramente supone la existencia de dos procedimientos diversos, con objetos también diversos.

²⁴¹ Así también lo ha consignado parte de la doctrina, que diferencia las acciones sancionatorias de aquellas con carácter reparatorio. Las primeras tendrían como fundamento una infracción a la normativa de la LPC; las segundas, en cambio, tendrían como fundamento el daño producido y no una contravención legal. Ver CORTEZ, Gonzalo, *Párrafo 1º. Normas Generales*. Pp. 953 y ss. En DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (directores), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Fundación Fernando Fueyo – Thomson Reuters. Santiago, 2013.

lugar. Al declarar la inadmisibilidad de la demanda del SERNAC, el 10° juzgado civil declaró que aparecía como necesario que *el SERNAC se hubiere hecho parte en el proceso tramitado ante el TDLC, que fue notorio y de público conocimiento, atendido el expreso mandato legal que tiene este órgano, en la LPC, en aquellos casos en que pueda estar comprometido el interés colectivo y difuso de los consumidores y no pretender accionar en forma “rebuscada”, (sic) sólo una vez conocido el fallo que declara la colusión y condena a las demandadas*²⁴². Lo cierto es que, con independencia de que el SERNAC tuviera el deber que menciona el tribunal y conforme a él debía hacerse parte en el procedimiento señalado,²⁴³ esto no le impide en ningún caso accionar en sede civil reclamando la indemnización de los perjuicios. El artículo 30 del Decreto Ley 211 no lo exige; más bien señala que la acción de indemnización a que haya lugar, *con motivo* de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia

²⁴²Considerando 11° de la sentencia.

²⁴³La facultad de hacerse parte en las causas que involucren el interés general de los consumidores, establecida en el artículo 58 letra g) de la Ley 19.496, es también un deber, como lo son, en general, las atribuciones de los organismos públicos. Esto sin perjuicio de que el Servicio tenga discreción en cuanto a cuándo y cómo velar por el cumplimiento de la normativa y los derechos del consumidor. Si en este caso ha infringido ese deber, es una cuestión que depende de criterios que no tienen relación nuestra tesis principal. Para un análisis más detallado ver Informe n° 25, REGCOM Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. *Legitimidad del SERNAC para demandar la indemnización de los daños causados por un cartel a los consumidores*. Santiago, 2012. Pp. 4 y ss., y el Dictamen de la Contraloría General de la República n° 50183 de 2007.

definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal que corresponda. Más importante aún, por motivos que veremos más adelante, es que el juicio colectivo de la Ley del Consumidor no lo exige, ni lo condiciona al hecho de hacerse parte en un procedimiento anterior.

d) *Determinación de los consumidores afectados y necesidad de establecer un procedimiento al respecto.* Es menester, por último, referirse a los argumentos “complementarios” que señaló el tribunal para oponerse a admitir la demanda. Son complementarios pues, en rigor, no son razones que deban dar lugar al rechazo de la tramitación de la demanda, sino que son fundamentos pertinentes para desechar la pretensión aducida luego de haber dado curso al procedimiento. Es decir, son razones de fondo, y no de forma. Estas razones, y sus respectivas objeciones, son:

i. *El SERNAC solicita al Juzgado la formación o determinación de grupos o subgrupos de consumidores afectados sin entregar ningún antecedente en su demanda respecto a datos o premisas sobre las cuales estos grupos o subgrupos puedan determinarse, careciendo entonces de claridad su libelo.* La exigencia del

tribunal aquí no se apega a la normativa aplicable. El artículo 53 A de la LPC indica claramente que el juez podrá ordenar, conforme a las características del caso, la formación de grupos y subgrupos y, de ser así, tantos como estime conveniente. Es facultad del juez ordenar estos grupos y lo hará según lo estime y de acuerdo a lo que se desprenda del procedimiento. En ningún caso se establece que sea deber del SERNAC dar pistas al respecto, cuestión que podría facilitarle la tarea al juez, pero que no es suficiente para constituir una obligación;

- ii. *Las causas en que las demandas colectivas tienen éxito son aquellas en que los consumidores son determinados o determinables por el proveedor pero en este caso no existe claridad respecto a quien se vería beneficiado con la acción.* Las causas en que las demandas colectivas tengan éxito podrán, en el mejor de los casos, servir de referencia para quien interponga una acción colectiva; no se ve cómo de eso se sigue que si no están determinados por el proveedor la acción deba ser impedida. Al contrario, la acción por interés difuso se define precisamente como aquellas que se promueven en defensa de un conjunto

indeterminado de consumidores,²⁴⁴ y que sean determinables para el proveedor es absolutamente irrelevante, salvo para efectos probatorios;

iii. *Las pruebas que podrían aportar los consumidores, como lo es la boleta de compra, probablemente ya no existan en poder de los mismos. Que probablemente las pruebas más relevantes hayan desaparecido es una especulación carente de fundamento. Aun de tener alguna base empírica, es una cuestión sobre la que no corresponde pronunciarse a un tribunal, menos en la etapa de admisibilidad de la demanda;*

iv. *Aun de existir pruebas, la demanda no indica la forma o procedimiento que, sin implicar un nuevo juicio por parte de los afectados, posibilitaría la obtención de la reparación perseguida por el SERNAC en el proceso colectivo. Este es sin duda el argumento más sorprendente del tribunal. El SERNAC no tiene facultad para establecer una forma o procedimiento en que los*

²⁴⁴ Además de lo dispuesto en la misma LPC, la doctrina también es clara en cuanto a que *El interés difuso supone que no es posible identificar a las personas físicas implicadas y que no existe un ente que pueda afirmar que agrupa a todas aquellas personas físicas*. MONTERO, Juan, *La Legitimación en el Proceso Civil*. Civitas. Madrid, 1994. Pp. 65 – 66.

afectados cobren su indemnización y no tiene sentido que intentara hacerlo pues de eso ya se encargó la ley creando el Juicio Colectivo. Las reglas del procedimiento colectivo establecen claramente cómo y a través de qué medios los afectados podrán identificarse en juicio y obtener la reparación, *sin implicar un nuevo juicio*. Ese es todo el sentido del Juicio Colectivo: posibilitar la declaración de una obligación de reparación aun cuando no se haya identificado durante el procedimiento a cada uno de los beneficiarios de dicha reparación, postergándose así su identificación y pago.²⁴⁵

- v. *En relación a los consumidores que no pudieron comprar alguno o más de los 206 medicamentos, la demanda carece de lógica jurídica, toda vez que quienes se podrían haber visto perjudicados por la conducta colusiva, deberían impetrar un juicio aparte del aquí invocado, por todo lo que involucra la determinación de la concurrencia del perjuicio. Si bien nos parece que el razonamiento del tribunal aquí también es errado, lleva razón en cuanto a que el*

²⁴⁵ Para ver detalles de dicho procedimiento y sus etapas ver AGUIRREZÁBAL, Maite, *Párrafo 2º. Del Procedimiento Especial Para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*. En DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (directores), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo – Thomson Reuters, 2013. Pp. 1013-1060.

SERNAC no puede pretender indemnización para aquellos que se vieron impedidos de adquirir el producto. Las reglas del Juicio Colectivo especialmente señalan que se deberá probar el daño y el vínculo contractual entre el proveedor y el consumidor afectado, cuestión que no existe *por definición* en los casos en que los consumidores se vieron excluidos del mercado. No estamos de acuerdo, sin embargo, en que sólo a través de un juicio de lato conocimiento o así, se podría llegar a acreditar el daño en esos casos. Parece razonable que se introdujeran presunciones en ese sentido conforme a lo que se concluyó en el capítulo sobre los daños.

e) ***Procedimiento aplicable.*** Lo dicho hasta aquí pretende haber desestimado la mayoría de los argumentos que se alzan en contra de la admisibilidad de una acción colectiva por infracción a las normas de libre competencia. Sin embargo, no se ha presentado una razón fuerte que fundamente porqué es aplicable el Juicio Colectivo de la Ley del Consumidor y no el Juicio Sumario establecido en la normativa de libre competencia. Hay un último argumento en contra de la

procedencia del juicio colectivo que servirá para intentar una respuesta.

Parece estar en el núcleo de la postura en contra de las acciones de clase por atentados a la libre competencia, el que el artículo 30 del Decreto Ley 211 es el que funda la responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos.²⁴⁶ De ser así, esta norma, que posibilita la acción indemnizatoria en esa sede, expresaría de una vez la posibilidad de accionar además de la forma en que dicha acción se tramitará. Aplicado el artículo 30 no es factible introducir otras normas procesales, por muy convenientes y eficientes que resulten para ciertos casos. El procedimiento sumario no es compatible con el juicio colectivo, y se debe optar por uno de ellos. Si hubo infracción a las normas de libre competencia, es claro cuál de ellos es el que procede. Nuestra opinión, sin embargo, es que el artículo 30 del Decreto Ley 211 no funda la responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos. Lo hace el artículo 2314 del Código Civil. Es esa la regla que da fundamento y base a cualquier acción por daños que se intente: *cualquiera que dañe a otro deberá reparar los daños sufridos*. El

²⁴⁶BANFI, (2013b).

artículo 30 del estatuto de libre competencia simplemente reafirma dicho principio, haciendo evidente lo que era de todos modos necesario de conformidad a las reglas generales.

Sin embargo, la idea de que el artículo 30 es *meramente* una redundancia del artículo 2314 es una simplificación excesiva pues siempre ha de preferirse la interpretación de una regla según la cual esta produzca algún efecto, y limitarse a repetir lo que otra norma ya ordena va en el sentido contrario a una interpretación tal. Entendemos que el objeto y sentido del artículo 30 es en primer lugar convertir la acción indemnizatoria en una *follow-on action*, cuyo principal efecto es negar la posibilidad de demandar indemnización por ilícitos anticompetitivos si estos no han sido establecidos por el TDLC,²⁴⁷ y asimismo, disminuir los elementos a ser probados (mejorando por esa vía la posición del demandante), y en segundo lugar alterar las normas

²⁴⁷ Esto significa, en otras palabras, que un juez civil no puede conocer una acción indemnizatoria derivada de ilícitos anticompetitivos interpuesta como *stand-alone action* (i.e. sin la previa sentencia del TDLC y/o Corte Suprema que declaren que los hechos son constitutivos de atentados a la libre competencia en términos del artículo 3 del DL 211). Si bien la ley no lo establece expresamente, ha sido comprendido de esta manera y tiene sentido considerando las funciones de los distintos tribunales y su especialización. Un caso en que así quedó consignado fue *Sound Color con United Pictures*. 10° Juzgado Civil de Santiago. 30.12.2005. Rol n° 782-2004 confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago. 30.06.2009. Rol n° 1361-2006. Un análisis de este caso en BANFI, Cristián. *Acerca de la Imputación de Responsabilidad Civil por Ilícitos Anticompetitivos entre Rivalés en Chile*. Revista Chilena de Derecho. 2014, vol. 41, N° 1, Santiago, abril de 2014. Pág. 37-58. [BANFI, (2014b)].

procedimentales ordenando el juicio sumario en vez del ordinario, facilitando nuevamente un pronunciamiento rápido de la sentencia atendido que parte de la prueba fundamental de un juicio de responsabilidad ya se debe dar por descontada: el hecho culpable. Esas dos modificaciones a las reglas generales del juicio de responsabilidad civil constituyen, a nuestro juicio, la identidad del artículo 30, y no el de fundar la acción indemnizatoria por ilícitos anticompetitivos: eso sería negar que las reglas que posibilitan dicha acción son de alcance general y se aplican siempre que un hecho culpable cause daño a otro. Sería, básicamente, quitarle su fuerza al estatuto de responsabilidad extracontractual establecido en el Código Civil por la única razón de que existe un artículo que replica su contenido en otra normativa especial. No parece consistente sostener que el sentido del artículo 30 sea ese, ni tampoco que tenga por objetivo limitar o impedir la interposición de acciones de clase. Su sentido es evidentemente mejorar la posición de los demandantes en relación a la que tendrían de acuerdo a las reglas generales: demandas individuales tramitadas conforme al juicio ordinario del Código de Procedimiento Civil. Un juicio de lato conocimiento que podría fácilmente frustrar cualquier intento de indemnización por ilícitos anticompetitivos, y con ello el

potencial rol que podría jugar el *private enforcement* en nuestro ordenamiento. Así lo entendió la Corte de Apelaciones cuando expresó, al admitir la demanda del SERNAC a tramitación, que *tampoco resulta aceptable la argumentación de las demandadas en cuanto a que sólo pudieron demandar quienes resultaron personalmente afectados por las conductas que se sancionaron, puesto que al tratarse de un conjunto indeterminado de consumidores, (...) pretender que cada uno de ellos debiera demandar separadamente, impondría tener que asumir una carga que podría tornar ilusorio el derecho y desconocer además la normativa que la propia ley ha establecido para estos casos. Ciertamente, nada impide que sin perjuicio de la acción intentada por Sernac, algún particular pudiera hacerlo individualmente.*²⁴⁸

El fin del artículo 30 es, así, permitir una acción indemnizatoria con dos ventajas respecto a las reglas generales de demanda individual. Esto es sin perjuicio de la existencia de normativa especial, como la ley del consumidor, que permite accionar en juicio colectivo atendida la calidad y cantidad de consumidores afectados, considerando que ni

²⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 2.12.2013, Rol n° 3908-2013. Considerando 3°.

en un juicio ordinario ni en un juicio sumario tendrían alternativas reales de obtener reparación. Aplicar el juicio colectivo por ilícitos anticompetitivos en ningún caso supone convertir la acción indemnizatoria en una *stand-alone action*: la acción siempre tendrá por fundamento la calificación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el sentido de determinar que ciertos hechos configuran un ilícito anticompetitivo. Un tribunal civil, como dijimos, no tiene (o al menos así se ha entendido) facultad para pronunciarse respecto de esa materia y, así, una acción que se funde en el artículo 2314 y espere del juez civil que establezca un ilícito de este tipo tiene escasas probabilidades de tener éxito. Lo que sostenemos es que, una vez que el TDLC ha calificado cierta conducta como ilícito anticompetitivo, el fundamento de la acción por daños no se encuentra (o al menos no únicamente) en el artículo 30 del DL 211, sino en el artículo 2314. Esta idea provee de una sistematización más clara al estatuto general de responsabilidad por daños –esto es, el artículo 30 del DL 211-, y a las acciones que se interponen en el interés difuso y colectivo de los consumidores.²⁴⁹

²⁴⁹ Aquí no pretendemos negar que muy probablemente una técnica legislativa más rigurosa hubiese permitido evitar estos problemas interpretativos. Lo cierto es que, considerando el oficio de la Corte Suprema, todo hace pensar que no habrá modificaciones legales con relación a este punto.

La aplicación del juicio colectivo implica, desde luego, atenerse estrictamente a las reglas de dicho procedimiento colectivo y no utilizar elementos ajenos a él. En ese sentido, hay varias cuestiones que se presentan y que revisten algún interés, por lo que serán comentadas antes de terminar esta sección.

- i. *Consumidores que se vieron excluidos.* Aquellos consumidores que no pagaron sobreprecio quedan en una situación bastante desmejorada, pues las reglas del juicio colectivo exigen acreditar, además del daño, el vínculo contractual con el proveedor. Vimos en el apartado de daños cómo era posible sufrir daño indemnizable aun no habiendo comprado el producto. Si bien hay una dificultad probatoria al respecto, nada obsta a que se formen grupos de consumidores de este tipo, cuya prueba del daño deba ser acreditada de forma distinta a aquella de quienes pagaron sobreprecios. Nos parece que una modificación en dicha regla posibilitaría identificar de manera óptima cada tipo de daño atendida su particularidad, sin frustrar el objetivo del juicio colectivo.

ii. *Compradores indirectos*. Al exigir un vínculo contractual con el proveedor, el juicio colectivo excluye definitivamente a los compradores indirectos. En un juicio como SERNAC-Farmacias esto no representa un problema mayor, pues los consumidores afectados precisamente son compradores directos de las cadenas coludidas y, por lo tanto, podrán acreditar un vínculo contractual en el proceso. Es un problema –importante–, sin embargo, para cualquier caso en que los consumidores no sean directamente compradores del infractor, como sucede en los casos en que se discute sobre la prohibición del *passing-on*. De acuerdo a las conclusiones obtenidas a lo largo de este trabajo, excluir a compradores indirectos por no tener una relación jurídica con el infractor no parece tener sustento por referencia a los elementos de la responsabilidad civil. Dijimos que, salvo que se muestre lo contrario, lo probable es que los daños en forma de sobreprecios sean absorbidos (en mayor o menor medida) por los consumidores. El problema que parece existir en relación a dichos compradores es uno procesal: el SERNAC está legitimado para defender a una *clase* de afectados, para lo cual no necesita más que señalar el

perjuicio que sufrieron. Luego el consumidor particular sólo debe acreditar ante el tribunal que él es parte de esa clase y cobrar una indemnización, que será idéntica para cada miembro del grupo. Un comprador indirecto (o una clase de compradores indirectos) necesitará algo más que señalar el perjuicio: deberá acreditar (o alegar la plausibilidad) de un traspaso de costos por parte de los intermediarios.

- iii. *Daño moral.* En el juicio colectivo la reparación no se extiende al daño moral, y queda acotado al daño patrimonial sufrido por el consumidor. Esto podría representar un problema en los casos en que, derivado del daño primario, puedan haberse presentado daños de tipo extra-patrimonial. La cuestión deberá resolverse en un juicio individual aparte, tramitado en procedimiento sumario.²⁵⁰

Tampoco nos parece excesivo indicar aquí una modificación. No hay razones de peso que justifiquen dicha acotación, sobre todo

²⁵⁰El artículo 51 n° 2 señala que en *las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, no podrán extenderse al daño moral.* Esto parece dejar a salvo lo que pueda acreditarse en otros procedimientos. Sin embargo, el artículo 54 C, establece que *quien ejerza sus derechos conforme al inciso primero de este artículo* (comparecer representado por abogado o personalmente al juicio colectivo), *no tendrá derecho a iniciar otra acción basada en los mismos hechos.* Esto deja fuera la posibilidad de demandar daño patrimonial en juicio colectivo y moral en juicio sumario. Quien pretenda dicha reparación deberá acudir únicamente al juicio sumario, con base en el artículo 30 del DL 211 y acreditar el daño de conformidad a las reglas generales.

considerando que los problemas que se pudieran presentar en relación a la prueba, proporcionalidad y certeza del daño moral no son exclusivos de una situación derivada de ilícitos anticompetitivos, sino que atraviesan todo el derecho de daños, requiriendo con urgencia de un tratamiento sistemático y serio por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional.²⁵¹

iv. *Determinación del daño.* El artículo 51 n° 2 expresa, en lo que respecta a los perjuicios, que basta con señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine. No es necesario calcular un monto y probarlo, por lo que lo dicho en relación a la determinación y prueba del daño es una cuestión relativamente zanjada por las reglas del juicio colectivo. No se trata propiamente una presunción, pero sí de un relevo al demandante de expresar con claridad a cuánto ascienden los perjuicios y de proporcionar prueba que lo acredite.

v. *Follow-on action.* Una implicancia necesaria de la aplicación del juicio colectivo, es que no pueden introducirse las alteraciones que

²⁵¹Ver, en general, BARROS (2006).

confiere el artículo 30 del DL 211. En otras palabras, la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no será tenida como vinculante en el sentido en que lo establece dicho estatuto. Esto pareciera tener graves consecuencias para los consumidores representados en la acción colectiva, pues deberán probar el hecho ilícito nuevamente, pero esta vez ante un tribunal civil. Todo indica, empero, que la situación puede resolverse de manera bastante más sencilla. Debe tenerse presente que no es posible para un tribunal civil que debe resolver si concurren o no los elementos de la responsabilidad con antecedente en un ilícito anticompetitivo desconocer lo acreditado por organismos especializados como la Fiscalía Nacional Económica y lo resuelto por el TDLC y la Corte Suprema. El expediente de la investigación y la sentencia que contiene la decisión jurisdiccional deben servir, en todo caso, como prueba suficiente de la ocurrencia de los hechos y la especialización del tribunal debiera conferir, al menos, un indicio a favor de la calificación jurídica de esos hechos allí discutidos.²⁵² Los jueces civiles no pueden desconocer la decisión

²⁵² De otra forma no tendría sentido la prohibición inversa: que los tribunales civiles no pueden dar por establecidos ilícitos anticompetitivos, pues esta facultad es privativa del TDLC. Así sucedió, por ejemplo, en *Pivcevic con Lan Chile*, cuya resolución tuvo lugar con anterioridad a la introducción del artículo 30 en el DL 211. En este caso, que tenía por fundamento únicamente los

del órgano especializado al ejecutar sus facultades. Con todo, el escenario óptimo sería aquel en que se pudieran hacer valer las sentencias dictadas en sede de libre competencia ante los tribunales civiles, del modo que establece el Código de Procedimiento Civil para las causas penales.²⁵³ El principio de conexión heterogénea aparecería en toda su magnitud vinculando las pretensiones de ambos procesos que, pese a su diversa naturaleza (una sancionatoria, la otra indemnizatoria), se fundan en mismo complejo histórico-fáctico.²⁵⁴

- vi. *Desavenencias entre compradores directos e indirectos.* En el caso en que ambos demandaran (adelantándonos, quizás, demasiado a nuestra realidad y arriesgándonos a que nuestra preocupación parezca excesiva), sus intereses no estarían alineados y podría dar lugar a conflictos, sobre todo en cuanto al traspaso de los sobreprecios. En este contexto, se reitera la utilidad de un *amicus curiae* que pudiese aportar información a los efectos que un ilícito

artículos 2314 y siguientes, se dio fuerza de cosa juzgada a la sentencia de la Comisión Resolutiva, que había establecido el ilícito anticompetitivo. Véase BANFI, (2014b).

²⁵³"en los casos civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado" Artículo 178 del Código de Procedimiento Civil.

²⁵⁴Hablamos aquí del principio conforme al cual la pretensión de las sentencias dictadas en procesos penales (pero más ampliamente sancionatorios) producen efecto, esto es, son vinculantes en cuanto al contenido de la sentencia, en el juicio civil posterior.

produjo en determinado mercado, y dar cuenta de los estudios jurídicos y económicos más avanzados al respecto.

IV. Conclusiones del capítulo y finales

Si la legitimación para demandar indemnización por ilícitos anticompetitivos se limita a los compradores directos, el poder del *private enforcement* llega hasta allí. *La reparación íntegra ocurrirá cuando los efectivamente dañados estén en posición de tener expectativas realistas de ser compensados.*²⁵⁵ Entonces, y no antes, se habrá realizado el principio de justicia correctiva.

Para los consumidores esto supone, necesariamente, la existencia de acciones de clase y representación colectiva que disminuya los costos de litigar, y mejore su posición en el juicio de responsabilidad.

Intentamos en este capítulo argumentar porqué dicha acción se contempla en la normativa chilena, en la forma del juicio colectivo establecido en los artículos 50 y siguientes de la Ley del Consumidor. Si esa conclusión es correcta, las expectativas que tienen entonces los consumidores de obtener una compensación por los daños provocados a raíz de la colusión de las Farmacias, es más que realista. Esto representa un avance en la situación actual, en que, salvo la iniciativa del SERNAC, no ha habido litigio llevado

²⁵⁵BULST (2011). Pág. 78.

adelante en nombre de compradores indirectos o consumidores, ni, por lo tanto, compensación de ninguna especie.

La aplicación del juicio colectivo, sin embargo, presenta múltiples problemas que son inexistentes en el caso de la acción individual de responsabilidad. Los identificamos en los siguientes términos: (1) no reparabilidad de los daños producidos a consumidores desplazados o excluidos del mercado (por la exigencia de vínculo contractual entre el consumidor y el proveedor); (2) no reparabilidad de compradores indirectos (en razón de la misma exigencia); (3) no reparabilidad del daño moral que pueda derivarse de algún daño con contenido patrimonial; (4) carácter ordinario de la acción y no de *follow-on action* como sucede con las acciones individuales emanadas del artículo 30 del DL 211.

Todo lo anterior, nos parece, es consecuencia natural del tipo de juicio que supone tramitar las pretensiones de un grupo, determinado o no, de consumidores afectados en sus derechos a causa de un ilícito anticompetitivo. Con independencia de si habrá modificaciones legales en el corto o largo plazo (todo parece indicar que no), consideramos fundamental que la aplicación privada de las normas de libre competencia sea comprendida con

sus virtudes, pero también con sus limitaciones: esta atiende a las afectaciones hechas a intereses o derechos individuales; los intereses generales de los consumidores -a los que alude desprejuiciadamente la ley del consumidor-, evocan un portador también general, una colectividad cuyos derechos no pueden simplemente ser agregados. De intentar hacerlo así, surgirán las complicaciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia estadounidense han denunciado.

Si algún sentido propio tiene este trabajo, es la pretensión de haber dibujado dichos límites por referencia a las categorías tradicionales de la responsabilidad civil. Esto no supone evitar mirar la compensación como una consecuencia deseable de los juicios indemnizatorios que se tramiten en el interés de los consumidores. Al contrario, parece ser una necesidad no cubierta cuyo desarrollo urge a nivel legislativo, pero sobre todo de *praxis* jurídica. Sin embargo, de cara a los fundamentos y límites del derecho de daños, debe quedar consignado que los bienes que se ven afectados por los atentados a la libre competencia, no pueden ser -ni en una mínima parte- definitivamente compensados en un juicio de responsabilidad civil. Toca a quienes estudian los derechos e intereses supraindividuales o propiamente colectivos pensar y revolucionar dichas categorías, hoy demasiado toscas para

responder adecuadamente un problema cuyo carácter es bastante más complejo que el de aquellas situaciones que nuestras categorías civiles pretenden –y pueden, de hecho- solucionar.

Bibliografía

Textos consultados

AGHION, Philippe, BLOOM, Nick, BLUNDELL, Richard, GRIFFITH, Rachel y HOWITT, Peter, *Competition and Innovation: an Inverted U Relationship*. *Q.J. Econ.* N° 120. (2005).

AGUIRREZÁBAL, Maite, *El Procedimiento para la defensa de Intereses Colectivos y Difusos de Consumidores y Usuarios en la Ley 19.496*. Cuadernos de Extensión Jurídica. Universidad de los Andes. N° 12,. (2006).

AGUIRREZÁBAL, Maite, *El Estado de Derecho y la Gran Reforma a la Justicia Civil: Una Visión desde el Derecho Procesal Comparado*. En *Coloquio, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. Santiago, 5 y 6 de octubre de 2009.

AGUIRREZÁBAL, Maite, *Párrafo 2°. Del Procedimiento Especial Para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores*. En DE LA MAZA, Iñigo y PIZARRO, Carlos (dir.), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo – Thomson Reuters, 2013.

ALBORNOZ, Camila y MORALES, Felipe, *La responsabilidad civil extracontractual como instrumento de protección de la Libre Competencia*. Director: Cristián Banfi del Río. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado. Santiago, 2013.

ALESSANDRI, Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1943.

ANDERSEN, William y ROGERS, Paul, *Antitrust Law: Policy and Practice*. 4th ed. Nueva York: Lexis Nexis, 2008.

ARAYA, Fernando, *Daño Anticompetitivo y Daño Indemnizable: un Ensayo de confrontación*. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 4. (2005).

AREEDA, Phillip; BLAIR Roger; HOVENKAMP, Herbert and PIETTE, Christine, *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Nueva York: Aspen Publishers: Wolters Kluwer Law & Bussines, 2010.

AREEDA, Philip and HOVENKAMP, Herbert, *Fundamentals of Antitrust Law*. Nueva York: Aspen Law and Business, 2002.

AREEDA, Philip, HOVENKAMP, Herbert and BLAIR, Roger, *Proving Antitrust Damages: Legal and Economic Issues*. Section of Antitrust Law, American Bar Association. Page Eds, 1996.

AREEDA, Philip, KAPLOW, Louis and EDLIN, Aaron, *Antitrust analysis. Problems, Text, and Cases*. 6th ed. Nueva York: Aspen Publishers, 2004.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*. México: Porrúa S.A, 1967.

ARROW, Kenneth en CRANE, Daniel y HOVENKAMP, Herbert, *The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources*. Nueva York: Oxford University Press, 2013.

ASHURST, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringements of EC Competition Rules. Analysis of economic Models for the Calculation of Damages, prepared by E. Clark, M. Hughes and D. Wirth*. Bruselas, 2004.

BANFI, Cristián, *Naturaleza de la Responsabilidad Civil entre Rivaless emanada de Ilícitos Anticompetitivos*. En TURNER, Susan (coord.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago, Editorial LegalPublishing - Thomson Reuters, 2014 (en prensa). [BANFI, (2014a)]

BANFI, Cristián, *Acerca de la Imputación de Responsabilidad Civil por Ilícitos Anticompetitivos entre Rivales en Chile*, Revista Chilena de Derecho, 2014, vol. 41, N° 1 (Abril de 2014). [BANFI, (2014b)]

BANFI, Cristián, *La Responsabilidad Civil como Forma de Aplicación Privada del Derecho de la Competencia*. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 21. (Diciembre de 2013). [BANFI, (2013a)]

BANFI, Cristián. *Consumidores afectados por Ilícitos Anticompetitivos*. Columna de opinión en El Mercurio Legal, 9 de diciembre de 2013. [BANFI, (2013b)]

BARAHONA, Juan Sebastián, *Procedimiento General de Protección de los Derechos del Consumidor. Análisis y Comentarios*. Cuadernos de Análisis. Colección de Derecho Privado. N° 3. (2006).

BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BEARD, Daniel, *Damages in Competition Law Litigation*, en WARD, Timmy y SMITH, Kassie (eds.), *Competition litigation in the UK*. Londres: Sweet and Maxwell, 2005.

BEJCEK, Josef, *Economic and Legal Substance of Damages*. En BASEDOW, Jürgen *et al*, *Private Enforcement on Competition Law*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

BIANCHI, Alberto, *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1998.

BRODER, Douglas, *U.S. Antitrust law and enforcement: a practice introduction*. 2nd ed., Nueva York: Oxford University Press, 2012.

BULST, Friedrich W., *Passing-On* en BASEDOW, Jürgen *et al*, *Private Enforcement on Competition Law*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

CAVANAGH, Edward, *Illinois Brick: a Look Back and a Look Ahead*, 17 *Loy. Consumer L. Rev.* N° 1. 2004.

CENTRO DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (REGCOM), *Informe N° 25. Legitimidad del SERNAC para demandar la indemnización de los daños causados por un cartel a los consumidores*. Santiago, 2012

CHAHUÁN, Luis F., *Acciones Colectivas. La Legitimación activa y otros problemas procesales en relación con dichas acciones*. Memoria Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2011.

COLEMAN, Jules, *Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method* en POSTEMA, Gerald, *Philosophy and the Law of Torts*. Cambridge University Press, 2001.

CRANE, Daniel, *The institutional Structure of Antitrust Enforcement*. Nueva York: Oxford University Press, 2011.

CRANE, Daniel and HOVENKAMP, Herbert, *The Making of Competition Policy: Legal and Economic Sources*. Nueva York: Oxford University Press, 2013.

DELGADO, Verónica, *La Protección del Medio Ambiente a través de las Acciones Populares del Artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un Estudio Histórico-Comparativo*. En Martinic, María Dora y Tapia, Mauricio, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, Tomo II*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

DEVIS, Hernando. *Teoría General de la Prueba, Tomo I*. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988.

EGER, Thomas and WEISE, Peter, *Harm and Damages as Economic and Legal Categories in Antitrust Law* en BASEDOW, Jürgen et al, *Private Enforcement on Competition Law*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

FISS, Owen, *El Derecho como Razón Pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FOER, Albert, *The Ideal model of private enforcement of competition law*, in BASEDOW, Jürgen and TERHECHTE, Jörg, *Private Enforcement of Competition Law*. Nomos. Baden-Baden, 2011.

FOER, Albert and CUNEO, Jonathan (eds.), *The International Book of Private Enforcement of Competition Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2010.

GIDI, Antonio y Ferrer, Eduardo (coordinadores), *Procesos Colectivos. La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en una Perspectiva Comparada*. México: Porrúa S.A., 2004.

GREEN PAPER ON COLLECTIVE PROTECTION OF CONSUMERS REDRESS.

HARDY, Melissa, *Regression with Dummy Variables*. Sage Publications. Estados Unidos, 1993.

HARRIS, Robert y SULLIVAN, Lawrence. *Passing-on the monopoly Overcharge: a Comprehensive Policy Analysis*, U. of Pennsylvania Law Review. N° 128. 1979.

HAYEK, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1973.

HOLMES, Oliver, *The Common Law*, Little, Brown and Company. Trad. 45° ed. Por BARRANCOS Y VEDIA, Fernando. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1964.

HOVENKAMP, Herbert, *The Antitrust Enterprise. Principles and execution.* Cambridge: Harvard University Press, 2005.

HOVENKAMP, Herbert, *The Indirect Purchaser Rule and Cost-Plus Sales.* Harvard Law Review. N° 103. 1990.

IHERING, Rudolf, *El Espíritu del Derecho Romano en las Diversas Fases de su Desarrollo.* Granada: Comares, 1998.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho.* Buenos Aires: Eudeba, 1960.

KELSEN, Hans, *What is Justice?* Berkeley: University of California Press, 1957.

KLOUB, Jindrich, *Standing and pass-on defense in antitrust damage suits: guided by corrective justice or efficiency?* En BASEDOW, Jürgen et al, *Private Enforcement on Competition Law.* Baden-Baden: Nomos, 2011.

LANDE, Robert, *The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust.* Antitrust Bulletin. N° 33. 1988. Pp. 429 y ss.

LANDES, William and POSNER, Richard, *Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick,* U. of Chicago Law Reviews. N° 46. 1979.

LEWIN, Nicolás. *Indemnización de Perjuicios por atentados a la Libre Competencia: El Daño Anticompetitivo, su relación con el Daño Civil y la determinación de Perjuicios.* Revista Anales de Derecho UC, enero 2011.

MARTIN, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental. Vol. I.* Madrid: Editorial Trivium, 1991.

MICKLITZ, Hans, *Collective Private Enforcement in Antitrust Law - What is Going Wrong In the Debate?* En BASEDOW, Jürgen et al, *Private Enforcement on Competition Law.* Baden-Baden: Nomos, 2011.

MOMBERG, Rodrigo, *Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*. 17 Revista de Derecho (Valdivia) 41.

MONTERO, Juan, *La Legitimación en el Proceso Civil*. Madrid: Civitas, 1994.

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.

PAGE, William, *Antitrust Damages and economic efficiency: an approach to antitrust injury*. University of Chicago Law Review.

PEÑAILILLO, Daniel, *El Enriquecimiento Sin Causa. Principio de Derecho y Fuente de Obligaciones*. Revista de Derecho Universidad de Concepción N°200, Año LXIV. Jul.-Dic., 1996.

PORTER, Michael, *Competition and Antitrust: Toward a Productivity Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures*. The Antitrust Bull. Pp. 919 – 958.

POSNER, Richard, *Antitrust Law. 2nd ed.* Chicago: University of Chicago Press, 2011

POSNER, Richard, *Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, U. of Chicago Law Reviews 46, 1979.

PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO.

RICHMANN, Barak, MURRAY, Cristopher, *Rebuilding Illinois Brick: a Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule*. Southern California Law Review. N° 81. 2007.

SALOP and WHITE, *Economic analysis of private antitrust litigation*. Washington D.C.: Georgetown Law Journal. Vol. 47, 1986

SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*. Routledge, 2006.

SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations*. Nueva York: The Modern Library, 1937.

SOLOW, Robert, *Technical Change and the Aggregate Production Function*. 39 Rev. Econ. Stat. N° 312. 1957.

VINEY, Geneviève, *Las Metamorfoses de la Responsabilidad. Rapport de Synthèse, en La Metamorphose de la Responsabilité. Sixièmes Journées René Savatier*. 15 et 16 mai. París: Presses Universitaires de France, 1997.

WEINRIB, Ernst, *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

WHISH, Richard, *Competition Law, 4th ed.* Londres: Butterworths, 2001.

WHITE PAPER ON DAMAGES ACTIONS FOR BREACH OF THE EC ANTITRUST RULES.

YBAR, Mario, *¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia? Un análisis aplicado al caso de Supermercados II*. En MONTT, Paulo y NEHME, Nicole, *Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico*. Santiago: Legal Publishing, 2010.

Jurisprudencia consultada

Alemania

HRCB, 1.10.2009. 2U 10/03. Kart.

Estados Unidos

Bigelow v RKO Radio Pictures. Corte Suprema, 25 de febrero de 1946, 327 U.S. 251 (1946).

Brunswick Corp. v Pueblo Bowl-O-Mat, Inc. Corte Suprema, 25 de enero de 1977. 429 U.S. 477 (1977).

California v. ARC America Corp. Corte Suprema, 18 de abril de 1989, 490 U.S. 93 (1989).

Eastman Kodak Co., v. Southern Photo Materials Co., Corte Suprema. 273 US 359.

Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., Corte Suprema, 17 de junio de 1968. 392 U.S. 481, 494. (1968).

Illinois Brick Co. v. Illinois. Corte Suprema, 9 de junio de 1977. 431 U.S. 720. (1977).

Stolt-Nielsen S.A. v. Animal Feed Int'l Corp. Corte Suprema, 9 de diciembre de 2009. 559 U.S. 662, 130. (2010).

Francia

Arkopharma c. Roche et Hoffmann La Roche. Tribunal de Commerce de Nanterre, 11.05.2006.

Chile

4° Juzgado Civil de Santiago, 22.06.2000. *Pivcevic y otros con Lan Chile*. Rol n° 4831-1997.

10° Juzgado Civil, 10.5.2013. *Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde S.A.* Rol n° 1940-2013.

10° Juzgado Civil de Santiago, 30.12.2005. *Sound Color con United Pictures*. Rol n° 782-2004.

Corte de Apelaciones de Santiago. 2.12.2013. *Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde S.A.* Rol N° 3908-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago. 30.06.2009. *Sound Color con United Pictures*. Rol n° 1361-2006.

Corte de Apelaciones de Santiago, 21.9.2003. *Soto con Banco Santander-Chile*. GJ N° 281. Pp. 104 y ss.

Corte de Apelaciones de Santiago, 10.7.2002. *Coria con Soc. Cortés y Aguilera Ltda.* Rol n° RDJ, T. xcix, sec. 2°, 83.

Corte de Apelaciones de Santiago, 27.12.1993. Rol N° 1925-1992. GJ N° 162.

Corte Suprema, 25.07.2013. *Philip Morris Chile Comercializadora Limitada con Compañía Chilena de Tabacos S.A.* Rol n° 5835-2004.

Corte Suprema, 7.9.2012. *Requerimiento Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada y otros*. ROL n° 2578-2012.

Corte Suprema, 2.12.1997. *Moroni con Moreno*. Rol n° 3518-1996.

Corte Suprema. Oficio 8-2012. *Informe de Proyecto de Ley 50-2011*. Santiago, 2012.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 31.1.2012. *Requerimiento Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada y otros*. Rol n° C 184-08. N° 119.

Páginas web consultadas

http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf Fecha de visita: 27.07.2014.

http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreport-problemstudypart1-final.pdf Fecha de visita: 27.07.2014.

http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_en.pdf Fecha de visita: 27.07.2014.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/;jsessionid=GGGVTr3ShsDW1hNT8MFX41QmtV9CqP4Q3pD55ZTqvkvlLBZJrJbL!1535785558?uri=CELEX:52008DC0165> Fecha de visita: 27.07.2014.

http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm Fecha de visita: 27.07.2014.

<http://supreme-court-cases.findthebest.com/1/2831/Hanover-Shoe-Inc-v-United-Shoe-Machinery-Corp> Fecha de visita: 27.07.2014.

<http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/salud/sernac-pidio-admitir-a-tramite-demanda-colectiva-por-colusion-de-farmacias/2013-10-03/233029.html> Fecha de visita: 27.07.2014.