

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS FRENTE A RIVALES Y CONSUMIDORES POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS

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

Felipe Ignacio Fuentes Maturana
Nicolás Antonio René Larraguibel González
Profesor guía: Gabriel Hernández Paulsen

Santiago de Chile
Noviembre, 2018

A nuestros padres y familias.

Índice

Introducción.....	Pág. 1
Capítulo I. Libre competencia e ilícito antitrust.....	Pág. 5
1.1 La libre competencia y su protección.....	Pág. 5
1.2. Fines de la responsabilidad civil y libre competencia.....	Pág. 10
1.3. Ilícito anticompetitivo y daño: introducción.....	Pág. 16
Capítulo II. Legitimación pasiva y naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del director por ilícito anticompetitivo.....	Pág. 21
2.1. Distinción entre la responsabilidad civil de la sociedad anónima y la del director.....	Pág. 21
2.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del director.....	Pág. 25
2.3. Fundamento de la responsabilidad civil del director. El interés social.....	Pág. 27
Capítulo III. Presupuestos de la responsabilidad civil del director por ilícito anticompetitivo.....	Pág. 34
3.1. Conducta voluntaria.....	Pág. 34
3.2. Imputabilidad.....	Pág. 37
3.2.1. Planteamiento del problema.....	Pág. 37
3.2.2. Culpa.....	Pág. 38
3.2.2.1. Noción.....	Pág. 38

3.2.2.2. Los deberes de conducta del director.....	Pág. 38
3.2.2.3. Acreditación.....	Pág. 42
3.2.2.4. Culpa probada.....	Pág. 42
3.2.2.5. Culpa presunta.....	Pág. 45
3.2.3. Dolo.....	Pág. 46
3.3. Causalidad.....	Pág. 47
3.3.1. Planteamiento del problema.....	Pág. 47
3.3.2. Causalidad natural.....	Pág. 48
3.3.3. Causalidad valorativa.....	Pág. 50
3.3.3.1. Fin protector de la norma.....	Pág. 50
3.3.3.2. Causalidad adecuada.....	Pág. 53
3.3.3.3. Incremento del riesgo.....	Pág. 55
3.3.4. Prueba de la causalidad.....	Pág. 56
3.3.5. Pluralidad de responsables.....	Pág. 56
3.4. Daño.....	Pág. 58
3.4.1. Planteamiento del problema.....	Pág. 58
3.4.2. Tipologías.....	Pág. 58
3.4.2.1. Daño civil derivado de la colusión.....	Pág. 58
3.4.2.2. Daño civil derivado del abuso de posición dominante.....	Pág. 61
3.4.3. Prueba.....	Pág. 66
3.4.3.1. Cuestiones previas.....	Pág. 66
3.4.3.2. Métodos de cuantificación.....	Pág. 69
3.4.3.2.1. Métodos comparativos.....	Pág. 70
3.4.3.2.1.1. Métodos diacrónicos (<i>before and after</i>).....	Pág. 70
3.4.3.2.1.2. Método de comparación con otros mercados.....	Pág. 72
3.4.3.2.2. Métodos de simulación.....	Pág. 73
3.4.3.2.3. Método basado en los costos.....	Pág. 74

3.4.3.2.4. Método basado en el análisis financiero.....Pág. 75

Conclusiones.....Pág. 77

Bibliografía.....Pág. 81

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, abordaremos la posibilidad de elaborar una argumentación plausible que permita hacer civilmente responsables a los directores de una sociedad anónima por los daños derivados de los ilícitos anticompetitivos en que incurrieren las sociedades de las cuales son administradores.

Como bien han señalado la doctrina y jurisprudencia nacionales, la legislación antimonopólica –contemplada fundamentalmente en el Decreto Ley 211– protege el bien jurídico libre competencia, de interés público, y de indudable relevancia en una sociedad sustentada en la libertad de empresa como la chilena. De su infracción generalmente se derivan daños sociales, pero también a particulares. Ejemplos de estos últimos son los sobrepagos pagados por los consumidores a consecuencia de una colusión (daño emergente), y la pérdida de la legítima ganancia que hubiere obtenido un competidor excluido de un mercado a consecuencia de una práctica exclusoria (lucro cesante).

A partir de una aplicación rígida de la teoría del órgano, ha sido un dogma prácticamente incontrovertido en nuestro medio que por las actuaciones ilícitas de la sociedad que ocasionen daño a terceros sólo será responsable esta última, lo cual ha conducido al blindaje y práctica exoneración de responsabilidad de los administradores frente a terceros¹, aun cuando con su conducta, dolosa o culposa, hayan contribuido a la materialización del ilícito.

¹ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *La acción individual de responsabilidad*. En: AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, 2016, Valencia, p.190

En este trabajo, sostenemos que un planteamiento como este pugna con principios básicos de justicia y con la función preventiva que cumplen las reglas de responsabilidad civil, como lo son aquellas que establecen los deberes de conducta de los directores de sociedades anónimas.

En este entendido, creemos que una tesis como la propuesta es coherente con los fines de la responsabilidad civil en un sistema continental como el nuestro. En efecto, en primer lugar, haría operativa la *justicia correctiva*: se reconoce a quien ha sufrido un daño atribuible a una conducta culpable de otra persona el derecho a exigir de esta su reparación, restableciendo así el equilibrio injustamente alterado. El director, con su conducta culpable, ha obtenido una ganancia normativa cuyo correlato es la pérdida normativa que la víctima ha debido soportar, sirviendo la indemnización como medio para el restablecimiento de la situación existente antes de la interacción dañosa. Este es el aspecto más estudiado de la responsabilidad extracontractual.² En segundo lugar, es congruente con el fin de *justicia distributiva*: las reglas de responsabilidad pueden ser evaluadas por sus efectos sobre la distribución de ciertos derechos y deberes, que podríamos calificar como *primarios*, y que son los que definen los términos equitativos de la interacción privada. Establecen el marco para las relaciones entre particulares, y expresan un juicio sobre los intereses de las personas en cuanto a la libertad de acción y la seguridad frente a las interferencias de otros.³ De esta forma, estimamos que rivales y consumidores no sólo tienen derecho a ser indemnizados cuando hayan sufrido daño a consecuencia de un ilícito anticompetitivo atribuible a una conducta culpable del director de una sociedad anónima (derecho *secundario*) sino que también tienen un derecho a no ser dañados por estos en determinadas circunstancias.

Por último, recogiendo parte de las elaboraciones hechas por el análisis económico del derecho, vislumbramos en el reconocimiento de la tesis propuesta la posibilidad de prevenir de forma (cercana a la) óptima la comisión de ilícitos anticompetitivos, cumpliendo así con la *función preventiva* de la responsabilidad civil.

² PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014, p.187

³ Idem

Por otra parte, desde un punto de vista práctico, permitirle a la víctima dirigirse directamente contra el director culpable presenta una doble ventaja. En primer lugar, el demandante tendrá un patrimonio adicional al cual dirigirse, cuestión especialmente sensible en caso que la empresa infractora haya caído en insolvencia. En segundo lugar, en el evento que el director haya sido previamente sancionado por la autoridad administrativa, la demandante ya no deberá probar la culpa del director, pues esta será presumida, restándole acreditar solamente el daño y la relación causal entre este y la conducta dañosa.

Para finalizar, son precisas algunas aclaraciones previas acerca del objeto de estudio de este trabajo. Nos centraremos únicamente en los daños derivados de una conducta contraria a la legislación antitrust. Primero, porque por regla general de esta clase de ilícitos se derivan daños de gran magnitud, tanto para particulares como para la sociedad toda. Y segundo, porque la estructura altamente concentrada de la economía chilena⁴ lleva a que los agentes económicos que en ella participan se encuentren especialmente expuestos, ya a incurrir en alguna de estas conductas, ya a ser víctimas de las mismas, revistiendo su tratamiento y estudio gran interés considerando la realidad nacional.

En cuanto a la limitación del estudio sólo a los daños ocasionados a consumidores y a rivales de la sociedad infractora, y no a los demás posibles afectados⁵, esto responde a tres razones. Primero, a que en la mayoría de los casos en que nuestros tribunales se han pronunciado acerca de la procedencia de una acción indemnizatoria derivada de un ilícito antitrust, esta ha sido ejercida por un rival o por consumidores (o asociaciones de estos). Segundo, a que respecto de parte importante de los daños excluidos de análisis, sería muy difícil para la víctima lograr acreditar de forma exitosa el nexo causal entre estos y la conducta ilícita, perdiendo su estudio interés práctico. Y por último, a que este trabajo no pretende ni podría pretender ser un estudio exhaustivo de las consecuencias dañosas derivadas de un

⁴ ALVEAR, Julio, *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico, una visión integral*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017, pp.134 y 161

⁵ No es nuestra intención descartar la procedencia de la acción indemnizatoria de cualquiera que haya visto lesionado un interés legítimo, por ejemplo, el de los proveedores de los agentes coludidos. Generalmente, la colusión tiene como efecto la disminución de la cantidad de bienes o servicios ofrecidos por las empresas cartelizadas (“efecto volumen”) a consecuencia de la menor demanda por el aumento de los precios (“efecto precio”). Lo anterior lleva a que los proveedores de las empresas coludidas se vean perjudicados por la disminución de la demanda de los bienes o servicios por ellos ofrecidos.

ilícito anticompetitivo. Por el contrario, como se ha dicho, su objeto principal es ofrecer una interpretación de la normativa actual que regula los gobiernos corporativos de las sociedades anónimas, en particular las reglas que establecen los deberes de conducta de los directores, que haga posible hacer recaer en estos la obligación de reparar los perjuicios ocasionados a terceros (en este caso competidores y consumidores) por la infracción de sus deberes de conducta.

En este sentido, si bien reconocemos que las normas que rigen y regulan el funcionamiento de las sociedades anónimas –fundamentalmente las leyes N° 18.045, N° 18.046 y el Reglamento de Sociedades Anónimas– tienen por fin primordial la protección de la propia sociedad y sus accionistas,⁶ creemos que su objeto no se agota ahí. En efecto, en el funcionamiento y correcta administración de estas, y particularmente de aquellas que detentan poder de mercado y aptitud objetiva para incurrir en una infracción de las contempladas en el Decreto Ley 211, existe un interés general comprometido, así como también intereses de otros particulares, como son los rivales y consumidores de la sociedad anónima. La consideración simultánea de estos diversos intereses correctamente entendidos, contrariamente a lo que se cree, no sólo no pugnan entre sí, sino que son complementarios, ya que una administración que tome en cuenta *también* los intereses de aquellos grupos vinculados redundará, en el mediano o largo plazo, en una mayor utilidad para la sociedad anónima.

⁶Como veremos en la segunda parte de este trabajo, qué se entiende por interés social es una cuestión controvertida. Hay quienes sostienen que, además de comprender el interés de la sociedad y de los accionistas, comprende el de todos aquellos que puedan verse afectados con el actuar de la sociedad anónima.

CAPÍTULO I

LIBRE COMPETENCIA E ILÍCITO ANTITRUST

1.1. LA LIBRE COMPETENCIA Y SU PROTECCIÓN

El Decreto Ley 211 de 1973 (en adelante DL 211), que fija normas para la defensa de la libre competencia, es el primer cuerpo normativo que en nuestro país asume como pilar fundamental para el buen funcionamiento de la economía la protección de la libre competencia mercantil. En esta línea, la doctrina y jurisprudencia nacional nos señalan que el DL 211 cautela el bien jurídico libre competencia, de contenido propio, y cuyo resguardo es fundamental para la consecución de diversos fines, tanto públicos como privados.

A continuación, expondremos brevemente la evolución normativa que ha sufrido nuestra legislación en torno a la protección de la libre competencia, siendo identificable un tránsito desde una escueta regulación con escasa aplicación, hasta la situación actual, caracterizada por una compleja institucionalidad ampliamente aplicada.

Considerada la legislación de libre competencia en sí misma, esta forma un continuo, que ha crecido de manera orgánica tanto cuantitativa como cualitativamente⁷. Su objeto principal el resguardo del buen funcionamiento de los mercados, principalmente a través de la persecución de conductas monopólicas, al extremo, necesario a nuestro parecer, de consagrar a la libre competencia como bien jurídico.

⁷ ALVEAR, Julio, op. cit., p.141

Hay que remontarse a mediados del siglo pasado para encontrar en el Título V de la Ley N° 13.305, fuertemente influida por la Sherman Act de 1890 de los Estados Unidos de América, el primer esfuerzo de nuestro legislador en procura a proteger la libre competencia. Esta ley, no obstante, tuvo escasa aplicación práctica. En la época de la política de sustitución de importaciones, la protección de la libre competencia no parecía un bien de relevancia tal que ameritara una legislación y herramientas de protección eficaces.

No sería sino hasta el año 1973, con la dictación del DL 211, y un contexto político propicio para reformas económicas profundas, que se reconocería a la libre competencia como un bien jurídico digno de tutela por parte de la normativa nacional. Con la entrada en vigor de la Constitución Política de la República de 1980, este bien vino a tener rango constitucional, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia mayoritarias. Fue así que, de acuerdo a esta doctrina, pasó a formar parte de la garantía contemplada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Magna, reconociéndose el derecho a la libre competencia mercantil como integrante de la garantía que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en tanto no pugne con la moral, el orden público y la seguridad nacional. Son coherentes a su vez, e indispensables para su efectiva operatividad, otros principios reconocidos en la nueva Constitución, como son el principio de subsidiariedad, de restricción del Estado empresario, y el de no discriminación arbitraria en materia económica.

Desde que fuera dictado, el DL 211 ha sufrido numerosas modificaciones, algunas de gran relevancia. En efecto, mediante la Ley 19.911 del año 2003, se modificó la denominación de la Comisión Resolutiva por la de Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), dotándosele de un presupuesto, sede, personal profesional y administrativo propios, permitiendo por esta vía una mejor separación entre este órgano y el persecutor antimonopólico, es decir, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE). Otra modificación de importancia fue la despenalización del hasta entonces delito de colusión, quedando reducido a un mero ilícito administrativo, tal como ocurre en la Unión Europea.⁸ También se reconoce, por primera vez, el derecho que asiste a todo afectado por una conducta

⁸ VALDÉS, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp.237-239.

monopólica a solicitar la indemnización de perjuicios que esta hubiere ocasionado. El conocimiento de esta acción recaería en el juez de letras competente.

Otra reforma de importancia tuvo lugar con ocasión de la promulgación de la Ley 20.361 del año 2009, la cual, entre otros, reconoció el mecanismo de la delación compensada; concedió nuevas y más eficaces herramientas a la FNE para la persecución de conductas anticompetitivas, especialmente los carteles; y modificó de forma relevante el artículo 3° del DL 211.

La última reforma data de agosto del año 2016. A través de la Ley 20.945, se retoma la criminalización de la colusión; se establece, en un nuevo Título, el IV, un procedimiento de consulta previa respecto de operaciones de fusión; se radica el conocimiento de la acción de perjuicios emanada de la sentencia del TDLC que declara la existencia de un ilícito monopólico en el mismo tribunal, sustrayéndose así su conocimiento de los tribunales ordinarios, entre otras modificaciones relevantes.

Como vemos, el legislador parece dar cada vez mayor importancia a un adecuado resguardo de la libre competencia. Esta atención es desde luego merecida, en tanto se trata de un principio o valor fundamental del Orden Público Económico necesario para lograr, en último término, un mayor bienestar para la población toda. En este sentido, se ha señalado que “la defensa de la libre competencia es uno de los elementos que disciplinan la justicia del mercado, o dicho en otras palabras, forma parte de las condiciones mínimas de su operatividad”⁹. Junto con esto, no cabría desestimar la importancia que han tenido casos de gran repercusión pública en este afán reformista.¹⁰

Ahora bien, para efectos de determinar y entender qué protege la legislación antimonopólica, se hace necesario distinguir entre la libre competencia conceptualizada como bien jurídico, y la libre competencia entendida como derecho subjetivo.

⁹ ALVEAR, Julio, op. cit., p.111

¹⁰ Casos Farmacias (sentencia del TDLC N° 119-2012, confirmada por la Corte Suprema, rol N° 2578-2012), La Polar (resolución de la SVS, Papel *tissue*) y Pollos (sentencia del TDLC N° 236-2011, confirmada por la Corte Suprema, rol N° 27181-2014).

En tanto bien jurídico, la doctrina la ha identificado con la autonomía privada, con la protección de los consumidores, con el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, con la protección de cierta categoría de competidores, y con la eficiencia económica, entre otros.¹¹ A este respecto, el profesor Valdés desarrolla una conceptualización propia, desechando la posibilidad de identificar la libre competencia con alguno de los conceptos antes referidos. A modo de ejemplo, desecha que este se corresponda con la eficiencia económica, por cuanto esta prescinde de consideraciones relativas a la justicia y a la libertad en su concepción clásica. Desecha a su vez, “la mera transcripción al orden administrativo contravencional de una garantía constitucional”¹², haciendo referencia al derecho a desarrollar cualquier actividad económica y su identificación con la libre competencia, puesto que esta es una “forma particular de desarrollar actividades económicas: en competencia con otros (...), lo cual es ciertamente la modalidad más importante, pero no la única.”¹³

Para este autor, el bien jurídico protegido no es otro que la libre competencia, que en sus palabras:

“es más que una mera suma de derechos subjetivos cuyo objeto es el ejercicio de la libertad de competencia mercantil, puesto que aquel bien jurídico tutelado es la armonización de tales derechos subjetivos con miras a su ordenación para realizar el bien común político o temporal de la sociedad civil.”¹⁴

Por su parte, Santander define el bien jurídico libre competencia como:

“la libertad para emprender, en igualdad de condiciones, para beneficio personal y social, esto es, una libertad que supera la esfera individual, interesando a la sociedad toda, desde que pertenece a todos por igual y cada uno, para el dicho beneficio social y

¹¹ VALDÉS, Domingo, op. cit., pp.98-178

¹² Ibidem, p.179

¹³ Idem

¹⁴ Ibidem, p.188

que por ende ha de ser protegida del ejercicio abusivo de la libertad de los poderosos”.¹⁵

Como vemos, el bien jurídico protegido libre competencia es un bien de contenido propio, que no se identifica con ningún otro, y entre cuyas funciones es posible reconocer, entre otras, la promoción de las mayores facultades morales, intelectuales y físicas de los seres humanos, estimulando su iniciativa y responsabilidad, lo que *per se* implicaría la dignificación de la misma, más allá del resultado económico que de hecho se derive de la respectiva actividad; además, asegura un fundamental ámbito de libertad a los individuos y cuerpos intermedios frente al Estado y sus organismos, así como frente a los demás competidores, sean públicos o privados; asimismo, evita injustos desplazamientos de riqueza; y, por último, cumple una función ordenadora de la actividad económica, la que *generalmente* trae aparejada una justa y eficiente formación de precios y valores de cambio.¹⁶

Asimismo, cabe señalar la importantísima función que cumple la libre competencia en tanto bien jurídico como delimitador de las potestades sancionadoras y consultivas concedidas tanto a los tribunales como a la administración, respectivamente. Habida cuenta de la formulación amplia del que Valdés llama *injusto universal monopolico*, contemplado en el artículo 3º inciso primero del DL 211¹⁷, justificada principalmente por la imposibilidad de prever por parte del legislador todos los supuestos lesivos de la libre competencia, la carga de interpretar cuáles son las conductas contrarias a la misma se traslada a la conceptualización que se haga de la libre competencia. De esta forma, la libre competencia además de bien jurídico, entendido como valor cuya subsistencia es condición indispensable para la conservación de la organización social que estructura la sociedad civil o nación, forma parte integrante del tipo y específicamente del resultado, consistiendo este precisamente en el menoscabo de la libre

¹⁵ SANTANDER, Boris, *El injusto anticompetitivo*, parte de la ponencia presentada en la Tercera Jornada de Libre Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile, 5 de septiembre de 2008.

¹⁶ VALDÉS, Domingo, op. cit., pp.199-200

¹⁷ “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

competencia o bien en su puesta en peligro.¹⁸ Es decir, sólo será constitutiva de ilícito antitrust la conducta que menoscabe la libre competencia o que la ponga en peligro.

Ahora bien, en cuanto derecho subjetivo, que asiste a todo particular para ejercer la libre competencia, y de cuya eventual vulneración se derivarán las acciones indemnizatorias, este ha sido definido como:

“el derecho, generalmente irrenunciable, que permite a su titular desplegar, sin mayores requisitos, los medios para atraer la oferta o la demanda en el mercado, según la naturaleza de oferente o demandante de productos y servicios que detente”¹⁹

1.2. FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LIBRE COMPETENCIA

La responsabilidad civil cumple diversos fines. Tradicionalmente, se ha sostenido que el principal es la justicia correctiva: la existencia de las reglas de responsabilidad, que hacen recaer en un sujeto la obligación de reparar el daño causado a otro, tendrían por finalidad primordial la rectificación de la igualdad –aritmética– alterada entre ambos a consecuencia de la conducta ilícita. En este sentido, Barros sostiene que “la justicia correctiva establece una condición que debe satisfacer toda decisión en materia de responsabilidad.”²⁰ Asimismo, se ha señalado que las consideraciones de justicia correctiva son necesarias (aunque no siempre suficientes) para articular cualquier explicación sobre la responsabilidad extracontractual.²¹

¹⁸ Para un desarrollo más acabado de las ideas expuestas, en particular de la libre competencia como bien jurídico, pero también como parte integrante del tipo del injusto monopólico, así como del cumplimiento o no del principio de tipicidad a su respecto, véase VALDÉS, Domingo, op. cit., pp.282 y ss.

¹⁹ ARAYA, Fernando, *Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación*. En Revista Chilena de Derecho Privado, N°4, Santiago, 2005, p.12

²⁰ BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p.35

²¹ Gardner, John. *What is Tort Law for? Part 1. The Place of Corrective Justice*. En Law and Philosophy (N° 30), 2011 pp. 5-6. Citado por PINO, Alberto. *La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno*. En Revista Ius et Praxis, Año 22, N° 1, Talca, 2016, p.233

En línea con lo anterior, creemos que las consideraciones de justicia correctiva no serían siempre suficientes para explicar las reglas de responsabilidad extracontractual, puesto que el derecho que tiene la víctima a la reparación supone la existencia previa de un derecho a no ser dañado, por un lado, y su correlativo deber de no dañar, por otro.²² En otras palabras, sólo una vez lesionado este derecho *primario*, se activaría el derecho a obtener una indemnización por el daño causado (derecho *secundario*). El reconocimiento de este derecho primario –y su correlativo deber– se explicaría no por una lógica de justicia correctiva sino por una de justicia distributiva. Esta se expresa en la igualdad proporcional –no aritmética– entre el mérito de los sujetos y la porción que se les asigna, de acuerdo a un determinado criterio distributivo.

Ahora bien, las reglas de responsabilidad civil sirven también como instrumento social para la adecuación de conductas, pudiendo la comunidad política valerse de ellas con tal fin. Según explica Barros, desde un punto de vista *externo*, es decir, distinto del que puedan tener los particulares que intervienen en la relación dañosa, el estatuto de responsabilidad civil puede ser analizado en atención a lo eficaz que resulte. Así, cumpliría una función preventiva basada en una lógica de mercado, puesto que establece costos (que se expresan en el deber de indemnizar) a quienes desarrollan actividades que generan riesgos. De acuerdo a esto, el sistema de responsabilidad más eficiente será el que logre un equilibrio entre los costos de prevención del accidente y los daños que se evitan a consecuencia de tomar las medidas preventivas. La finalidad de las reglas de responsabilidad civil, de acuerdo a este planteamiento, no es evitar a toda costa que se produzcan daños, sino impedirlos en la medida que los costos excedan los costos asociados a prevención.²³

Como vemos, se prescinde de un fundamento de justicia al momento de establecer las reglas de responsabilidad civil. Estas últimas se encontrarían suficientemente justificadas en la medida en que logren un equilibrio óptimo de costo/beneficio social. En este entendido, el derecho privado operaría como instrumento para la consecución de fines públicos. En otras

²² Por regla general, el derecho se restringirá a no ser dañado por conductas culpables, es decir, sólo cuando sea posible realizar un juicio de imputabilidad respecto del agente dañador, se activarán los derechos secundarios. Ahora bien, en ciertos casos, llamados de responsabilidad objetiva, no será necesaria la concurrencia de culpa del agente ocasionador del daño, bastando la existencia del nexo causal entre la conducta de este y el daño.

²³ BARROS, Enrique, op. cit., p.34

palabras, las reglas de responsabilidad civil no serían más que un conjunto de incentivos y desincentivos que permiten orientar el comportamiento hacia fines socialmente deseables por medio de sanciones coactivas. De esta manera los particulares, buscando satisfacer sus propios intereses, provocarían efectos positivos para el bienestar general.²⁴

A mayor abundamiento, la responsabilidad civil, desde esta perspectiva, es entendida como una técnica de prevención general en la medida en que sus reglas dan señales de cuidado preventivo conformando un mercado autorregulado de incentivos.²⁵ Un sistema de responsabilidad civil, según esta teoría, distribuye los costos de los accidentes entre los agentes dañadores y las víctimas, teniendo en cuenta los efectos que estas asignaciones generarán sobre la producción de daños. Idealmente, el sistema debería responsabilizar a quien se encuentre en las mejores condiciones para reducir el riesgo, más allá de que participe en la interacción dañosa. Agentes causales son incorporados en la estructura porque son quienes *normalmente* pueden evitar los accidentes a un bajo costo y, por esta razón, es necesario que obtengan incentivos para reducir riesgos en el futuro.

No existe en esta concepción de las reglas de responsabilidad un genuino deber de no dañar sino sólo un deber de compensar. Tampoco un derecho a no ser dañado, sino un derecho a ser compensado. A juicio de Papayannis, todo el trabajo motivacional de las reglas de responsabilidad civil es realizado por los derechos y deberes secundarios (que se activan, a su entender, tras las transgresión de los derechos y deberes primarios, derecho a no ser dañado y el correlativo deber de no dañar). Así, cuando se concibe el derecho de daños como un sistema orientado a brindar incentivos para la conducta eficiente, los derechos y deberes primarios se tornan prescindibles como elemento analítico.²⁶

Pues bien, habiendo constatado que las reglas de responsabilidad civil pueden colaborar a la prevención de conductas socialmente indeseadas, veremos cómo estas, aplicadas a la libre competencia, pueden contribuir a la protección de la misma, mediante la adecuación del comportamiento del director a la norma que establece el deber de diligencia.

²⁴ Ibidem, p.44

²⁵ Ibidem, p.48

²⁶ PAPAYANNIS, Diego, op. cit., p.132

Tradicionalmente, en nuestro sistema jurídico, por ser la libre competencia un bien jurídico de carácter público, este ha sido resguardado a través de órganos estatales que manifiestan el poder punitivo del Estado, dejando de lado la regulación privada como mecanismo para contribuir a su protección. Por lo pronto, el organismo que se encarga de perseguir las infracciones a la libre competencia, es la Fiscalía Nacional Económica, organismo público y descentralizado, que tiene como misión primordial contribuir a un buen funcionamiento de la libre competencia a través de la imposición de sanciones administrativas –generalmente multas- a quien cometa un ilícito anticoncurrencial. Otro organismo público, la Comisión para el Mercado Financiero (en adelante CMF), es la encargada de velar por el buen funcionamiento del mercado y tiene, entre otras funciones, fiscalizar el correcto funcionamiento de las sociedades anónimas.

Lo anterior corresponde al *public enforcement*, conjunto de normas de carácter público que se encarga de regular la libre competencia, de gran aplicación en el sistema jurídico europeo/continental. Por otra parte, tenemos el *private enforcement* (aplicación privada del derecho de la competencia), de origen estadounidense, el cual, en sentido amplio, comprende todas las acciones ejercidas por los particulares, sea para denunciar los ilícitos anticoncurrenciales ante las autoridades públicas correspondientes, sea para hacer valer los efectos civiles o patrimoniales que se deriven de dichas conductas.²⁷ En un sentido restringido, el *private enforcement* concierne exclusivamente a las acciones civiles (cautelares, de nulidad y resarcitorias) interpuestas ante los tribunales que tengan por origen conductas anticompetitivas, y a la interpretación y aplicación que dichos órganos jurisdiccionales hagan de las normas pertinentes.²⁸ El ejercicio de la acción civil para la obtención de la reparación de los perjuicios sufridos ejercida contra el director de una sociedad anónima por un daño sufrido a consecuencia de un ilícito anticompetitivo, es aplicación del *private enforcement*.

En línea con lo señalado por Ortiz, reconocemos una relación entre el derecho civil y el derecho de la libre competencia. La responsabilidad civil evidencia el papel que les toca a los particulares en el control de las conductas restrictivas, las funciones de garante que se

²⁷ BANFI, Cristián, *La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia*. En Revista Chilena de Derecho Privado, N° 4, Santiago, 2005, p.221

²⁸ Ibidem, p.222

encuentran a cargo de los jueces nacionales y la necesaria coordinación y cooperación de estos con las autoridades administrativas.²⁹

No se excluyen, a la hora de prevenir ilícitos monopólicos, la responsabilidad civil con el derecho público administrativo, muy por el contrario, se complementan.³⁰

Los instrumentos privados pueden operar –y a menudo lo hacen- como medios auxiliares para perseguir, disuadir y sancionar los comportamientos anticompetitivos, promoviendo el respeto de las normas de libre competencia. Se trata de instrumentos que complementan el *public enforcement*, necesariamente selectivo, incrementando la probabilidad de descubrir y sancionar las infracciones y desincentivar su perpetración, supuesto que el costo de violar la ley (representado por multas e indemnizaciones) sea suficientemente elevado.³¹

Dicho lo anterior, estimamos que el legislador debiera reconocer explícitamente la complementariedad de los fines de justicia y el fin preventivo de las reglas de responsabilidad civil y, en lo que nos concierne, del *public y private enforcement* de la legislación antitrust, de forma tal de conformar un régimen descentralizado de incentivos que propendan a un óptimo de bienestar, sin perder de vista el necesario fin de justicia que, como decíamos, constituye el fundamento último de las reglas de responsabilidad civil.

El *public enforcement* por sí solo no basta para resguardar la libre competencia. Dotar de mayores facultades y recursos a la FNE o aumentar las multas que llevan aparejadas las conductas anticoncurrenciales, si bien puede resultar necesario, es insuficiente.

²⁹ ORTIZ, Ingrid, *La aplicación privada del derecho de la competencia: Los efectos civiles derivados de las normas de libre competencia*. En *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, La Ley, Madrid, 2011, p.30

³⁰ PARDOW, haciendo una comparación entre la efectividad en los litigios llevados a cabo por la FNE y los particulares, concluye que debido a que las ventajas comparativas de cada tipo de litigante se relacionan con las características subyacentes de los tipos de infracción, lo lógico sería fomentar la división del trabajo y permitir que ambos mecanismos se complementen recíprocamente. PARDOW, Diego, *El desempeño en juicio de la FNE: ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?* En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 22, N°2. 419-451p. 2015, Antofagasta, p.426

³¹ BANFI, op. cit., p.223

En efecto, la evidencia muestra que la eficacia marginal de las sanciones tiende a ser decreciente, esto es, la disuasión que genera una unidad tributaria adicional de multa, o un año adicional de prisión, disminuye a medida que el nivel de castigo aumenta.³² Por otro lado, los organismos de fiscalización públicos cuentan con recursos insuficientes, información incompleta y sus funcionarios tienen pocos incentivos para hacer su trabajo.³³ La solución no está únicamente en agrandar y fortalecer la FNE, postura totalmente paternalista; la solución está, en parte, en permitir que los privados se complementen con el ente público y se les permita velar por sus propios intereses.

En lo que respecta al presente trabajo, estimamos que la responsabilidad personal del director de una sociedad anónima que incurra en un ilícito antitrust fortalecería el *private enforcement* sin tener que acudir a mecanismos como los daños punitivos *-treble damages*, por ejemplo-, que no se condicen con nuestro sistema de responsabilidad continental.³⁴ En efecto, reconocer la responsabilidad civil del director por los daños derivados de ilícitos anticompetitivos redundará en el fortalecimiento del *private enforcement*, puesto que la víctima (rival o consumidor) dispondrá de herramientas adicionales para accionar y obtener una indemnización, lo que a su vez implicará una mejor prevención de este tipo de ilícitos, ya que el director potencialmente infractor tendrá incentivos adicionales para adecuar su comportamiento a la norma, debiendo tomar las medidas necesarias para cumplir con el estándar de conducta exigido por esta.

³² PARDOW, op. cit., p.427

³³ Ibidem, p.428

³⁴ En Chile, la consagración de los daños punitivos se encuentran con los siguientes problemas. En primer lugar, contrarían el principio de reparación integral y la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad civil. La indemnización depende de la magnitud del perjuicio y no de la entidad de la conducta nociva. En segundo lugar, contrariaría el principio de legalidad, pues se impondrían con el objetivo de castigar conductas que no están tipificadas ni sancionadas en norma legal alguna, vulnerando el *non bis in idem*, ya que la infracción sería sancionada dos veces: en sede administrativa y en el litigio civil. Por último, porque las víctimas se enriquecerían de forma injustificada al recibir más que el daño padecido, lo que fomentaría una litigación abusiva.

1.3. ILÍCITO ANTICOMPETITIVO Y DAÑO: INTRODUCCIÓN.

Si bien el daño, en tanto requisito básico para la procedencia de la indemnización de perjuicios, será tratado al final de este trabajo, corresponde aquí realizar una breve aproximación a las consecuencias perniciosas que se derivan de un ilícito antitrust, tanto para la sociedad como para los particulares.

Como cuestión previa, debe señalarse que en un mercado competitivo es normal –y hasta deseable– que los agentes que en él participan se ocasionen daños unos a otros, por ejemplo, mediante una competencia agresiva. Un competidor ineficiente, o que no ofrezca al consumidor un producto de una calidad adecuada, podrá ser excluido del mismo, y por ende, sufrir un daño de relevancia, lo cual no lo habilitará para exigir una compensación, por ejemplo, del competidor que hubiera disminuido sus precios o llevado a cabo una estrategia publicitaria agresiva. Desde una perspectiva jurídica, se trataría de un daño lícito, no reprochable ni en sede antimonopólica ni civil.³⁵ En este sentido, se ha dicho que los daños que se provocan los competidores recíprocamente, aunque respondan a una estrategia comercial conscientemente agresiva, no constituyen ilícitos que den lugar a responsabilidad³⁶, y que no existe un deber general de cuidado entre los competidores.³⁷

Por otra parte, es propia de mercados competitivos la generación de excedentes para los operadores. Así, el excedente de los consumidores corresponderá a la diferencia entre el precio mayor que hubieran estado dispuestos a pagar y el precio que en definitiva hubieran pagado como precio de equilibrio. Por su parte, los productores obtienen el excedente constituido por la diferencia entre el precio de venta de equilibrio y el precio menor al cual se encontraban dispuestos a vender el bien.³⁸

³⁵ Véase SCHOPF, Adrián, *El ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual y los daños puramente patrimoniales*, en *Estudios de Derecho Civil X*, Editorial Thomson Reuters, 2015, Santiago, pp.922-939, quien, a propósito de los daños puramente patrimoniales, señala que para que se proceda a su indemnización no basta la culpa, sino que se requiere de la concurrencia de dolo, o a lo menos de culpa grave.

³⁶ BARROS, Enrique, op. cit., p.1044

³⁷ BANFI, Cristián, *Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile*. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°1, 2014, Santiago, pp.40-41

³⁸ ARAYA, Fernando, op. cit., p.23

Aclarado lo anterior, corresponde referirnos a los efectos de los ilícitos anticompetitivos. Contrariamente a lo que podría creerse, no todos ellos producen un menoscabo efectivo a la libre competencia. Lo anterior se reconoce de forma meridianamente clara en nuestra legislación antimonopólica. Así, en el encabezado del artículo 3° del DL 211 se señalan como contrarios a la libre competencia los hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la misma, pero también aquellos que *tiendan* a producir dichos efectos. Es decir, no todos los ilícitos anticompetitivos lesionan de forma efectiva la libre competencia, y ni aun la totalidad de aquellos que lo hacen, producen un daño a un particular desde una perspectiva civil.³⁹

En idéntico sentido, el artículo 30 del DL 211 reconoce “la acción de indemnización de perjuicios *a que haya lugar* con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada (...)”. Del precepto citado se desprende que habrá ilícitos sancionados por el TDLC que no den lugar a la acción de indemnización de perjuicios.

Así las cosas, cabe centrar el estudio únicamente en la primera clase de conductas, es decir, en aquellas que lesionan efectivamente la libre competencia, puesto que sólo de estas puede derivarse daño a particulares.

En esta línea, distinguiremos dos niveles de ofendidos. En un primer nivel, se encuentra la sociedad toda. Como se ha señalado, lo resguardado por la legislación antimonopólica es la libre competencia, siendo la lesión de este bien jurídico lo que justifica el ejercicio del *ius puniendi* estatal. En un segundo nivel, se puede reconocer como afectado a cualquiera de los integrantes del mercado, sea actual o potencial, respecto del cual un competidor hubiere perpetrado un ilícito anticompetitivo. En esta parte introductoria sólo nos referiremos al daño producido en el primer nivel, dejando el estudio de los producidos en el segundo nivel para el final de este trabajo.

³⁹ Para aquellos supuestos en que no medie una afectación a la libre competencia pero sí a particulares, podrá eventualmente aplicarse la Ley 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, o la Ley 20.169, que regula la competencia desleal.

Así entonces, el daño padecido por la sociedad se traduce en el *costo social neto* producido por las prácticas anticompetitivas, es decir, la generación de una pérdida en la comunidad, soportada por todos los actores vinculados directa o indirectamente con el mercado afectado, que no se traduce en un beneficio para nadie. No se trata ya de un daño lícito, siendo por ende reprochable en sede antimonopólica. Este costo social consiste en la pérdida general de eficiencia de un mercado determinado; se reconoce un desplazamiento de la demanda hacia productos de inferior precio y calidad, lo que conlleva una menor producción del bien e insatisfacción de los consumidores, cuando, en situación de competencia, se habría producido más y los consumidores habrían sido mejor satisfechos.⁴⁰ Se trata de un daño al mercado, padecido por el proceso productivo en su conjunto, por lo que, en los hechos, lo sufre la comunidad política, incluidos competidores y consumidores.

Este daño, que identifica como sujetos pasivos, por un lado a la sociedad en su conjunto, y por otro, a los particulares, no es directamente indemnizable, es decir, no constituye un daño civil. No obstante, como señala Lewin,

“(…) a pesar de que el daño anticompetitivo y el daño indemnizable se encuentran tratados de distinta forma, se cree recomendable, para analizar los casos en que se pretenden indemnizaciones de perjuicios, tener siempre en consideración el daño anticompetitivo, ya que puede ayudar a resolver algunos de los problemas que comúnmente se plantean en las acciones civiles.”⁴¹

En este sentido, se ha señalado que sería posible distinguir entre la valoración del daño que teóricamente debe hacer el TDLC al determinar la existencia de un ilícito de aquellos contemplados en el DL 211 y la de aquellos que se producen a un individuo concreto y que

⁴⁰ POSNER, 2004. Cita sacada de BESOMI, María Ignacia, *Indemnización a consumidores por ilícitos anticompetitivos: un análisis desde la perspectiva de la responsabilidad civil*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014, Santiago, p.100

⁴¹ LEWIN, Nicolás, *Indemnización de perjuicios por atentados a la libre competencia: El daño anticompetitivo, su relación con el daño civil y la determinación de perjuicios*. En Revista Anales de Derecho UC, N°6, 2011, Santiago, p.48

tienen su razón de ser en el juicio posterior –hoy ante el mismo TDLC– a que dé lugar una sentencia condenatoria por la infracción. En efecto:

*“The concept of harm to competition resulting from anti-competitive conduct is related but distinct from the concept of damages suffered by particular victims as a result of that conduct. Harm to competition captures the general harm done to the economy and takes a welfare perspective; it is at the centre of any assessment by a competition agency. On the opposite side, the concept of damages takes a strong individualised perspective which might or might not coincide with the damages to society; it is central in any private damages case brought in front of a national court”.*⁴²

De esta forma, la valoración del daño hecha por el TDLC en el primer juicio, esto es, aquel tendiente a acreditar la infracción, tiene preeminentemente una perspectiva de bien común. En cambio, el juicio posterior, que tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad civil, tiene una distinta, enfocada en el demandante particular que reclamare la reparación de ciertos daños y que se dirigirá por tanto al daño real causado a este y por ello, al pleno resarcimiento del mismo conforme a dichos parámetros. Se trata, entonces, de considerar el bien jurídico protegido en cada uno de los supuestos.⁴³

No obstante, al encontrarse radicada en el mismo Tribunal la acción de indemnización de perjuicios, surge la pregunta acerca de si será posible, en la práctica, distinguir entre las distintas valoraciones que habrían de motivar, al menos teóricamente, uno y otro procedimiento.

Creemos que es esperable que al momento de establecer la responsabilidad por los daños civiles, el TDLC tenga en cuenta valoraciones de bienestar general, más propias del primer juicio, como por ejemplo consideraciones sancionatorias o de prevención. Así, por ejemplo, creemos probable que al momento de establecer el *quantum* de los perjuicios sufridos por la

⁴² OCDE, *Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies*, 2011, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/QuantificationofHarmtoCompetition2011.pdf> (visitado el 20 de mayo de 2018).

⁴³ SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique, *Valoración de daños en los supuestos antitrust*, Tirant Lo Blanch, 2017, Valencia, p.117

demandante, cuestión especialmente intrincada en materia de libre competencia, considere la multa que hubiera impuesto previamente o, al revés, que al momento de fijar el monto de la multa considere las eventuales acciones de indemnización de perjuicios que podrían deducirse en contra de la sancionada.

CAPÍTULO II

LEGITIMACIÓN PASIVA Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DIRECTOR POR ILÍCITO ANTICOMPETITIVO

2.1. DISTINCIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y LA DEL DIRECTOR

La principal función del directorio de una sociedad anónima es su administración. Esto parece ser claro y pacífico en la doctrina nacional al desprenderse de forma explícita de distintas normas.

En efecto, el artículo 1° de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA), dando una definición casi idéntica a la del artículo 2061 del Código Civil, señala que una sociedad anónima es “una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y *administrada por un directorio* integrado por miembros esencialmente revocables”. Más adelante, el artículo 31, que inicia el título IV de la LSA (titulado “De la administración de la sociedad”), prescribe en su inciso primero que “la *administración de la sociedad anónima la ejerce un directorio* elegido por la junta de accionistas”. Finalmente, en igual sentido, el artículo 40 del mismo cuerpo normativo, tras señalar en su inciso primero que “El directorio de una sociedad anónima la representa judicial y extrajudicialmente y para el cumplimiento del objeto social” nos dice que este “(...)

está *investido de todas las facultades de administración* y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la junta de accionistas”.

Así entonces, la administración *necesariamente* la debe ejercer el directorio; es una función privativa de este, establecida por normas de orden público e indisponibles para la junta de accionistas. El directorio es un órgano inherente a la sociedad anónima, y en él la ley encomienda la administración de esta, al extremo que no puede existir una sociedad anónima sin directorio. No se puede encomendar la administración superior de una sociedad anónima a otra entidad o persona pues, en tal caso, la institución degenera en otra, que puede ser válida (como una sociedad en comandita por acciones), pero que no es sociedad anónima.⁴⁴

Junto con lo anterior, como se señala en el artículo 40, que el directorio represente a la sociedad por los actos cometidos *dentro* del giro social, cuestión que no debe ser acreditada frente a terceros, implica que aquellos actos cometidos por el directorio *fuera* del giro social son oponibles a la sociedad, pudiendo afirmarse que nuestra legislación ha acogido la tesis moderna derivada del derecho alemán,⁴⁵ que obliga a la sociedad por la actuación de sus órganos legalmente constituidos frente a terceros, se actúe o no dentro del ámbito del objeto social.⁴⁶

De esta forma, lo expuesto nos lleva a concluir que por los hechos del directorio responde la sociedad directa e inmediatamente frente a terceros, sea que el acto lo lleve a cabo de forma personal y directa o de forma indirecta a través de órganos delegados.

Como vemos, no estamos frente a un caso de responsabilidad por el hecho ajeno de la sociedad, en tanto ha sido la ley la que ha establecido que la administración corresponde al

⁴⁴ PUGA, Juan Esteban, *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, Santiago, p.353

⁴⁵ Esta teoría (*Prokura*), nacida en Alemania, y presente en distintos países de la Unión Europea, considera responsable a la sociedad por todo acto cometido por el director siempre que lo haga en representación de la sociedad, oponiéndose a la teoría *ultra vires*, presente en la legislación anglosajona, que reconoce responsabilidad contractual de la compañía en aquellos casos que el director actúe dentro del giro social. En su reconocimiento podemos también reconocer la aplicación de la teoría de la apariencia, establecido fundamentalmente para proteger a terceros.

⁴⁶ ALCALDE, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas: responsabilidad civil y penal administrativa*, Ediciones UC, 2013, Santiago, p.33

directorio y que este, como órgano legalmente constituido, representa y se identifica con la sociedad frente a terceros, naciendo una responsabilidad personal y directa de la persona jurídica. Fuerza concluir entonces que es la sociedad anónima la que debe responder por los daños ilícitos que se hubieran cometido por sus órganos.

Establecido lo anterior, cabe preguntarse, si junto a la responsabilidad que le quepa a la sociedad, es posible hacer igualmente responsables a los directores que hubieran participado – por acción u omisión– del ilícito generador de daño.

Al respecto Barros, al referirse a la responsabilidad externa de los administradores de una sociedad anónima, señala que por existir una identidad entre la persona jurídica y sus órganos, en principio sólo debiera responder aquella. No obstante, advierte que aunque esta solución parece razonable en la mayoría de los casos, podría llegar a ser contraria a los fines de la responsabilidad civil, esto es, a la justicia correctiva y a los niveles óptimos de prevención de delitos, en caso de aceptarse mecánicamente.⁴⁷

Por otro lado, refiriéndose a la culpa en la organización y a la responsabilidad personal de quienes actúan como órganos o representantes, señala que si bien la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho de sus órganos da lugar a una responsabilidad por el hecho propio, nada obsta a que el tercero afectado por la decisión pueda actuar contra quienes tomaron la decisión dañosa, quedando esta responsabilidad sujeta a requisitos más fuertes, porque el gobierno y la administración de la sociedad supone necesariamente el ejercicio de facultades potestativas, que exigen un ámbito más o menos amplio de discrecionalidad.⁴⁸

Por nuestra parte, estimamos inadecuado que los directores tengan una posición privilegiada que les permita eximirse de responsabilidad cuando en el desempeño de su cargo infrinjan normas establecidas en protección de socios o terceros, o cuando omitan los deberes de prevención y evitación de daños a socios o terceros que pertenecen a su ámbito de competencia. A efectos de valorar la existencia de una infracción imputable a los

⁴⁷ BARROS, Enrique, op. cit., p.818

⁴⁸ Ibidem, pp.198-199

administradores y de la cual resulte daño a terceros, hay que tener en cuenta la posición de los directores como encargados de dar cumplimiento a normas específicas establecidas para atender diversos intereses, como –según se ha visto– las relativas a la protección de la libre competencia, y de actuar con diligencia en una posición institucional frente a la sociedad, socios, terceros y tráfico en general, y a quien en dicha posición incumben deberes de cuidado establecidos para proteger la confianza del tráfico en que los administradores desempeñarán sus funciones y competencias, manteniendo una relación adecuada frente a socios y terceros.⁴⁹

En este sentido, Alcalde, parafraseando a Ferri,⁵⁰ nos dice que la responsabilidad del administrador es una responsabilidad *directa* derivada de ilícitos por él cometidos en el ejercicio de sus funciones, y lo es también por ello cuando se responde por el administrador delegado. La jurisprudencia argentina ilustra de buena forma lo anterior al indicar que:

“la delegación de funciones no le exime de este deber de controlar cuanto se haga en la administración (...) Si el desempeño efectivo y eficaz del cargo excede de su capacidad o de las disponibilidades de su tiempo, no debieron permanecer en los cargos; si lo hicieron, deben responder por las consecuencias.”⁵¹

Por lo tanto, si en el ejercicio de sus funciones el administrador delegado contribuyera a que la sociedad incurra en un ilícito del cual se derive daño, el director delegante deberá hacerse responsable de la elección hecha (*culpa in eligendo*), o bien de su falta de vigilancia (*culpa in vigilando*), siempre y cuando sea posible a su respecto realizar un juicio de reproche. En efecto, no pretendemos erigir a los directores en garantes frente a terceros por los daños ocasionados por la sociedad, puesto que será en todo caso necesario acreditar la culpa o dolo del director pretendidamente responsable.

⁴⁹ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, op. cit. p.190

⁵⁰ ALCALDE, Enrique, op. cit., p.37

⁵¹ Caso Flaiban, Corte Argentina, 2011

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DIRECTOR

Primeramente, señalaremos los distintos supuestos en virtud de los cuales puede tener responsabilidad civil el director de una sociedad anónima. En primer lugar, este puede ser responsable frente a la sociedad que administra cuando en el ejercicio de sus funciones hubiera incumplido alguno de los deberes que por ley o estatuto le corresponden, y de cuya infracción resulte daño para la persona jurídica. A su vez, se encontrarán legitimados activamente, y es lo que en este trabajo interesa, los socios y los terceros, se encuentren o no vinculados con la sociedad. La primera acción ha sido llamada *acción social*, y tiene por finalidad reconstituir el patrimonio de la propia sociedad; mientras que la segunda se ha denominado *acción individual*, y tiene por objeto la restauración del patrimonio dañado de socios o terceros. En cualquier caso, el estatuto a aplicar será el *extracontractual*. Como lo que en este trabajo interesa es la responsabilidad del director frente a terceros (rivales o consumidores), ahondaremos únicamente en esta última.

Se ha dicho que el estatuto aplicable será siempre el extracontractual, lo que resulta natural respecto de terceros no vinculados contractualmente con la sociedad. La cuestión es menos clara respecto de aquellos terceros con quienes sí medie un vínculo contractual previo. En este caso, el estatuto aplicable seguirá siendo el extracontractual, ya que el vínculo contractual existe entre la sociedad y el tercero, no entre el tercero y el director, entre quienes no media relación jurídica alguna. Los acreedores, proveedores, clientes, trabajadores y todos quienes tengan una relación contractual con la sociedad carecen de *acción contractual* contra los directores y gerentes por el incumplimiento en que incurriera la sociedad, por el efecto relativo de los contratos.⁵² Es decir, sólo tienen acción por los daños sufridos a consecuencia del actuar ilícito del director –que eventualmente puede traducirse en un incumplimiento contractual–, no por el incumplimiento del contrato por parte del ente societario. Estamos ante un acto ilícito cometido por un director que contribuye a que se ocasione un perjuicio, a través

⁵² BARROS, Enrique, op. cit. p.818

de un acto exteriorizado por la sociedad anónima, a un tercero no vinculado contractualmente con aquel.

De esta forma, tenemos que la responsabilidad del directorio será extracontractual, tanto en i) los casos en que el actuar ilícito del administrador provoque daño a terceros no vinculados previamente con la sociedad, como en ii) los casos en que el actuar ilícito del administrador provoque daño a la relación jurídica del socio con la sociedad, así como en iii) los casos en que el actuar ilícito del administrador provoque daño a terceros que sí han establecido relaciones jurídicas con la sociedad, como por ejemplo, acreedores sociales.⁵³

Una postura diferente –pero que igualmente concluye que se debe optar por las reglas de la responsabilidad extracontractual– es sostenida por quienes estiman que dadas las características de la responsabilidad del administrador societario, la distinción entre ambos estatutos debiera ser superada.⁵⁴ Se señala que el fundamento de la responsabilidad del directorio frente a terceros es el mismo que el que hay frente a la sociedad, esto es, un actuar ilícito que contraría la ley o el contrato social. La responsabilidad del director frente a la sociedad o frente a terceros sería ontológicamente idéntica, no justificándose una diferenciación entre ambos tipos de estatutos. La responsabilidad del director nacería por una violación a los deberes del cargo de director, la cual no deriva del incumplimiento de contrato alguno, sino del carácter de integrante del órgano de administración, cuestión que excede cualquier relación convencional.⁵⁵ La responsabilidad del directorio es de naturaleza orgánica en su origen, derivada del ejercicio de las competencias atribuidas al órgano de administración. Por tanto, si un tercero se dirige contra algún director, esta responsabilidad es orgánica porque se conecta originariamente al cumplimiento por los administradores de las competencias atribuidas al órgano al que pertenecen, pero es extracontractual en cuanto esa responsabilidad se sitúa en el ámbito de las relaciones jurídico-societarias externas.⁵⁶

⁵³ ALCALDE, Enrique, op. cit., p.227

⁵⁴ Ibidem, p.226

⁵⁵ Ibidem, pp.37-38

⁵⁶ Ibidem, p.226

2.3. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DIRECTOR. EL INTERÉS SOCIAL

Habiéndose establecido la procedencia de la responsabilidad extracontractual del director frente a terceros, y previo a analizar los presupuestos para hacerla efectiva, nos avocaremos al análisis del concepto de *interés social*, cuestión fundamental a la hora de establecer el alcance de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas.⁵⁷

Cuál es el interés (o intereses) que la sociedad anónima debiera tener en consideración al ser administrada es de lo que busca dar cuenta la noción de interés social. De acuerdo a la doctrina nacional mayoritaria, pareciera no haber lugar a dudas: el interés social se corresponde con la obtención del mayor lucro posible para los sociedad y los socios.

No obstante, lo que ha de entenderse por interés social no es pacífico y su significado ha variado a lo largo de la historia.⁵⁸ Como todo concepto normativo –valorativo–, el contenido de que se dote responde a factores sociales y culturales vigentes en una sociedad en determinada época histórica.⁵⁹ Al respecto, se han postulado dos grandes teorías: la contractualista y la institucionalista.

La teoría contractualista ve la sociedad de capital como un instrumento diseñado para la generación de lucro. De esta forma, quienes se vinculen contractualmente para la

⁵⁷ ALCALDE, op. cit., p.53

⁵⁸ Bajo el imperio del Estado liberal clásico, producto de la revolución inglesa de 1668, la americana de 1766 y la francesa de 1789, sus antecedentes filosóficos –ideas racionalistas y un exacerbado individualismo– y sus lógicas consecuencias económicas –liberalismo económico–, el “interés social” giró en torno al interés colectivo de los socios manifestado en el deseo de obtener el mayor lucro posible. Luego, con ocasión del surgimiento del Estado social –producto de la crisis de los postulados del Estado liberal–, el “interés social” sobrepasa el interés particular de los socios y se pretende que coincida con el interés de la colectividad expresado en el anhelo de un bienestar general. Ahora, y después de que los principios sobre los cuales se estableció el Estado social también entraran en crisis, el “interés social” apunta hacia una solución ecléctica que entiende que los socios tienen derecho a incrementar sus ganancias económicas, pero también están en la obligación de atender los diversos intereses que confluyen en el desarrollo de la empresa societaria. MORGESTEIN, Wilson, *El Concepto de Interés Social y su Impacto en el Derecho de Sociedades Colombiano*. En Revista e-mercatoria, N°2, Bogotá, 2011, p.6

⁵⁹ Quizás sea esta la razón por la cual el legislador no lo ha definido expresamente, no obstante su importancia.

conformación de una, buscan como fin ulterior la obtención de beneficios económicos.⁶⁰ Es decir, los accionistas se unen a través de un contrato con la finalidad de obtener el mayor beneficio económico, correspondiendo el interés social exclusivamente a los accionistas, como signatarios de este contrato.

En virtud de esta teoría, el director, como administrador de una sociedad anónima y guardián del interés social, deberá hacer todo aquello necesario para cumplir con el objeto que los contratantes han tenido al momento de conformar la sociedad, el que, más allá del interés subjetivo que cada socio de hecho haya observado al momento de hacerlo, *necesariamente* habrá de identificarse con la obtención del mayor lucro posible. En el extremo, se ha sostenido que el director que deba responder frente a terceros por su actuar ilícito pero beneficioso para la sociedad administrada, tendrá acción de reembolso contra la sociedad con fundamento en que actuó ilícitamente frente a terceros pero en el mejor interés social.⁶¹

Para la teoría institucionalista, en cambio, la sociedad anónima es el núcleo en torno al cual giran variados y múltiples intereses, entre los cuales el de los accionistas es uno de varios. Según este modelo, la sociedad cumple una función pública al interior de la organización global de la economía, erigiéndose en el principal vehículo que permite desarrollar la actividad productiva del país.⁶² Además de incluir en el concepto de interés social la generación de beneficios para los accionistas, se pueden reconocer otros tantos grupos de intereses, desde los trabajadores, pasando por consumidores y rivales, hasta la sociedad en general.

En esta misma línea, en la actualidad existe un amplio reconocimiento a una doctrina que recoge y actualiza la idea pluralista del interés social, esto es, la teoría del *stakeholder value* (teoría de la creación del valor compartido), que también recoge aspectos del movimiento conocido como Responsabilidad Social Empresarial (RSE).^{63 64}

⁶⁰ ESPINOZA, Gabriel, *El interés social ante la responsabilidad social empresarial*. En Revista Jurídica Ius Doctrina, N° 9, 2013, San José de Costa Rica, p.8

⁶¹ BARROS, Enrique, op. cit., pp.199-200

⁶² ALCALDE, Enrique, op. cit., p.55

⁶³ ALCALDE, Enrique, op. cit., p. 57

⁶⁴ En este sentido, la Ley 31/2014, que modificó la Ley de Sociedades de Capital española el año 2014, conllevó, dentro del objeto más amplio de mejora de los gobiernos corporativos, la inclusión de la exigencia de cumplimiento para las sociedades cotizadas de parámetros de responsabilidad social con arreglo a los fines que

Si bien las teorías referidas dicen relación fundamentalmente con la responsabilidad que debe asumir la sociedad anónima (y no el director), interesan acá puesto que el contenido de que se dote al concepto de interés social será importante también a la hora establecer el alcance del deber de cuidado del director en la administración de la sociedad, en particular, si alcanza a terceros.

Si acogemos la teoría contractualista, el director actuará con diligencia siempre que guíe sus esfuerzos a obtener el mayor lucro para la sociedad. De esta forma el juez, al determinar el patrón abstracto de conducta que en el caso concreto debía observar el director, ponderará si este ha actuado conforme a los intereses que tuvieron los accionistas al momento de crear la sociedad, es decir, si tuvo en miras la obtención del mayor lucro posible.

Si se acoge la teoría institucionalista, en cambio, el actuar del director será diligente siempre que administre la sociedad teniendo en consideración tanto los intereses de los accionistas como los otros que el legislador establezca como dignos de protección. En otras palabras, será *también* imputable cuando en la administración social lleve a cabo conductas que den cuenta de una desconsideración por los intereses de terceros.

En línea con lo anterior, en virtud de la teoría contractualista, el administrador se debería exclusivamente a la sociedad y sus accionistas, y por tanto, sólo estos podrían hacer efectiva su responsabilidad. Bajo la teoría institucionalista, por el contrario, también resultaría obligado frente terceros, pues la sociedad anónima se debería *también* a los grupos de intereses vinculados con esta, y no solo a la sociedad. Lo anterior no quiere decir, como pudiera parecer a primera vista, que los terceros puedan exigir el cumplimiento de los deberes establecidos para los directores, inmiscuyéndose en la administración de la sociedad, sino que, en el evento de que los deberes de los directores fueran infringidos, los terceros *también* estarán legitimados para demandar de estos los perjuicios que hubieran sufrido a consecuencia de la

persiga la sociedad de que se trate. Se establece que deberá contar con una política de responsabilidad social corporativa aprobada de manera específica e indelegable por el consejo de administración [directorío]. Se pasa así de la política de la autorregulación, en que la fijación de parámetros de responsabilidad social son voluntarios, como en el caso chileno, a un modelo con normas de carácter imperativo. Véase APARICIO, María Luisa, *La RSC: nuevo elemento de la gobernanza de las sociedades cotizadas*. En Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, N°1, 2016, Madrid, p.116

infracción. No cabría entonces un control *ex ante*, o preventivo, por parte de los terceros. Rivales y consumidores sólo se encontrarían legitimados para accionar civilmente en contra de los directores (y de la sociedad) una vez sufrido el daño.⁶⁵

Otro elemento a tener en cuenta en nuestro análisis, y que abona a la postura que amplía el alcance de los deberes de cuidado del director, dice relación con la obligación que pesa sobre este de respetar la legislación que regula la actividad de la sociedad de la cual es administrador. En efecto, señala la LSA, en su artículo 42 N°7, que “los directores no podrán: En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social”. Estimamos que, al momento de realizarse el juicio de valor de la conducta observada por el director, debe considerarse, entre otros, si este cumplió en el ejercicio de sus funciones con la legislación vigente. La inclusión en el deber de diligencia de la obligación de cumplir las leyes y los estatutos permite cuestionar que la vinculación de los administradores se limite a la defensa de los intereses de la sociedad o de los socios. La diligencia en la administración de la sociedad se mide también en función de si se cumplen puntualmente con los deberes legales impuestos en defensa de los intereses de terceros⁶⁶, como sería el respeto de la legislación antimonopólica.

A pesar de lo dicho, según Alcalde⁶⁷, nuestro ordenamiento jurídico es claro en torno a calificar el interés societario como contractualista, con todas las consecuencias que de ello se derivan y que aquí han sido reseñadas. De acuerdo a este autor, cuando el legislador regula el contrato de sociedad, parece obvio que la voluntad presunta de los contratantes es asociarse

⁶⁵ Esto no quiere decir que no exista control preventivo alguno, además del que pueda ejercer la junta o los accionistas del ente societario. En efecto, la CMF se encuentra legitimada para actuar respecto de aquellas sociedades sometidas a su supervigilancia. Así, podría sancionarse a los directores por el incumplimiento de los deberes establecidos a su respecto, no obstante no existir daño ni para la sociedad ni para terceros. Si bien se ha cuestionado que la CMF (ex SVS) pueda valerse de la infracción del artículo 41 de la LSA para imponer una sanción administrativa, lo cierto es que se ha hecho (Casos La Polar y Farmacias). Y si bien esto se ha dado de forma reactiva a la comisión de un ilícito por parte de la sociedad, creemos que nada obsta a que el mismo control pueda efectuarse de forma preventiva, una vez verificado el incumplimiento por parte del director de los deberes que le corresponden.

⁶⁶ RECALDE, Andrés, *Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la Business Judgment Rule*. En AA.VV., *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán Liber Amicorum*, Tirant Lo Blanch, 2015, Valencia, p.578

⁶⁷ ALCALDE, Enrique, op. cit., p. 58

para repartir entre sí los beneficios pecuniarios que de ello provengan. De hecho, el artículo 2053 del Código Civil define sociedad como un contrato, y el artículo 2061 define a todas las sociedades, civiles y comerciales, colectivas, en comandita y anónimas, como un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.

Otra doctrina más cauta, en cambio, no ve en la normativa que regula las sociedades la adhesión clara a una de estas tesis. Más bien, se ha sostenido que según sea la normativa invocada podrían sostenerse tanto la tesis contractual como la institucional.⁶⁸

Por nuestra parte, creemos que de la circunstancia de que los accionistas decidan asociarse para repartir las utilidades que provengan de lo aportado, no se concluye necesariamente que el interés social deba entenderse como exclusivo de los socios. Es cierto que cuando un grupo de personas deciden asociarse y aportar un capital, en general lo harán con fines lucrativos, cuestión que no debiera ser desatendida por el legislador. Pero de esto no se sigue que, para la consecución de dicho fin, se deba prescindir de los demás intereses involucrados, y que el directorio deba actuar en miras únicamente a la obtención de las mayores utilidades posibles.

Desde ese punto de vista, y teniendo en cuenta que muchas veces los intereses de los distintos grupos de interés se encontrarán en abierta contradicción, una solución que pretenda la satisfacción simultánea de todos ellos no se presenta como efectivamente aplicable. Su sola enunciación puede tener efectos balsámicos, mas su utilidad como criterio rector de la actuación de los administradores sería escasa.⁶⁹

A nuestro juicio, el legislador debe resguardar los intereses de los posibles afectados por conductas llevadas a cabo por la compañía. El actuar de la compañía debe ser responsable para con toda la comunidad. Postular que lo único que ha de tener en miras el director al momento de ejercer sus funciones son los intereses lucrativos de los socios, por más legítimos que sean,

⁶⁸ VÁSQUEZ, María Fernanda, *Hacia la reconstrucción del concepto de sociedad en el derecho chileno. Revisión desde una perspectiva comparada*. En Revista Chilena de Derecho Privado, N°22, julio de 2014, Santiago, p.150

⁶⁹ SÁNCHEZ-CALERO, Fernando, *Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa*. En AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, Editorial Aranzadi, 2006, Navarra, p.863

creemos es un error. Habida consideración de que en la actualidad las grandes empresas y grupos económicos se estructuran como sociedades anónimas, y que son estas las que se hacen del poder económico de una nación, pudiendo ocasionar tanto beneficios como perjuicios de gran magnitud a la comunidad, se debe descartar una noción del interés social centrada exclusivamente en el interés de la sociedad anónima y sus accionistas. Creemos que la tesis contractualista, surgida en los albores de la Revolución Francesa de la mano del ideario liberal, debiera ser superada.

En este entendido, cualquiera sea la teoría que se asuma para explicar el interés social, ya sean las remozadas teorías institucionalistas o las “neocontractualistas”, estimamos que en la actualidad no pueden sino atenderse, y por ende resguardarse, los intereses de aquellos grupos de intereses que pudieran resultar afectados por el ejercicio de las actividades propias de la sociedad.⁷⁰

Para terminar, coincidimos con el juicio realizado por Aguirre Brand, en el sentido que la doctrina parece haber centrado la discusión en torno a la responsabilidad que le cabe al director frente a la sociedad misma, pero no frente a terceros⁷¹, lo cual se condice con una concepción del gobierno corporativo de la sociedad anónima que atiende de forma preeminente a la regulación de las relaciones entre el órgano administrador y sus accionistas, y de los eventuales conflictos que pudieran suscitarse para los directores en la administración. Una noción diversa que aquí compartimos es la elaborada por la misma autora, para quien el concepto de gobierno corporativo va *más allá*, para abarcar también la *responsabilidad* y existencia de determinados actores que tienen derecho a recibir diversas prestaciones de la sociedad, tales como accionistas, empleador, acreedores, clientes, proveedores, competidores, la autoridad y, en último término, la comunidad en general.⁷² En esta línea, hacemos eco de aquellas voces que han advertido acerca de “los peligros de una concepción excesivamente

⁷⁰ VÁSQUEZ, María Fernanda, op. cit., pp.112-117

⁷¹ Básicamente, la discusión varía entre quienes sostienen que hay i) responsabilidad contractual, ii) extracontractual y iii) orgánica.

⁷² AGUIRRE, María Laura, *Gobierno corporativo en la sociedad por acciones*, p. 15. Citada por PUGA, Juan Esteban, op. cit., p.386

contractualista e instrumentalizadora del Derecho de sociedades como mero resorte de emprendimiento”⁷³

⁷³ PASTOR, Carmen, “Modernización del Derecho Societario VÁSQUEZ PALMA, M^a Fernanda y EMBID IRUJO, José Miguel (2015): (Santiago de Chile, Ed. Thomson Reuters, La Ley), X+490 pp.”, Revista Ius et Praxis, Año 22, N°1, 2016, Talca, p. 574

CAPÍTULO III

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL DIRECTOR POR ILÍCITO ANTICOMPETITIVO

Como sabemos, para que a una persona se le pueda atribuir responsabilidad civil extracontractual es necesario que concurren los siguientes requisitos: i) acción libre de un sujeto capaz; ii) que dicha conducta sea realizada con dolo o con negligencia, iii) que quien demande haya sufrido un perjuicio; y iv) que exista un nexo causal entre la conducta dolosa o culpable y el daño sufrido. Todos estos requisitos han sido latamente tratados por diversos autores, por lo que sólo nos detendremos en el estudio de aquello que consideramos relevante para los efectos de lo propuesto en esta tesis.

3.1. CONDUCTA VOLUNTARIA

Partimos del supuesto que la conducta del director será libre y ejercida por una persona plenamente capaz, ambos requisitos necesarios para que la conducta dé origen a responsabilidad.

En primer lugar, la conducta que se exteriorizará y producirá daño al tercero, será llevada a cabo por el órgano societario, no por el director. En este caso, el hecho atribuido al director será el haber participado personalmente, ya sea a través de una acción u omisión, en la

conducta dañosa llevada adelante por la sociedad que administra. La conducta del director, en este caso, contribuirá causalmente a la producción del daño, concurriendo y conjugándose con la conducta de la compañía.

Por lo tanto, lo primero que se debe dar por establecido es la conducta monopólica de la compañía. En este sentido, se pueden plantear dos escenarios. El primero, es que la sociedad sea condenada por el TDLC por haber cometido un ilícito anticompetitivo. Este procedimiento puede haber sido iniciado por quien pretenda ejercer la acción civil, o por cualquier otra persona. Una vez ejecutoriada la sentencia que dé por establecida la existencia de un ilícito anticompetitivo, el demandante deberá ejercer la acción de indemnización de perjuicios ante el mismo tribunal, de acuerdo a lo señalado en el artículo 30 del DL 211, instancia en la cual le bastará probar el daño sufrido y su relación causal con el ilícito monopólico.

El segundo escenario, viable desde un punto de vista teórico pero cuya procedencia práctica no resulta del todo clara, es que la demandante ejerza la acción de indemnización directamente contra la sociedad ante el juez civil competente. En este supuesto, se deberán probar todos los elementos de la responsabilidad, incluido el ilícito antitrust. Seguir este camino, no obstante presentar la desventaja antedicha, sería de utilidad en caso que la autoridad administrativa decidiera no perseguir el ilícito monopólico, o bien en caso que entre el infractor y el eventual demandante se hubiera llegado a un acuerdo que funcione como equivalente jurisdiccional.

Creemos que la acción de indemnización de perjuicios seguida contra el director debiera, por regla general, impetrarse ante el juez civil competente, salvo que en el procedimiento seguido ante el TDLC que hubiera condenado a la sociedad por un ilícito anticompetitivo, se hubiera realizado, respecto de uno o más de los directores, un juicio relativo a su conducta del cual resulte que sea calificada como culpable. En tal supuesto, creemos que los eventuales afectados por la conducta del director podrán demandar alternativamente ante el mismo TDLC de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 30 del DL 211, o bien ante el juez de letras competente. Estimamos que de hacerlo ante el primero, el demandante tendrá la ventaja de que no deberá acreditar la existencia de culpa respecto del director, correspondiéndole únicamente probar el daño y la relación de causalidad entre este y la conducta del director.

Sea que se accione a través del primer mecanismo (*follow-on actions*) o del segundo (*stand alone actions*), se deberá probar la conducta del director que haya contribuido a la realización de la conducta monopólica.

Ahora bien, en términos generales la conducta puede clasificarse como positiva o negativa. La primera categoría corresponde a una acción, mientras que la segunda a una omisión. Relativamente a las hipótesis de conducta activa, es posible identificar las siguientes: *a) decisiones*, en caso que se trate de administradores individuales, o solidarios, o de cargos unipersonales dentro del órgano pluripersonal que tengan atribuida conjuntamente la función administrativa de gestión y representación. Sería el caso, por ejemplo, del ejecutivo o gerente encargado de la fijación de la estrategia de precios de la sociedad, por cuya decisión la sociedad anónima decidió coludirse o fijar precios predatorios; *b) acuerdos*, tomados por el órgano colegiado encargado de la administración social, es decir, los acuerdos tomados por el directorio; *c) comportamientos de hecho*, que no estuvieren precedidos de acuerdo o decisión formal y; *d) actos de ejecución de acuerdos o decisiones adoptadas*, especialmente si estas concedieran un margen de opción o apreciación suficiente que permitiera diferenciar el acto de ejecución como decisión propia o autónoma. Respecto de las omisiones, se han distinguido dos supuestos: *a) no hacer lo que se estaba obligado a hacer* y; *b) no hacer lo que era conveniente en determinadas circunstancias*.⁷⁴ Tanto la LSA como la Ley de Mercado de Valores establecen distintas conductas que los directores de una sociedad anónima deben llevar a cabo, como por ejemplo las relativas a la entrega de información fidedigna al mercado o a los accionistas. Sin embargo, los deberes no se agotan en aquellos establecidos expresamente por ley. En efecto, los deberes no se regulan taxativamente. De lo anterior da cuenta el artículo 41 de la LSA, que establece el deber de diligencia, fuente autónoma de deberes.

Se debe remarcar que dentro de la estructura societaria es posible que concurran más de una de las conductas antes descritas. Así, una decisión del ejecutivo encargado de la fijación de la estrategia comercial de la sociedad anónima, podría concurrir con la omisión por parte del

⁷⁴ QUIJANO, Jesús, *Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración*. En Revista de Derecho Mercantil, N° 296 (Abril-Junio 2015), Editorial Aranzadi, p.140

director de la sociedad del derecho/deber de información establecido en el artículo 39 de la LSA. En este caso, ambas conductas, la del gerente y la del director, son causas del ilícito, siendo por ende ambos responsables por el total de los daños derivados del mismo.

Otros casos que podrían presentarse son el de una conducta comisiva culpable del director que elige personas que, a su vez, son los futuros responsables de la comisión de ilícitos anticompetitivos. El director sería culpable de haber elegido personas inidóneas (conducta comisiva) y/o de no haberlos supervisado de forma adecuada para así evitar que se cometan ilícitos en la empresa (conducta omisiva).

Una hipótesis de omisión –culposa–, correspondería a aquella en que la compañía lleve a cabo conductas anticompetitivas sin que estas hayan sido advertidas y por tanto prevenidas por el director, estando en condiciones de hacerlo. En general, acá hay defectos en el control y supervisión de las medidas de prevención que debió haber adoptado el órgano administrativo.

Por último, podrían también darse casos de omisión dolosa, como por ejemplo aquellos en que siendo de hecho advertida por parte del director la posibilidad de que la compañía lleve a cabo conductas monopólicas, este no haga nada para evitarlas.

3.2. IMPUTABILIDAD

3.2.1. *Planteamiento del problema*

De la ilicitud de la conducta de la sociedad anónima no se tiene que la conducta del director sea culpable. En efecto, no por haberse establecido la existencia de un ilícito anticompetitivo por parte de la sociedad, y por ende la culpa de esta, se tendrá que el comportamiento del director sea también culpable, pues la conducta monopólica ha sido exteriorizada por la sociedad, no por el director. Como ya se ha dicho, eventualmente será el mismo TDLC el que, al momento de dar por acreditado el ilícito de la empresa, dé por acreditada la culpa del

director, en cuyo caso habría de tener por acreditada la imputabilidad de este para los efectos de la acción de perjuicios que se siguiera.

Con todo, la regla general será que, para los efectos de hacer responsable al director por los daños ocasionados a consecuencia de un ilícito anticompetitivo, sea necesario acreditar dolo o culpa a su respecto.

3.2.2. Culpa

3.2.2.1 Noción

La culpa puede ser conceptualizada como la inobservancia del deber de conducta exigible. En idéntico sentido, se ha definido como “*una desviación respecto de un estándar o modelo de conducta, un nivel de diligencia cuyo alcance debió haber sido observado por el sujeto autor del hecho causante del resultado dañoso, de forma que la diligencia, como parámetro objetivo, actúa como medida de la culpa*”.⁷⁵

3.2.2.2. Los deberes de conducta del director

En general, los deberes que se le han reconocido por la doctrina al director son dos: el deber de lealtad y el deber de diligencia. El primero está referido fundamentalmente a los conflictos de interés a que el director puede verse expuesto, debiendo privilegiarse en dicho caso el interés de la sociedad por sobre el propio.

El deber de diligencia, que es el que interesa para efectos de este trabajo, es de contenido abierto y opera a modo de cláusula general. Al preferir esta vía —esto es, establecer un estándar

⁷⁵ GÓMEZ, Carlos, *Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracción del derecho de defensa de la competencia*. En AA.VV., *Derecho Europeo de Compensación de los daños causados por los Carteles y por los Abusos de Posición de Dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant Lo Blanch, 2018, Valencia, p.358

abierto de conducta— se reconoce implícitamente la inconveniencia e imposibilidad práctica de señalar *ex ante* todos los deberes propios de un director en el ejercicio de sus funciones, evitando el riesgo de dejar fuera aquellos que el legislador no haya podido prever, y que en el caso concreto era conveniente cumplir.

En esta misma línea de razonamiento, se ha señalado que el deber de diligencia cumpliría una triple función. En primer lugar, serviría como criterio de interpretación e integración de las prestaciones impuestas por otras fuentes de obligaciones de los administradores. Así por ejemplo, el derecho/deber de información establecido en el artículo 38 de la LSA puede ser interpretado e integrado a la luz del estándar de diligencia establecido en el artículo 41 de la LSA, es decir, deberá ser ejercido con “el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”, esto es, culpa leve. En segundo lugar, serviría como medida de atención o cuidado exigible al director en el ejercicio de sus funciones. Por último, sería fuente autónoma de obligaciones de los administradores.⁷⁶ En este último sentido, entre otros, correspondería al director: i) ejercer sus funciones; ii) adoptar decisiones, sin delegar y de acuerdo al procedimiento establecido legalmente; iii) respetar los estatutos sociales; iv) informar e informarse; v) actuar de buena fe y no propiciar actuaciones ilegales; vi) vigilar.⁷⁷

En igual sentido, la doctrina comparada ha identificado el deber que pesaría sobre el director de no lesionar intereses de terceros no vinculados jurídicamente con la sociedad.⁷⁸ La infracción a este deber daría lugar a lo que se conoce como *ilícitos de la empresa*. En palabras de Gutiérrez y Santana,

“Esta categoría de ilícitos se refiere a aquellos relacionados con la actividad organizada de la empresa, que pueden producir daños a la integridad física, salud o bienes de

⁷⁶ ALCALDE, Enrique, op. cit., p.137

⁷⁷ VÁSQUEZ, María Fernanda, “Gobiernos corporativos y deberes de los administradores de las sociedades anónimas: cuestiones actuales (desde la Ley N° 20.382) y reformas pendientes”, Cuadernos de Extensión Jurídica, N°22, 2012, Santiago, pp.189-197

⁷⁸ GUTIERREZ, Juan y SANTANA, Nicolás, *Notas sobre responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*. En Revista de derecho de la UDD, Actualidad Jurídica, 2012, Santiago, p. 290

terceros, casos en los cuales se trata de un tercero específico y determinado, o bien puede tratarse de terceros indeterminados o la afectación de bienes colectivos.”⁷⁹

En estos casos, *prima facie* el administrador no podría exonerarse de responsabilidad por un ilícito de la empresa si ha hecho mal uso u omisión de sus deberes organizativos, de vigilancia, control, o elección de las personas que dentro del entramado de la empresa han podido causar el daño.

En este mismo sentido, para algunos

“el desarrollo de la actividad empresarial genera el deber de control de riesgos inherentes a ella y el deber de evitar que se materialicen daños frente a terceros, que sería un deber en cuanto persona jurídica, pero que se extiende a los directores en cuanto administradores que actúan dentro de su ámbito de competencia.”⁸⁰

Es decir, el deber de control de los riesgos que genera la actividad empresarial y de evitar que se materialicen en daño frente a terceros, se extiende a los administradores que actúan en su ámbito de competencia por la persona jurídica.⁸¹ Por tanto, habría infracción de los deberes de los directores para con terceros cuando se haya omitido un deber de vigilancia e intervención de parte del director que, de haber cumplido con dichos deberes, hubiera evitado el daño o, a lo menos, disminuido la entidad del mismo.⁸²

Relativamente a las omisiones⁸³, cabe recordar que, a diferencia de lo que ocurre con las acciones, respecto de las cuales se reconoce, en general, la existencia de un deber de no dañar a través de ellas (*alterum non laedere*)⁸⁴, no existe un deber general que imponga actuar en

⁷⁹ GUTIERREZ, Juan y SANTANA, Nicolás, op. cit. p.290

⁸⁰ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: Acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución*. En *Revista de Derecho de Sociedades*, N°15, 1995, p.54

⁸¹ ALCALDE, Enrique, op. cit., p. 229

⁸² GUTIERREZ, Juan y SANTANA, Nicolás, op. cit. p.290

⁸³ Nos referimos aquí a las omisiones propiamente tales. BARROS, Enrique, op. cit., pp.126-132

⁸⁴ Para una justificación acerca de la existencia de este deber, véase PAPAYANNIS, Diego, op. cit., pp.144-173

beneficio de los demás⁸⁵, por lo que será necesaria la existencia de una norma, ya de origen legal ya proveniente de los usos normativos relativos al área en la cual desarrolla su actividad el agente, que imponga dicho deber. Lo particular de las omisiones, es que el riesgo que eventualmente pudiera materializarse por la conducta culpable no tiene su origen en el agente obligado a actuar, como sí ocurre con las acciones, en que es la misma conducta del agente la que crea un riesgo más allá del permitido por la norma y que, de materializarse, da lugar a la responsabilidad. En las omisiones, en cambio, el origen del riesgo es independiente del agente a quien se le impone el deber de evitar su concreción.⁸⁶ Es necesario recalcar que, de materializarse el riesgo que la norma buscaba prevenir imponiendo el deber de actuar, no necesariamente habrá de darse por acreditada la culpa, pudiendo el agente, a quien se le imponía tal deber, eximirse de responsabilidad acreditando que actuó, en el caso concreto, de forma diligente o, lo que es lo mismo, sin culpa.

Intentaremos desarrollar estas ideas en relación a los deberes de los directores en la administración de una sociedad anónima. Primero que todo, como ya se ha señalado, la actividad del directorio se encuentra profusamente regulada por leyes especiales que rigen la materia, principalmente a través de las LSA y LMV, pero también a través de las normas que dicta la autoridad administrativa para las sociedades cotizadas, las que podrán tener carácter obligatorio o no. A su vez, podrán ser los propios estatutos sociales los que impongan determinados deberes a los directores en la administración. No está de más reiterar que las normas que regulan los deberes de los directores, a lo menos aquellas de origen legal, son de orden público.

Así entonces, es posible reconocer numerosos deberes de los directores en la administración de una sociedad anónima, si bien desperdigados en distintas leyes, de forma poco clara y sin una especial lógica.⁸⁷

⁸⁵ BARROS, Enrique, op. cit., p.126

⁸⁶ Ibidem, p.124

⁸⁷ VÁSQUEZ, María Fernanda, *Gobiernos corporativos y deberes de los administradores de las sociedades anónimas: cuestiones actuales (desde la ley N° 20.382) y reformas pendientes*. En AA.VV. *Cuadernos de extensión jurídica*, Universidad de los Andes, N° 22, 2012, p.174

El deber de diligencia, como ya se ha señalado, no se agota en los deberes establecidos por ley, o los que mediante autorregulación fije la propia sociedad en sus estatutos. El deber de diligencia fijará también el parámetro para determinar, mediante la comparación entre la conducta efectivamente observada por el director y aquella obtenida a través de la elaboración *ex post* por parte del juez de un patrón abstracto de conducta determinado de acuerdo a las circunstancias concretas, si el director actuó o no con culpa. Es decir, es también fuente autónoma de deberes. Lo anterior no es sino la aplicación, concretizada en un área especial como es la de los gobiernos corporativos de una sociedad anónima, de las reglas de la responsabilidad extracontractual contenidas en el título XXXV del Código Civil. En otras palabras, los directores de una sociedad anónima pueden ser civilmente responsables por los daños que se deriven del ejercicio de sus funciones, en caso de incurrir en culpa o dolo.

3.2.2.3. Acreditación

La regla general será que el demandante deba acreditar la culpa del director. El estándar de diligencia que se prescribe para los directores en el ejercicio de sus funciones deberá tener en cuenta las circunstancias concretas a que de hecho se ve enfrentado el director objeto de reproche, debiendo calificarse su conducta –si culpable o no– de acuerdo a ellas. Así por ejemplo, si la sociedad de la que son administradores detenta poder de mercado o participa de un mercado altamente concentrado, corresponderá a un ejercicio diligente de las funciones de director dotar a la sociedad de instancias o mecanismos de control apropiados de los riesgos a que se ve expuesta la sociedad en materia de libre competencia y velar porque dichas instancias o mecanismos operen de buena manera. Lo anterior interesará, por cierto, a la misma sociedad, pero también a todos aquellos grupos de intereses vinculados de una u otra forma con esta.

3.2.2.4. Culpa probada

Tres son los artículos que se presentan como piedra angular para dotar de contenido el estatuto de responsabilidad por culpa probada de los directores, a saber, los artículos 41 y 133 de la LSA, y el artículo 55 de la LMV.

El primero de ellos dispone que los administradores:

“Deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables”.

Por su parte, el artículo 133 dispone que:

“La persona que infrinja esta ley, su reglamento o en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia [Comisión para el Mercado Financiero] ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios. Lo anterior es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan.

Por las personas jurídicas responderán además civil, administrativa y penalmente, sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción.

Los directores, gerentes y liquidadores que resulten responsables en conformidad a los incisos anteriores, lo serán solidariamente entre sí y con la sociedad que administren, de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles o pecuniarias derivadas de la aplicación de las normas a que se refiere esta disposición.”

Por último, el artículo 55 de la LMV, en casi idénticos términos que el artículo anterior, señala que:

“La persona que infrinja las disposiciones contenidas en la presente ley, sus normas complementarias o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a

otro, está obligada a la indemnización de los perjuicios. Lo anterior no obsta a las sanciones administrativas o penales que asimismo pudiere corresponderle.

Por las personas jurídicas responderán además, civil, administrativa y penalmente sus administradores o representantes legales a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción.

Los directores, liquidadores, administradores, gerentes y auditores de emisores de valores de oferta pública que infrinjan las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias que rigen su organización institucional responderán solidariamente de los perjuicios que causaren.”

Como primera observación, tenemos que la culpa por la que responde el director, según el artículo 41 recién citado, es la culpa leve, en concordancia con el artículo 44 del Código Civil. Los directores serán responsables si se acredita culpa leve, grave o dolo en su actuación, sea individual o colectiva, por acuerdos del directorio.⁸⁸

De la lectura del artículo 41, se plantea la cuestión relativa a la legitimación activa para reclamar la infracción al deber de diligencia en él establecido. Pareciera que sólo lo estaría la sociedad o sus accionistas, no un tercero. Es decir, no sería procedente la llamada *acción individual* de responsabilidad cuando esta sea invocada por un tercero. Al respecto, se han planteado tres interpretaciones.

La primera es la recién referida, es decir, no aceptar la acción individual por parte de terceros perjudicados, fundamentalmente por el tenor literal de la norma que contempla únicamente a la sociedad y accionistas como legitimados activos, mas no a los terceros afectados. En este sentido, sólo en aquellos casos en que existe un deber de cuidado específico frente a terceros estos se encontrarán legitimados activamente. Esta es la opinión de Barros⁸⁹, quien señala que la responsabilidad frente a terceros por el hecho propio de la persona jurídica no se transmitiría, por lo general, a quienes conforman sus órganos de gobierno y administración salvo que les sea imputable personalmente un ilícito. Esta

⁸⁸ CORRAL, Hernán, op. cit., pp.287-288

⁸⁹ BARROS, Enrique, op. cit., p.199

responsabilidad personal se podrá hacer valer cuando se pueda imputar a los directivos una infracción de deberes que protegen el interés de terceros.

Por nuestra parte, coincidimos con la interpretación de Corral, para quien la no consideración de terceros se trataría de una inadvertencia del legislador que debe ser suplida por el intérprete invocando el espíritu de la legislación⁹⁰, puesto que “no se divisa qué motivo justificatorio podría tener la limitación”, debiendo recurrirse, en último término, a la “aplicación subsidiaria de las reglas generales de la responsabilidad extracontractual”⁹¹. En sentido similar Puga Vial, quien, refiriéndose a la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima, señala que “La ley (...) fija normas comunes para las víctimas, tengan estas o no una relación preexistente (contractual o no) para con la sociedad”.⁹² Más adelante, al referirse a las doctrinas que reconocen dos estatutos de responsabilidad diversos en los artículos 41 y 133 de la LSA, estima que en la práctica será muy difícil diferenciarlos, puesto que quienes entienden que el artículo 133 sanciona únicamente las infracciones normativas pasan por alto que “es normativo no emplear el cuidado ordenado por la ley en el art. 41 LSA”.⁹³ Esta tesis, señala el autor, borra las diferencias entre los artículos 41 y 133 y deja sin explicar la razón de la discriminación.⁹⁴ Más adelante, el mismo autor agrega que “para el legislador el tratamiento que reciben la sociedad y *los terceros* con quienes el director no tiene obligaciones contractuales es o idéntico o muy próximo a serlo”.⁹⁵

3.2.3. *Culpa presunta*

La Ley de Sociedades Anónimas contempla casos en que se presume la culpabilidad de los directores, no debiendo por tanto el demandante probar la falta de diligencia del director una vez acreditada la contravención legal. Será así cuando i) la sociedad no llevare sus libros o registros (art 45 n°1 LSA); ii) se repartieren dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas, respecto de los directores que concurrieron al acuerdo respectivo (art 45 n°2

⁹⁰ CORRAL, Hernán, op. cit., p.296

⁹¹ Idem

⁹² PUGA, Juan, op. cit., p.490

⁹³ Ibidem, p.492

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Ibidem, p.493. Las cursivas son nuestras.

LSA); iii) la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones (art 45 n° 3 LSA), en cuyos casos los directores responden solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad, accionistas y terceros perjudicados; iv) se beneficiaren en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad (art 45 inciso final); v) la sociedad haya sido disuelta por sentencia judicial ejecutoriada o revocada por resolución fundada de la Superintendencia, a menos que constare expresamente su falta de participación o su oposición al o los hechos que han servido de fundamento a la resolución judicial o administrativa, en cuyos casos serán solidariamente responsables frente a accionistas perjudicados (art 106).⁹⁶

3.3. *Dolo*

Como sabemos, el dolo consiste en la intención positiva de causar un perjuicio a otro. La conducta dolosa puede consistir tanto en una acción como en una omisión. El dolo se debe apreciar en concreto, y en general, lo encontramos en los casos en que la conducta del director es comisiva, no omisiva. El actuar ilícito del director, como se señaló, consiste en llevar a cabo una conducta que se traducirá en que la sociedad lleve adelante una conducta ilícita desde la perspectiva de la libre competencia. No obstante, lo cierto es que en la mayor parte de los casos en que se alegue dolo, este no se presentará en los términos previstos por el artículo 44 del Código Civil. Lo que habrá en su lugar es la aceptación por parte del agente de las eventuales consecuencias dañosas que pudieran derivarse de su conducta. El agente si bien no tiene la intención positiva de dañar a otro, sí se representa y acepta que esto ocurra. Su conducta estará dirigida, más bien, a la obtención de un beneficio pecuniario. En estos casos, se podría decir que el ilícito es consecuencia directa del actuar del director, es decir, el ilícito

⁹⁶ Si bien no están formuladas a manera de presunción, también deben asimilarse a estos casos las siguientes: i) si el directorio incumple su obligación de proporcionar a los accionistas o al público las informaciones que la ley o la SVS determinen (art 46 LSA) y ii) si uno o más directores tienen interés por sí o como representantes de otro en actos o contratos celebrados por la sociedad, sin que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 44 de la LSA. CORRAL, Hernán, op. cit., p.293

le sería personalmente imputable, en cuyo caso parece ser incuestionable la procedencia de responsabilidad.⁹⁷

Habría omisión dolosa, en tanto, cuando la abstención tenga por objeto producir un perjuicio a un tercero. Un supuesto como este tendría lugar cuando, por ejemplo, la abstención de actuar del director tenga por finalidad que la compañía incurra en un actuar ilícito anticompetitivo: el director se abstiene de intervenir con la intención positiva que se materialice un ilícito antitrust. Acá, al igual que en el caso de una comisión dolosa, la omisión es causa del daño, siendo el ilícito personalmente imputable al directorio.

3.3. CAUSALIDAD

3.3.1. *Planteamiento del problema*

Para hacer responsable al director será necesario que entre el hecho de este y el daño alegado por la demandante exista una relación de causalidad.

En este apartado, intentaremos seguir el orden planteado por el profesor Enrique Barros en su *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, al tratar el elemento causalidad⁹⁸ ajustado al tema sobre el cual versa este trabajo. En una primera parte, trataremos la causalidad en su sentido natural. En la segunda, el nexos causal en su sentido normativo. Esta parte, a su vez, se subdividirá en otras dos: primero, analizaremos el fin de protección de la norma como criterio delimitador de responsabilidad. Luego, plantearemos la problemática referida a los daños subsecuentes seguidos del daño inicial provocado por la conducta culpable, y algunos de los criterios que se han propuesto para determinar cuándo el daño puede calificarse como directo,

⁹⁷ En este sentido BARROS señala que “la responsabilidad frente a terceros por el hecho propio de la persona jurídica no se transmite, por lo general, a quienes conforman sus órganos de gobierno y administración, salvo que les sea imputable personalmente un ilícito”. BARROS, Enrique, op. cit., p.200. ALCALDE, señala que en el ámbito de los daños causados personalmente por el administrador en el ejercicio de funciones a terceros ajenos al contrato, la responsabilidad del administrador constituye la regla general. ALCALDE, Enrique, op. cit., p.238

⁹⁸ BARROS, Enrique, op. cit., pp.373-444

de modo tal de hacer al agente responsable por estos. En la tercera y última parte, abordaremos los casos de pluralidad de responsables y de acumulación de acciones.

3.3.2. *Causalidad natural*

En términos generales, se ha entendido que la causalidad cumple una doble función: sirve como *fundamento* de la responsabilidad, porque sólo se responde de los daños que se siguen como consecuencia del hecho del demandado, y como *límite* de la misma, porque no se responde de todos los daños que se siguen como consecuencia del hecho, sino *sólo* de aquellos que puedan vincularse normativamente con el mismo; fija los criterios normativos por los cuales un resultado es atribuible a un comportamiento⁹⁹. Así entonces, entre el hecho y el daño debe existir una relación directa y necesaria.¹⁰⁰

Para dar por establecida la causalidad en su sentido natural, se recurre al ejercicio de la supresión mental hipotética, la que a su vez da lugar a la llamada *teoría de la equivalencia de las condiciones*, en cuya virtud podrá darse por establecido el nexo causal si, suprimido mentalmente el hecho ilícito, la consecuencia dañosa no se verifica. Así, *este* ilícito será causa necesaria del daño. Podrán concurrir múltiples causas a una consecuencia dañosa; todas ellas equivalentes desde esta perspectiva. Como se ve, se trata de una cuestión de hecho, privativa por ende de los jueces de fondo.

Lo anterior puede ilustrarse mediante el siguiente ejemplo. Supongamos que las sociedades A y B, competidoras en cierto mercado relevante, deciden coludirse, y de esta colusión resulta daño para los consumidores por el aumento del precio del bien ofrecido. Aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, serán causa del daño, por cierto, las conductas de la sociedad A y de la sociedad B, materializadas a través de sus respectivos órganos de administración. Pero también será causa necesaria la conducta del consumidor que hubiera adquirido el producto en las tiendas de la sociedad B, y no en las de la sociedad C (que no

⁹⁹ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “La acción individual de responsabilidad(...)”, p.203

¹⁰⁰ BARROS, Enrique, op. cit., p.374

forma parte del cartel)¹⁰¹. También lo será, por ejemplo, una eventual lluvia –hecho natural– que ese día llevó a que la víctima prefiriera la tienda de la sociedad B por encontrarse más cerca de casa. Asimismo serán causas equivalentes las conductas de los administradores que integran el órgano societario de las sociedades A y B y que, por su acción u omisión –culpable o no–, hicieran posible la colusión en que incurran las sociedades que administran. Cada uno de estos hechos son condición necesaria de la colusión.

El ejercicio a que nos referimos en el párrafo anterior, también conocido como *condictio sine qua non*, servirá para dar por establecida la existencia del nexo causal en la mayoría de los casos. Sin embargo, resultará insuficiente en otros, como son los de causalidad hipotética y causalidad alternativa.¹⁰²

En este trabajo, por tratarse de un área en que son reconocidos, ya expresa ya tácitamente, múltiples deberes, son las conductas omisivas de los directores las que más interesan por parecer, en principio, las más problemáticas. Así entonces, supuesto que se encuentre acreditada una conducta omisiva culpable del director –digamos el no ejercicio del deber de información o la *culpa in vigilando*– habrá de establecerse si es *esta* la causa del daño reclamado por la demandante. El ejercicio para hacerlo será el ya indicado: se deberá suprimir mentalmente el hecho omisivo –suponer que en el caso concreto el director hubiera ejercido su deber de información de manera diligente o vigilado a los ejecutivos encargados de la gestión de la sociedad de la manera debida–, y si en tal caso el hecho dañoso no se verifica, es *porque* la omisión culpable es causa –natural– del accidente.¹⁰³

¹⁰¹ Hacemos la prevención acerca de la posibilidad de que, a consecuencia de la colusión, también la sociedad C suba sus precios. Nos remitimos a lo señalado en la página 63 sobre el “efecto paraguas”.

¹⁰² PREVOF, Juan Manuel, *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. En Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, 2010, Santiago, p.164

¹⁰³ Se debe tener en consideración que, muchas veces, al provenir el riesgo cuya concreción se pretende evitar mediante la prescripción de determinada conducta de una fuente autónoma a este, -por ejemplo, del ejecutivo encargado de la fijación de la estrategia de precios en el mercado en el cual la sociedad realiza su actividad que decide coludirse con la competencia-, el curso causal que desemboca en la colusión ya se ha desencadenado. Entonces, cabe preguntarse al respecto, primero, si es que podría imputarse al director responsabilidad por dicho curso causal ya desencadenado, por ejemplo, por una deficiente organización de la contraloría interna de la sociedad, en cuyo caso la pregunta no sería ya por el ejercicio adecuado de su derecho/deber de información sino más bien por el ejercicio del deber de dotar a la sociedad de una estructura organizativa que permita prevenir la comisión de ilícitos o, eventualmente, del deber de vigilancia, ambos reconducibles al deber más general que le empece, como es el de control. En tal caso, tampoco podría sostenerse que la fuente del riesgo que la conducta que se prescribe pretende evitar sea independiente del director (o en términos más generales del directorio) puesto

Así las cosas, y si bien puede resultar obvio, ante todo habrá que tener claridad acerca de cuál es el deber concreto cuya infracción se le imputa al director. Una vez identificado, corresponde realizar el ejercicio ya señalado, consistente en la supresión mental hipotética: si de haberse ejercido diligentemente el deber, el daño no se hubiera verificado o su magnitud o entidad hubiera sido mucho menor¹⁰⁴, entonces aquel es causa de este. Se debe advertir que sería insensato exigir certeza absoluta acerca de la contribución causal de cierto hecho al daño, fundamentalmente porque es muy difícil, si no imposible, lograrlo. Esto, por cuanto en la mayoría de los casos no será la demandante quien cuente con los medios probatorios para acreditar tal circunstancia. En este entendido, cobra sentido que sea el director demandado quien, por encontrarse más próximo a los antecedentes que pudieran servir para dar cuenta acerca de la forma en que se ejercieron las funciones, deba aportar dichos elementos probatorios.¹⁰⁵ Pero también porque la incertidumbre o falta de certeza acerca de la contribución causal de un ilícito anticompetitivo a los daños derivados del mismo, no podrá nunca superarse del todo. Los modelos econométricos prospectivos, que serán expuestos al final de este trabajo, que tienen por finalidad establecer cómo se habría desarrollado determinado mercado en ausencia del ilícito, no son ni pueden ser totalmente certeros.

3.3.3. Causalidad valorativa¹⁰⁶

3.3.3.1. Fin de protección de la norma

que, de acreditarse, por ejemplo, una deficiente organización de los mecanismos internos de prevención, la fuente del riesgo sería precisamente esa, la deficiente organización. Es lo que se ha llamado en la doctrina *culpa en la organización*. ALCALDE, Enrique, op. cit., p.239

¹⁰⁴ Sería el caso, por ejemplo, en que un director al requerir información adicional o al poner en marcha los mecanismos de control interno de la sociedad tomara conocimiento de la existencia de un acuerdo colusorio entre la sociedad que administra y la competidora. En tal caso, si bien puede que el acuerdo ya se haya puesto en marcha dañando, de tener aptitud causal para hacerlo, a consumidores, lo normal sería que dé cuenta de tal situación al organismo persecutor (Fiscalía Nacional Económica) acogiéndose, por ejemplo, al mecanismo de la delación compensada y, en lo que aquí interesa, esto implicaría ponerle término a la colusión, restringiendo así sus efectos lesivos tanto para la sociedad como para los consumidores.

¹⁰⁵ PUGA, Juan, op .cit., p.491

¹⁰⁶ Creemos que definir hasta qué punto es responsable el agente que actuó de forma culpable, función que cumple la causalidad normativa, es una decisión que da cuenta de valoraciones que dependerán de la distribución de derechos y deberes que se hagan a través de las reglas de responsabilidad civil, en tanto institución básica de la sociedad. Así entonces, esa decisión estará motivada por criterios de justicia distributiva.

De acuerdo con Barros, la responsabilidad por culpa exige la existencia de una conexión de ilicitud entre la norma que se infringe y el daño reclamado. El fin de protección de la norma “se basa en la idea de que los deberes contractuales o legales tienen fines específicos: intentan proteger a ciertas personas, sirven determinados intereses, o pretenden evitar ciertos riesgos. En consecuencia, sólo los daños que se relacionan con los fines específicos que persigue la norma pueden ser imputados a la persona que los ha infringido.”¹⁰⁷ En materia de libre competencia, deviene en la exigencia de que las normas infringidas por el director en el ejercicio de sus funciones como administrador de una sociedad anónima, tengan por finalidad proteger los intereses cuya vulneración es reclamada por la demandante.

Este criterio delimitador de responsabilidad, sin embargo, tiene un alcance restringido, puesto que sólo servirá en los casos en que sea la ley la que expresamente establezca el deber de conducta. En los demás supuestos, en que el juez deba construir dicho patrón *ex post*, el fin de protección de la norma carecerá de sentido y resultará contraintuitivo, ya que en tal caso el juez habría de preguntarse con posterioridad a haber elaborado él mismo el deber de conducta, y por cierto con posterioridad a acaecido el accidente, si es que esa norma tenía por fin la protección del interés en los hechos lesionado, lo cual es contrario a la razón práctica, cuyo objeto es la deliberación en concreto acerca del comportamiento que resulta correcto, atendidas las circunstancias.¹⁰⁸

Junto con lo anterior, como se ha dado cuenta a lo largo de este trabajo, el o los intereses que buscan proteger las normas que establecen los deberes de conducta de los directores –lo que dice directa relación con lo que se entienda por interés social–, es tema de discusión. Lo mismo ocurre con el alcance de los sujetos legitimados activamente para hacer efectiva la responsabilidad de los directores, de acuerdo a las normas que la reconocen¹⁰⁹, no obstante estimar por nuestra parte que una correcta interpretación de la normativa vigente incluye a terceros.

¹⁰⁷ BARROS, Enrique, op. cit., p.384.

¹⁰⁸ Ibidem, p.386.

¹⁰⁹ Véanse pp.37 y ss. de este trabajo.

En efecto, a nuestro juicio, en la administración de las sociedades anónimas que compiten en determinado mercado relevante detentando poder de mercado o posición dominante, y siendo aptas objetivamente para hacer uso y abuso del mismo, o en la administración de aquellas sociedades que, sin detentar dicho poder, participen en un mercado altamente concentrado (oligopólico), encontrándose por ende expuestas al riesgo de incurrir en un ilícito lesivo de la libre competencia, existe, desde ya, un interés público comprometido, pero también intereses particulares, como son los de todos aquellos grupos vinculados a la sociedad, entre los que se encuentran competidores y consumidores.

Con todo, si entendemos con Barros que “la limitación de la responsabilidad atendiendo al fin de la norma sólo procede cuando el fin sea claramente discernible, esto es, cuando de la interpretación se siga que el sentido de la regla no puede extenderse a riesgos como el que se ha materializado”¹¹⁰, pareciera que, en relación a las normas que reconocen los deberes de los directores de sociedades anónimas, estaríamos frente a un caso en que estas tienen fines difusos o múltiples; se trataría de normas legales que persiguen fines “que resultan abiertos al momento de interpretar la norma”¹¹¹, resultando por ende este criterio delimitador de responsabilidad de cuestionable utilidad.

Para terminar, y en caso que los argumentos recién esgrimidos fueran estimados insuficientes, creemos con Barros que el fin de protección de la norma considera únicamente el primer daño, no los que se siguen de este,¹¹² no sirviendo como criterio para determinar cuándo un daño es directo o no. El primer daño, en los supuestos de infracción a los deberes establecidos para los directores, es para el interés social, puesto que, más allá de que eventualmente la sociedad pudiera beneficiarse en lo inmediato de un ilícito anticompetitivo, se traduce en el incumplimiento de la normativa vigente a que está sujeta su actividad, lo que la expone a todas las consecuencias previstas por la ley (responsabilidad civil, administrativa y eventualmente penal), lo cual redundará en un daño para la sociedad administrada. La infracción por parte de la sociedad de la normativa que protege la libre competencia, o de cualquiera otra

¹¹⁰ BARROS, Enrique, op. cit., p.388

¹¹¹ Idem

¹¹² Ibidem, pp.390-391

que regule su actividad, es contraria al interés social, cualquiera sea la noción que de esta se tenga.

Por tanto, la cuestión relativa al alcance de la responsabilidad por los daños subsecuentes derivados del daño inicial excede a la pregunta por el fin de protección de la norma, vinculándose más bien a la posibilidad de imputarlos objetivamente al infractor.

3.3.3.2. *Causalidad adecuada*

Esta teoría propone un criterio negativo para determinar cuáles daños que se siguen del daño inicial son directos y por ende deben ser asumidos por el agente culpable: *no* deberá hacerse responsable por aquellos daños que, desde la mirada de un observador externo, y mediante un juicio *ex post*, respondan a un curso anormal de los acontecimientos. Es decir, propone un criterio de exclusión, debiendo darse por establecida la causalidad adecuada cuando, miradas las cosas hacia atrás, se haya podido contar con la posibilidad de que el daño llegara a ocurrir.¹¹³

Debe distinguirse la previsibilidad de la adecuación: la primera cumple un rol preponderante para establecer la existencia de culpa. Es necesario que el primer daño haya sido previsto, o más bien, previsible de acuerdo a las circunstancias concretas en que se encontraba el sujeto. Para la adecuación en cambio, si bien la previsibilidad constituye un indicio importante en el sentido de ser directo el daño, no significa que no lo será en caso de ser imprevisible. Un ejemplo propuesto por Barros nos parece ilustra de buena forma lo anterior: si producto de un accidente automovilístico ocasionado culpablemente resulta una persona lesionada, la que es auxiliada por otra, que a su vez resulta atropellada mientras se dirige a prestar auxilio, no cabrá excluir el daño sufrido por esta última por haber sido imprevisible para el sujeto culpable que habría un tercero que auxiliaría a la primera víctima. Por el contrario, también deberá responder de los daños sufridos por el tercero por cuanto su

¹¹³ Ibidem, p.400

auxilio, y consecuente accidente, desde la perspectiva retrospectiva de un observador experto, no resulta anormal o extraordinaria de acuerdo a la cadena causal desarrollada.¹¹⁴

Si lo anterior es cierto, creemos se pueden derivar implicancias interesantes para los efectos de este trabajo. Siguiendo con el ejemplo de la colusión, no podría el director que actuó de forma negligente aducir que para él no era previsible que su comportamiento culpable desencadenaría consecuencias dañosas como las de hecho verificadas. Como se ha dicho, la previsibilidad sí es necesaria respecto del primer daño que, en este caso, creemos se refiere a la colusión misma en que incurre la sociedad administrada. Ahora bien, esto es materia del juicio de culpabilidad que suponemos ya realizado. La pregunta que compete en esta parte es la relativa a la posibilidad de imputarle objetivamente los daños derivados de la colusión al director culpable. Si aplicamos el criterio de la causalidad adecuada estimamos que sí le serían imputables. Si bien no es claro que sean previsibles dichos daños, sí lo es, a nuestro entender, que *no* responden a un curso anormal o extraordinario de los acontecimientos.

En efecto, mirada retrospectivamente la cadena causal por un observador informado, la consecuencia dañosa consistente, por ejemplo, en el pago por los consumidores de un sobreprecio, no parece inverosímil, debiendo por ende darse por establecida la causalidad en este sentido. O, en otras palabras, el daño sufrido por los consumidores se habrá desarrollado *en la misma dirección* que el daño inicial.¹¹⁵

La cuestión no es muy distinta tratándose de un abuso de posición dominante. Esta práctica se ejerce en contra de un competidor o grupo de competidores determinados con la intención de excluirlos del mercado, o bien contra agentes económicos ubicados en otro eslabón de la cadena productiva, ya sea proveedores o compradores, con el objeto de explotar y extender la posición de dominio ostentada en el mercado relevante. La previsibilidad opera como requisito necesario para establecer la concurrencia de culpa del director de la sociedad anónima que hubiera incurrido en el ilícito. De acreditarse, por ejemplo, la falta de ejercicio o un ejercicio deficiente de las potestades de control al interior de la sociedad tendientes a identificar riesgos

¹¹⁴ Ibidem, p.399

¹¹⁵ Ibidem, p.396

y prevenir la comisión de conductas como las descritas, es razonable estimar que era previsible que la sociedad administrada incurriera en un abuso de posición dominante. Será en todo caso competencia del tribunal determinar la concurrencia de culpa. Lo que aquí interesa establecer es si, supuesta la culpa del director, es posible imputarle a este los daños derivados del abuso de posición dominante, como por ejemplo el lucro cesante consistente en lo que el competidor excluido dejó de ganar con motivo de la práctica ilegal. Aplicando el criterio de la causa adecuada creemos que, por lo general, la respuesta será afirmativa. Así pues, mirada la cadena causal de forma retrospectiva, la consecuencia dañosa (previsible o no) *no* aparece como anormal o extraordinaria, debiendo por ende el director culpable responder civilmente por estos daños.

3.3.3.3. *Incremento del riesgo*

Si la acción u omisión culpables han creado un riesgo o han aumentado la probabilidad o intensidad de un riesgo de daño ya existente, entonces habrá una relación relevante entre el hecho y el daño, debiendo ser tenido este por directo.¹¹⁶ El criterio opera mediante la comparación de los efectos de la conducta culpable con la alternativa diligente: si el daño hubiese tenido una probabilidad semejante de ocurrir en este último escenario, entonces puede decirse que el daño no es atribuible al demandado porque no incrementó el riesgo de su materialización.¹¹⁷

De aplicarse este criterio a los daños derivados de ilícitos anticompetitivos, creemos que aparece con mayor claridad aún la vinculación normativa entre estos y la conducta del director que actuó negligentemente, debiendo serles por ende objetivamente imputables. El director a través de su conducta culpable crea un riesgo de daño o bien aumenta la probabilidad del mismo, desde ya a la sociedad que administra, pero también y de forma subsecuente, a la sociedad toda y a los particulares que la integran. Lo anterior resulta de la comparación entre los efectos de la conducta culpable del director y los efectos de la conducta diligente alternativa, en que el director ejerce sus funciones conforme al patrón de conducta establecido

¹¹⁶ Ibidem, p.401

¹¹⁷ Ibidem, p.402

en el artículo 41 de la LSA. En este último caso, se observará que el riesgo de que se hubieran producido los daños reclamados es menor, pudiendo incluso haberse evitado.

Es decir, la conducta negligente del director, ya sea por comisión u omisión, ha aumentado el riesgo de que se produzca un daño a consecuencia de un ilícito monopólico porque, lógicamente, ha contribuido a través de su conducta a aumentar el riesgo de que se produzca la conducta monopólica misma.

3.3.4. Prueba de la causalidad

Acreditado que sea por la víctima el nexo causal desde una perspectiva natural, será en el demandado en quien recaiga la carga de acreditar que el daño es indirecto. Es decir, ya sea que se recurra al criterio de la causalidad adecuada o de riesgo incremental, será el director quien deberá acreditar que las consecuencias dañosas cuya reparación se le exige no son objetivamente imputables a su conducta culpable, ya sea porque esta no aumentó el riesgo de que el daño reclamado se verificara, o bien porque, mirada la cadena causal retrospectivamente, la consecuencia dañosa parece extraordinaria o anormal.

3.3.5. Pluralidad de responsables

Generalmente en los casos de daños derivados de ilícitos anticompetitivos habrá más de un responsable, pudiendo demandarse a cualquiera de estos por el total. Las razones de tal regla de solidaridad serán diversas: por una parte, en un primer grupo de casos, relativo a la colusión, el fenómeno está mirado exclusivamente desde la perspectiva de las personas jurídicas que por regla generalísima son las que incurren en tal ilícito. El fundamento de la regla de la solidaridad será legal. Por otra, en un segundo grupo, el fenómeno está visto desde la perspectiva que en esta parte del trabajo es la que interesa, es decir, desde la contribución que hubiera hecho cada director, y la persona jurídica de que son administradores, al daño derivado del ilícito anticompetitivo. Con todo, corresponde referirse brevemente al primer supuesto.

De acuerdo a este primer supuesto, una vez acreditada la colusión o cualquiera otra práctica concertada entre dos o más personas, habrá solidaridad entre estas últimas, pudiendo demandarse a cada una o a todas conjuntamente por el total, de acuerdo a la regla establecida en el artículo 2317 del Código Civil que prescribe que “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito”. En este caso, un mismo delito (civil) es cometido por dos o más empresas, cada una de ellas responsables por la totalidad de los daños derivados del cartel. Posteriormente, en virtud de las reglas de contribución a la deuda, aquella que hubiera pagado podrá dirigirse en contra de la(s) otra(s) en proporción a su respectiva contribución al delito.

En cuanto al segundo grupo, esto es, cuando concurren varias negligencias, la regla será también la solidaridad, aunque se tratará más propiamente de aquellas obligaciones a que la doctrina francesa ha llamado *in solidum*, por compartir los rasgos esenciales de las obligaciones propiamente solidarias: se puede reclamar el total a cada deudor; pagada la deuda, los demás deudores pueden excepcionarse de pago; y el que paga tiene acciones restitutorias en contra de los demás obligados.¹¹⁸ Son casos en que no se trata de un mismo hecho el que da origen a la responsabilidad, razón por la cual no se aplica la regla de la solidaridad del artículo 2317 antes citado, sino más bien de diversas conductas culpables o negligentes, cada una de ellas causa necesaria del daño y por tanto equivalentes, según vimos.

De esta forma, cada uno de los directores respecto de los cuales pueda acreditarse culpa será responsable por el total de los daños. Por cierto, también recaerá en la sociedad de la cual son administradores la obligación de reparar íntegramente los perjuicios, pudiendo el demandante entonces dirigirse alternativa o conjuntamente, y por el total, en contra de una y otra. También, y de poder ser identificado, será responsable el o los directivos, ya sea director, gerente general o cualquier otro ejecutivo, que dolosamente hubiera llevado a cabo en representación de la sociedad el ilícito anticompetitivo. Con posterioridad, el que hubiera pagado tendrá acción de reembolso en contra de los demás responsables en proporción a sus respectivas contribuciones al ilícito. El fundamento en este caso será el principio del enriquecimiento sin

¹¹⁸ Ibidem, p.423

causa, de quienes siendo en alguna proporción responsables no han soportado la carga de indemnizar.¹¹⁹ Eventualmente, y dado que el ilícito anticompetitivo no puede ser cometido sino con dolo, de lograr identificarse al director o ejecutivo al interior de la administración que hubiera actuado dolosamente, se lo podrá hacer responsable exclusivo de la totalidad de los daños.

3.4. DAÑO

3.4.1. *Planteamiento del problema*

A continuación, analizaremos los daños a particulares que causan las conductas monopólicas. Luego, indicaremos por cuáles de estos daños creemos que debe responder la compañía infractora. Finalmente, expondremos los métodos que la literatura especializada ha desarrollado para cuantificar los daños procedentes de ilícitos antitrust.

3.4.2. *Tipologías*

Para mayor claridad conceptual, abordaremos, en primer lugar, los daños derivados de la colusión o cartel y, en segundo, los derivados del abuso de posición dominante.

3.4.2.1. *Daño civil derivado de la colusión*

La colusión o cartel es una práctica concertada por dos o más competidores en virtud de la cual se acuerda la fijación de precios, cuotas de producción, repartición de cuotas de mercado o la afectación del resultado de licitaciones públicas o privadas. Puede ser horizontal, entre competidores de un mismo mercado relevante, o vertical, cuando involucra agentes económicos que integran distintos eslabones de la cadena productiva.¹²⁰ Ha sido tratada por

¹¹⁹ Ibidem, p.425

¹²⁰ Con la reforma introducida por la Ley 20.361 del año 2009, se suprimió de la letra a) del artículo 3° del DL 211, que reconoce expresamente la colusión, la expresión “agentes económicos”, cambiándose por la de “competidores”, quedando excluidos los acuerdos verticales, permaneciendo únicamente aquellos celebrados entre competidores. Sin embargo, la colusión vertical seguiría siendo reprochable a partir del inciso primero del referido artículo, que establece el tipo universal monopólico.

parte de la doctrina como uno de los ilícitos de fuente, por cuanto mediante la unificación de la competencia entre los agentes pertenecientes a un mercado relevante se busca la obtención del poder de mercado del cual se carecía, o bien incrementar aquel que ya se detentaba por uno o más de los agentes coludidos.

La colusión trae aparejada, por lo general, además del costo social neto al que ya hemos hecho referencia en otra parte de esta trabajo¹²¹, una transferencia de riqueza desde los compradores de los bienes o servicios hacia los agentes coludidos, que se manifiesta en el sobreprecio que aquellos pagan a estos. Implica un daño cuya naturaleza civil para los efectos de la procedencia de la indemnización de perjuicios, en general, no se discute.¹²²¹²³ En todo caso, se debe distinguir si el comprador repercute o no, y en qué medida, el sobreprecio “aguas abajo” (*pass on effect*). De no hacerlo, será soportado exclusivamente por el comprador directo y consistirá en daño emergente, que se traducirá en la diferencia entre el precio efectivamente pagado y el precio que se habría pagado sin colusión. Ahora bien, en caso que el comprador decida traspasar “aguas abajo” el sobreprecio, y la repercusión sea *parcial*, al daño emergente consistente en el sobreprecio no repercutido, habrá de sumarse el lucro cesante a consecuencia de las menores ventas del comprador directo a sus respectivos compradores por el aumento del precio. De ser el traspaso *total*, el daño estará dado únicamente por el lucro cesante.

Ahora bien, en cuanto a los compradores indirectos afectados (muchas veces consumidores finales), se pueden reconocer entre estos a lo menos cuatro categorías. En efecto, quienes compren el bien o servicio en la misma cantidad que lo habrían hecho sin colusión, deberán pagar un sobreprecio y por ende habrán sufrido un perjuicio (daño emergente); también quienes dejen de adquirir el bien o servicio a consecuencia del aumento de precio, desviando su demanda a un bien distinto de menor precio o calidad, habrán sufrido daño; luego están quienes compran en cantidad menor que la que hubieran comprado en un escenario sin

¹²¹ Véanse pp.16 y ss.

¹²² Hay quienes niegan que implique un daño desde una perspectiva civil. El argumento ofrecido para rechazar su indemnizabilidad es que los compradores adquirieron el bien a un precio al cual, en virtud de la autonomía de la voluntad, estaban dispuestos a comprarlos.

¹²³ No obstante, cabe señalar que los compradores que hubieran pagado el sobreprecio a consecuencia de la colusión podrían traspasarlo (o repercutirlo) “aguas abajo”. Es en estos supuestos que se discute la defensa *passing on* por parte de los agentes coludidos demandados por el adquirente que hubiere traspasado la totalidad o parte del sobreprecio.

colusión; y, por último, los que derechamente no adquieran bien alguno.¹²⁴ *A priori*, cada uno de ellos tendrá derecho a solicitar la indemnización del perjuicio sufrido. No obstante, estamos conscientes de la difícil posición en que se encontrará el demandante en orden a acreditar el vínculo causal entre el ilícito anticompetitivo y el daño sufrido, en particular en los tres últimos supuestos. Igualmente compleja parece ser la determinación y cuantificación del perjuicio sufrido por estas clases de compradores.

Por su parte, los competidores no coludidos también podrían verse afectados, aunque lo más común es que se vean beneficiados por el cartel, puesto que tendrán la oportunidad de alzar a su vez los precios de los bienes o servicios por ellos ofrecidos. A este fenómeno la literatura especializada lo ha llamado “efecto paraguas”, en cuya virtud los compradores del agente no coludido que ha aumentado el precio del bien o servicio a consecuencia de la colusión sufren los efectos de esta. La pregunta que surge es si acaso estos compradores estarán legitimados activamente para demandar los perjuicios sufridos. Creemos que la respuesta a esta interrogante debiera ser afirmativa. Si al efecto aplicamos el criterio de la causa adecuada, para los competidores coludidos es o debiera ser previsible, de acuerdo a un patrón abstracto de conducta, contar con la posibilidad de que los competidores no integrantes del cartel aumentaran a su vez sus precios, siéndoles por ende objetivamente imputables los daños sufridos por los compradores de estos últimos.¹²⁵

Ahora bien, es posible plantear una problemática adicional en relación a la situación en que se encontrará el competidor no coludido. Se podría plantear que también este deberá responder por el provecho obtenido a consecuencia de la práctica ilícita. En efecto, en el último tiempo se ha reconocido por nuestra jurisprudencia¹²⁶, en línea con el principio planteado desde antiguo de que el dolo se sanciona siempre, la acción por provecho de dolo ajeno, la que

¹²⁴ En caso de que se trate de compradores indirectos que sufran los efectos de la colusión por la repercusión – parcial o total– que los compradores directos hayan hecho “aguas abajo” del sobreprecio, estos últimos también sufrirían un daño consistente en el lucro cesante por la menor cantidad de ventas a consecuencia del sobreprecio repercutido.

¹²⁵ ARAYA, Fernando, “*Efecto paraguas*” de la colusión e imputación objetiva de los daños indemnizables: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala quinta), 5 de junio de 2014, asunto C-557/12, en Revista Chilena de Derecho Privado, N°23, 2014, Santiago, p.432

¹²⁶ Sentencias Rol N° 4871-2012, de 30 de septiembre de 2013 y Rol N° 6302-2010, de 30 de enero de 2013, ambas de la Corte Suprema.

creemos sería aplicable en este caso. Si asumimos que los ilícitos anticompetitivos son necesariamente dolosos, o a lo menos gravemente culposos¹²⁷, creemos que los compradores podrían entonces demandar alternativamente a los agentes coludidos, solidariamente responsables, por el total de los daños, y al agente no coludido hasta el monto del provecho que hubiera obtenido del ilícito.

3.4.2.2. Daño civil derivado del abuso de posición dominante

Bajo este concepto, tomado del Derecho de la Comunidad Europea¹²⁸, es posible agrupar distintas prácticas, las cuales, para efectos de simplificar el análisis relativo a los daños civiles, clasificaremos en abuso explotativo y abuso exclusorio de posición dominante.¹²⁹ El primero dice relación con la explotación del poder de mercado detentado por un agente económico en determinado mercado relevante, maximizando sus ganancias, es decir, obteniendo rentas monopólicas, por vías ilícitas.¹³⁰ La segunda práctica, en tanto, tendrá por objeto o efecto la exclusión por parte del agente con poder de mercado, también por vía ilícita, de un competidor actual, o el impedimento de ingreso, por ejemplo mediante la creación de barreras de entradas artificiales, de uno potencial.

En nuestro ordenamiento jurídico, las referidas prácticas se encuentran reconocidas de forma más o menos clara en las letras b) y c) del inciso segundo del art. 3º del DL 211, así como, de forma implícita, en el supuesto del inciso primero de la misma norma, que prevé el injusto universal monopólico. La letra b) se refiere a la explotación abusiva por parte de un agente económico de una posición dominante, señalando a continuación una serie de ejemplos, como “hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos. Lo mismo acontece con la letra c), referida a “las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de (...) mantener o incrementar una posición dominante”.

¹²⁷ BANFI, Cristián, *Acerca de la imputación de responsabilidad...*, p.42

¹²⁸ Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹²⁹ VALDÉS habla de abusos destinados a explotar la renta monopólica y abusos destinados a preservar la renta monopólica. VALDÉS, Domingo, op. cit., p.562

¹³⁰ Puede existir, y es lícita, una explotación del poder de mercado detentado por un agente económico, Ibidem, p.555

En igual sentido, la imposición de precios predatorios por un competidor detentador de posición dominante, tendrá típicamente por objeto –y efecto– la exclusión de determinado competidor del mercado relevante. Sin embargo, podría también ocurrir que esta consecuencia no se produzca, viéndose en todo caso el competidor forzado a aceptar un rol de nicho en el respectivo mercado.

Adicionalmente, cabe advertir que este tipo de prácticas presenta marcadas diferencias, principalmente en cuanto a sus efectos, con los casos de colusión.¹³¹ Las más sobresalientes son: a) como señalábamos, el efecto típico de la colusión es la existencia de un sobreprecio del respectivo bien o servicio, sumado a una reducción de la cantidad producida; siendo del caso que en las prácticas de abuso de posición dominante la cuestión es más compleja, al ser necesario considerar también el efecto producido en el mercado relevante, habida cuenta de la pérdida (o reducción) de una cuota del mismo respecto del competidor afectado. b) Los efectos perniciosos sobre el referido mercado en los casos de acuerdos colusorios son relativamente sencillos: tanto el sobreprecio como la reducción del volumen de bienes o servicios producidos afectan a los consumidores; los abusos de posición dominante, por su parte, podrán tener un efecto positivo respecto de los consumidores, por ejemplo, en los casos de prácticas predatorias en que, al menos en una primera etapa, en que se fijan precios bajo el costo marginal¹³², los consumidores se verán beneficiados. Así, el efecto neto de la referida práctica –considerada en toda su extensión– será de difícil determinación¹³³. c) En este sentido, en los casos de colusión y prácticas explotativas en general, existe un vínculo directo entre la infracción y el daño sufrido por los consumidores; mientras que en las prácticas exclusorias, para que exista afectación a los consumidores, será necesario que se afecte la capacidad de competir de los rivales del infractor. De esta forma, ingrediente indispensable de una teoría de daños derivada de esta clase de conductas será la descripción de cómo estas

¹³¹ FUMAGALLI, Chiara, PADILLA, Jorge y POLO, Michele, Damages for exclusionary practices: a primer, 2010, p.2. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/fumagalli_padilla_polo.pdf (visitado el 20 de mayo de 2018).

¹³² Cuándo hay o no precio predatorio es tema de discusión.

¹³³ Consumidores podrían verse favorecidos si es que, en el mismo ejemplo, la duración temporal de la etapa de “recuperación”, una vez excluido el rival y en que el competidor dominante fija precios monopólicos, resulta breve por, v. gr., una intervención temprana de la agencia estatal encargada de la persecución de los referidos ilícitos.

impactan en las utilidades de los rivales.¹³⁴ d) Finalmente, en la mayoría de los casos de carteles, sus efectos son temporales, desapareciendo una vez que el cartel colapsa o tras una exitosa intervención estatal; en cambio, en los casos de abuso de posición dominante, particularmente en aquellos exclusorios, generalmente se producen efectos a largo plazo. Así, la distorsión en el mercado en el cual se haya verificado la práctica exclusoria perdurará mucho más allá de concluida la misma. Una de las problemáticas más interesantes derivadas de lo anterior dice relación con la posibilidad de imputar objetivamente las consecuencias dañosas que resulten de este tipo de ilícitos. Es decir, determinar hasta qué punto habrá de hacerse responsable al infractor de las consecuencias dañosas que de su conducta se deriven.

Dicho lo anterior, corresponde analizar en particular los efectos que pueden derivarse del abuso de posición dominante. Siguiendo a Fumagalli,¹³⁵ asumiremos la existencia de un patrón temporal común a la referida práctica, compuesto por tres periodos, cada uno de los cuales presenta efectos distintos.¹³⁶ La primera es la *fase de desgaste*, en la cual el competidor excluido pierde poder de mercado, viéndose su cuota en el mismo reducida. Esta fase concluye con la salida o exclusión del referido competidor. La duración de esta etapa dependerá de la naturaleza del abuso, siendo inexistente en aquellos casos en que el objeto de la práctica sea impedir el ingreso de un competidor potencial. La segunda es la *fase de recuperación*, en la cual el competidor dominante “cosechará” los frutos del ilícito perpetrado mediante la imposición de precios monopolistas o supracompetitivos. Por último, en la *fase de expansión*, que tendrá inicio cuando cese la explotación de los precios monopólicos por, *v.gr.*, la intervención de la agencia estatal encargada de la represión de la referida práctica. El competidor excluido podrá reingresar al respectivo mercado recobrando su cuota de mercado, lo mismo que los nuevos competidores, restableciéndose –eventualmente– las condiciones

¹³⁴ BUCCIROSSI, P., *Quantification of Damages in Exclusionary Practice Cases*, p.2. Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/buccirossi.pdf> (visitado el 20 de mayo de 2018)

¹³⁵ Ibidem, p.3

¹³⁶ Por ahora asumiremos también como supuesto que no hay cuestiones de causalidad en relación a la exclusión del competidor del respectivo mercado. Es decir, esta es atribuible al hecho ilícito infractor de la libre competencia y no, ya sea total o parcialmente, a la propia conducta, por acción u omisión, del competidor excluido. En estos casos, la exclusión de un competidor, por ejemplo, ineficiente, no será reprochable en sede civil.

competitivas.¹³⁷ Ahora bien, siguiendo la línea temporal propuesta, es posible identificar distintos grupos de agentes económicos susceptibles de verse afectados por una práctica de este tipo.

Un primer grupo de afectados corresponde a los competidores del infractor. Entre estos, es posible, a su vez, reconocer dos clases: aquellos que son forzados a abandonar el respectivo mercado (o bien son marginalizados y aceptan un rol de nicho); y aquellos competidores cuya entrada al mercado relevante es impedida por medios ilícitos.

El competidor actual, en la primera fase de desgaste, podrá llevar adelante acciones defensivas incurriendo eventualmente en costos hundidos, reconducibles a la noción de daño emergente, puesto que corresponden a un detrimento patrimonial efectivo y actual por los gastos en que hubo de incurrir. En la segunda etapa, ya excluido del respectivo mercado, los daños corresponderán a lucro cesante, correspondiente a las ganancias de que se verá privado a consecuencia del ilícito y/o, en su caso, a la pérdida de la chance. Esto último, en caso que la exclusión injusta le hubiera impedido al competidor la obtención, por ejemplo, de algún conocimiento específico, o bien de tecnología o calificación, que le podría haber permitido entrar en algún otro mercado en el futuro, o bien obtener beneficios en el mercado particular del cual fue excluido.¹³⁸ En la tercera y última fase, en principio no sufriría daño, salvo que los efectos de la referida práctica, lo que no es poco habitual, se extiendan más allá de la infracción misma, en cuyo caso el perjuicio sufrido corresponderá también a lucro cesante (y/o pérdida de una chance).

En cuanto a la segunda clase de competidores, es decir, aquellos que ven impedido su ingreso al mercado relevante por el abuso que de su poder monopólico hiciera el competidor infractor, habrá que distinguir entre aquellos que hubieran realizado alguna inversión efectiva tendiente a ingresar al referido mercado, por ejemplo gastos de publicidad, pero que en definitiva no lo hacen a consecuencia de la práctica ilícita, de aquellos competidores que no

¹³⁷ La posibilidad de reingreso del competidor excluido, así como la entrada de nuevos competidores, se encontrará condicionada a la existencia de barreras de entrada, ya sean legales o naturales.

¹³⁸ PROSPERETTI, Luigi, "Estimating damages to competitors from exclusionary practices in Europe: a review of the main issues in the light of national Courts' experience", 2009, p.9. Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/prosperetti.pdf> (visitado el 20 de mayo de 2018).

hubieran incurrido en gasto alguno. Los gastos en que hubiera incurrido la primera clase de competidores serán indemnizables y corresponderán a daño emergente en la medida en que se acredite que fue a consecuencia del ilícito que la entrada al mercado relevante no se materializó. En cuanto a la posibilidad de imputar los eventuales daños consistentes en las utilidades que habrían obtenido dichos competidores en caso de haber ingresado al respectivo mercado, creemos que su carácter indemnizable, sea como lucro cesante o pérdida de la chance, no cabría excluirlo *a priori*. No obstante, lo complejo de su acreditación, en particular en lo referido al establecimiento de la relación causal, pareciera constituir una barrera prácticamente insalvable para el demandante.

En relación a los consumidores, y de acuerdo al mismo patrón temporal sugerido, estos podrían verse beneficiados en la primera fase por la práctica ilícita que tiene por objeto la exclusión de determinado competidor. Respecto de la segunda fase, en que el competidor infractor fijará precios monopólicos tras la exclusión del rival, nos remitimos a lo señalado en relación a los efectos civiles de la colusión en relación a los consumidores, tanto en lo relativo a la identificación de las distintas clases de consumidores afectados como a la posibilidad de indemnizar los perjuicios señalados, esto porque, al igual que en la colusión, el competidor infractor fijará precios monopólicos.

Una última cuestión que presenta interés es la relativa al eventual beneficio que pudiera derivarse de una práctica ilícita para los consumidores (o a algún grupo de ellos, como en el caso de precios discriminatorios) y la posibilidad de que estos, en la medida en que dicho beneficio proviene de una práctica ilícita, tuvieran la obligación –o no– de reembolsarlo. Como señalábamos, en el caso de las prácticas predatorias, en la primera fase, los consumidores aumentan su bienestar, pues acceden a precios más bajos que los que habría habido en el escenario contrafactual. Incluso cierta categoría de consumidores habrá adquirido un bien o servicio que no habría estado dispuesta a adquirir si se suprimiera hipotéticamente el hecho ilícito. Si a la segunda etapa, es decir, a la de recuperación, se le pusiera término rápidamente, es posible que muchos consumidores resulten beneficiados por el ilícito (en caso que los menores precios de la primera etapa sumen más que la renta monopólica extraída por el infractor en la segunda). ¿Debería reembolsar el beneficio neto este grupo de

consumidores? Estimamos que en un supuesto como el propuesto, los consumidores beneficiados tendrán derecho a preservar las ganancias obtenidas a consecuencia de la infracción en que el monopolista hubiera incurrido. Estimamos que la razón de lo anterior es que el infractor debe asumir las consecuencias de su actividad ilícita, soportando, por una parte, la posibilidad de ser demandado en caso de haber perjudicado a alguien con su conducta, y careciendo, por otra, del derecho a solicitar el reembolso de los beneficios pecuniarios que su ilícito hubiere ocasionado.

3.4.3. Prueba

3.4.3.1. Cuestiones previas

Como se ha dicho, el afectado por una conducta monopólica deberá probar en el juicio posterior a que dé lugar la determinación de la infracción al DL 211 por parte del TDLC, la existencia de los daños y la relación causal entre estos y la infracción acreditada en sede antimonopólica.

Como señalábamos *supra*, la modificación a que dio lugar la Ley 20.948, hizo radicar en el mismo TDLC la acción de indemnización de perjuicios. Junto a esto, suprimió la exigencia de que este juicio posterior se base en la calificación jurídica realizada previamente por el TDLC, por lo que surge la pregunta acerca de si, acreditada la faz subjetiva respecto de la infracción al DL 211 (es decir, la concurrencia de dolo o culpa¹³⁹), dando lugar a una sentencia condenatoria, podría el tribunal –en el juicio posterior tendiente a hacer efectiva la responsabilidad civil del infractor– prescindir de aquella calificación jurídica. En principio, no hay razones para descartarlo, más aun teniendo en cuenta que el juicio de culpabilidad a realizarse en sede anticompetitiva no reviste la misma naturaleza que aquel que se exige en sede civil.¹⁴⁰ Sin embargo, lo anterior pareciera poco probable en la práctica. Resulta difícil

¹³⁹ Como señalamos, sostenemos, siguiendo a Banfi, que los ilícitos anticompetitivos sólo pueden ser cometidos con dolo o a lo menos culpa grave.

¹⁴⁰ VALDÉS, Domingo, op. cit., p.281.

imaginar que el TDLC, al pronunciarse acerca de la indemnización de perjuicios, prescinda del juicio de reproche por él mismo formulado.

De esta manera, además del daño y la relación causal, recaería en los demandantes la carga de acreditar también la imputabilidad, esto es, que la conducta del demandado no se ajustó al estándar de diligencia que debía observar en el caso concreto. Sin embargo, creemos que la sentencia del TDLC, y los hechos que en ella hubieran quedado acreditados –además de las razones arriba señaladas– bastarán para dar por establecido este último requisito.

Ahora bien, el daño y la relación causal son materias que revisten especial complejidad tratándose de libre competencia. Ello por cuanto se deberá recurrir a modelos económicos para individualizar la influencia de la conducta ilícita dentro del elenco de factores (*concausas*) que determinan las pérdidas cuya indemnización se reclama, pero también por la asimetría de la información que caracteriza a los litigios anticompetitivos.¹⁴¹ Esta problemática puede ser abordada de dos maneras

La primera, releva el fin de justicia correctiva de las reglas de responsabilidad civil, y por esto se exigirá que se acredite que fue *efectivamente* el ilícito anticompetitivo la causa del daño reclamado. En la medida en que las reglas de responsabilidad hacen recaer en *determinada* persona el deber de reparar el daño causados en *otra*, se debe tener certeza de que fue la conducta de *aquella*, y no otra causa, la que le ocasionó daño. Si se siguiera a rajatabla el postulado anterior, que podríamos estimar aplicable a otros ámbitos del derecho de daños, se llegaría a un punto en el cual sería prácticamente imposible lograr la reparación de perjuicio alguno a consecuencia de ilícitos antitrust, lo cual pugnaría, paradójicamente, con el mismo fin de justicia correctiva.

La segunda, parte por reconocer que, respecto de fenómenos complejos como los que nos ocupan, es imposible alcanzar una certeza absoluta acerca de la contribución de determinado

¹⁴¹ PEÑA, Fernando, *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, Tirant Lo Blanch, 2018, Valencia, pp.123-124

hecho a una consecuencia dañosa. Así, esta postura asume que la causalidad es siempre una cuestión de probabilidades.

En este sentido es que se exponen los distintos modelos que revisaremos. Estos se encargan de reconstruir el escenario contrafactual (*but for*) que habría existido de no haberse verificado el ilícito. Se pretende, por esta vía, reconstruir la situación en que habría estado la víctima del ilícito en este escenario hipotético, determinando, mediante la comparación entre este y el escenario realmente existente, el daño sufrido. No se trata de medir el efecto de la infracción sobre un determinado precio de venta, o sobre las ventas de cierto competidor. Estas causalidades singulares son extraordinariamente difíciles de calcular por el gran número de variables que les afectan. Por el contrario, lo que trata de determinar esta ciencia es el efecto medio que produce en el mercado una determinada conducta. Así, se debe partir por reconocer que el análisis econométrico, utilizado en la mayoría de los modelos, no puede asegurar que el competidor o cliente demandante haya sufrido *ese* daño, pero sí predecir que la media de los consumidores o competidores del mismo mercado sí lo ha sufrido.¹⁴²

Así entonces, si se asumiera que las reglas de responsabilidad civil tienen un fin *exclusivamente* de justicia correctiva, en realidad los modelos no serían útiles, ya que con ellos difícilmente se lograría superar el estándar de convicción intrínseca a dicha finalidad. No obstante, y por las razones expuestas, creemos que es necesario flexibilizar la regla de certidumbre del daño tradicionalmente asumida en nuestro medio, a lo menos respecto de este tipo de perjuicios, para lograr cumplir con los fines de justicia propios de la responsabilidad civil, pero también con una prevención adecuada de esta clase de infracciones.

Junto con lo anterior, y como se ha señalado, existe relativo acuerdo en cuanto a que no es adecuado hacer recaer la carga de velar por el cumplimiento de la normativa antimonopólica exclusivamente en las agencias estatales (*public enforcement*). Al contrario, un papel relevante habrán de cumplir los particulares afectados por las conductas atentatorias de la libre competencia (*private enforcement*), especialmente tratándose de ilícitos unilaterales, como los

¹⁴² *Ibidem*, p.129

abusos de posición dominante¹⁴³. En este entendido, será necesario flexibilizar las exigencias relativas a la prueba para por esta vía hacer posible que quienes se vean afectados por una conducta monopólica tengan efectiva reparación.

Con todo, y considerando que la actual normativa radica en el propio TDLC –tribunal mixto integrado también por economistas–, el conocimiento de la acción civil deducida tras la acreditación de un ilícito anticompetitivo, es poco probable que se asuma una postura particularmente exigente en cuanto a la acreditación del nexo causal, como sí suele hacerse en otras materias. La interrogante persistirá en el caso de que se reclame ante el tribunal civil competente, que creemos, por regla general, deberá conocer de la acción deducida en contra del director de la sociedad anónima que hubiera sido condenado previamente por el TDLC. Aunque la escasa jurisprudencia civil existente en nuestro país parece flexibilizar las referidas exigencias.¹⁴⁴ Por lo demás, aun cuando sea un tribunal civil quien conozca de la acción de indemnización, la determinación de los daños acreditados ante el TDLC servirá como antecedente para la de los daños de que se deberá hacer cargo el administrador responsable.

3.4.3.2. Métodos de cuantificación

Aclarado lo anterior, corresponde referirse a los distintos métodos que se han desarrollado para cuantificar el perjuicio derivado de un ilícito *antitrust*. El tipo de daño por el que se pida indemnización determinará qué variables económicas (precios, volúmenes de venta, beneficios, costos o cuotas de mercado) deberán ser tenidas en cuenta. Por ejemplo, en un caso de cartel que acarree un precio más elevado del bien o servicio para los compradores, deberá determinarse un precio que sirva de punto de comparación en relación al precio efectivamente pagado. En tanto, respecto de un abuso de posición dominante que conlleve la exclusión de un competidor de cierto mercado, se deberá tener como puntos de referencia volúmenes de venta y márgenes de utilidades que habrían existido en el escenario sin infracción y, por esta vía,

¹⁴³ PARDOW, Diego, op. cit., p.442

¹⁴⁴ Fallo Philip Morris, Rol 1339-2012 de la Corte Suprema, entre otros.

comparándolos con los observados en la realidad, determinar las ganancias que se dejaron de percibir.¹⁴⁵

Estas metodologías, desarrolladas por la teoría económica, son utilizadas para cuantificar el daño derivado tanto de carteles como de abuso de posición dominante. Respecto de los primeros, serán útiles para calcular el daño derivado del sobreprecio pagado por los compradores (daño emergente); de la menor cantidad de ventas de aquellos compradores que traspasen el sobrecosto “aguas abajo” (lucro cesante); y del sobreprecio pagado por los compradores indirectos a quienes se haya repercutido el sobreprecio (daño emergente). En cuanto a los abusos de posición dominante, en particular los exclusorios, servirán, en primer término, para determinar el daño sufrido por el competidor a consecuencia de la pérdida de oportunidades de negocio y beneficios en el mercado en cuestión (lucro cesante y/o pérdida de una chance); y, en segundo término, y como consecuencia de la menor competencia en el mercado por la exclusión del competidor, el sobreprecio pagado por los compradores en dicho mercado (daño emergente).

3.4.3.2.1. Métodos comparativos

Consisten en estimar lo que habría ocurrido de no producirse el ilícito, examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción (o ambos a la vez) u otros mercados que no han sido afectados por la misma. La fortaleza de estos métodos dice relación con el uso de datos de la vida real, ya sea del mismo mercado en que se verificó la infracción o de otro similar.

3.4.3.2.1.1. Métodos diacrónicos (before and after)

¹⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Guía práctica. Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, 2013, p.12. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf (visitado el 20 de mayo de 2018).

Para evaluar el daño derivado del ilícito, este método estudia los precios (u otra variable) en el mercado afectado, mediante la comparación de los precios existentes en el periodo en que estos hubieran sido impactados por la infracción y los observados en un periodo anterior y/o posterior.

Resultará esencial, para la operatividad de este método, contar con datos sobre los precios durante un periodo de tiempo relativamente similar a aquel durante el cual se extendió la infracción.

Un modelo de menor complejidad se limitará a comparar los precios promedio del bien o servicio en los distintos periodos, correspondiendo el sobreprecio a la diferencia de precio observada en ambos periodos. El problema de esta versión simplificada es que no tiene en consideración los distintos factores que, además de la infracción, generalmente inciden en la existencia de ciertos precios en un mercado.¹⁴⁶

En cambio, un modelo más complejo busca hacerse cargo de lo anterior. Así, será necesario tener en cuenta cualquier diferencia relativa a los costos, demanda o niveles de competencia, que hubiera entre los periodos comparados, para realizar los ajustes necesarios, excluyendo del efecto en los precios cualesquiera otras causas distintas y no atribuibles al ilícito que pudieran incidir en estos.¹⁴⁷ Lo anterior se efectúa a través del llamado análisis de regresión.

A este respecto, se plantean dos enfoques: el primero es un *planteamiento predictivo*, en el que sólo se utilizan datos de periodos (o mercados) en los que no hubo infracción para construir la ecuación de regresión. En este caso, la ecuación se utilizaría para “predecir” el efecto sobre la variable de estudio (precio u otra) durante el periodo de infracción sobre la base de la pauta identificada fuera de este periodo. Por su parte, en virtud del segundo enfoque, además de esos datos, se utilizan datos del periodo (o mercado) de la infracción para

¹⁴⁶ FRIEDERISZICK, H. y RÖLLER, L., op. cit., p.10

¹⁴⁷ RUBINFELD, Daniel, *Antitrust damages*, 2009, pp.4-5. Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/rubinfeld.pdf> (visitado el 20 de mayo de 2018).

estimar la regresión. Así, el efecto de la infracción se tendría en cuenta en la ecuación de regresión mediante un indicador variable aparte, denominado “variable ficticia”.¹⁴⁸

Cabe advertir que los modelos diacrónicos para los casos de abuso de posición dominante podrían resultar de uso limitado. Lo anterior por cuanto si la conducta ilícita en cuestión tuviera por objeto (o efecto) impedir el ingreso de nuevos competidores a cierto mercado, en realidad no habría un periodo previo relevante con el cual comparar. En cuanto a la comparación con un periodo posterior, también podrían presentar dudosa utilidad ya que, como señalábamos, es común que de una práctica exclusoria se deriven efectos a largo plazo y estructurales para el mercado bajo análisis, mucho más allá del periodo de infracción propiamente tal, limitando el potencial comparativo de este periodo posterior.¹⁴⁹ Si bien en los casos de carteles esto también puede ocurrir, es menos común que en las prácticas exclusorias.

No obstante, también respecto de los casos de colusión se plantea la problemática relativa a la época exacta de la infracción, determinación necesaria para delimitar los distintos periodos de comparación. Asimismo, cuestiones acerca de la consideración que habrá de hacerse, por ejemplo, de una eventual “guerra de precios” entre los competidores en el periodo inmediatamente posterior al colapso del cartel en orden a restablecer la segmentación original del mercado¹⁵⁰, serán relevantes para efectos del uso de esta metodología.

3.4.3.2.1.2. Método de comparación con otros mercados.

Consiste en comparar los precios, márgenes o tasas de retorno durante el periodo en el cual se cree surtió efecto la práctica ilícita con los precios, márgenes o tasas de retorno en otros mercados que son tenidos como razonablemente comparables con el mercado en cuestión.

¹⁴⁸ Ibidem, pp.28-29

¹⁴⁹ Esto ocurre cuando se trata de mercados difícilmente desafiados, por ejemplo, por la existencia de barreras de entrada naturales.

¹⁵⁰ FRIEDERISZICK, H. y RÖLLER, L, op. cit., p.5

En un *sentido restringido*, a través de este método los daños son medidos por medio de la obtención de un precio (u otra variable escogida) contrafactual extraído del mercado comparable. Presenta dos variantes. En la primera, el mercado comparable es referido a un producto distinto pero relacionado con el del objeto de la infracción, y que se encuentra ubicado en la misma zona geográfica. Y en la segunda, se compara con el mismo producto (o uno suficientemente similar) afectado por el ilícito, pero de una zona geográfica distinta no afectada por la infracción y que presente niveles de competencia similares al mercado afectado (sin la infracción).

En *sentido amplio*, cuando se cuente con datos suficientes, también podrá considerarse un modelo que combine ambas metodologías, es decir, la comparación diacrónica con la comparación de mercados. Este estudia la evolución de la variable económica relevante (digamos el precio) en el mercado de la infracción durante un periodo determinado y la compara con la evolución de la misma variable durante el mismo periodo en un mercado de comparación no afectado. Este método permite aislar los efectos de la infracción de otras influencias sobre la variable relevante común a ambos mercados, dado que, a través de su aplicación, se obtiene una estimación del cambio en la variable (precio) producido por la infracción excluidos todos los factores que afectaron de la misma manera tanto al mercado en que se verificó la infracción como al de comparación.¹⁵¹

El análisis de regresión a que hacíamos referencia en un modelo diacrónico más complejo también puede usarse en relación a los métodos de comparación de mercados, básicamente con la misma finalidad: evaluar si otros factores observables distintos de la infracción han contribuido a la diferencia entre los precios (u otra variable) y la forma en que lo han hecho.

3.4.3.2.2. *Métodos de simulación*

A través del uso de modelos económicos de comportamiento de mercado, basados en la forma en que compiten las empresas, estos métodos pretenden predecir el funcionamiento del

¹⁵¹ COMISIÓN EUROPEA, op. cit., pp.23-24

mercado bajo análisis si no se hubiera verificado la infracción, estimando resultados probables relativos, por ejemplo, a los precios, márgenes de utilidades o costos que en dicha hipótesis se hubieran observado.¹⁵²

Existen modelos de competencia perfecta, monopólicos y, entre estos, los de Joseph Bertrand y Augustin Cournot. Aquel, conocido como oligopolio de Bertrand, describe un mercado con un número relativamente pequeño de empresas (y elevados obstáculos a la entrada) que compiten en precios, no en cantidad de producción. Las empresas fijan sus precios simultáneamente, en función de los precios que creen cobrarán sus competidores. El modelo de oligopolio de Cournot también describe un mercado con un número relativamente pequeño de empresas (y elevados obstáculos a la entrada), pero que compiten en la cantidad de producción. Antes de determinar los precios, fijan la cantidad (o capacidad) simultáneamente en función de cuánto cree cada una de las empresas que producirán las demás empresas.

El modelo de simulación seleccionado deberá construirse de forma tal que imite los principales factores que influyen en la oferta, en particular, cómo se produce la competencia entre las empresas y sus respectivas estructuras de costos, y las condiciones de la demanda, principalmente la elasticidad de la misma.

Por esta vía, los modelos de simulación estiman los precios (o cualquier otra variable) que probablemente hubiera habido en el mercado afectado en ausencia del ilícito.

3.4.3.2.3. Método basado en los costos

Consiste en utilizar alguna medida de los costos de producción (por unidad, variables o promedios) y añadirles un margen de ganancia que habría sido razonable en el escenario sin infracción. La estimación de un precio por unidad sin infracción resultante podrá compararse con el precio por unidad efectivamente cobrado por la infractora y así obtener una estimación del sobrecosto.

¹⁵² Ibidem, p.37

El primer paso consiste en determinar el precio por unidad, el cual puede resultar de la división entre los costos de producción relevantes reales en que ha incurrido el infractor y el número total de artículos producidos.

Como se ha advertido, puede que los costos observados en el periodo de infracción no sean representativos de aquellos que se habrían verificado sin el ilícito. Esto puede deberse, por ejemplo, a que en los casos de acuerdos colusorios, los competidores no están sometidos a una presión competitiva por lo que pueden operar de forma menos eficiente y por ende generar costos de producción mayores. Además, a consecuencia de la infracción, pueden restringir la producción y renunciar a economías de escala, lo cual por lo general trae aparejados costos de producción menores. En caso de haber indicios de tales situaciones, será recomendable hacer ajustes a los datos de costos observados.¹⁵³

El segundo paso consiste en estimar un margen de ganancia razonable. Existen distintas alternativas para su cálculo: pueden basarse en una comparación diacrónica o de mercado o en modelos económicos, presentando entonces puntos en común con los métodos señalados más arriba. Para los modelos comparativos, deberá considerarse como mercado de referencia uno que presente características similares al mercado de referencia, particularmente en lo que respecta a los niveles de competencia y la estructura de costos de los productores. Asimismo, cabe relevar que comúnmente el precio y los márgenes de una empresa se encuentra determinado por un gran número de factores, que responden a decisiones estratégicas de las mismas, los que pueden ser difíciles de cuantificar, pudiendo involucrar criterios poco objetivos.¹⁵⁴

3.4.3.2.4. Método basado en análisis financiero.

¹⁵³ Ibidem, pp.40-41

¹⁵⁴ LEWIN, Nicolás, *La indemnización de perjuicios por atentados en contra de la libre competencia*. Tesis para optar al grado académico de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, Santiago, p.29

Para estimar el daño sufrido por la demandante se toman como punto de referencia los estados financieros de esta (en caso de ser una empresa) o de la demandada. Considerar el estado financiero de la empresa demandante –y su rentabilidad– podrá prestar utilidad especialmente en aquellos casos en que de la práctica se haya excluido al demandante del mercado relevante y, por esta vía, calcular el lucro cesante.

En este entendido, será de importancia determinar la hipótesis de contraste, a saber, cuál habría sido la rentabilidad de no producirse la infracción. Puede estimarse recurriendo a los métodos de comparación antes referidos. Otra posibilidad es tener como referencia el costo del capital: esta medida describe el margen de beneficios mínimo necesario para atraer capital y puede servir entonces para establecer que la empresa, en la hipótesis contrafactual, habría obtenido a lo menos ese beneficio. El mismo ejercicio podrá hacerse desde la perspectiva de los estados financieros de la infractora, determinando cómo, en el periodo de infracción, aumentó sus márgenes de utilidad.

Cabe insistir en que, respecto de ciertas infracciones, como son por ejemplo la fijación de precios predatorios, durante cierto periodo de tiempo al inicio de la práctica, esta no repercutirá positivamente en los estados financieros –y consecuente rentabilidad– de la infractora. Cuestiones como estas habrán de tenerse en cuenta y pueden hacer preferible algún otro modelo. Otra desventaja es que este método no considera los diversos factores o causas que pueden explicar, además de la infracción, los estados financieros de una empresa en determinados periodos.

Por otro lado, este método presenta la ventaja de que muchas veces la información de los estados financieros requerida es de acceso público (como la de aquellas empresas que transan sus acciones en la bolsa de comercio). O puede también que la información requerida esté en poder de la misma demandante por tratarse de sus propios estados financieros. Así, relativamente a los otros métodos tratados, se trata de un método menos costoso.

CONCLUSIONES

Los ilícitos anticompetitivos por lo general tienen la aptitud para ocasionar daños de gran magnitud, tanto a la sociedad como a particulares. Hasta hoy, la vía para prevenir y sancionar dichas conductas ha sido a través del ejercicio del *ius puniendi* estatal, detentado por la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Si bien son necesarias iniciativas tendientes a fortalecer esta clase de persecución (*public enforcement*), hay relativo acuerdo en la literatura en el sentido de que la eficacia marginal de las sanciones tiende a ser decreciente, esto es, la disuasión que genera una unidad tributaria adicional de multa, o un año adicional de prisión, disminuye a medida que el nivel de castigo aumenta.¹⁵⁵

Así entonces, valernos de las reglas de responsabilidad civil aparece no como alternativa sino como complemento necesario al *public enforcement*. En efecto, creemos que la tarea de perseguir y sancionar a quienes infrinjan la normativa protectora de la libre competencia debe seguir recayendo, primordialmente, en órganos estatales, dado el principio de bien común que informa su funcionamiento y la normativa que los regula, a diferencia de lo que ocurre con las reglas de responsabilidad civil, cuyo fundamento se halla en la necesidad de restablecer el equilibrio alterado entre dos particulares a consecuencia de una conducta dañosa, es decir,

¹⁵⁵ PARDOW, op. cit., p.427

tiene un enfoque eminentemente privado. No obstante, las normas de responsabilidad civil pueden ser vistas también desde un enfoque *externo*. En tal sentido, se trata de una práctica que cumple una función social, proveyendo a través de sus reglas, que reconocen el derecho a obtener la indemnización, incentivos para observar conductas eficientes. Es decir, sirve también como herramienta de política pública. Así entonces, y contrario a lo que podría pensarse a primera vista, el fin de justicia que sirve de fundamento a las reglas de responsabilidad civil y su función preventiva no son incompatibles; por el contrario, se complementan.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 30 del DL 211, una vez acreditado el ilícito anticompetitivo, los daños civiles podrán reclamarse ante el TDLC. El sujeto pasivo de dicha acción corresponderá a la persona jurídica previamente condenada, constituida por regla general como sociedad anónima. No obstante, creemos que las eventuales víctimas podrán dirigirse también contra los administradores de la sociedad infractora en tanto hayan contribuido a lo menos con culpa a la materialización del ilícito. Sin embargo, este juicio se ventilará ante el juez civil competente, salvo que en el procedimiento seguido ante el TDLC se hubiere acreditado la existencia de un comportamiento culpable por parte del administrador, lo que creemos en general no ocurrirá.

En este sentido, una renovada doctrina, tanto nacional como extranjera, y ordenamientos jurídicos como el español e inglés, han ampliado el abanico de intereses que la administración social debe tener en miras al momento de ejercer sus funciones. No es ni puede ser la sola obtención de lucro lo que motive la administración de las sociedades anónimas, que muchas veces tienen importancia capital para el buen funcionamiento de las economías de los países en que están emplazadas. Creemos que lo anterior se muestra con particular fuerza en el caso de las sociedades que tienen aptitud objetiva para incurrir en ilícitos anticompetitivos. La administración de estas interesa no sólo a la propia sociedad y sus accionistas sino también a todos quienes de alguna u otra forma puedan verse afectados por una mala administración.

Si bien el sistema de deberes y de responsabilidades de los administradores no es claro ni sistemático en nuestro ordenamiento jurídico, es en la Ley de Sociedades Anónimas y en la

Ley de Mercado de Valores donde la materia ha sido objeto de regulación, estableciendo deberes de lealtad y diligencia para los administradores sociales. Estos deberes tienen por objeto principal salvaguardar el interés social, noción discutida pero que ha sido entendida mayoritariamente como la generación del mayor lucro posible para la sociedad. No obstante, creemos que un correcto entendimiento de esta normativa, con base en una concepción del interés social que mire *más allá* del solo interés lucrativo que legítimamente tiene la sociedad y sus accionistas, debe llevar a la consideración, en la administración, *también* de los intereses de los grupos vinculados de alguna u otra forma con ella. Esto se traduce en que si el director infringiera el deber de diligencia que debe observar en el ejercicio de sus funciones, y que de esta infracción resultare daño, por ejemplo porque la sociedad administrada ha cometido un ilícito anticompetitivo al que la conducta culpable del administrador ha contribuido causalmente, este deberá hacerse responsable, de forma solidaria con la sociedad, de la totalidad de los perjuicios ocasionados, entre otros, frente a rivales y consumidores

No obstante nuestra interpretación, que creemos es la que mejor se condice con los fines de justicia y prevención de las reglas de responsabilidad civil, así como con el interés público envuelto en la prevención de ilícitos anticompetitivos, sería positivo que el legislador estableciera expresamente la procedencia de esta responsabilidad. En este sentido, creemos con una autora nacional, que “debiera establecerse un deber general de fidelidad en orden a que los directores actúen en el más alto interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los accionistas, empleados, así como el interés público”.¹⁵⁶

Para que haya lugar a la indemnización de perjuicios, rivales y consumidores deberán acreditar, respecto del director, cada uno de los elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual, es decir, la existencia de una conducta voluntaria, imputabilidad, daño y relación de causalidad entre este y la conducta culpable del administrador.

Dada la inexistencia de deberes de conducta específicos establecidos en favor de terceros, sino sólo del deber general de diligencia establecido en el artículo 41 LSA, para determinar la culpabilidad del directorio, por regla general, el juez deberá determinar, a través de un juicio

¹⁵⁶ VÁSQUEZ, M^a Fernanda, *Gobiernos Corporativos y deberes...*, p.204

ex post, y teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que se encontrara el director objeto de reproche, si este ha obrado o no de forma culpable.

Habiéndose establecido en el correspondiente juicio que el director ha actuado de forma negligente en el ejercicio de sus funciones, y que de esta conducta se ha derivado un ilícito monopólico, rivales y consumidores se encontrarán legitimados para reclamar la indemnización de los perjuicios que eventualmente se les hubiere ocasionado, siempre y cuando dicho daño sea objetivamente imputable a la conducta culpable del director.

De entre los elementos que deben concurrir para la procedencia de la indemnización, la determinación del daño y de la causalidad se erigen como los principales obstáculos a sortear para las víctimas, revistiendo su acreditación gran complejidad. En muchos casos, lograr el grado de certeza que tradicionalmente nuestro sistema jurídico de origen continental ha exigido, será imposible. Es más, los métodos de cuantificación que tienen por objeto determinar los daños a través de la comparación del escenario real (con el ilícito) y el contrafactual (sin él), no son ni pretenden ser certeros con respecto a la contribución específica de determinada conducta al daño reclamado.

Por lo anterior, creemos que, para lograr cumplir efectivamente con el principio de justicia correctiva y con la función preventiva de las reglas de responsabilidad civil, debiera flexibilizarse esta estricta necesidad de certeza. En este entendido, somos de la idea de que el juez debiera valerse de herramientas tales como las presunciones, alteraciones a la carga de la prueba o flexibilización en la valoración de la prueba, en pos de asegurar a las víctimas de un ilícito anticompetitivo el derecho a una efectiva reparación.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE, Enrique, *La sociedad anónima: Autonomía privada, interés social y conflictos de interés*, Editorial Jurídica de Chile, 2007, Santiago, 185 pp.

ALCALDE, Enrique, *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas: responsabilidad civil y penal administrativa*, Ediciones UC, 2013, Santiago, 499 pp.

ALCALDE, Jaime, *A propósito de los deberes de los directores de sociedades anónimas y de las reglas sobre gobiernos corporativos*. En *Revista de Derecho*, N°2, diciembre 2016, Antofagasta, pp. 329-333

ALVEAR, Julio, *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*, Tirant lo Blanch, 2017, Valencia, 358 pp.

APARICIO, María Luisa, *La RSC: nuevo elemento de la gobernanza de las sociedades cotizadas*. En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N°1, 2016, Madrid, pp. 113-123

ARAYA, Fernando, *Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°4, 2005, Santiago, pp. 9-32

ARAYA, Fernando, *“Efecto paraguas” de la colusión e imputación objetiva de los daños indemnizables: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala quinta), 5 de junio de 2014, asunto C-557/12*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°23, 2014, Santiago, pp. 425-441

BANFI, Cristián, *Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes*. En *Revista Ius et Praxis*, año 18, N° 2, 2012, Talca, pp. 3-32

BANFI, Cristián, *La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2013, Santiago, pp. 217-258

BANFI, Cristián, *Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile*. En Revista Chilena de Derecho, N°1, 2014, Santiago, pp. 37-58

BANFI, Cristián, *Daños por ilícitos anticompetitivos entre Tabacaleras*. En Revista de Derecho, N° 2, 2014, pp. 133-145

BANFI, Cristián, *Restricción de la responsabilidad por cuasidelito civil a los daños directos previsibles por el autor al tiempo del hecho. Posibles implicancias para el dolo y la culpa lata*. En Revista Ius et Praxis, año 22, N°1, 2016, Talca, pp. 527-554

BANFI, Cristián, *Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: Una relectura desde el derecho inglés*. En Revista de Derecho, año 24, N° 2, 2017, pp. 69-107

BARROS, Enrique, *La responsabilidad civil como derecho privado: notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, en Estudios Públicos, N° 112, Santiago, pp. 309-338

BARROS, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Santiago, 1232 pp.

BECKER, Gary, *Crimen y castigo: un enfoque económico*, 1974. Disponible en http://www.ebour.com.ar/ensayos_meyde2/Gary%20S.%20Becker%20-%20Crimen%20y%20Castigo.pdf (visitado el 4 de julio de 2018)

BECKNER, Frederick y SALOP, Steven, *Decision theory and antitrust rules*. En AA.VV., *Antitrust Law Journal*, vol. 67, 1999-2000, 1063 pp.

BESOMI, María Ignacia, *Indemnización a consumidores por ilícitos anticompetitivos: un análisis desde la perspectiva de la responsabilidad civil*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014, Santiago, 200 pp.

BIRO, Zoltan, *EC workshop of economic experts on the quantification of anti-trust harm: Some observations on damages to competitors arising from unlawful exclusionary practices*, 2010. Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/ biro.pdf> (visitado el 20 de mayo de 2018)

BORK, Robert, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, The Free Press, 1993, New York, 479 pp.

BUCCIROSSI, P., *Quantification of Damages in Exclusionary Practice Cases*,. Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/buccirossi.pdf> (visitado el 20 de mayo de 2018)

CEBRIÁ, Luis, *El deber de vigilancia de los administradores en el marco de su régimen de responsabilidad y las relaciones de confianza entre consejeros y directivos de la empresa social*. En *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzandi, N° 46, 2016, pp. 131-165

COLOMA, Germán, *Defensa de la competencia: análisis económico comparado*, Editorial Ciudad Argentina, 2003, Buenos Aires, 438 pp.

CORRAL, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Santiago, 423 pp.

DELGADO, Juan y PÉREZ, Eduardo, *Quantification of damages from competition infringements in Spain*, 2010. Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/delgado.pdf> (visitado el 20 de mayo de 2018)

DÍEZ, Fernando y GARCÍA, Luz María, *La responsabilidad de los administradores a la luz de las recientes reformas en el gobierno corporativo de la ley de sociedades de capital*. En AA.VV., *Responsabilidad empresarial*, Tirant Lo Blanch, 2015, Valencia, 623 pp.

DOUGNAC, Clemente, *Procedimiento administrativo sancionatorio ante la SVS y debido proceso*,. En *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N°8, 2016, pp. 143-186

ESPINOZA, Gabriel, *El interés social ante la responsabilidad social empresarial*, en *Revista Jurídica Ius Doctrina*, N° 9, 2013, San José de Costa Rica.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: Acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución*. En *Revista de Derecho de Sociedades*, N°15, pp.47-78

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *La acción individual de responsabilidad*, en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, Tirant Lo Blanch, 2016, Valencia, pp. 187-298

FRIEDERISZICK, H. y RÖLLER, L., *Quantification of Harm in Damages Actions for Antitrust Infringements –Insights from German Cartel Cases*, 2010. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/friederiszick_roeller.pdf (visitado el 20 de mayo de 2018)

FUMAGALLI, Chiara, PADILLA, Jorge y POLO, Michele, *Damages for exclusionary practices: a primer*, 2010. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/fumagalli_padilla_polo.pdf (visitado el 20 de mayo de 2018)

GASPAR, José Antonio, *Deber de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas. Caso La Polar. Superintendencia de Valores y Seguros, resoluciones exentas N° 073, 074, 075, 076, 077, 078, 079, 080, 081 y 082, todas de 9 de marzo de 2012*. En *Revista de Derecho Privado*, N° 19, 2012, pp. 227-238

GUTIERREZ, Juan y SANTANA, Nicolás, *Notas sobre responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*. En Revista de derecho de la UDD, Actualidad Jurídica, 2012, Santiago, pp. 283-314

GÓMEZ, Carlos, *Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en las reclamaciones de daños por infracción del derecho de defensa de la competencia*. En AA.VV., *Derecho Europeo de Compensación de los daños causados por los Carteles y por los Abusos de Posición de Dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Tirant Lo Blanch, 2018, Valencia, pp. 333-384

HERNÁNDEZ, Gabriel, *Indemnización a consumidores por los daños derivados de un ilícito anticompetitivo en el Derecho chileno*. En AA.VV., *Estudios de Derecho Civil XII*, Thomson Reuters, 2017, Santiago, pp. 639-656

LEWIN, Nicolás, *La indemnización de perjuicios por atentados en contra de la libre competencia*. Tesis para optar al grado académico de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, Santiago, 60 pp.

LEWIN, Nicolás *Indemnización de Perjuicios por atentados a la Libre Competencia: El Daño Anticompetitivo, su relación con el daño civil y la determinación de perjuicios*. En Revista Anales de Derecho UC, N°6, 2011, Santiago, pp. 43-62

MAÑALICH, Juan Pablo, *El principio Ne Bis In Idem en el Derecho Sancionatorio Chileno*. En AA.VV., *Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica*, 2017, Santiago, pp. 457-527

MARÍN, Fernando, *El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia*. En AA.VV., *Gobiernos corporativos y crisis empresariales*, 2006, pp. 255-275

MCCRARY, Justin y RUBINFELD, Daniel, *Measuring benchmark damages in antitrust litigation*, 2009 Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/rubinfeld_mccrary.pdf (visitado el 4 de julio de 2018)

MORGESTEIN SÁNCHEZ, Wilson, *El Concepto de Interés Social y su Impacto en el Derecho de Sociedades Colombiano*. En Revista e-mercatoria, N°2, Bogotá, 2011, pp. 1-21

ORTELLS, Manuel, *Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuaciones de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección*. En Revista Ius et Praxis, año 17, N°2, 2011, Talca, pp. 419-482

ORTIZ, Ingrid, *La aplicación privada del derecho de la competencia: Los efectos civiles derivados de las normas de libre competencia*. En Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, La Ley, 2011, Madrid, 692 pp.

PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcel Pons, 2014, Madrid, 394 pp.

PARDOW, Diego, *Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, Santiago, 108 pp.

PARDOW, Diego, *El desempeño en juicio de la FNE: ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?* En Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 22, N°2, 2015, Antofagasta, pp. 419-451

PASTOR, Carmen, *Modernización del Derecho Societario* VÁSQUEZ, M^a Fernanda y EMBID IRUJO, José Miguel (2015): (Santiago de Chile, Ed. Thomson Reuters, La Ley), X+490 pp. En Revista Ius et Praxis, Año 22, N°1, 2016, Talca, pp. 569-578

PEÑA, Fernando, *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia*, Tirant Lo Blanch, 2018, Valencia, 262 pp.

PINO, Alberto, *La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno*. En Revista Ius et Praxis, Año 22, N° 1, 2016, Talca, pp. 227 – 270

PREVOF, Juan Manuel, *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. En Revista Chilena de Derecho Privado, N°15, 2010, Santiago, pp. 143-178

PROSPERETTI, Luigi, *Estimating damages to competitors from exclusionary practices in Europe: a review of the main issues in the light of national Courts' experience*, 2009. Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/prosperetti.pdf> (visitado el 20 de mayo de 2018)

PUELMA, Álvaro, *Sociedades*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, , Santiago. Consultado en edición virtual. Disponible en < <https://app.vlex.com/#CL/sources/5848>> (visitado el 7 de noviembre de 2018).

PUGA, Juan Esteban, *La sociedad anónima: y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, 773 pp.

QUIJANO, Jesús, *Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del consejo de administración*. En Revista de Derecho Mercantil, N°296 (Abril-Junio 2015), Editorial Aranzadi, pp. 135-157

RECALDE, Andrés, *Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores; la Business Judgment Rule*. En AA.VV., *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Emilio Beltrán Liber Amicorum*, Tirant Lo Blanch, 2015, Valencia, pp. 574-608

RUBINFELD, Daniel, *Antitrust Damages*, 2009. Disponible en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/rubinfeld.pdf> (visitado el 4 de julio de 2018)

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997. 1071 pp.

SÁNCHEZ-CALERO, Fernando, *Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa*. En AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, Editorial Aranzadi, 2006, Navarra, pp. 851-914

SANDOVAL, Ricardo, *Derecho Comercial*, tomo I, volumen 2: sociedades de personas y de capital. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. 250 pp.

SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique, *Valoración de daños en los supuestos antitrust*, Tirant Lo Blanch, 2017, Valencia, 414 pp.

SERRANO, José, *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

SCHOPF, Adrián, *El ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual y los daños puramente patrimoniales*, en *Estudios de Derecho Civil X*, Editorial Thomson Reuters, 2015, Santiago, pp. 922-939

STIGLER, George, *The optimum enforcement of law*, En AA.VV., *Essays in the economics of crime and punishment*, 1974, PP. 55-67

TAPIA, Javier, CORDERO, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional*. En *Estudios Públicos*, N° 139, 2015, Santiago, pp. 7-65

VALDÉS, Domingo, *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. 751 pp.

VAN DIJK, Theon, *A practical guide to computing cartel damages in private actions*, 2010. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/vandijk_verboven.pdf (visitado el 4 de julio de 2018)

VÁSQUEZ, María Fernanda, *Gobiernos corporativos y deberes de los administradores de las sociedades anónimas: cuestiones actuales (desde la ley N° 20.382) y reformas pendientes*. En AA.VV. *Cuadernos de extensión jurídica*, Universidad de los Andes, N°22, 2012, pp. 173-205

VÁSQUEZ, María Fernanda, *Hacia la reconstrucción del concepto de sociedad en el derecho chileno. Revisión desde una perspectiva comparada*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°22, julio de 2014, Santiago, pp. 107-160

VÁSQUEZ, María Fernanda, *Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización*. En Revista de Derecho, N° 2, diciembre, 2014, pp. 105-132

Legislación vigente consultada

Decreto con Fuerza de Ley N°1, del 30 de Mayo del 2000, que fija el texto coordinado y sistematizado del Código Civil y otras normas. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>

Decreto de Ley N° 211, del 22 de diciembre de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5872&r=2>

Ley N° 18.045, del 22 de Octubre de 1981, o Ley de Mercado de Valores. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29472>

Ley N° 18.046, del 22 de octubre de 1981, sobre Sociedades Anónimas. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29473&r=1>