



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**Ensayo sobre el fortalecimiento de la aplicación pública del
derecho de la competencia, en relación a la
responsabilidad civil como forma de aplicación privada**

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

Ignacio Javier Arriagada Cáceres

Profesor Guía: Cristián Banfi del Río

Santiago, Chile

2016

Contenidos:

1. Introducción.....	3
2. Los fines del derecho de la competencia.....	5
3. Aplicación pública y aplicación privada del derecho de la competencia.....	7
4. Aplicación privada en sentido amplio y en sentido restringido.....	14
5. Daños punitivos.....	18
6. Daños punitivos en la responsabilidad civil por infracciones al Decreto Ley 211.....	22
7. Aplicación privada del derecho de la competencia en sentido restringido y daño anticompetitivo: una relación dudosa.....	31
8. Conclusiones: fortalecimiento de la aplicación pública del derecho de la competencia y racionalización de la aplicación privada en sentido restringido.....	38
9. Bibliografía.....	41

Resumen: El presente trabajo busca demostrar, dentro del intento por fortalecer la aplicación pública y la aplicación privada del derecho de la competencia, que el aumento de las multas es incompatible con la implementación de daños punitivos y que, atendidos los fines del derecho de la competencia vistos desde una perspectiva económica, resulta más eficiente optar por el primer camino.

1. Introducción

Desde un principio el derecho de la competencia fue imaginado como una herramienta para combatir los efectos nocivos del poder económico excesivo, en tanto este pone en riesgo la supremacía del poder político, particularmente cuando este reside en último término en todos sus ciudadanos, es decir, en democracia.

En palabras del propio John Sherman, cuyo apellido da nombre a la primera norma moderna del derecho de la competencia, “si no vamos a soportar a un rey en el poder político, no deberíamos tampoco soportar a un rey en la producción, en el transporte o en la venta de cualquiera de las cosas necesarias para la vida”¹. Los monopolios enriquecen a quienes los ejercen a costa de quienes necesitan el bien o servicio que el monopolista ofrece, además de eliminar las oportunidades de otros que de otro modo competirían.

En definitiva, la primera preocupación del Estado en materia de libre competencia es, y desde un principio lo fue, política. Sin embargo, el monopolio es una situación económica. Y sus efectos negativos en esta perspectiva fueron advertidos mucho antes por la teoría económica clásica; a saber, la existencia de una pérdida irreparable de bienestar en el mercado, dando lugar así a una situación de

¹ Traducción libre de la intervención del senador John Sherman en la discusión de la ley que comúnmente ha sido conocida con su apellido (*Sherman Act*) [*“If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life”*]. El registro de esta intervención puede consultarse en línea, en [http://www.appliedantitrust.com/02_early_foundations/3_sherman_act/cong_rec/21_cong_rec_2455_2474.pdf] [consultado el 1 de agosto de 2016].

ineficiencia. Es dicha situación económica la que da poder al monopolista. La preocupación política tiene su raíz en una determinada estructura económica.

En efecto, cuando se creó la *Sherman Act* en 1890 en Estados Unidos, se pensó que dicha ley sería un medio para que el gobierno interviniera en aquellos casos en que una situación de monopolio se tornara peligrosa para las libertades en materia económica, aunque dejando abierta la puerta para que los particulares también pudieran recurrir a los tribunales para aplicar asimismo el derecho *antitrust*.

Desde entonces el debate sobre los roles que le corresponden a la aplicación pública y a la aplicación privada no ha cesado. Latamente se han analizado las ventajas y desventajas de uno y otro. Y el debate se hace particularmente intenso cuando se trata de la aplicación privada en sentido restringido; esto es, las demandas de indemnizaciones de perjuicios por conductas anticompetitivas.

El caso chileno no es ajeno a este fenómeno. Con una legislación relativamente joven, pareciera que aún es tiempo de experimentar, y toda clase de ideas puede parecer razonable a primera vista. No obstante, no es adecuado pensar que por ser un campo menos desarrollado uno puede desentenderse de la tradición jurídica en la que se enmarca. El derecho de la competencia chileno no es ajeno al resto de las ramas del derecho. Así, la discusión sobre la aplicación pública no puede omitir la tradición del derecho público chileno. Y la aplicación privada, sobre todo cuando es en sentido restringido, necesariamente debe tomar en cuenta los principios del derecho civil chileno.

Por tanto, una discusión sobre el equilibrio entre una y otra forma de aplicación, así como sobre las medidas que pueden tomarse para fortalecer una y otra, necesariamente debe tomar en consideración estos elementos previos. En este sentido, las dos ideas que más se han repetido como métodos para estimular las distintas formas de aplicación del derecho de la competencia en Chile son el aumento de las multas, por un lado, y la implementación de daños punitivos, por otra.

A lo largo de este trabajo se intentará argumentar por qué, pese a las apariencias, estas dos ideas no son compatibles entre sí. En seguida, habiendo constatado la necesidad de elegir uno de los dos caminos, se analizará cada uno en relación con los fines del derecho de la competencia, llegando a la conclusión de que la opción por el fortalecimiento de la aplicación pública, esto es, el aumento de las multas, es la más apropiada.

Para ello, la pregunta inicial debe ser cuáles son los fines del derecho de la competencia, cuestión que se tratará en la sección siguiente.

2. Los fines del derecho de la competencia

El derecho de la competencia persigue fines diversos. Y aunque los distintos ordenamientos jurídicos y corrientes doctrinarias añaden otros fines, en general existe un consenso acerca de que, al menos en su dimensión económica, la eficiencia en la asignación de recursos es uno de ellos, sino el principal.

Ahora bien, no es correcto asumir que el derecho de la competencia, pese a su clara afinidad con las ciencias económicas, sólo posea fines en esa dimensión. Como cualquier otra forma de intervención estatal, el derecho de la competencia tiene un importante componente político, cual es la legitimación de un determinado modelo económico dentro del sistema democrático, a fin de hacerlo compatible con este último.

Sin embargo, puede considerarse que este es un fin externo, en el sentido de que se tiene a la vista al momento de pensar el derecho de la competencia en abstracto, y no tanto al aplicarlo cotidianamente. En este último caso, más bien priman los fines económicos, concretamente la eficiencia.

En este contexto, debe distinguirse el concepto de eficiencia en la asignación de recursos del concepto de eficiencia interna. El primero consiste en la eficiencia relativa a la forma en que se asignan los recursos a nivel de un determinado mercado, como un estado o región. El segundo, en cambio, alude a la eficiencia que existe, por ejemplo, al interior de una empresa o con la que se miden las actividades realizadas por un individuo determinado.

Asimismo, es necesario enfatizar que la eficiencia -especialmente cuando ella es considerada en el ámbito del derecho de la competencia- debe entenderse de modo dinámico, y no de modo estático. Esto quiere decir que los niveles óptimos de una determinada actividad son esencialmente cambiantes en el tiempo, ya que son sensibles a las condiciones específicas que existan en un tiempo determinado en el mercado. Esta noción resulta particularmente importante cuando se trata de definir el nivel óptimo de competencia en un momento dado, en un mercado determinado; por ejemplo, a la hora de decidir qué tan enérgicas serán las leyes que protejan los derechos de propiedad industrial (en el entendido de que esta protección es, en realidad, un monopolio legal a favor del titular de dichos derechos), para así estimular la innovación, aun sacrificando parte de la libertad de competir².

Reconocidos autores han refrendado la idea de que la eficiencia es lo central para el derecho de la competencia. Por ejemplo, Frank Easterbrook plantea que el derecho *antitrust* tiene como fin preservar la competencia como un instrumento para crear eficiencia económica, aunque reconoce, sin embargo, que es un instrumento

² Sobre este tema, uno de los trabajos más influyentes, vigente hasta el día de hoy después de más de cuatro décadas, es el de Harold Demsetz. En él, el autor plantea que es necesario estimular la innovación, pero que ésta no ocurrirá si no se garantiza a quienes la desarrollen un monopolio sobre ella (esto sería la propiedad intelectual). El nivel óptimo de protección de la propiedad y de estimulación de la innovación es sensible a las condiciones del momento, por lo que varía a lo largo del tiempo (Demsetz, 1969, *passim*). En relación con el derecho de la competencia, como se analizará más adelante en este trabajo, esta idea la ha seguido Daniel Crane, quien afirma, siguiendo a Joseph Schumpeter (Schumpeter, 1942), que la llamada “eficiencia estática” carece de interés para el análisis de la competencia, puesto que el mayor daño que los monopolios causan está dado por el atraso en la innovación, noción relacionada con la eficiencia dinámica (Crane, 2011, p. 172 *et passim*). Esto ha llevado incluso a que algunos autores cuestionen si el derecho de la competencia favorece la innovación (Katz & Shelanski, 2007).

esencialmente imperfecto, en tanto es difícil determinar el nivel óptimo de competencia, asumiendo que debe tenerse un concepto dinámico de eficiencia³.

Por su parte, Richard Posner afirma que si bien la eficiencia no puede ser considerada como el único parámetro del bienestar social, es un importante componente de éste, y es, probablemente, el único que el derecho de la competencia puede promover⁴.

Con todo, el hecho de que se consagre a la eficiencia como el fin principal del derecho de la competencia no obsta a que puedan existir otros fines conexos. Así, por ejemplo, Felipe Jiménez argumenta que una de las finalidades del derecho de la competencia es el bienestar de los consumidores, pero que este se consigue a través de la eficiencia; aquél es un resultado de ésta⁵.

A su turno, Robert Pitofsky cree que los argumentos económicos, que se relacionan con la eficiencia, son de vital importancia, pero que ellos no debieran controlar el análisis de manera exclusiva⁶.

Por último, Domingo Valdés indica que si bien la eficiencia no es el único principio rector del derecho de la competencia, su promoción es una de sus funciones más importantes⁷.

3. Aplicación pública y privada del derecho de la competencia

Es en atención a este fin que el legislador ha decidido, empleando el derecho de la competencia, sancionar aquellas conductas que, a través de medios abusivos,

³ (Easterbrook, 1984, pp. 14 y 40)

⁴ (Posner, 2001, p. 23)

⁵ Añade este autor, como previamente se esbozó, que el fundamento del derecho de la competencia está asimismo enraizado en un modelo democrático de Estado: el derecho de la competencia permite legitimar el poder económico en el marco del sistema democrático, en la medida en que aquel resulta beneficioso para la comunidad política (Jiménez, 2011, p. 195).

⁶ (Pitofsky, 1979, *passim*)

⁷ (Valdés, 2006, p. 169)

provocan ineficiencia en la asignación de recursos. Es primariamente por razones de eficiencia económica que las leyes castigan la colusión y los abusos de posición dominante, junto con regular las fusiones.

Ahora bien, el derecho de la competencia puede ser aplicado de dos formas distintas. La primera de ellas consiste en la creación y funcionamiento de una autoridad administrativa que cuente con potestades para investigar y perseguir las conductas anticompetitivas, pudiendo llevar los casos ante un tribunal que decidirá sobre su ilicitud. Esta es la aplicación pública del derecho de la competencia (*public enforcement*), y en el caso de nuestro país, ella está encargada la Fiscalía Nacional Económica⁸.

La segunda forma de aplicar el derecho de la competencia consiste en la facultad que el legislador le reconoce a los privados para que estos recurran a la jurisdicción y/o a la autoridad administrativa correspondiente en la materia para buscar que se restablezca el imperio del derecho, se sancionen las conductas anticompetitivas y para obtener resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia de dicha conducta.

Ambas formas de aplicación del derecho de la competencia, reconocidas en forma general en el artículo 18 n° 1 del Decreto Ley 211, son complementarias y necesarias para propender a la eficiencia en la asignación de recursos. La ausencia o debilidad de cualquiera de ellas compromete gravemente la tutela eficaz de este fin.

⁸ Aquí estoy asumiendo una versión simplificada sobre el concepto de aplicación pública del derecho. Ciertamente, puede decirse que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aplica el derecho, y es un ente público, por lo que su labor sería parte de la aplicación pública del derecho de la competencia. Sin embargo, para efectos de este trabajo, atendida la estructura institucional del derecho de la competencia en nuestro país, en que hay un órgano público que investiga y persigue, y otro que se limita a juzgar (salvo por las facultades extrajudiciales que posee el tribunal antimonopólico, que en realidad lo convierten en una entidad *sui generis*), consideraré que “aplicar el derecho” se restringe a la acción de requerir a la jurisdicción y/o a la autoridad administrativa correspondiente, para que aquella decida sobre la ilicitud de las conductas anticompetitivas, así como sobre materias relacionadas, como la eventual indemnización a que haya lugar, y para que ésta emplee los medios de que dispone para investigar dichas conductas, y a su vez, requerir al tribunal competente para que éste declare su ilicitud.

Así, si los particulares no pudieran demandar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y/o denunciar o aportar información a la Fiscalía Nacional Económica, se produciría una serie de consecuencias negativas. En primer lugar, toda la labor de tutela de la libre competencia quedaría en manos de la autoridad administrativa, que difícilmente tendría los recursos para asumir una misión de tal envergadura. Además, sería ineficiente radicar todos los costos de la persecución de conductas anticompetitivas en el Estado, puesto que hay particulares que tienen un importante interés en el asunto, y que a veces pueden tener más recursos para asumir los costos de litigación, y suelen tener asimismo mejor información relevante sobre el caso, a la que la autoridad pública no necesariamente tiene acceso⁹.

Por otro lado, al ser la Fiscalía Nacional Económica un ente dependiente del poder ejecutivo, si se establece en su favor un monopolio de la aplicación del derecho de la competencia, existe el riesgo de que ciertas conductas se queden fuera de su acción investigativa-persecutorio por razones políticas ajenas a los fines del derecho de la competencia (por ejemplo, conductas ilícitas cometidas por organismos o empresas estatales, o por personas relacionadas a funcionarios públicos, o por sujetos con tendencia política afín a la del gobierno, etcétera)¹⁰.

⁹ Estas y otras ideas han sido ampliamente abordadas por la extensa cantidad de la literatura generada en Europa desde hace ya varios años, a propósito de la discusión sobre si fomentar o no al *private enforcement*, tomando como modelo al sistema norteamericano. Por nombrar algunos ejemplos, puede citarse a Karen Yeung, quien considera que los privados juegan un rol crucial en la aplicación del derecho de la competencia, aprovechando ciertas ventajas intrínsecas que estos tienen, como una mayor motivación, conocimiento de primera mano de la industria y, en algunos casos, presupuestos mayores para la litigación (Yeung, 1998). De manera similar, aunque más recientemente, Michal Petr considera que los privados tienen más probabilidades de detectar ciertas prácticas anticompetitivas ocultas, ya que al estar dentro del mercado, sufren inmediatamente las consecuencias de estas (Petr, 2011). Con todo, esto no es unánime en la doctrina europea. Richard Whish y David Bailey señalan que, en general, la Comisión Europea (aplicación pública) siempre estará en una mejor posición que los particulares para detectar infracciones al derecho de la competencia, dadas sus amplias potestades investigativas, además de contar con herramientas clave, como el programa de delación compensada (Whish & Bailey, 2012, p. 305).

¹⁰ Este punto resulta particularmente relevante hoy, pues en la discusión de la reciente reforma al Decreto Ley 211, que contempla la criminalización de la colusión, un tema muy debatido fue el de la titularidad de la acción penal correspondiente. La decisión final, no exenta de polémica, fue que dicha acción sólo podía ser ejercida por el Fiscal Nacional Económico, atendida su especialización y su conocimiento del caso; sin embargo, resulta problemático concebir una atribución así sin pensar en mecanismos adicionales que protejan la autonomía del Fiscal Nacional Económico. El proyecto final actualmente está siendo examinado por el Tribunal Constitucional, y está próximo a ser promulgado.

Otra posible consecuencia negativa es que los particulares quedarían privados de la posibilidad de resarcirse de los perjuicios que les ocasionan las conductas abusivas de los actores del mercado, toda vez que la autoridad administrativa no podría hacerse cargo de este aspecto¹¹.

Incluso, alguien podría argumentar que privar a los particulares de su derecho a accionar en materia de libre competencia vulnera garantías constitucionales, como el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 n° 3) y el derecho de petición (artículo 19 n° 14), además de contravenir el principio de subsidiariedad subyacente en la Carta Fundamental, al entregar al Estado el monopolio de una actividad -la aplicación del derecho de la competencia- que puede ser desarrollada por particulares.

No obstante, estas últimas ideas son erróneas. Es perfectamente posible que el constituyente o el legislador consideren que, para la adecuada promoción de los derechos de las personas en determinadas materias, es conveniente que el Estado tenga la atribución exclusiva para accionar. De hecho, ello ocurre en materia penal: el Estado tiene el monopolio de las acciones penales, salvo aquellas consideradas privadas, que son la excepción. Por otro lado, argumentar que se contraviene el principio de subsidiariedad sería entender este último en una versión demasiado extrema. Este principio consiste en un mandato al Estado de que se abstenga de realizar aquellas actividades que los particulares pueden realizar por su cuenta, para que éstos puedan así cumplir sus fines específicos (artículo 1, inciso tercero). Pero la aplicación de este principio en el derecho de la competencia sería contraproducente,

Puede consultarse en línea en [\[https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=21331&prmTIPO=OFICIOPLEY\]](https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=21331&prmTIPO=OFICIOPLEY).

¹¹ Tema aparte es la posibilidad de que un órgano administrativo o servicio público, especialmente facultado para ello, demande indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos representando intereses colectivos. Es esto lo que ocurre en el caso, actualmente pendiente, del Servicio Nacional del Consumidor con las farmacias que fueron condenadas por colusión. Sin duda, esta posibilidad genera un cúmulo de nuevas interrogantes y problemas en el marco de lo que quizá podríamos llamar una aplicación “mixta” del derecho de la competencia, en tanto hay una autoridad pública representando intereses puramente privados.

pues los particulares por sí solos no podrían conseguir un nivel óptimo de eficiencia en la asignación de recursos y, finalmente, no podrían cumplir sus fines específicos.

En definitiva, las razones para no privar a los particulares de la posibilidad de aplicar el derecho de la competencia pueden resumirse como sigue: primero, la autoridad administrativa carece de recursos suficientes para asumir por completo la labor de tutela de la libre competencia; además, ello resulta ineficiente toda vez que los particulares a veces tienen una mejor posición para demandar, tanto porque pueden tener más recursos, como porque suelen tener acceso a más información relevante. Segundo, siempre existe la posibilidad de que la actividad de la autoridad administrativa esté guiada por directivas políticas; por tanto, al no existir la posibilidad de que los privados puedan accionar, algunas conductas ilícitas podrían quedar impunes. Y tercero, los particulares no podrían resarcirse de los daños sufridos por las conductas anticompetitivas, al ser imposible para la autoridad hacerse cargo de este aspecto, contraviniéndose el principio de la reparación integral del daño que impera en el derecho civil.

En la otra vereda, si se suprimieran las atribuciones que tiene la autoridad administrativa para investigar y perseguir ilícitos anticompetitivos, quedando dicha labor entregada enteramente a los particulares, se producirían también varios efectos negativos.

Primero, teniendo en cuenta que la eficiencia económica es de interés público, no sólo para los competidores de un determinado mercado, sino para la población en general, de suerte que toda ella se ve beneficiada por su promoción, no resulta razonable que no se destinen recursos públicos para ello, ni que no exista un ente con potestades para investigar y perseguir las conductas que provocan ineficiencia.

En segundo lugar, se favorecería que los competidores de mayor poder económico abusaran de los competidores más débiles, ya que al no tener estos los recursos para asumir los altos costos de la litigación en sede de libre competencia -que de otra forma

podrían ser absorbidos por fondos públicos-, no tendrían más remedio que asumir los costos de dichos abusos o, si no pueden hacerlo, derechamente tendrán que salir del mercado. De manera similar, en mercados donde el ilícito es practicado por un competidor relativamente poderoso en contra de un conjunto de pequeños competidores, con perjuicios mínimos para cada uno individualmente considerado, pero con grandes pérdidas de eficiencia en general, estos pequeños competidores tendrían pocos incentivos para recurrir a la jurisdicción, toda vez que los costos de ello excederían al beneficio esperado tras demandar.

Todo lo anterior reafirma lo que se señalaba anteriormente sobre la vital importancia de ambas dimensiones de la aplicación del derecho de la competencia, pública y privada, en tanto ambas propenden a un mismo fin, la eficiencia. Sin embargo, no puede omitirse el hecho de que la aplicación privada, si bien contribuye a la eficiencia, considerada esta como algo de interés público, está motivada principalmente por un interés privado.

El particular que presenta una denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica o que demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no está motivado, al menos no primariamente, por la eficiencia en la asignación de recursos. Su motivación principal radica en que la sanción de la conducta que está denunciando le reportará beneficios directos a él, en tanto participante del mercado en cuestión, sea que esté horizontal o verticalmente relacionado con el infractor. Así, por ejemplo, el que demanda a otro por abuso de posición dominante, espera conseguir que se ordene cesar las conductas abusivas, y así mejorar su posición en el mercado. Con todo, los efectos de su denuncia o demanda serán para todos; toda la sociedad se beneficia de que se sancionen conductas que generan ineficiencia, no obstante la motivación personal del que denunció o demandó.

Esto ha sido reconocido incluso por quienes han abogado por la implementación de más incentivos a la litigación privada. Por ejemplo, Karen Yeung reconoce la existencia

de una serie de límites del *private enforcement*, y señala que el uso de la litigación privada para fines ajenos al derecho de la competencia es quizá el más importante¹².

La situación de primacía del interés personal del demandante resulta más evidente aun cuando se analizan las demandas que los particulares pueden hacer para conseguir indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos. El particular que demanda esta indemnización busca amortizar los costos que hubo de asumir mientras el ilícito lo afectaba y recuperar lo que dejó de ganar. Como se advierte, el interés aquí es evidentemente personal; la conexión con la eficiencia es mínima. De hecho, se ha planteado que las demandas de privados, al basarse en un interés puramente personal, a veces responden más bien a la ejecución de una determinada estrategia comercial que a una efectiva situación de perjuicio¹³.

Sobre este punto, Sebastian Peyer, en base a un análisis de la aplicación privada del derecho de la competencia en Alemania, cuestiona la real contribución de los casos privados a la tutela de la libre competencia, tanto de los que siguen a un caso llevado por una agencia pública (*follow-on cases*) como de los que no (*stand-alone cases*). En este sentido, señala que los *follow-on cases* añaden poco a la labor de la agencia pública, pues más bien buscan aprovecharse de una investigación ya realizada, mientras que los *stand-alone cases* suelen ser casos de poca importancia para la libre competencia, pero que por la debilidad del potencial demandado son elegidos por ciertas empresas para obtener una ganancia relativamente fácil¹⁴.

Asimismo, se ha sugerido que la responsabilidad civil por infracciones al derecho de la competencia reduce la efectividad de importantes herramientas como la delación compensada, especialmente allí donde existen incentivos para las demandas de privados¹⁵.

¹² (Yeung, 1998, pp. 591-594)

¹³ (Albornoz & Morales, p. 87). Estos autores han planteado también que “el efecto disuasivo de dichas acciones [las de indemnización de perjuicios] debe tener un rol más modesto, considerándolo un beneficio indirecto de una adecuada indemnización a las víctimas” (p. 159).

¹⁴ (Peyer, 2012, *passim*)

¹⁵ (Canenbley & Steinvorh, 2011, *passim*)

Para comprender mejor este asunto, conviene hacer una distinción entre la aplicación privada del derecho de la competencia en un sentido amplio de aquella en un sentido restringido, tema que se desarrollará en la siguiente sección.

4. Aplicación privada en sentido amplio y en sentido restringido

Hemos dicho que la aplicación privada del derecho de la competencia está constituida por las facultades que tienen los particulares para demandar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para denunciar y/o aportar información a la Fiscalía Nacional Económica y para buscar en los tribunales civiles indemnizaciones respecto de los ilícitos anticompetitivos de que son víctimas. Ahora, cabría hacer una importante precisión técnica. Siguiendo la distinción hecha por Cristián Banfi, la aplicación privada del derecho de la competencia puede entenderse en un sentido amplio o en uno restringido¹⁶.

En un sentido amplio, la aplicación privada se refiere a cualquier acción (entendiendo aquí la palabra “acción” no en su sentido estrictamente procesal, sino más bien entendida como cualquier acto) realizada por los particulares en relación a la libre competencia y sus instituciones; sea ante la autoridad administrativa, en sede infraccional o en sede civil¹⁷. Así, bajo este criterio, la denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica constituye una forma de aplicación privada tanto como una demanda de indemnización de perjuicios por conductas anticompetitivas. Asimismo, podrían considerarse aplicación privada en este sentido amplio los acuerdos extrajudiciales que los particulares pueden celebrar con la Fiscalía Nacional

¹⁶ (Banfi, 2013, *passim*)

¹⁷ Hasta la reforma de este año, las acciones de indemnización de perjuicios a la luz del artículo 30 del Decreto Ley 211 se interponían ante los tribunales civiles. El proyecto original de reforma presentado por el gobierno en 2015 no alteraba dicha norma, pero en la discusión parlamentaria, tras una indicación de los diputados Chahín y Espejo, se decidió que dichas acciones se interpondrían directamente en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a continuación del juicio principal que declara la existencia de la conducta anticompetitiva.

Económica (en virtud de la facultad contemplada en el artículo 39, letra ñ), del Decreto Ley 211), por cuanto dichos acuerdos son manifestaciones de voluntad de particulares que tienen efectos sobre el derecho de la competencia. Asimismo, el acogimiento al programa de delación compensada (contemplado en el artículo 39 bis del Decreto Ley 211) cabría también dentro de esta categoría, en tanto equivale, a efectos prácticos, a una denuncia, ya que tras aportarse antecedentes de un caso de colusión por parte de un particular, se pone en actividad el aparato investigativo-persecutor de la Fiscalía Nacional Económica¹⁸.

En cambio, en un sentido restringido, y siguiendo todavía la distinción de Banfi, la aplicación privada del derecho de la competencia se refiere solamente a las acciones interpuestas ante los tribunales civiles que tengan relación con la libre competencia, particularmente aquellas que buscan conseguir indemnización de perjuicios por conductas anticompetitivas¹⁹. Ahora, con la reciente reforma al Decreto Ley 211, habría que actualizar esta categoría. En vista de que las acciones de indemnización de perjuicios se interpondrán directamente ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá considerarse que la aplicación privada en sentido restringido se refiere únicamente a estas acciones, al margen del tribunal que conoce de ellas²⁰.

Como se advierte, la distinción no es baladí, a la luz de los fines del derecho de la competencia. Mientras que la aplicación privada en sentido amplio mantiene algo de conexión con la eficiencia, en tanto sus manifestaciones contribuyen activamente a su tutela, la aplicación en sentido restringido se desmarca totalmente de ella. La búsqueda de indemnizaciones de perjuicios por ilícitos anticompetitivos se

¹⁸ La categoría de aplicación privada del derecho de la competencia en sentido amplio engloba todas las formas de aplicación privada, incluyendo aquellas que corresponden al sentido restringido. No obstante, para efectos de este trabajo, cuando se nombre a la aplicación privada en sentido amplio se deben entender excluidas aquellas que pertenecen únicamente al sentido restringido.

¹⁹ Banfi señala que también se incluyen en esta categoría las acciones cautelares y de nulidad, que también son interpuestas ante los juzgados civiles. Sin embargo, en su trabajo se pone énfasis en las acciones resarcitorias como medio de aplicación privada en sentido restringido por excelencia.

²⁰ El proyecto de reforma (Boletín 9950-03) contempla una disposición transitoria conforme a la cual las causas ya iniciadas -al menos uno de los demandados fue válidamente notificado- antes de la publicación de la ley en el Diario Oficial seguirán su tramitación ante los tribunales ordinarios. Esto implica que probablemente, y al menos por un par de años más, coexistirán casos de aplicación privada en sentido restringido en tribunales civiles y en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

desentiende de cualquier consideración de eficiencia, puesto que mira sólo a un bien de orden privado, como lo es el resarcimiento de los perjuicios sufridos con ocasión de un ilícito anticompetitivo. Distinta es la situación de la aplicación privada en sentido amplio, donde se integran bienes de orden público, pues la acción del privado se dirige hacia la sanción de conductas ilícitas que no le afectan únicamente a él.

En definitiva, la diferencia radica en una distinta entidad del valor o bien jurídico que se persigue en uno y en otro caso. Independientemente de la motivación subjetiva que pueda tener el actor, el bien jurídico perseguido en los casos de aplicación en sentido amplio siempre será la eficiencia, mientras que en los de aplicación en sentido restringido, será la indemnidad del patrimonio propio.

Esto tiene su razón de ser en que la posibilidad que ofrece el artículo 30 del Decreto Ley 211, esto es, la facultad que poseen los afectados por ilícitos anticompetitivos de buscar resarcimiento de los perjuicios ocasionados por infracciones a la libre competencia, no proviene, estrictamente hablando, de la legislación antimonopolios, sino que más bien tiene su origen en un principio general del derecho civil que recibe aplicación en esta materia. Se trata del principio de que todo daño debe ser reparado por quien lo causó, subyacente a todo el sistema de responsabilidad extracontractual de nuestro ordenamiento jurídico, y manifestado explícitamente en el artículo 2314 del Código Civil.

Correlativamente, dicho principio de que todo daño debe ser reparado por quien lo causó tiene su fundamento en la concepción de que el derecho civil, y particularmente el sistema de responsabilidad extracontractual, opera regido por un principio de justicia correctiva, por contraposición a uno de justicia distributiva. Esto significa que el legislador, al reflexionar sobre cómo debía operar la responsabilidad extracontractual, consideró que las indemnizaciones a que hubiera lugar por conductas que hubieran causado daño con culpa debían dejar indemne a quien lo sufrió, es decir, que la indemnización cubriera todo el daño causado, pero nada más que eso. En otras

palabras, lo que el sistema de responsabilidad busca es corregir situaciones ilícitas, devolviéndolas a su estado anterior.

Esta noción de justicia correctiva presente en la responsabilidad extracontractual ha sido advertida por diversos autores, como Enrique Barros, quien señala que “la idea de justicia correctiva establece un fundamento general para la responsabilidad por negligencia, porque la más elemental de las razones para que alguien sea tenido por responsable de los daños que provoca es su infracción a un deber de cuidado”²¹.

Es por ello que resulta ajeno a nuestro ordenamiento jurídico todo intento de constituir el sistema de responsabilidad extracontractual como una herramienta primariamente sancionatoria o disuasiva²². En este sentido, instituciones como la de los daños punitivos no encuentran fundamento en el derecho civil chileno, al menos no bajo esta óptica tradicional. Sin embargo, se ha sugerido que los daños punitivos debieran implementarse en ciertas áreas específicas de responsabilidad extracontractual, entre ellas, en la relacionada con la libre competencia, de suerte que quienes sean condenados a indemnizar por daños anticompetitivos, deban hacerlo por un monto superior al daño causado, como ocurre en el derecho *antitrust* de los Estados Unidos, bajo el nombre de *treble damages* (daños triples).

Como recién se dijo, esto resulta problemático a la luz de nuestra tradición jurídica. Sin embargo, para hacerse cargo adecuadamente de esta cuestión, conviene analizar un poco más en detalle la institución de los daños punitivos, lo que se hará en la siguiente sección.

²¹ (Barros, 2006, p. 43). Con todo, el autor hace la prevención de que la idea de justicia correctiva no puede explicar por sí misma ciertas reglas de responsabilidad especiales, que tengan algún fin externo añadido, como bien podría ser el caso de la responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos (p. 52). En cualquier caso, estos fines externos necesariamente deben entenderse secundarios y supeditados al principio general de justicia correctiva, en principio neutral a dichos fines.

²² Sin perjuicio de que se puedan introducir, manteniendo una naturaleza principalmente compensatoria, ciertos factores punitivos en el sistema de responsabilidad civil, en la medida que esto es, como ha sugerido Banfi, “un corolario de la naturaleza e importancia del dolo” (Banfi, 2012, p. 6). Además, cada vez más autores contemporáneos admiten que si bien de la lectura de nuestro Código Civil se infiere que la finalidad principal de la responsabilidad extracontractual es compensatoria, en la práctica, a la hora de aplicar el derecho sí se tienen consideraciones de índole preventiva, y ello es conveniente y deseable. Así lo expresa, por ejemplo, Enrique Barros (Barros, 2006, pp. 304 y ss.).

5. Daños punitivos

El sistema de responsabilidad extracontractual busca dejar indemne a quien sufrió daños injustamente. Así, la indemnización equivaldrá exactamente al monto del daño sufrido; ni más, ni menos. Ahora, pueden existir buenas razones para modificar esta regla. Así, puede argumentarse que es socialmente óptimo condenar a quien causó daño a pagar una indemnización por un monto mayor al daño efectivamente provocado. Esto es lo que se conoce como daños punitivos.

Los objetivos de esta institución han sido objeto de una intensa controversia. Desde el nombre mismo, daños punitivos, se puede colegir uno de ellos: castigar, sancionar al culpable de los daños²³. Así, los daños punitivos se convierten en un reproche hacia quien deliberada o negligentemente perjudica a terceros. En otras palabras, se busca no sólo que el culpable indemnice a la víctima, sino que además se le sanciona, por el hecho mismo de haber causado daño. Como puede advertirse, esto se asemeja a una sanción penal. Las sanciones que llevan aparejadas los delitos contemplados en el Código Penal son independientes de la responsabilidad civil que pueda haber en el caso. Análogamente, la parte de la indemnización que excede del daño causado equivaldría a la sanción penal.

De manera similar, hay quienes argumentan que los daños punitivos debieran existir, pero limitados sólo a aquellos casos más flagrantes de culpa o dolo en el actuar. Así, los daños punitivos castigarían a quienes muestran un particular desdén por la integridad de los otros o por su propiedad, puesto que sería socialmente ineficiente que dichos casos sean sancionados únicamente con la reparación del daño causado²⁴.

²³ Esta noción, muy prevalente en el derecho anglosajón, ha sido desarrollada principalmente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos; por ejemplo, en *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al* (2002). Un resumen de la opinión de la Corte en este caso puede consultarse en línea, en [<https://www.law.conelledu/suspct/html/01-1289.ZO.html>] [consultado el 1 de agosto de 2016].

²⁴ (Cooter, 2003, *passim*)

Otros optan por justificar los daños punitivos desde el punto de vista del análisis económico del derecho, señalando que dicha institución tendría un efectivo disuasivo en quienes podrían causar daño y tienen alguna probabilidad de escapar a la sanción, y que dicho efecto es necesario y óptimo socialmente. En un célebre trabajo, Shavell y Polinsky defienden la conveniencia de los daños punitivos para los casos en que el infractor tiene altas probabilidades de no ser descubierto, o de no ser condenado²⁵. Según ellos, si el infractor puede escapar en algunos casos de la sentencia que lo condena a indemnizar los perjuicios ocasionados, dadas las imperfecciones del sistema de responsabilidad, tenderá a ser más negligente a la hora de ejecutar conductas potencialmente dañinas. Así, por ejemplo, si puede eludir la condena en tres de cada cuatro casos, y el costo de las precauciones supera el monto de la indemnización a que sería condenado en el caso en que no logró eludir la condena, no tomará precaución alguna, beneficiándose así de las fallas del sistema, en perjuicio de las tres víctimas que no recibirán indemnización.

Por ello, proponen los autores, los daños habrán de fijarse a un nivel tal que incentiven al infractor a tomar precauciones, es decir, deberán ser de un monto superior al costo esperado de tomar precauciones, en el ejemplo anterior. Así, se genera un efecto disuasivo y se provocarán menos daños. Dicho nivel estará dado en consideración a la probabilidad de que el infractor pueda escapar de la indemnización (o, a la inversa, en función de la probabilidad de que sea condenado). En un escenario utópico donde la probabilidad de eludir la condena sea igual a cero, es decir, imposible, los daños punitivos no serían necesarios, pues el potencia infractor tomará cualquier precaución cuyo costo no supere el monto del daño que podría llegar a causar. En cambio, si la probabilidad de ser condenado es de un 25% (o sea, uno de cada cuatro casos, como en el ejemplo antes formulado), los daños punitivos deberían fijarse en un monto equivalente al triple del daño causado.

²⁵ (Polinsky & Shavell, 1995, *passim*)

En definitiva, bajo este enfoque, los daños punitivos permiten una redistribución más eficiente de los costos de las conductas ilícitas o peligrosas, al entregar incentivos a las víctimas para demandar y, como contrapartida, un poderoso desincentivo a potenciales infractores²⁶, en condiciones en las que el sistema de responsabilidad es imperfecto.

En cualquiera de estos casos, la institución de los daños punitivos rompe con el principio general de la responsabilidad civil, consistente en que la indemnización debe equivaler al daño causado. Es por esto que los autores nacionales, en general, se han mostrado contrarios a su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico²⁷. Y es que la justificación sancionatoria, esto es, aquella que argumenta que los daños punitivos castigan al infractor por su conducta reprochable, no encuentra sustento en un sistema donde se separan la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, estando la primera destinada a hacerse cargo de dichos reproches²⁸. Por su lado, quienes abogan por el efecto disuasivo de los daños punitivos tienen el problema de que estos generarían un enriquecimiento ilícito en el patrimonio de la víctima²⁹.

²⁶ Esta función disuasiva ha sido generalmente reconocida a propósito de los *treble damages* -que en realidad, no son sino una forma de daños punitivos- del derecho *antitrust* de Estados Unidos (véase, por ejemplo, Besomi, 2014). Esta institución es uno de los principales pilares de modelo estadounidense de *enforcement* del derecho de la competencia; existiendo estos fuertes incentivos para demandar, el sistema puede descansar en la labor de los privados.

²⁷ Por ejemplo, Domínguez considera que los daños punitivos, dado su carácter sancionatorio, son incompatibles con nuestro sistema actual de responsabilidad civil extracontractual, de naturaleza compensatoria (Domínguez, 1990, p. 132). Dicho criterio lo comparte Barros, sin perjuicio de aceptar que en la práctica los jueces sí han buscado castigar a los victimarios, por ejemplo, a través del ítem del daño moral (Barros, 2006, p. 304 y ss.).

²⁸ Esto es lo que ha argumentado Hernán Corral para defender la posición de que los daños punitivos no deben incluirse en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, él concede que el sistema de responsabilidad, al menos en la práctica, no tiene únicamente una finalidad compensatoria, sino también una sancionatoria (Corral, 2003, p. 69).

²⁹ Esto ha sido elocuentemente advertido en doctrina extranjera, pero perteneciente a una misma tradición jurídica, por Luis Díez-Picazo. Este célebre tratadista español argumenta que si lo que se pretende es castigar a través del sistema de responsabilidad, “no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo”. Posteriormente señala que “si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro público” (Díez-Picazo, 1999, pp. 44-47).

Pese a lo anterior, hay quienes en Chile han defendido la posibilidad y conveniencia de admitir los daños punitivos en la responsabilidad civil extracontractual, siempre que se les conciba como una herramienta principalmente disuasoria, es decir, al modo en que fueron entendidos por la escuela del análisis económico del derecho³⁰.

Asimismo, se ha sugerido que los daños punitivos sí se han aplicado en nuestro ordenamiento jurídico, aunque no de manera explícita. Enrique Barros ha señalado que en el ítem del daño moral, los jueces han condenado a pagar cuantiosas sumas que podrían explicarse como una intención subrepticia de los mismos de castigar a los infractores por su conducta particularmente reprochable, o de disuadir a los potenciales infractores mediante una condena ejemplar. Así, el daño moral, dada su escasa regulación, que permite que los jueces introduzcan daños de dudosa justificación, es una verdadera puerta de entrada a las consideraciones de justicia que estos puedan tener. Y no precisamente de justicia correctiva, pues ello estaría cubierto por los ítems de daño emergente y lucro cesante. Más bien, es un espacio para la justicia distributiva e incluso retributiva³¹.

En cualquier caso, los daños punitivos deben entenderse como una herramienta a la que el juez puede echar mano para hacer excepciones al imperio de la justicia correctiva. Los daños punitivos serían un instrumento de política pública al alcance de los jueces, una excepción dentro de un sistema puramente compensatorio.

Sólo así podrían concebirse los daños punitivos, como una excepción, nunca como una norma. En ese sentido, incluso en los sistemas jurídicos donde los daños punitivos están ampliamente reconocidos, contando con una larga tradición al respecto, se ha abogado por la restricción en su uso para casos calificados, de manera que su utilización no sea la norma³².

³⁰ (Azar, 2009, *passim*).

³¹ Véase nota 27.

³² En el célebre caso *Rookes v. Barnard*, de 1964, la Cámara de los Lores del Reino Unido sentó un importante precedente en materia de daños punitivos, estableciendo que estos sólo procedían en tres casos: actos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios de gobierno, casos en los que el

Apoyándose en esto, se ha insistido en la posibilidad de implementar los daños punitivos en nuestro ordenamiento jurídico, pero limitando su aplicación sólo a ciertos campos de la responsabilidad extracontractual, entre ellos la responsabilidad por ilícitos anticompetitivos. No obstante, ello es problemático, aun con dichas limitaciones, como se argumentará en la siguiente sección.

6. Daños punitivos en la responsabilidad civil por infracciones al Decreto Ley 211.

El caso más emblemático en el que existen daños punitivos en la responsabilidad por infracciones a la libre competencia es el de los Estados Unidos, donde estos figuran con el nombre de *treble damages* (daños triples), en virtud de la *Clayton Act* de 1914. En el sistema judicial de Estados Unidos, es un tribunal civil el que conoce de las infracciones a la legislación antimonopolios; y en el caso de que el demandante sea un privado, éste tendrá derecho a que se le compensen los perjuicios sufridos, multiplicados por tres.

Los *treble damages* han funcionado ininterrumpidamente desde su implementación, sobreviviendo a períodos de crecimiento y de retroceso de la litigación privada en libre competencia, y han sido la principal razón para que el *enforcement* de la legislación antimonopolios de Estados Unidos descansa principalmente en la litigación privada, aun en los períodos en que esta redujo su volumen, operando como aliciente de la aplicación privada del derecho de la competencia.

Es por esto que en la literatura de dicho país en general se ha defendido su utilidad. Por ejemplo, Areeda y Hovenkamp señalan que los *treble damages* desincentivan la conducta ilícita en materia de competencia, a la vez que incentiva a las víctimas a

demandado había calculado su conducta para obtener beneficio a costa de la víctima, y aquellos casos en que una ley especial autorizara esta clase de daños.

detectar al responsable y a demandarlo³³. Incluso autores como Robert Lande consideran que debieran aumentarse aún más los montos concedidos por concepto de indemnización, siendo los daños triples insuficientes, ya que estos equivaldrían, como mucho, a “daños simples”³⁴.

A primera vista, la posibilidad de implementar en Chile los daños punitivos en este apartado de la responsabilidad civil extracontractual parece atractiva. El exiguo desarrollo de la aplicación privada del derecho de la competencia en sentido restringido, con resultados poco alentadores, parece dar cuenta de un déficit de incentivos para demandar, con la consiguiente impunidad de los infractores, al menos en lo que respecta a la responsabilidad civil.

Desde la entrada en vigencia del actual artículo 30 del Decreto Ley 211, sólo cuatro de las demandas interpuestas al amparo de este precepto han llegado a recibir una sentencia definitiva³⁵. Así, la demanda de Sound Colour a United International Pictures fue rechazada por sentencia definitiva el año 2009, porque la demanda no se basaba en una sentencia favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es decir, el pretendido ilícito no había sido declarado como tal por el tribunal antimonopólico³⁶.

Posteriormente, pero en ese mismo año, recibieron sentencia definitiva las demandas de Quimel S.A. y Cementa S.A. en contra de James Hardie Ltda. Esta vez, ambas contaban con un fallo favorable en sede infraccional. Una se rechazó debido a que el demandante (Quimel S.A.) no logró acreditar la relación causal entre el daño alegado y la conducta de James Hardie Ltda. Tras apelar dicha resolución, el litigio fue transigido³⁷. La otra demanda fue parcialmente acogida, pero reduciendo en gran

³³ (Areeda & Hovenkamp, 2004-2010, vol. II, p. 49 y vol II-A, p. 38)

³⁴ (Lande, 1993)

³⁵ Para una explicación pormenorizada de los cuatro casos que a continuación se citarán, así como de otros anteriores a la vigencia del actual artículo 30 del Decreto Ley 211, puede consultarse el trabajo de Cristián Banfi (Banfi, 2014-A).

³⁶ Sound Colour con United International Pictures (2009).

³⁷ Quimel S.A. con James Hardie Ltda. (2009).

medida el monto del daño reclamado por Cementa S.A., y posteriormente fue transigida, también mientras estaba pendiente el recurso de apelación³⁸.

Una cuarta demanda, que da lugar al que es sin duda el caso más relevante en esta materia en Chile, fue la que interpuso Philip Morris en contra de la Compañía Chilena de Tabacos. El caso motivó en 2013 el primer pronunciamiento de la Corte Suprema en esta, al amparo del artículo 30 del Decreto Ley 200. En dicha oportunidad, la Corte ordenó a la demandada pagarle a Philip Morris una indemnización por un monto cercano a los 2,2 millones de dólares, por concepto de lucro cesante (se desestimó el daño emergente)³⁹.

Como se advierte, los resultados en general han sido poco favorables para el demandante, quien ha debido además sobrellevar litigios particularmente complejos, debido a la dificultad de acreditar el daño y la causalidad en una materia como esta.

En relación con lo anterior, en la literatura comparada se ha reconocido que los juicios de indemnización de perjuicios por conductas anticompetitivas presentan una serie de dificultades intrínsecas, al margen de los problemas relacionados con algunos ordenamientos jurídicos en particular. A saber, y según lo describen Abele, Kodek y Schaeffer, la discusión sobre la causalidad -uno de los elementos esenciales del juicio de responsabilidad- en daños por ilícitos anticompetitivos se ha abordado desde un punto de vista determinista, propio del derecho de daños tradicional. Señalan que el estándar legal exigido en prácticamente todas las jurisdicciones es de certeza absoluta (99,9% de probabilidad), asimilándose al estándar exigido en sede penal, es decir, “más allá de toda duda razonable”. Esto convierte a la discusión sobre la causalidad en una pregunta de “todo o nada”, dando como resultado un escenario sumamente complejo para el demandante⁴⁰.

³⁸ Cementa S.A. con James Hardie Ltda. (2009).

³⁹ Philip Morris con Compañía Chilena de Tabacos (2011) Un análisis detallado sobre este caso particular es el que ha hecho Cristián Banfi (Banfi, 2014-B).

⁴⁰ (Abele, Kodek, & Schaefer, 2011)

Pese a esto, en nuestro país la discusión sobre la posibilidad de implementar daños punitivos en las indemnizaciones por ilícitos anticompetitivos no ha sido tan amplia como en otras latitudes. Puede que una razón de esto sea el hecho de que la institución misma de los daños punitivos, como se advirtió, generalmente ha sido considerada incompatible con nuestro sistema jurídico y con los principios que en él subyacen. Pero también es posible que ello se deba simplemente a la novedad del tema. En comparación con la legislación de Europa o de Estados Unidos, por ejemplo, la norma chilena es sumamente joven. Esto podría explicar el escaso desarrollo en nuestro país de la aplicación privada del derecho de la competencia, sobre todo en el sentido restringido (demandas de indemnizaciones de perjuicios).

A esto debe añadirse que parte de la doctrina nacional⁴¹ ha hecho eco de la prevención que los mismos Shavell y Polinsky hicieron en su trabajo en relación al poder de disuasión de los daños punitivos. Concretamente, los autores consideran que los daños punitivos no serían tan eficaces para disuadir a empresas o corporaciones, debido a la estructura que estas poseen. De hecho, mientras más grande la empresa, menor sería el poder disuasivo de los daños punitivos. Las grandes empresas suelen estar organizadas bajo regímenes donde sus propietarios o socios tienen un control limitado sobre la forma en que esta actúa, pues dicha labor está encargada a otras personas, como socios gestores o gerentes.

Así, argumentan quienes defienden esta teoría, quienes toman las decisiones sobre eventuales infracciones a la libre competencia, o sobre conductas ilícitas en general, son estos ejecutivos diferentes a los propietarios o socios; y estos no se verían especialmente amenazados por la posibilidad de una demanda de indemnización con daños punitivos, pues la indemnización se pagará con el patrimonio de la empresa y no con el suyo.

Daniel Crane también comulga con lo anterior, y añade que los juicios de responsabilidad en esta materia suelen ser largos -además, suelen seguir a un proceso

⁴¹ (Vásquez, 2014)

infraccional, que tampoco es corto-, por lo que para cuando se declare la responsabilidad, probablemente el gerente o ejecutivo que llevó a cabo la conducta que originó en responsabilidad ya ni siquiera esté trabajando para la empresa, por lo que el efecto disuasivo de los *treble damages* sería bastante limitado⁴².

Esta objeción no es infundada; en efecto, es probable que los agentes al interior de la empresa no tengan en cuenta el riesgo de que esta sea condenada a una cuantiosa indemnización, si en definitiva el costo de esta no será asumido por ellos. No obstante, la mayoría de los sistemas legales, y el nuestro no es la excepción, contempla reglas que permiten hacer efectiva la responsabilidad de quien tenía a su cargo la administración de la empresa, particularmente cuando en ejercicio de sus funciones cometió actos ilícitos.

En concreto, en la Ley 18.046, sobre sociedades anónimas, el artículo 41 dispone que los directores deberán emplear el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, y que estos responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables. Complementando esto, el inciso siguiente prohíbe cualquier estipulación, sea en los estatutos sociales o a través de un acuerdo de los accionistas, que limite esta responsabilidad. De esta manera, el patrimonio del director también queda comprometido, generando incentivos para que este observe un cierto estándar de cuidado en esta materia.

En definitiva, dicha objeción puede descartarse, y los daños punitivos sí podrían operar como un dispositivo de disuasión dentro de la aplicación privada en sentido estricto.

Por otro lado, la aplicación privada en sentido amplio tampoco ha tenido demasiada efectividad; si bien no está al nivel de la aplicación privada en sentido restringido, sus resultados han sido peores que los de la aplicación pública. En un estudio reciente, González, Micco y Caicha hacen una comparación de efectividad entre las acciones

⁴² (Crane, 2011, pp. 175-182)

públicas y privadas en sede de libre competencia en Chile, considerando el período comprendido entre los años 2004 y 2013, concluyendo que en el caso de las acciones públicas, esto es, aquellos juicios iniciados por la Fiscalía Nacional Económica o aquellos en las que esta se hace parte, existe un 55% de probabilidad de condena, versus sólo un 15% de privados. Si se consideran sólo las causas concluidas en fallo, las probabilidades cambian a 64% y 27%, para las acciones públicas y privadas, respectivamente. Con respecto a las causas de esta situación, los autores estiman que existiría una “superior *expertise* de la agencia pública acerca de la aplicación de los principios de libre competencia” y que se existiría también un “uso estratégico de los juicios por parte de los privados”⁴³.

Esto último resulta particularmente interesante, puesto que como se señaló anteriormente, la aplicación privada del derecho de la competencia, aun en el sentido amplio, aunque en menor medida que en el sentido restringido, tiende a desmarcarse de los fines de eficiencia, y responde más bien a fines e intereses particulares.

Como sea, la evidencia muestra que la aplicación pública ha sido más poderosa en nuestro país. Los casos más relevantes, han sido llevados al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por la Fiscalía Nacional Económica, incluyendo las grandes colusiones detectadas en los últimos años.

Una muestra de lo anterior es que la última reforma al Decreto Ley 211, salvo por la modificación del tribunal que conocerá de las acciones de indemnización de perjuicios, que de hecho no estaba considerada en el proyecto original, en general se enfoca en medidas que fortalecen la aplicación pública, además de aumentar drásticamente los montos de las multas que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es decir, en casos de aplicación pública y de aplicación privada en sentido amplio.

⁴³ (González, Micco y Caicha, 2013, pp. 41-42)

Puede incluso hacerse la analogía de que en las primeras décadas de vigencia de la legislación *antitrust* en Estados Unidos (principalmente la *Sherman Act* y la *Clayton Act*) las demandas de particulares fueron escasas, aun con los incentivos que la *Clayton Act* establecía para el demandante. Más bien, el verdadero auge de las demandas de privados se dio a partir de la década de los 60, y de acuerdo con la mayoría de los autores, se debió a un cambio en la conformación de la Corte Suprema y, por consiguiente, a un cambio en la forma de interpretar las leyes, más que a un cambio legislativo. De la misma manera, el posterior retroceso de las demandas de privados a partir de fines de los años 70 se debió a un nuevo cambio en la composición del máximo tribunal, y por la influencia de la escuela de Chicago en los nuevos miembros⁴⁴.

No es sensato pretender que el caso chileno vaya a seguir un camino similar al norteamericano. La realidad de cada país es diferente, y las tendencias legislativas viven sus propios procesos en las distintas realidades políticas y sociales. Además, en un mundo cada vez más globalizado las tendencias tienden a uniformarse y hacerse globales, por lo que resulta difícil imaginar que la situación de Chile corra en forma paralela a lo que se vive en el resto del mundo.

Lo cierto, sin embargo, es que en el resto del mundo -sobre todo en Europa- sí se ha estado discutiendo recientemente sobre la posibilidad de incluir daños punitivos en las indemnizaciones por ilícitos anticompetitivos, en el marco de una discusión más amplia, sobre el rol de los privados en la aplicación del derecho de la competencia. Así, en 2005, en el denominado *Green Paper* de la Comisión Europea, se sugirió la posibilidad de implementar “daños dobles”, esto es, una forma de daños punitivos, en las indemnizaciones por conductas anticompetitivas, imprimiendo así un efecto disuasivo a la aplicación privada del derecho de la competencia⁴⁵. No obstante, esta propuesta fue duramente criticada. Ya en 2009, el *White Paper* tomaba distancia de esta propuesta, señalando que la compensación del daño efectivamente sufrido debía

⁴⁴ (Crane, 2011, pp. 49-67) (Posner, 2001, pp. 43-48)

⁴⁵ (Comisión Europea, 2005)

regir como principio en esta materia⁴⁶. Finalmente, la Directiva 104 del Parlamento Europeo del año 2014 descartó definitivamente dicha posibilidad⁴⁷.

Con todo, el tema sigue en discusión, al menos a nivel académico. Por tanto, pese a que el problema no se ha sido demasiado debatido en Chile, es útil abordarlo y analizarlo en sus propios términos, como un modo de hacer frente al déficit en la aplicación privada del derecho de la competencia.

Parece contribuir a la viabilidad de la institución de los daños punitivos en esta materia el hecho de que, como se señaló anteriormente, la responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos, como forma de aplicación privada en sentido restringido del derecho de la competencia, se desmarca de los fines generales del derecho de la competencia. Parece justo que los privados puedan recurrir a los daños punitivos para resarcirse de los perjuicios sufridos, castigando además al infractor, y generando conjuntamente un efecto disuasivo que les permita protegerse a sí mismos y a terceros de potenciales infracciones futuras.

En este sentido, no habría conflicto entre una eventual implementación de daños punitivos y el aumento de las multas que contempla la última reforma al Decreto Ley 211, pues una y otra cosa miran a fines distintos. Mientras que una mira primariamente a la eficiencia en la asignación de recursos, la otra mira a la integridad del patrimonio propio de los particulares, contribuyendo secundariamente a la eficiencia. Así, por un lado se produciría un efecto de disuasión “principal” a través de las elevadas multas, y por otro lado, se produce un efecto de disuasión “secundario” a través de las demandas de indemnización de perjuicios interpuestas por particulares.

Pero la realidad es que implementar ambas cosas a la vez es problemática. Si bien uno puede compartir el diagnóstico negativo de la aplicación privada en sentido restringido del derecho de la competencia, la naturaleza de la institución de los daños

⁴⁶ (Comisión Europea, 2008)

⁴⁷ (Parlamento Europeo, 2014)

punitivos, conforme se analizó en la sección anterior, fuerza a optar entre aquellos y el aumento de las multas; en otras palabras, hay que optar entre este incentivo a la aplicación privada en sentido restringido, que serían los daños punitivos, y un fortalecimiento de la aplicación pública.

Esto se debe a que los daños punitivos, como se señaló, en un sistema de responsabilidad basado en la justicia correctiva, sólo pueden ser concebidos como un instrumento de políticas públicas. Es decir, es necesario asumir que la institución de los daños punitivos se aparta completamente del referido principio, y se debe reconocer que lo que se busca mediante su implementación es generar un efecto adicional: la disuasión.

Luego, si la aplicación privada en sentido restringido incluyera los daños punitivos, ella no se desmarcaría tanto de los fines generales del derecho de la competencia. Más bien, se convertiría en una herramienta directa de la aplicación pública, con lo cual las demandas particulares de indemnización de perjuicios devendrían en instrumentos para la consecución del fin de eficiencia en la asignación de recursos.

Habría así una identidad de fines entre las sanciones del artículo 26 del Decreto Ley 211 y las demandas de indemnización de perjuicios causados por ilícitos anticompetitivos, o mejor dicho, una duplicidad de funciones en las políticas de libre competencia. Esto resulta problemático, pues se priva a las demandas particulares de su sentido natural y lícito, instrumentalizándolas para la consecución de un fin que si bien no les es totalmente ajeno, no les corresponde perseguir.

Además, se corre el riesgo de castigar excesivamente al patrimonio del infractor, quien verá que se le condena a una multa cuantiosa -calculada en base a las utilidades que le reportó la infracción o a sus ventas, conforme dispone el proyecto de ley-, a compensar el daño causado, y a realizar una transferencia adicional de recursos hacia el patrimonio de su víctima, en virtud de los daños punitivos.

En términos generales, en realidad, la elección dice relación con la manera en que se quiere construir el sistema mismo de protección de la libre competencia. Se trata de una opción entre un sistema que pone su énfasis en el *enforcement* público, como es el sistema europeo, por ejemplo, o un sistema que descansa en lo que hagan los particulares, como sucede con el sistema norteamericano.

Por tanto, la opción es forzosa. Frente a la necesidad de fortalecer la legislación de libre competencia, no es posible implementar al mismo tiempo un aumento de multas y daños punitivos. Y entre estos dos caminos, resulta mucho más conveniente el derrotero que fortalece la aplicación pública (o la aplicación privada en sentido amplio), es decir, el aumento de las multas, por las razones que se expondrán en la sección siguiente.

7. Aplicación privada del derecho de la competencia en sentido restringido y daño anticompetitivo: una relación dudosa.

La existencia misma del derecho de la competencia descansa sobre la existencia de un perjuicio o menoscabo a los mercados, atendido el fin de eficiencia que anteriormente se enunció. Dicho de otra manera, ciertas prácticas generan situaciones de ineficiencia, dañando a quienes participan del mercado afectado y asimismo a la sociedad en su conjunto, lo cual motiva la intervención estatal a través del derecho de la competencia.

Este menoscabo es el daño anticompetitivo, y podría identificarse, al menos en parte, con pérdidas de eficiencia en la asignación de recursos, daño a la innovación, pérdidas de confianza en los mercados, etcétera. Sin embargo, este daño no debe confundirse con el daño que soportan las personas con ocasión de las prácticas anticompetitivas, tanto individual como colectivamente consideradas, que es el daño indemnizable. En el caso del daño anticompetitivo, la afectada es la sociedad en su conjunto, un determinado mercado, o un sector de la economía; mientras que en el caso del daño

indemnizable el afectado es una persona o un grupo de personas más o menos determinadas e identificables.

El primero es el que motiva la acción del Estado en materia de libre competencia, a través de sus órganos de investigación y persecución; en nuestro país, la Fiscalía Nacional Económica actúa movida primariamente por la protección de los valores arriba señalados: eficiencia en la asignación de recursos, protección a la innovación y de la confianza en los mercados, etc. Así, la aplicación pública del derecho de la competencia se encamina a la compensación de este tipo de daño, y las sanciones previstas van también en esa dirección. A saber, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede ordenar el cede de la conducta, imponer multas a beneficio fiscal, modificar o poner término a actos y contratos, e incluso cancelar la personalidad jurídica si estima que la existencia misma de una determinada persona atenta contra la libre competencia.

Como se advierte, todas estas medidas están orientadas a la reparación en un sentido social, más que hacia una reparación personal de los afectados. Así, por ejemplo, la multa busca en alguna medida traspasar los beneficios percibidos por la infracción al Estado, para que este de alguna manera los redistribuya hacia la sociedad⁴⁸. Además, busca disuadir a potenciales infractores, a fin de proteger a la sociedad de nuevos ilícitos. Algo similar ocurre con las sanciones de cancelación de personalidad jurídica y de modificación o terminación de actos y contratos, medidas que buscan cautelar la indemnidad de los mercados a futuro. Ninguna de estas sanciones, por tanto, se dirige a la reparación de personas concretas.

De manera similar, la aplicación privada del derecho de la competencia en sentido amplio tiene efectos sociales más que personales; sin perjuicio de que quienes aplican el derecho tienen un interés subjetivo en el caso, las sanciones que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede imponer son las mismas que recién se

⁴⁸ En teoría económica, en general se considera que el Estado actúa como un reasignador de recursos, pues recauda tributos en proporción a los ingresos de cada uno, y distribuye lo recaudado hacia las personas a través de transferencias de recursos.

señalaron a propósito de la aplicación pública, es decir, están orientadas a la consecución de fines sociales más que individuales.

Sólo la aplicación privada en sentido restringido se dirige puramente a un fin personal, como lo es la reparación de los daños sufridos como consecuencia de una conducta ilícita concreta. Aquí la sanción que se aplica (siguiendo aquí un concepto amplio de sanción)⁴⁹ es a beneficio del demandante, pues se orienta a su propio bienestar personal.

Todo lo anterior debe entenderse en consonancia con los diferentes significados de las nociones de daño que tienen el daño anticompetitivo y de daño indemnizable. Podría argumentarse, como se ha sugerido⁵⁰, que el primero de estos en realidad ni siquiera debiese ser llamado daño, pues este concepto, como generalmente se ha entendido en el derecho de tradición civil, alude a un detrimento ocurrido en un patrimonio específico, es decir, en la dimensión económica de un sujeto determinado, o de un conjunto de sujetos determinables, y no de forma difusa en la sociedad o en un mercado. El “daño” anticompetitivo, al no radicarse en ningún patrimonio, no coincide exactamente con la concepción jurídica de daño⁵¹.

Como contrapartida, los perjuicios sufridos por particulares, ya sea considerados individual o colectivamente, sí se identifican claramente con esta noción jurídica de daño. En este caso, el daño se puede cuantificar, se pueden identificar a las víctimas

⁴⁹ Un concepto amplio de sanción civil es el que se encuentra en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. El connotado jurista describe a las sanciones como “actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico”. A su vez, las sanciones pueden ser penales o civiles, consistiendo estas últimas en la ejecución forzosa de bienes, es decir, se trata de una sanción en el patrimonio, a diferencia de la sanción penal, que es en la persona misma (Kelsen, 2009, p. 123 y ss.). De esta manera, es sanción civil cualquier acción de coacción que prevea el ordenamiento jurídico dirigida al patrimonio del sancionado, es decir, se incluyen bajo este amplio espectro tanto multas como indemnizaciones.

⁵⁰ (Lewin, 2011, p. 47)

⁵¹ En general se dice que el daño es el elemento central de la responsabilidad civil extracontractual, por contraposición a otros tipos de responsabilidad, como la penal o infraccional, donde dicho elemento deviene irrelevante. Así, lo ha expresado, por ejemplo, Enrique Barros (Barros, 2006, p.215). Pero sin duda, cuando alude a este daño que no sería relevante para la responsabilidad penal o infraccional se refiere al concepto civil de daño indemnizable, lo cual refuerza esta idea de que “el otro daño”, el daño anticompetitivo, en realidad no coincide con la categoría civil de daño.

y se puede establecer una relación de causalidad entre la conducta del infractor y el daño sufrido; en definitiva, el daño es susceptible de indemnización.

Evidentemente, los daños anticompetitivos en sí no habilitan para conseguir una indemnización. Un particular no puede, por ejemplo, solicitar a los miembros de un cartel que le indemnicen por la pérdida de confianza en los mercados que su conducta ocasionó. No obstante, sí se puede sostener que los daños anticompetitivos causados en alguna medida pueden servir de fundamento o base para verificar la existencia o la cantidad de los daños indemnizables.

Entre los autores que han abordado este punto hay un relativo consenso en separar ambas nociones de daño, si bien existen ciertos matices respecto de la relación que media entre uno y otro, como se pasará a examinar a continuación.

Fernando Araya considera que los daños anticompetitivos se relacionan con el “sentido económico de disminución del bienestar social”, siendo esta clase de daños “un costo social neto (...), la generación de una pérdida en la sociedad”. Este autor asimismo distingue entre el daño que surge como resultado de conductas anticompetitivas, es decir, aquel en el que la conducta que lo genera se halla un componente ilícito, de aquel detrimento natural y lícito que sufre toda persona por el simple hecho de participar en el mercado, en virtud de la libertad de competir. Sobre este punto, Araya expresa que “el daño sufrido por los comerciantes en el mercado, por el fenómeno competitivo, cae dentro de la juridicidad, es lícito, o si se prefiere, legítimo”⁵².

Esto último ha sido seguido por Banfi, siendo base para plantear que la responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos debiera restringirse a las conductas dolosas, o al menos gravemente negligentes. Este autor también distingue el daño indemnizable del daño anticompetitivo, al afirmar que el demandante de una

⁵² (Araya, 2005, pp. 13, 21 y 23)

indemnización de perjuicios por conductas anticompetitivas deberá probar que el ilícito le produjo un perjuicio distinto del que se causó al mercado⁵³.

Nicolás Lewin comparte la citada distinción, y añade que pese a la diferente entidad de un daño y otro, podría existir cierta correlación entre uno y otro, cuando provienen de una misma conducta, por lo que ante la dificultad para determinar el daño indemnizable, se puede recurrir al daño anticompetitivo como referencia⁵⁴.

Lo anterior debe contrastarse con la visión de Domingo Valdés, quien opina que ambos tipos de daño son intrínsecamente diferentes y se guían por principios distintos, aun cuando surgen de una misma conducta, por lo que no existiría necesariamente una relación entre uno y otro⁵⁵.

De manera similar, Daniel Crane considera que los daños dinámicos, es decir, aquellos que corresponden al retraso en la innovación producido por las situaciones de monopolio, y que serían el principal efecto negativo de este, guardan escasa relación con los daños estáticos (los ocasionados a compradores y/o competidores) y difícilmente pueden cuantificarse, dada su inconmensurabilidad, a diferencia de los daños estáticos, en cuya esencia está el poder ser determinados en su cantidad y destinatario⁵⁶. Como puede advertirse, estas dos categorías –daños dinámicos y daños estáticos- bien pueden asimilarse a los daños anticompetitivos y a los daños indemnizables, respectivamente, pues las características de los mismos que el autor describe no se alejan de las que se enunciaron anteriormente, esto es, el daño a la

⁵³ (Banfi, 2014-A, pp. 41-43)

⁵⁴ (Lewin, 2011, *passim*)

⁵⁵ Resulta interesante contrastar esta visión con lo establecido por la última reforma al Decreto Ley 211, radicando en el Tribunal de Defensa de Libre Competencia el conocimiento de las demandas de indemnización de perjuicios. Evidentemente, si se sostiene una completa diversidad en la esencia entre ambos tipos de daño, resulta sumamente conflictivo que un mismo tribunal sea el encargado de hacerse cargo de ambos, pues operan bajo principios diferentes. El profesor Valdés, de hecho, se mostraba tajantemente contrario a esta posibilidad expresando que “el conocimiento de los ilícitos civiles no sólo no corresponde, sino que jamás debe corresponder al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...) ello importaría desviar al máximo órgano antimonopólico del cometido para el cual fue creado (...): la tutela de la libre competencia” (Valdés, 2006, pp. 278-282).

⁵⁶ (Crane, 2011, pp. 172-173)

innovación como característica del daño anticompetitivo, y el daño a patrimonios determinados como característica del daño indemnizable.

Ahora bien, en el epígrafe de esta sección se planteó que era dudosa la relevancia de la relación entre el daño anticompetitivo y la aplicación privada en sentido restringido del derecho de la competencia. Conviene ahora volver sobre este punto, atendido el somero examen bibliográfico que se ha realizado.

El daño anticompetitivo bien puede servir de base para una eventual demanda de indemnización de perjuicios, pero ello es contingente, es decir, tanto como puede ser un elemento fundamental de la pretensión, bien puede no serlo en absoluto. Es perfectamente plausible que de una misma conducta se extraigan dos calificaciones jurídicas diversas en el juicio infraccional y en el juicio civil, aun cuando ambos se radiquen en el mismo tribunal. Así, puede ocurrir que de una gruesa infracción al estatuto de libre competencia, como por ejemplo una colusión en un mercado determinado, y que hubiere recibido severas sanciones por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no se verifique perjuicio alguno en el juicio civil, sea por falta de causalidad, o porque no se comprobó la existencia del daño, o este no se cuantificó adecuadamente. Y, en sentido inverso, es posible que de una infracción “de bagatela”, es decir, de escasa significancia o de bajo impacto en el bien jurídico libre competencia, se deduzcan importantes indemnizaciones.

Luego, puede afirmarse, e intentado hacer una síntesis de lo analizado en la literatura, que ambos tipos de daño son intrínsecamente diferentes, puesto que están regidos por principios rectores distintos, como bien señalara Valdés. En consecuencia, la aplicación privada en sentido restringido, es decir, las demandas de particulares solicitando indemnización por perjuicios sufridos con ocasión de una infracción anticompetitiva, difícilmente pueden tener algún efecto sobre el daño anticompetitivo, y si lo llegaran a tener, ello resultaría algo completamente circunstancial.

Si es que existe la posibilidad de que el daño anticompetitivo pueda en alguna medida ser “reparado”, ello sería a través de multas y no a través de la responsabilidad. Como se ha descrito, en vista de que las indemnizaciones son para quienes las demandan, la aplicación privada en sentido restringido difícilmente podrá contribuir a la eventual “reparación” del daño anticompetitivo, a diferencia de las multas, que son a beneficio fiscal.

Por ello, es una mala estrategia pretender fortalecer la aplicación privada en sentido restringido y esperar significativas mejoras en la eficiencia en la asignación de recursos, fin último del derecho de la competencia. Ello sería, paradójicamente, ineficiente.

Por tanto, la relación entre la aplicación privada en sentido restringido y el daño anticompetitivo es de dudosa relevancia; luego, la relación entre aplicación privada en sentido restringido y eficiencia es asimismo de dudosa relevancia.

Con todo, y rescatando también lo afirmado por Lewin, es posible tomar en consideración el daño anticompetitivo como referencia para estimar el daño indemnizable. En efecto, como se ha afirmado, entre ambos puede existir una correlación, en cuyo caso el daño anticompetitivo puede erigirse en una guía para determinar el monto de la indemnización, determinación que ha resultado ser bastante difícil, como se puede apreciar del somero análisis de la exigua jurisprudencia nacional existente en la materia.

Asimismo, debe tenerse muy en cuenta lo señalado por Crane en relación a que los daños dinámicos (que se asimilan a los daños anticompetitivos) son inconmensurables. Luego, no puede pretenderse que una multa, por alta que sea, pueda reparar el perjuicio anticompetitivo causado, como una indemnización que -valga la redundancia- deja indemne a quien la recibe. Por tanto, las multas debieran tender a disuadir más que a reparar, y el aparato investigativo-persecutor debiera ser más eficaz, para impedir que algunas conductas ilícitas escapen de las sanciones.

Como se advierte, todo lo anterior tiende a fortalecer más la aplicación pública que la aplicación privada, pues son los organismos públicos los principales encargados de proteger la libre competencia, tratando de mitigar los efectos negativos de las infracciones y generando los desincentivos adecuados. Poner dicha carga en los particulares -sin perjuicio del derecho que estos tienen de accionar en defensa de sus derechos- es incurrir en un error conceptual.

8. Conclusiones: fortalecimiento de la aplicación pública del derecho de la competencia y racionalización de la aplicación privada en sentido restringido.

Como se ha pretendido demostrar a lo largo de este trabajo, el fortalecimiento del *enforcement* público en libre competencia es el camino más adecuado para mejorar en términos de eficiencia en la asignación de recursos. La agencia estatal encargada de investigar y perseguir las infracciones al Decreto Ley 211, la Fiscalía Nacional Económica, es la principal entidad llamada a buscar la corrección del daño anticompetitivo provocado por los ilícitos monopólicos, y a prevenir su futura ocurrencia. En menor medida, pero también esencial, es el rol que juegan los particulares al demandar en sede de libre competencia (aplicación privada en sentido amplio), pues a veces estos cuentan con ciertas ventajas comparativas para litigar en casos determinados.

Esto es sin perjuicio del derecho de los particulares a buscar la reparación del detrimento sufrido injustamente en sus patrimonios a consecuencia de las conductas anticompetitivas perpetradas por terceros. Este derecho fluye directamente de un principio general de la responsabilidad civil extracontractual, inspirado en la justicia correctiva, por lo que a primera vista es neutral a consideraciones de eficiencia.

Por tanto, si se quiere mejorar el sistema de protección de la libre competencia, lo más lógico es dar más y mejores herramientas investigativas, asignar más recursos a la agencia estatal encargada de ello, aumentar las multas a un punto en que éstas efectivamente sean disuasivas, para lo cual una multa -a beneficio fiscal- basada en las ganancias obtenidas es una buena opción. De esta manera, se puede intentar contrarrestar en alguna medida el daño producido a la economía con las conductas monopólicas y disuadir a potenciales infractores.

Por otro lado, tampoco es posible tomar ambos caminos y querer establecer incentivos fuertes a ambos tipos de aplicación del derecho de la competencia. Concretamente, no es posible implementar daños punitivos junto con un aumento de multas como el que contempla la última reforma al Decreto Ley 211, pues ello implicará una duplicidad de funciones, además de importar un castigo injusto contra los infractores.

En relación a esto, la reforma va en la dirección correcta al establecer un sistema de multas calculadas en base a los beneficios obtenidos con la infracción y, en caso de que ello no se pudiese determinar con certeza, en base a las ventas del infractor. La criminalización de la colusión también parece ser una buena medida disuasoria; además, deja adecuadamente resguardado el mecanismo de delación compensada, fundamental para la detección de carteles.

Sin embargo, el traspaso de la competencia para conocer de las acciones de indemnización de perjuicios hacia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no es una medida adecuada; si bien puede tener algunos efectos positivos, los efectos negativos parecen ser de mayor entidad.

Es evidente -y con un somero examen de la discusión legislativa al respecto- que dicho cambio se hizo con miras a agilizar los procesos de indemnización a consumidores. De hecho, dicho cambio va en línea con otra modificación de la misma reforma, que otorga legitimación activa para acciones de clase al Servicio Nacional del Consumidor, a las asociaciones de consumidores legalmente establecidas y a agrupaciones de

consumidores de 50 o más afectados. Sin perjuicio de aquello, la reforma también permitirá que los juicios de indemnización entre competidores se desarrollen también en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Así, la principal motivación para que este cambio se aplicara también a las demandas de competidores parece ser el principio de economía procesal. La oportuna compensación de los daños parece ser una importante preocupación del legislador, y sin duda este mecanismo ayudará a mejorar ese aspecto, al imprimir mayor celeridad al procedimiento. Además, siendo el tribunal antimonopólico un órgano especializado en materia de libre competencia, la determinación del daño indemnizable debiera ser más fácil.

Sin embargo, este cambio implica desviar al tribunal de su función natural. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tal como indica su nombre, tiene encargada la defensa del bien jurídico libre competencia, es decir, busca resguardar la eficiencia en la asignación de recursos en los mercados. Como se argumentó en este trabajo, la relación entre aplicación privada en sentido restringido y eficiencia es dudosa; si la hay, ello es absolutamente contingente. Por tanto, carece de sentido destinar recursos del tribunal antimonopólico a una función que escasamente contribuye a su cometido principal.

Por otro lado, y no obstante la desafortunada medida comentada, la opción por el fortalecimiento de la aplicación pública no obsta a que se puedan mejorar ciertos aspectos de la regulación de la aplicación privada en sentido restringido. Los poco alentadores resultados de la misma hasta ahora dan cuenta de que el diseño no es del todo adecuado, y que el juicio presenta importantes dificultades, especialmente para el demandante.

En este sentido, la exigencia de un nivel mínimo de *disclosure* entre las partes del juicio de indemnización, a fin de mejorar la disponibilidad de información, puede ser una buena medida para aliviar la carga del demandante. Dicho mecanismo puede

tener como contrapeso la exigencia de que se haya condenado al demandado por infracción al Decreto Ley 211, además de un estricto control judicial, a través de un control de admisibilidad de las acciones, y la posibilidad de que el demandado pueda contrademandar invocando el artículo 4, letra g), de la Ley de Competencia Desleal, esto es, por el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado, en caso de abuso.

En definitiva, y como corolario de todo lo anterior, la experiencia muestra que la aplicación pública del derecho de la competencia ha jugado históricamente un rol principal en la protección de la eficiencia, muchas veces detectando y combatiendo las distintas conductas anticompetitivas, particularmente los carteles, reconocidamente la más nociva de estas.

Además, y como se sugirió al comienzo de este trabajo, el Estado tiene una buena razón para perseguir los monopolios, adicional a la búsqueda de la eficiencia; a saber, la defensa de la democracia, por cuanto el derecho de la competencia reduce la posibilidad de abuso del poder económico, permitiendo así que los principios democráticos se realicen también en esta dimensión, y permitiendo asimismo hacer partícipes a todos los ciudadanos del desarrollo a través de la eficiencia en la asignación de recursos.

Sin lugar a dudas, las agencias estatales son las principales llamadas a hacerse cargo de esta misión, en la que la justa aplicación pública del derecho de la competencia es la herramienta principal.

9. Bibliografía:

Abele, Hanns; Kodek, Georg & Schaefer, Guido (2011). Proving causation in antitrust cases. *Oxford Journal of Competition Law & Economics*, 7(4), 847-869.

- Albornoz, Camila & Morales, Felipe (2013). *La responsabilidad civil extracontractual como instrumento de protección de la Libre Competencia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile. Santiago.
- Araya, Fernando (2005). Daño competitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación. *Revista Chilena de Derecho Privado*(4), 9-32.
- Areeda, Phillip & Hovenkamp, Herbert (2004-2010). *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Nueva York: Aspen Publishers.
- Azar, José Ignacio (2009). *Los daños punitivos y sus posibilidades en el derecho chileno*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile. Santiago.
- Banfi, Cristián (2012). Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes. *Revista Ius et Praxis*(2), 3-32.
- Banfi, Cristián (2013). La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*(21), 217-258.
- Banfi, Cristián (2014-A). Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 47(1), 37-58.
- Banfi, Cristián (2014-B). Daños por ilícitos anticompetitivos entre tabacaleras. *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, 27(2), 133-145
- Besomi, María Ignacia (2014). *Indemnización a consumidores por ilícitos anticompetitivos: un análisis desde la perspectiva de la responsabilidad civil*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Chile. Santiago.

- Barros, Enrique (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Canenbley, Cornelis & Steinvorth, Till (2011). Effective Enforcement of Competition Law: is there a solution to the conflicto between leniency programs and private damage actions?. *Oxford Journal of European Competition Law & Practice*, 2(4), 315-326.
- Comisión Europea (2005). Libro verde: reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. [Disponible en línea]. Recuperado el 2 de agosto de 2016 de EUR-Lex.eu: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A26120>]
- Comisión Europea (2008). Libro blanco: acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la libre competencia. [Disponible en línea]. Recuperado el 2 de agosto de 2016 de EUR-Lex.eu: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A26124>]
- Cooter, Robert (2003). Economic Analysis of Punitive Damages. En R. Posner, & F. Parisi, *Economic Foundations of Private Law* (págs. 640-665). Cheltenham: Elgar Critical Writings Readers.
- Corral, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Crane, Daniel (2011). *The institutional structure of antitrust enforcement*. Nueva York: Oxford University Press.
- Demsetz, Harold (1969). Information and efficiency: another viewpoint. *Journal of Law and Economics*, 12(1), 1-22.
- Díez-Picazo, Luis (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

Domínguez, Ramón (1990). Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*(188), 125-168.

Easterbrook, Frank (1984). The limits of antitrust. *Texas Law Review*, 63(1), 1-40.

González, Aldo; Micco, Alejandro & Caicha, Constanza (2013). El impacto de la persecución pública en los juicios de libre competencia en Chile. *Estudios Públicos*(132), 39-69.

Jiménez, Felipe (2011). ¿Qué se protege al prohibir los monopolios? Rol del derecho de la competencia en un estado democrático de derecho. *Anales Derecho UC*(6), 171-200.

Katz, Michael & Shelanski, Howard (2007). Mergers and Innovation. *Antitrust Law Journal*, 74(1), 1-99.

Kelsen, Hans (2009). *Teoría Pura del Derecho* (16ª edición). Ciudad de México: Porrúa.

Lande, Robert (1993). Are antitrust "treble" damages really single damages? *Ohio State Law Review*, 54, 115-134.

Lewin, Nicolás (2011). Indemnización de perjuicios por atentados a la libre competencia: el daño anticompetitivo, su relación con el daño civil y la determinación de los perjuicios. *Anales Derecho UC*(6), 43-62.

Parlamento Europeo (2014). Directiva 2014/104/UE relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. [Disponible en línea]. Recuperado el 3 de agosto de 2016 de

EUR-Lex.eu: [\[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32014L0104\]](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32014L0104).

Petr, Michal (2011). Private Enforcement of Competition Law and the Policy of the Office for the protection of Competition. En J. Basedow, J. P. Terhechte, & L. Tichý, *Private Enforcement of Competition Law* (págs. 21-27). Baden-Baden: Nomos.

Peyer, Sebastian (2012). Private Antitrust Litigation in Germany from 2005 to 2007: empirical evidence. *Oxford Journal of Competition Law & Economics*, 8(2), 331-359.

Pitofsky, Robert (1979). The political content of antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, 111(65), 1-12.

Polinsky, Mitchell & Shavell, Steven (1995). Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, 111(65), 1-12.

Posner, Richard (2001). *Antitrust Law* (2ª edición). Chicago: The University of Chicago Press.

Schumpeter, Joseph (1942). *Capitalism, Socialism and Democracy*. Nueva York: Harper and Brothers.

Valdés, Domingo (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Vásquez, Omar (2014). Algunas reflexiones en torno a la indemnización de daños anticompetitivos [En línea]. Recuperado el 17 de Julio de 2016, de Academia.edu:
[https://www.academia.edu/7047232/Algunas_reflexiones_en_torno_a_la_indemnizaci%C3%B3n_de_da%C3%B1os_anticompetitivos]

Whish, Richard & Bailey, David (2012). *Competition Law* (7ª edición). Oxford: Oxford University Press.

Yeung, Karen (1998). Privatizing Competition Regulation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 18(4), 581-615.

Jurisprudencia citada:

Sound Colour con United International Pictures Chile (2009): 10º Juzgado Civil de Santiago, 30 de diciembre de 2005, Rol 782-2004, confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de junio de 2009, Rol 1361-2006.

Producción Química y Electrónica Quimel S.A. con James Hardie Fibrocementos Ltda. (2009): 26º Juzgado Civil de Santiago, 23 de junio de 2009, Rol 2191-2007.

Cementa S.A. con James Hardie Fibrocementos Ltda. (2009): 26º Juzgado Civil de Santiago, 24 de abril de 2009, Rol 13272-2007.

Philip Morris Chile Comercializadora Limitada con Compañía Chilena de Tabacos S.A. (2011): 10º Juzgado Civil de Santiago, 25 de enero de 2010, Rol 19655-2009; Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 2011, Rol 1520-2010; Corte Suprema, 25 de julio de 2013, Rol 1339-2012.