

DAÑO ANTICOMPETITIVO Y DAÑO INDEMNIZABLE: UN ENSAYO DE CONFRONTACIÓN

*Fernando Araya Jasma**

RESUMEN

El artículo ofrece un panorama introductorio al tema de la responsabilidad civil vinculada a una infracción al estatuto de defensa de la libre competencia en Chile.

El interés surge a raíz de la incorporación de una disposición legal en la última reforma al estatuto de defensa de la libre competencia que de manera expresa se ocupa de este asunto que, hasta antes de la modificación, hubo de ser solucionado a la luz de la legislación civil general.

Luego de ocuparse de aspectos conceptuales preliminares en relación a la libre competencia y a la juridicidad del daño competitivo, de la opción legislativa por la solución del aspecto infraccional de manera previa al civil, de la historia fidedigna de la disposición incorporada, del panorama en el derecho extranjero y del fundamento de esta responsabilidad civil especial, el trabajo, bajo el epígrafe “*el daño indemnizable*”, busca establecer la relación entre los órdenes normativos de defensa de la libre competencia y del derecho de daños intentando una orientación respecto de las situaciones resarcibles.

9

ABSTRACT

The article offers an introductory view to the subject of civil responsibility linked to an infringement to the statute of free competence defense in Chile.

* Abogado Universidad de Concepción. Profesor ayudante del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. El autor agradece los comentarios que el profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, Sr. José Luis Diez Schwerter y, el economista Sr. Alberto Barrientos Olavarría hicieron a versiones preliminares de este trabajo. El material obtenido para el inicio de esta investigación fue recopilado, en gran parte, gracias a una estadía del autor como becario Van Calker en el Instituto Suizo de Derecho Comparado, durante los meses de junio y julio de 2004, en Lausanne, Suiza. Las ideas vertidas lo son a título personal y no representan necesariamente el pensamiento de alguna institución que pueda asociarse al autor.

Fernando Araya Jasma

The interest is raised due to the incorporation of a legal disposition in the last reform to the statute of free competence defense that specifically deals with this matter, which until before the modification, had to be solved under the aegis of the general civil legislation.

After dealing with preliminary conceptual aspects related to the free competence and the lawfulness of competitive damage, of the legislative option for the solution of the transgression aspect previously to the civil one, of the trustworthy history of the disposition incorporated, of the view in foreign law and of the fundament of this special civil responsibility, the paper, under the epigraph “the indemnity damage” searches to establish the relationship between the regulatory orders of the free competence defense and the right to damages intending an orientation with respect of the compensable solutions.

I. INTRODUCCIÓN

El estatuto de defensa de la libre competencia en Chile se encuentra integrado principalmente por las disposiciones contenidas en el DL N° 211 de 1973, modificado de manera sustancial por la ley N° 19.911 (**DO** 14 de noviembre de 2003), y cuyo texto refundido está contenido en el DFL N° 1 de 18 de octubre de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (**DO** 7 de marzo de 2005), en adelante DL N° 211¹.

Los hechos constitutivos de una infracción a este estatuto vulneran el orden público en materia de defensa de la libre competencia². La integración de aquel concepto fue encomendada por el legislador a los organismos que dicho estatuto recoge³.

Los elementos considerados por estos organismos para tener por configurada una infracción al estatuto de defensa de la libre competencia pueden, además, encontrarse en el origen de un daño causado a intereses de personas de-

¹ A esta norma cabe agregar leyes especiales, principalmente de carácter regulatorio de determinadas actividades económicas que consagran el principio de la libre competencia y, además, la jurisprudencia emanada de los órganos de defensa de la libre competencia.

² En Francia, por ejemplo, algunos autores hablan de un *ordre public concurrentiel*, introduciendo un cierto grado de especificación a la noción más genérica de orden público económico. En este sentido, véase, Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004.

³ Nos referimos, de modo principal, a la Fiscalía Nacional Económica y al TDLC, continuador de las comisiones existentes desde mediados de los años setenta, sin perjuicio de la intervención de otros, como la Corte Suprema al conocer del recurso de reclamación en contra de las decisiones del TDLC.

terminadas. La víctima que ha sufrido estos daños en su patrimonio, en principio, no puede ser obligada a soportarlos, sino que parece legítimo permitirle accionar en responsabilidad civil en contra del causante de los menoscabos, de acuerdo con las reglas generales. La posibilidad de interponer esta acción, que desde siempre ha estado abierta a los particulares en conformidad a la normativa general del *Código Civil*, vino a ser consagrada de manera expresa y con particularidades en el artículo 30⁴ del DL N° 211 en virtud de la modificación del año 2003 al que ya se hizo referencia.

El propósito del presente artículo es constituir un precedente introductorio al estudio de la acción de responsabilidad civil establecida en dicha disposición, con especial referencia a los vínculos que se producen entre el derecho de defensa de la libre competencia y el derecho de daños.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

En una economía dinámica, los menoscabos sufridos por los distintos operadores del mercado son habituales. Así, piénsese en la pérdida de ingresos de un gerente cesado en sus funciones con ocasión de una operación de concentración, el perjuicio de un ahorrante por la profunda caída de la cotización de las acciones de que es titular en la bolsa de comercio, el menoscabo por el desprestigio de una empresa mal evaluada con ocasión de un control de calidad, la pérdida de clientela por una mejor estrategia de publicidad de la compañía rival, la desvalorización de terrenos producto de la mudanza a otra ciudad de una importante industria hasta entonces vecina, etcétera⁵.

Frente a estos casos, las preguntas básicas que afloran son: ¿por qué razón unos daños son indemnizables y otros no?, ¿quiénes están legitimados para demandar la compensación?, ¿a qué monto alcanzará la indemnización?

El presente trabajo, restringido al daño verificado con ocasión de una infracción a la libre competencia, nos impone un intento por definir ésta (1), para luego fundamentar la juridicidad o también llamada “licitud” del daño competitivo (2).

⁴ Artículo 30 DL N° 211: “La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el libro III del título XI del *Código de Procedimiento Civil*. El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

⁵ Frente a estas distintas situaciones, el lego se apresura en imputar estos menoscabos al “libre mercado”, o al “modelo”.

1. *Hacia un intento de definición de libre competencia*

De modo preliminar digamos que la noción de libre competencia aparece indisolublemente ligada a un modelo, el del mercado neoliberal⁶, de acuerdo con el cual es el mercado el asignador de los recursos en la sociedad y no el Estado. En este modelo rige el principio de la libertad económica o libertad de empresa, de acuerdo con el cual, según nos recuerda el numeral 21 del artículo 19 de nuestra Carta Constitucional, toda persona tiene asegurado el derecho a desarrollar cualquier actividad económica en la medida que no sea contraria al orden público, la moral o la seguridad nacional y, en todo caso, respetando las normas legales que regulen la actividad. Para el adecuado ejercicio de este amplio derecho-libertad, necesariamente debe ser acompañado de otros derechos y libertades, sin los cuales la realización de aquél se hace ilusoria. Así, una enumeración nos traerá a la reflexión la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, la libertad de contratación y otras. Entre estas libertades, aparece la de competir, la llamada libre competencia, que, de acuerdo con nuestro actual entender consiste en “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”⁷. Los medios a que nos referimos consisten generalmente en información, así una mejor calidad, un precio más conveniente, son comunicados por un agente al mercado como información que es absorbida por los demás agentes para libremente optar por dirigirse hacia dicha oferta (en el caso de demandantes de productos y servicios) o hacia dicha demanda (en el caso de oferentes de productos y servicios).

⁶ Marie-Anne FRISON-ROCHE, “Le modèle du marché”, en *Archives de Philosophie du Droit*, N° 40, Paris, 1995, p. 286 y ss.

⁷ Hemos intentado aquí una definición que se ajuste al marco normativo que sugerimos, pero que, desde un punto de vista económico puede ser cuestionable. El *Glosario de Organización Industrial y Derecho de la Competencia de la Organización* para la Cooperación Económica y el Desarrollo indica que la Competencia “es una situación en el mercado en la cual las empresas o vendedores compiten por la clientela de compradores en orden a alcanzar un particular objetivo comercial, como utilidades, ventas y/o participación de mercado”. Agrega que: “competencia en este contexto es usualmente equiparada con rivalidad y que tal rivalidad puede darse en términos de precio, calidad, servicio o de una combinación de éstos y otros factores que los consumidores puedan valorar”. Finalmente, señala que: “la competencia es vista como un importante proceso en virtud del cual las empresas son forzadas a devenir eficientes y a ofrecer más alternativas de productos y servicios a menores precios, incrementando el bienestar del consumidor y la eficiencia alocativa; incluye la idea de ‘eficiencia dinámica’ según la cual las empresas se comprometen en la innovación y alientan el cambio tecnológico y el progreso”. (Nuestra libre traducción; el *Glosario* puede consultarse en internet: <http://www.oecd.org>). Por último, puede señalarse de modo general que la Teoría Económica ha desarrollado sucesivamente los conceptos de “Perfect Competition”, “Workable Competition” y “Contestable Competition”.

2. Acerca de la juridicidad del daño competitivo

“La clientela es para quien sabe tomarla”, ha sido señalado por un destacado autor⁸ a modo de aforismo de nuestros tiempos y para dar a entender que, por regla general, el daño sufrido por los comerciantes en el mercado, por el fenómeno competitivo, cae dentro de la juridicidad, es lícito, o si se prefiere, legítimo.

Los daños derivados habitualmente del ejercicio de la libertad de competir no son indemnizables. Cuando una empresa pierde clientela (y consecuentemente, ingresos por ventas) a causa de otra, entrante en el mercado o ya existente en él, que ofrece un producto mejor, a un precio más bajo, o con una potente estrategia publicitaria, debe revertir tales pérdidas con las herramientas lícitas de la competencia⁹: podrá bajar sus precios, mejorar la calidad del producto, desarrollar campañas publicitarias, etc. Pero una pretensión resarcitoria de tales pérdidas en contra de la empresa rival, no debiera prosperar.

Esta circunstancia, cuya explicación normativa puede encontrarse en el legítimo ejercicio de la libertad para competir, aun causando daño al rival, en la medida que esto beneficia al consumidor y se mantiene al margen de un abuso de derecho, tiene, además, una explicación económica: así, por ejemplo, frente a la entrada de una nueva empresa con menores precios, la existente se verá presionada a bajar los suyos. La producción total del producto en cuestión, en el mercado, aumentará. El aumento en la producción y la baja de los precios permitirá un incremento de la demanda, no sólo de quienes ya adquirirían el producto en cuestión a un precio mayor sino, además y, especialmente, de quienes no tenían acceso al producto. Es decir, por un lado habrá mayor producción y, por otro, mayor cantidad de consumidores satisfechos, lo que evidencia un beneficio social. Y todo lo anterior, a pesar de las pérdidas sufridas por la empresa que existía previamente, que debió bajar sus precios y, por lo tanto, reducir sus márgenes¹⁰.

13

⁸ Yves SERRA, “Concurrence Déloyale”, *Répertoire Dalloz de Droit Commercial*, Paris, 2000.

⁹ La Excm. Corte Suprema confirmando el rechazo de un amparo económico ha señalado que el sujeto, en el ejercicio de su actividad económica, debe enfrentar las estrategias que pueda diseñar e implementar su competencia mediante las herramientas que proporciona el mercado, esto es, elaborando a su turno estrategias que le permitan posicionarse adecuadamente. (C.S., 23 de agosto de 2004, rol N° 2.943-2004, Cons. 10°, publicada en *Semana Jurídica*, N° 205, 11-17 de octubre de 2004).

¹⁰ Richard POSNER, *El análisis económico del Derecho*, traducción de 1998, Chicago, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 177.

III. GENERALIDADES
SOBRE LA SITUACIÓN INFRACCIONAL Y SU PREJUDICIABILIDAD

Bien sabido es que el deslinde entre el ejercicio legítimo de un derecho y una situación infraccional puede llegar a ser bastante tenue¹¹. Y que las sanciones efectivas por las infracciones que los individuos cometen se encuentran muchas veces supeditadas a situaciones coyunturales y a los recursos destinados a las facultades de policía del Estado.

De acuerdo con la situación actual, en el ámbito del derecho de defensa de la libre competencia en Chile, será el análisis económico de las circunstancias la herramienta fundamental que permitirá establecer cuándo se ha verificado un atentado a la libre competencia^{12, 13}. Con todo, no resulta aventurado afirmar que la respuesta ante esta interrogante no resulta uniforme si se confrontan los dos grandes modelos de derecho de la competencia en el mundo¹⁴ o, incluso, si se comparan decisiones de un mismo sistema en distintas épocas, inspiradas por diferentes escuelas económicas¹⁵.

14 El procedimiento a que se refieren los artículos 20 a 29 del DL N° 211 se verá inundado de tópicos referidos al bien jurídico protegido, a las finalidades del estatuto de defensa de la libre competencia, a la determinación del mercado relevante, a los requisitos de la conducta, sus consecuencias económicas indeseables para un determinado mercado o para la economía, etcétera.

De acuerdo con el sistema consagrado por el legislador en el artículo 30 del DL N° 211, sólo una vez dictada una sentencia definitiva ejecutoriada que declare la existencia de una infracción al estatuto de defensa de la libre compe-

¹¹ Una situación límite es, sin duda, la de quien excede en poco el límite máximo de velocidad en la conducción de su vehículo en carretera. Al senador John Sherman se atribuye el siguiente párrafo pronunciado al introducir al Senado estadounidense, en 1889, el proyecto que llevaría su nombre luego de su aprobación: "It is difficult to define in legal language the precise line between lawful and unlawful combinations. This must be left for the courts to determine in each particular case. All that we, as lawmakers can do is to declare general principles, and we can be assured that the courts will apply them as to carry out the meaning of the law... This bill is only an honest effort to declare a rule of action".

¹² No sin razón, dos de los miembros del TDLC han de ser licenciados o con posgrados en ciencias económicas.

¹³ Las conductas del art. 3 inciso 2° del DL N° 211 sólo describen de manera elemental especies de atentados que la ciencia reconoce, pero su inciso 1° permitiría subsumir los más variados hechos, actos o convenciones.

¹⁴ Nos referimos al derecho antitrust americano y al derecho de la competencia de la Unión Europea.

¹⁵ Una buena síntesis de éstas y otras diferencias puede encontrarse en David GERBER, "Competition", en CANE y TUSHNET (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003, p. 510 y ss.

tencia, quienes estén en condiciones de acreditar un perjuicio sufrido por los hechos constitutivos de la infracción, podrán poner en movimiento una acción destinada a obtener, en procedimiento sumario, una indemnización por ello¹⁶.

IV. REFERENCIA

A LA HISTORIA FIDEDIGNA DE LA DISPOSICIÓN

El proyecto enviado por el Ejecutivo no contenía referencia expresa a mecanismo compensatorio alguno que las víctimas perjudicadas por una conducta contraria a la libre competencia pudieran hacer valer¹⁷.

Fue en el seno de las comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo, de la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, que fue incorporada tal disposición, incorporación que fue motivada por el envío de una nota del profesor Jorge Streeter Prieto, según expresa el miembro de dichas comisiones reunidas, diputado Sr. Burgos, en la sesión en que se dio a conocer el informe de dichas comisiones, quien agrega:

“La indicación recoge una cuestión muy central: que la persona que se sienta perjudicada –un empresario mediano, grande, pequeño; un ciudadano común y corriente, o un grupo de ciudadanos– en su derecho a tener libre competencia, de una competencia leal, podrá recurrir, no sólo para la sanción establecida en esta ley, sino, además, a partir de

15

¹⁶ En efecto, de la disposición se entiende que la acción indemnizatoria tendrá lugar “con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada”. Pero, precisando, la Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver un incidente ha declarado recientemente: “3°) Que el procedimiento del artículo 30 del DL 211 no es a todo evento un antejuicio que haya de paralizar un juicio ordinario de indemnización de perjuicios”. Rol 4091/2004, sentencia de 15 de julio de 2005. Antecedentes de la solución del legislador nacional se encuentran en lo dispuesto en el artículo 13.2 de la ley (16/1989) de Defensa de la Competencia en España, que establece: “La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles”. Un enfoque crítico a esta solución, para España, con abundante cita bibliográfica, puede verse en Rosalía ESTUPIÑÁN CÁCERES, “El resarcimiento de daños y perjuicios derivado de ilícitos *antitrust*: problemática que plantea y posibles soluciones”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, N° 230, Madrid, marzo/abril 2004, p. 63 y ss.

¹⁷ Mensaje 132-346 de 17 de mayo de 2002 ingresado al Senado el 21 de mayo de 2002, *Boletín* 2944-03.

Fernando Araya Jasma

una sentencia favorable, ejercer las sanciones indemnizatorias, lo que, a mi juicio, cierra el círculo de la protección de la libre competencia”¹⁸.

La indicación incorporada no sufrió modificaciones durante la tramitación del proyecto y corresponde a la disposición aprobada.

V. SISTEMAS DE DAÑOS EN EL DERECHO EXTRANJERO

Dentro de la abundante bibliografía existente en el extranjero sobre Derecho de la libre competencia, Derecho de la competencia o Derecho antitrust¹⁹, uno de los tópicos que más se ha desarrollado en los últimos años, es el de la intervención de los particulares en la aplicación del Derecho de la competencia²⁰, tema dentro del cual el estudio del sistema compensatorio de las víctimas es uno de los pilares.

El fenómeno que se ha verificado es el siguiente.

16 Estados Unidos de Norteamérica cuenta hace más de cien años, en el ámbito federal, con un estatuto conocido como Derecho antitrust, y cuyo origen se remonta a la ley Sherman de 1890²¹. Si bien existen en el contexto gubernamental agencias encargadas de la aplicación (*enforcement*) de este cuerpo normativo²², lo cierto es que desde los años setenta, la interposición de acciones particulares en contra de las violaciones *antitrust* se ha incrementado, fundamentalmente motivada por la posibilidad de acceder a indemnizaciones tres veces el valor del daño sufrido²³, hasta situar la actividad particular en el ori-

¹⁸ Sesión 81^a, en Cámara de Diputados, *Boletín de Sesiones*, lunes 19 de mayo de 2003, pp. 31 - 32.

¹⁹ Estos términos no nos parecen exactamente sinónimos. No nos haremos cargo aquí de la precisión terminológica. Pero queremos referirnos a todas las normas que se engloban bajo alguna de las denominaciones aludidas.

²⁰ Lo anterior, bajo la noción de “Private Enforcement of Antitrust Law”.

²¹ A esta ley siguieron en 1914 la ley Clayton y la ley de la Comisión Federal de Comercio como disposiciones fundamentales, sin perjuicio de otra normativa posterior.

²² Fundamentalmente la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) y la División Antitrust del Departamento de Justicia.

²³ La sección 4 de la ley Clayton dispone que cualquier persona que haya sufrido daño en sus negocios o propiedad en razón de algo prohibido por el Derecho antitrust puede recobrar tres veces los daños por ella soportados y los costos del juicio, incluidos razonables honorarios del abogado. (“Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws [...] shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee” -15 U.S.C.A. §15-). Y, en similares términos, la sección 7 de la ley Sherman.

gen de más del 80% de los juicios antimonopolios que, en Estados Unidos, se ventilan ante los tribunales ordinarios de justicia²⁴.

A modo de contraste, el Derecho de la competencia comunitario en Europa, más joven²⁵, no se ha desarrollado sobre la base de la iniciativa particular. Se trata de un derecho cuya aplicación es fundamentalmente perseguida por la autoridad administrativa comunitaria²⁶ y en que la intervención particular es reducida. Lo anterior, se vio por mucho tiempo agravado por la duda que existía en cuanto a que los tribunales de los países miembros pudieran condenar al pago de reparación de perjuicios por la infracción a una disposición cualquiera del estatuto comunitario. A partir de ciertos fallos dictados en los últimos años²⁷, ya se ha sentado la doctrina que afirma esta posibilidad y, por lo tanto, uno de los temas centrales del Derecho de la competencia europeo ha pasado a ser si ese *private enforcement* americano, si el desarrollo de un sistema de aplicación privada del derecho comunitario de la competencia –incluido un régimen compensatorio de las víctimas– debe o no ser fomentado en Europa²⁸.

En lo que se refiere al Derecho de la competencia nacional de los países europeos, es posible encontrar algún desarrollo en relación con el tópico que tratamos acá. Los tribunales de algunos países europeos como Francia e Italia han impuesto condenas de reparación de perjuicios por infracción a la normativa nacional de la libre competencia²⁹.

²⁴ Véase sobre el punto Lawrence WHITE (ed.), *Private Antitrust Litigation. New Evidence, New Learning*, London, MIT Press, 1988.

²⁵ Las disposiciones fundamentales se encuentran contenidas en los artículos 81 a 86 del tratado Constitutivo de lo que hoy es la Unión Europea, en su versión consolidada de 24 de diciembre de 2002 (originalmente, arts. 85 a 90 del tratado de Roma de 1957). No hay referencia entre ellas a mecanismos de indemnización de perjuicios por su infracción.

²⁶ La Comisión Europea, a través de su Dirección General de Competencia.

²⁷ Véase Roberto CARANTA, “Governmental Liability after Francovich” en 52 *Cambridge Law Journal*, 1993, p. 272 y ss.; y, de modo más general, Ton HEUKELS y Alison Mc DONNELL (eds.), *The Action for damages in Community Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1997.

²⁸ Entre otros puede verse, Clifford JONES, *Private Enforcement of Antitrust Law in EU, UK and USA*, Londres, Oxford University Press, 1999. La idea del *private enforcement* se ha asociado, además, con el proceso de descentralización de la aplicación de la normativa comunitaria de la competencia, que a partir del Reglamento 1/2003 (DO de la UE 4 de enero de 2003), vigente desde el 1 de mayo de 2004, faculta a las jurisdicciones de los países miembros para aplicar directamente el derecho comunitario de la competencia.

²⁹ Para un mayor desarrollo, puede verse D. WOODS, A. SINCLAIR y D. ASHTON, “Private enforcement of Community competition law: modernisation and the road ahead”, *Competition Policy Newsletter*, N° 2 Summer/2004, p. 31 y ss., accesible en: <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/>. Puede consultarse, además, el documento “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules”, de 31 de agosto de 2004, elaborado por D. WAELEBROECK, D. SLATER y G. EVEN-SHOSHAN G., del estudio ASHURST por encargo de la Comisión Europea, accesible en: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/comparative_report_clean_en.pdf

Teniendo presente estos dos modelos contrapuestos, incorporaremos el aporte del derecho extranjero a medida que desarrollemos el estudio de la disposición nacional que nos ocupa.

VI. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CUESTIÓN

Queremos hacernos cargo de buscar cuál es el fundamento que tuvo en vista el legislador al establecer de modo expreso una acción de responsabilidad civil en el estatuto de defensa de la libre competencia.

Los autores que tratan de la responsabilidad civil en general se ocupan de este tema. Afirman una función eminentemente compensatoria de la indemnización por daños en el estado actual de la responsabilidad civil en el Derecho de tradición romano-germánica, derivada de la necesidad de distribuir los infortunios de manera adecuada en la sociedad. Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce, además, una función punitiva³⁰ y una función preventiva de la responsabilidad civil³¹.

El problema se da en aquellos casos en que resulta difícil determinar con exactitud el daño verdaderamente sufrido por la víctima, y en el daño extrapatrimonial. En ambos casos, resulta complejo al juez apegarse a una sola finalidad compensatoria y, al mismo tiempo, condenar a pagar una indemnización.

18 Hovenkamp enseña que el mecanismo de los *treble damages* en el Derecho antitrust estadounidense ha servido no sólo para compensar a las víctimas sino, además, para castigar al infractor e involucrar a los denunciantes particulares en la tarea pública de detectar, castigar y prevenir las infracciones³². Por lo tanto, el mecanismo no sólo persigue fines de orden privado sino, también, el particular cumple con su ejercicio fines de orden público como son los señalados³³. El papel preventivo y punitivo del sistema ha sido declarado por la Corte Suprema de dicho país³⁴, en un reconocimiento de las limitaciones de la fiscalización por parte del Estado.

³⁰ Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995.

³¹ Entre muchos otros puede consultarse Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 1999. Las tres funciones señaladas, además de otras dos menos frecuentes, vuelven a ser constatadas en el estudio de derecho europeo del European Centre of Tort and Insurance Law, *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer Law International, Londres, 2001, véase el reporte comparativo a cargo de Magnus, Ulrich, p. 185 y ss.

³² P. AREEDA y H. HOVENKAMP, *Fundamentals of Antitrust Law*, Aspen Law and Business, 2002, p. 108 y ss.

³³ La idea no puede ser más consecuente con la de la “Mano Invisible” que Adam Smith plasmara en 1776.

³⁴ “Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat”, 429 U.S. 477, 486-487 (1977). Lo anterior, sin perjuicio de afirmar como primario el papel compensatorio.

La historia fidedigna de la disposición nacional estudiada, a pesar de su tenor literal, permite pensar que las funciones punitiva y de prevención de infracciones a la libre competencia, fueron también tenidas en cuenta por el legislador como integrantes de la acción “de indemnización” que se incorporaba al texto, toda vez que de acuerdo con la cita ya efectuada “el ejercicio de las *sanciones indemnizatorias* [...] cierran el círculo de *protección de la libre competencia*”³⁵, es decir, se indemniza también para prevenir que se atente en contra de la libre competencia en el futuro, para protegerla y, además, para castigar al infractor³⁶.

Creemos que el legislador difícilmente haya podido tener en cuenta otras funciones de la acción de indemnización de perjuicios, en especial, que haya podido considerar a la víctima privada determinada como un verdadero procurador particular del interés público³⁷.

El definir la función que recae sobre el mecanismo de la responsabilidad civil derivada de una infracción al estatuto de la libre competencia en nuestro medio es de la más alta importancia, toda vez que traerá consecuencias en el juicio respectivo como lo es, por ejemplo, el rigor con que el juez deberá ponderar la prueba existente en relación con el daño que se dice sufrido. En efecto, un único rol compensatorio debiera obligar al juez a ser muy estricto en relación con la prueba y evaluación del daño que se invoca. La función pública de la acción de responsabilidad civil debiera permitirle aligerar el rigor^{38, 39}.

19

³⁵ Véase el párrafo IV de este artículo.

³⁶ Respecto de la función punitiva afirmada, fuera de la expresión “sanción indemnizatoria” utilizada (en que no descartamos un error de transcripción de la sesión toda vez que son las acciones las que se ejercen y no así las sanciones), cabe tener en cuenta que en la nota del profesor Streeter, reproducida verbalmente en la sesión respectiva por el diputado Burgos, la indemnización de perjuicios aparece mencionada dentro de una clasificación de las sanciones, entre las cuales se distinguen las administrativas de multas y de inhabilidades y las civiles de nulidad, de órdenes de modificación o disolución de personas jurídicas de Derecho Privado y de indemnización de perjuicios.

³⁷ La realidad de los juicios indemnizatorios en esta materia en nuestro país, prácticamente inexistentes, no podía hacer pensar al legislador de diferente modo. Sin embargo, la idea de procurador particular del interés público es la que subyace en la corriente que fomenta el *private enforcement* para el Derecho europeo comunitario de la competencia.

³⁸ Así, en el Derecho antitrust americano, dentro del mecanismo de los *treble damages* los tribunales acostumbran a ser exigentes con la prueba de la *existencia* del daño, en cambio, acreditada aquella, flexibilizan la prueba del *monto* pretendido. Véase Sean ROYALL, “Disaggregation of antitrust damages”, *Antitrust Law Journal*, N° 65, 1997, p. 311 y ss.

³⁹ Piénsese, por ejemplo, en una empresa que se allana al pago de la multa impuesta por el TDLC, sin interponer recurso alguno. Lo anterior, hace suponer a un observador imparcial que la multa impuesta fue insuficiente en relación con las ventajas obtenidas por la empresa con la infracción y eventuales daños producidos. Al pronunciarse sobre la acción de indemnización de perjuicios interpuesta por víctimas que han tenido dificultades en acreditar el monto de los daños sufridos, el juez se preguntará si, no obstante esto, puede aún condenar. Lo que estime en relación con el fundamento de dicha acción será crucial para su decisión respecto de la responsabilidad civil del demandado y, además, para el proceso de evaluación de los daños.

VII. EL DAÑO ANTICOMPETITIVO Y EL DAÑO INDEMNIZABLE

El legislador recurre a una expresión de la cual se desprende que la dictación de una sentencia definitiva ejecutoriada por el TDLC no va a motivar necesariamente el nacimiento de una acción: “la acción de indemnización de perjuicios a *que haya* lugar”.

En efecto, podría derechamente no surgir acción de reparación, claro está, cuando el TDLC determine la inexistencia de conducta ilícita alguna, y que, por lo mismo, dicte una resolución absolviendo al presunto infractor⁴⁰.

Pero, fuera de estos casos, las posibilidades son múltiples. Podría el TDLC, por ejemplo, limitarse a declarar que una determinada conducta es contraria a la libre competencia, apereibir para que ésta cese, pero no imponer sanción alguna. O, bien, podría establecer que la conducta cuestionada no es actualmente contraria a la libre competencia, pero que si se mantiene en el tiempo podría llegar a serlo. O, bien, declarar expresamente la ilicitud de la conducta imponiendo sanciones al infractor. ¿Cuándo habrá lugar a una acción de indemnización de perjuicios? ¿Puede haber infracción a la libre competencia sin la existencia de un daño a víctimas determinadas o determinables?

20 Más que centrarnos, al menos por ahora, en la resolución que pronuncie el TDLC, ocupémonos del concepto de daño en torno al cual se articula la responsabilidad civil contemporánea. Qué daños se asocian a una infracción a la libre competencia y cuáles han de ser indemnizados según el Derecho de la responsabilidad civil? Para contestar esta pregunta nos referiremos primero, a las llamadas prácticas restrictivas de la competencia, las figuras más comunes, y los daños económicos que producto de ellas se generan, lo anterior, bajo la idea de “daños anticompetitivos” (1), para después confrontar estas ideas con las nociones jurídicas de daño en la responsabilidad civil (2).

1. Acerca de los daños anticompetitivos

La libertad para competir puede ser limitada por la voluntad de las partes. La limitación convencional puede ser lícita o ilícita.

La libertad para competir dispone, además, de límites legales.

Una de las limitaciones normativas enfoca la competencia desde un punto de vista individual, considera relaciones entre pocos particulares determina-

⁴⁰ Esto no obsta a que la acción se reconduzca imputando el daño sufrido, de acuerdo con las reglas generales, a una culpa distinta de la que se presumiría por la infracción al estatuto de libre competencia, como pudiera ser una situación de competencia desleal.

dos, y mira principalmente al interés privado. Se trata de las disposiciones sobre competencia desleal⁴¹.

Otro límite legislativo enfoca la competencia de manera estructural, en un mercado, considera las relaciones entre todos los operadores actuales y potenciales en ese mercado, y mira fundamentalmente a un interés público. Este último cuerpo normativo es al que se quiere referir en Chile bajo la denominación de “defensa de la libre competencia”^{42, 43}.

Daños cuya reparación puede reclamarse ante el juez como elemento o fundamento de la responsabilidad civil se producen tanto en situaciones de competencia desleal como en situaciones de atentado al estatuto de defensa de la libre competencia. En cambio, reservaremos acá la denominación de “daños anticompetitivos” sólo para los asociados a un atentado al estatuto de defensa de la libre competencia, para el sentido económico de disminución del bienestar social.

Una breve revisión de las conductas sancionadas en la ley de defensa de la libre competencia, nos permitirá exponer cuáles son los daños anticompetitivos que se verifican a partir de ellas.

1. Abuso de posición dominante / monopolización

El artículo 3° letra b) del DL N° 211 se refiere a esta figura doctrinaria en los siguientes términos: “La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado [...]”.

Con variantes, dicha terminología es recogida en el tratado de la Unión Europea, en Canadá, y en la mayoría de las legislaciones modernas, en tanto en la ley Sherman de Estados Unidos se ha mantenido la noción de monopolizar o tender a la monopolización de un mercado.

⁴¹ Véase el artículo 10 bis del convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, con sus modificaciones, introducido en nuestra legislación en virtud del decreto N° 425 (DO de 30 de septiembre de 1991), disposición legal que puede situarse en la base del orden normativo de competencia desleal en Chile.

⁴² Debe tenerse presente, no obstante, que situaciones “tipo” de competencia desleal también pueden constituir un atentado a la libre competencia, como lo reconoce el art. 3 letra c) del DL N° 211.

⁴³ También puede enunciarse, como otro límite legal, las obligaciones de no competir que tiene el trabajador frente al giro del empleador de quien depende, el socio en relación con el giro desarrollado por la sociedad. Límites similares puede entenderse que se fundamentan en la ejecución de buena fe de los contratos y que se derivan de la naturaleza de algunos de ellos aun sin necesidad de disposición legal o convención que la establezca. En este sentido, la jurisprudencia francesa ha entendido que en la venta de un *fonds de commerce*, la obligación de garantía del vendedor comprende el no competir buscando privarle de la clientela. Véase Yves SERRA, “Les fondements et le régime de l’obligation de non-concurrence”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, v. 51(1), Paris, 1998, p. 7 y ss.

A esta figura que podríamos llamar “de base”, son asociadas diversas conductas constitutivas de abuso y que es propiamente lo sancionado. La misma ley señala algunos casos: fijar precios de compra o de venta, imponer a una venta la de otro producto, asignar zonas o cuotas de mercado; pero la doctrina menciona otros casos bajo este mismo paraguas, así, el establecimiento de precios excesivos o abusivos, de precios discriminatorios, los precios predatorios u otras prácticas exclusorias de competidores, la negativa de compra o de venta, etcétera⁴⁴.

2. Acuerdos expresos o tácitos para restringir la competencia

El artículo 3° letra a) del DL N° 211 se refiere a esta figura doctrinaria en los siguientes términos: “Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos[...]”.

Con algunos matices, caen bajo esta tipología el “cartel” germano-americano y la “entente” francesa.

Estos acuerdos pueden tener por objetivo distintos aspectos de la actividad comercial de los agentes económicos involucrados. Así, pueden recaer sobre materias de precios, producción, mercados, consumidores, etc. La propia ley se refiere a: “[...]fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado[...]”. Por otro lado, estos acuerdos pueden establecerse ya sea entre competidores (acuerdos horizontales) o, bien, entre operadores situados en distintos eslabones de una actividad económica (acuerdos verticales).

Qué tienen en común las anteriores prácticas que las hacen sancionables?

Sin entrar en la discusión respecto de las finalidades del estatuto jurídico de defensa de la libre competencia⁴⁵, en todas las situaciones descritas su reproche se encamina a lo siguiente⁴⁶.

⁴⁴ Puede consultarse el concepto *abuse of dominant position* que brinda el *Glosario* de la OECD, citado previamente (n. 7). En relación con los precios y prácticas predatorias, el legislador nacional optó por incluirlas en forma separada (letra c) art. 3° DL N° 211), pero sin desvincularla de la finalidad de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

⁴⁵ Entre los consultados, los siguientes artículos nos parecen insoslayables sobre este tema: Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, “Reflexiones en torno al concepto y funciones del derecho de la competencia”, *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, Boletín 85, Madrid, junio 1993, p. 13 y Eleanor M. FOX, “What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect”, *Antitrust Law Journal*, vol.70, N° 2, Chicago, 2002, p. 371.

⁴⁶ Con una finalidad de síntesis y por ser el discurso preponderante de la doctrina antitrust de Estados Unidos y de organismos internacionales como la OECD, la exposición que sigue recoge en gran medida el enfoque antitrust que promoviera la llamada *Chicago school of antitrust* desde mediados de la década del setenta. No obstante, es importante afirmar que no corresponde ésta a una visión universalmente aceptada según se ha ocupado de constatar la profesora Fox en el interesante artículo citado en la nota anterior.

En efecto, está en la esencia del proceso competitivo el que los competidores en un mercado traten de aventajar a sus rivales, atrayendo un mayor número de clientes. Sin embargo, esta situación de rivalidad puede, bajo determinadas condiciones de un mercado dado⁴⁷ comenzar a disminuir hasta cesar. En este proceso, uno o más operadores que han alcanzado un poder de mercado van adoptando decisiones⁴⁸ de manera cada vez más independiente de aquéllas que son tomadas por sus, hasta ese momento, rivales. Lo anterior, hasta que la independencia es tal que subsumida en alguna de las figuras que la doctrina agrupa, produce no sólo una toma de beneficios por sobre lo normal sino, además, una disminución de la disponibilidad del total de bienes en la sociedad. Tal situación se manifestará en precios elevados por sobre los competitivos, reducción de volúmenes producidos, menos alternativas para el consumidor, peor calidad del producto o servicio, etc., que es resentida tanto por los consumidores como por los competidores y eventualmente por los proveedores de la o las empresas que se libran a una práctica anticompetitiva.

Siguiendo un análisis económico, es propio de un mercado competitivo que se generen excedentes para los operadores. Así, el excedente de los consumidores, será la diferencia entre el precio mayor que hubieren estado dispuestos a pagar éstos y el precio que en definitiva pagaron 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. Podrían, incluso, verificarse traspasos de excedentes entre los operadores. El que existan estos traspasos de excedentes, aun cuando fueren tan elevados que hicieren pensar en las nociones jurídicas de “excesiva onerosidad” o “falta de equivalencia”, es una mera cuestión distributiva que, según entienden los partidarios de la escuela del análisis económico del Derecho, no debiera ser objeto de la preocupación del Derecho antimonopolios⁴⁹. Distinta es esta situación inocua de los traspasos de excedentes (empobrecimiento de unos con enriquecimiento de otros), de la generación de un costo social neto, como es en el caso de las prácticas anticompetitivas, es decir, la generación de una pérdida en la sociedad, soportada por las víctimas del monopolista, que no se traduce en un beneficio para nadie. Este costo social se refleja en situaciones como las ya descritas y se produce, en un monopolio de oferta, por el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutos de inferior precio y calidad debido al precio abusivo impuesto por el monopolista. Esto acarrea menor producción del bien monopolizado e insatisfacción de los consumidores, cuando, en situación de competencia, se habría produci-

⁴⁷ Particularmente la consideración de la elasticidad sea de la demanda o sea de la oferta, o la sustituibilidad del producto o servicio de que se trata, de la existencia de barreras a la entrada.

⁴⁸ Ya referidas a los precios, la calidad, la producción, etcétera.

⁴⁹ Véase entre otros, POSNER (n. 10), p. 264.

do más y los consumidores habrían sido mejor satisfechos⁵⁰. Es precisamente este costo social neto de donde se deriva la ilicitud y lo que hace de la represión de las prácticas anticompetitivas una cuestión de interés público.

De lo que venimos diciendo se desprende claramente que, frente a un abuso de posición dominante de un oferente, manifestado, por ejemplo, en un precio abusivo, en un precio arbitrariamente discriminatorio, en una venta atada de otro producto, en una negativa de venta, etc., entre los interesados en la adquisición del producto o utilización del servicio en cuestión, sea para su consumo final o para su intermediación comercial, habrá fundamentalmente dos tipos de sujeto que sufren un menoscabo en su bienestar:

- a) El que se somete a los nuevos términos del negocio, precio u otros, impuestos por sobre los de equilibrio (generándose un traspaso de excedentes).
- b) El que abandona el producto o servicio y satisface su necesidad sólo en parte con otro bien que le produce un menor bienestar (generándose un costo social)⁵¹.

El sujeto en la situación de a) debe soportar un exceso en el precio que paga. El sujeto en la situación de b) disminuye su bienestar.

Éstos y sólo éstos son los que un detenido análisis y la sola consideración de la eficiencia en la asignación de los recursos permite denominar daños anticompetitivos.

24

2. Confrontación con la noción de daño como elemento de la responsabilidad civil

El estudio del daño como elemento de la responsabilidad civil derivada de una práctica restrictiva de competencia no tiene un abundante tratamiento en la doctrina jurídica, al menos en estos términos. No obstante, en el Derecho de tradición romano-germánica es posible encontrar algunos trabajos⁵².

⁵⁰ POSNER (n. 10), p. 264.

⁵¹ La situación es equivalente, aunque más discutida en doctrina, en un episodio de monopsonio o de abuso de posición dominante por el lado de la demanda en que tendremos en la posición de a) a aquellos proveedores que se someten a las nuevas condiciones que impone el comprador dominante (demandante) y en la de b) a aquellos proveedores que reorientan su capacidad de producción de manera menos eficiente a otros fines. Lo expresado se extiende, además, a las situaciones de acuerdos restrictivos de competencia.

En los casos de prácticas predatorias y de competencia desleal efectuadas en los términos de la letra c) del artículo 3 del DL N° 211 la situación es un tanto distinta. En efecto, las conductas que dicha disposición sanciona no exigen un daño anticompetitivo económico actual, sino que se castigarán dando por cierto el daño anticompetitivo futuro que sería generado por el infractor con la salida de sus rivales y comportamiento abusivo derivado de tal situación.

⁵² José Luis FERNÁNDEZ RUIZ, "La acción de Resarcimiento de Daños y Perjuicios en la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia", *Estudios Jurídicos en Homenaje a*

Diversa es la situación en el Derecho antitrust de Estados Unidos en donde los trabajos son numerosos. Sin embargo, cabe hacer presente que, en este Derecho, el tema no es abordado en la disciplina de los *torts*, equivalente de la responsabilidad civil continental, sino que se trata como un capítulo dentro del Derecho antitrust, el capítulo referido al *private enforcement*. En efecto, en este sistema, la idea de *antitrust injury* se estudia tanto para tener por configurada la infracción como para otorgar derecho a los *treble damages*⁵³.

Una rápida revisión a la doctrina y jurisprudencia nacional referida al daño como elemento de la responsabilidad civil podría hacernos concluir anticipadamente que el análisis que hemos intentado hacer bajo la idea de daños anticompetitivos de poco servirá a los tribunales ordinarios chilenos, quienes conceptualizan el daño, sea como elemento o como presupuesto de la responsabilidad civil, de manera bastante cercana al sentido natural y obvio e, incluso, cercana al uso común de la misma. En efecto, mayoritariamente se declara como rubro indemnizable toda lesión a un simple interés o a una situación de hecho de la víctima de un delito o cuasidelito civil⁵⁴. Frente a esto, el único criterio útil de delimitación para no llegar a indemnizar cualquier molestia, lo constituirá la idea de anormalidad a la que podrá recurrir el juez descartando la pretendida indemnización de determinados menoscabos calificados de normales o propios de la vida en sociedad⁵⁵.

No obstante lo anterior, estimamos que la comprensión de lo que hemos descrito como daño anticompetitivo aparece fundamental al momento de evaluar la pretensión indemnizatoria fundada en perjuicios sufridos con ocasión de una infracción al estatuto de defensa de la libre competencia. Esto constituye la esencia del vínculo que se establece entre el derecho de defensa de la libre competencia y el derecho de daños. En efecto, al juez ordinario corresponde-

25

Joaquín Garrigues, Madrid, Editorial Tecnos, 1971, tomo II, p. 239 y ss.; Daniel FASQUELLE, “La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, vol. 51(4), Paris, 1998, p. 763 y ss.; Fernando PEÑA L., *La Responsabilidad Civil y la Nulidad derivadas de la realización de un Ilícito Antitrust*, Granada, Editorial Comares, 2000.

⁵³ Todo esto resulta coincidente con lo ya señalado respecto a la profusa intervención particular con fines indemnizatorios en la aplicación del Derecho antitrust.

⁵⁴ José Luis DIEZ SCHWERTER, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina. Comentarios*, Santiago, Editorial Jurídica, 2002, p. 8. En contra, defendiendo una concepción *jurídica* del daño, citados en el estudio de Diez, Fernando FUEYO, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica, 1991, p. 364 y Ramón DOMÍNGUEZ A., “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 188, julio-diciembre, 1990, p. 125 y ss.

⁵⁵ Subentendida la aplicación de los correctivos propios del deber de resarcir que se derivan de la teoría general de la responsabilidad civil, así, la propia noción de culpa, la relación de causalidad y, en materia de daños, por ejemplo, el carácter cierto y directo de los mismos.

rá, en definitiva, efectuar una calificación jurídica del daño cuya reparación se persigue. En tal procedimiento intelectual, el juez deberá tomar en consideración no sólo la pretensión indemnizatoria que invoca el demandante y la defensa que opone el demandado sino, además, y de manera fundamental, a modo de base a la cual anclar el debate, la existencia y entidad de lo que hemos denominado daño anticompetitivo.

A riesgo de parecer reiterativo, volvamos a los daños anticompetitivos. Hemos dicho que en infracción de la libre competencia habrá fundamentalmente dos tipos de sujeto que sufren un menoscabo en su bienestar:

- a) El que se somete a los nuevos términos del negocio, precio u otros, impuestos por sobre los de equilibrio (generándose un traspaso de excedentes).
- b) El que abandona el producto o servicio y satisface su necesidad sólo en parte con otro bien que le produce un menor bienestar (generándose un costo social).

26

El sujeto en la situación de a) debe soportar un exceso en el precio que paga. El sujeto en la situación de b) disminuye su bienestar. Pues bien, *afectados en la realidad actuales o potenciales adquirentes del producto o servicio monopolizado*, en los términos que hemos descrito, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, los daños aparecen relativamente claros. Tendremos, entre los que se han mantenido en la adquisición del producto, no obstante, la monopolización, un exceso de precio soportado indebidamente, el cual debe ser restituido. Eso constituirá la base de la indemnización reclamada, a lo que podrá agregarse otro tipo de menoscabos patrimoniales o extrapatrimoniales que se mantengan fuera de lo normal e imputables al infractor por su infracción⁵⁶. Y tendremos también, por otro lado, aquellos que se han visto obligados a abandonar el bien monopolizado (comprendidos los que nunca hayan accedido a él precisamente por la situación monopólica), quienes habrán sufrido el menoscabo consistente en no poder adquirir el bien que realmente querían al precio de equilibrio, viéndose obligados a sustituirlo por otro u otros que resulta para ellos menos satisfactorio. Nuevamente, será esto lo que constituirá la base de la indemnización reclamada que podrá tener un carácter patrimonial o extrapatrimonial según la naturaleza del bien que la víctima se ha visto obligada a abandonar o al cual nunca ha podido acceder⁵⁷.

⁵⁶ Desde ya puede pensarse en la menor satisfacción producida por no haber podido destinar esos recursos pagados en exceso a la adquisición de otro bien. En relación con el daño extrapatrimonial, puede señalarse, a modo de ejemplo, la ley Federal Suiza de Carteles cuyo art. 12 permite a la víctima solicitar, entre otras medidas: “b) la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations”.

⁵⁷ No tenemos conocimiento de sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia que hayan tenido que pronunciarse respecto de pretensiones resarcitorias con estos fundamentos.

Dos constataciones nos merece esta relación.

- 1^a) Muchas veces los costos de interponer una acción en forma individual superarán largamente los beneficios que pudieran obtenerse de un resarcimiento de los daños descritos. Esto ocurre especialmente cuando la víctima es el consumidor final⁵⁸. Si han prosperado estas acciones en otras latitudes ha sido por el beneficio procesal de la acción de clase. El punto amerita un particular estudio que pudiera concluir recomendando una reforma legal.
- 2^a) Si bien hemos logrado establecer una base a partir de la cual discutir la existencia y entidad del daño resarcible, no nos hemos referido a otro límite que el de la normalidad. La jurisprudencia estadounidense sobre Derecho antitrust ofrece ciertos criterios de limitación de los cuales no nos ocuparemos en el presente trabajo, pero cuyo estudio parece recomendable especialmente frente a alguna pretensión exorbitante.

Sin embargo, aún hay más que señalar en relación con la confrontación del daño anticompetitivo con el daño resarcible. Si bien hemos sido categóricos en afirmar cuáles son los únicos daños anticompetitivos desde un punto de vista económico (dejando fuera consideraciones no económicas que la defensa de la libre competencia también podría estar llamada a proteger, al menos según algún sector de la doctrina), no hemos agotado con ello el eventual catálogo de daños cuyo resarcimiento pueda ser pretendido por un particular.

Sin ánimo de poner fin de manera categórica al debate respecto a un eventual catálogo, debemos hacernos cargo de una de las situaciones más problemáticas o discutibles que surgen: la de los *daños derivados de los precios predatorios*.

- a) Los daños derivados habitualmente del ejercicio de la libertad de competir no son indemnizables. Cuando una empresa pierde clientela (y con-

No obstante, sabemos de juicios en actual tramitación ante los tribunales civiles en que el conflicto entre las partes ha tenido un capítulo de libre competencia, por ejemplo, con ocasión de la supresión intempestiva del canal de distribución del demandante civil (situación que se ha buscado subsumir en una negativa de venta o abuso de una supuesta dominante en sede de libre competencia). Pero sea porque la pretensión en sede de libre competencia no ha prosperado o sea porque ésta no había sido resuelta con carácter firme al momento de inicio de los juicios civiles, la suerte de éstos ha estado más bien desvinculada de las consideraciones de libre competencia.

⁵⁸ Esto ya lo constataba el inglés A.D. NEALE, en su célebre *The Antitrust Laws of the United States of America: A Study of Competition Enforced by Law*, Cambridge University Press, 1970, al señalar (p. 396): “[...] it is theoretically possible that ordinary members of the public could bring actions against illegal monopolies or price rings on the ground that they had been forced to pay more for goods than would otherwise have been the case. In practice, of course, this never happens, because even three times the loss caused by overcharging to single individuals would not pay for expensive legal struggles with powerful corporations”.

secuentemente, ingresos por ventas) por la entrada de otra que ofrece un producto mejor, a un precio más bajo, o con una potente estrategia publicitaria, debe revertir tales pérdidas con las herramientas lícitas de la competencia: podrá bajar sus precios, mejorar la calidad del producto, desarrollar campañas publicitarias, etc. Pero una pretensión resarcitoria de tales pérdidas en contra de la empresa rival, no debiera prosperar⁵⁹, ⁶⁰.

28

- b) En la figura de precios predatorios (y también podría estimarse, en la de competencia desleal a que se refiere la letra c) del art. 3 del DL N° 211), la empresa que ejerce la conducta no causa un daño actual desde un punto de vista económico, de aquellos a que nos hemos referido como daños anticompetitivos. En efecto, todo lo que pierde la empresa rival víctima de la predación es traspasado a los adquirentes vía reducción del precio. Los consumidores o adquirentes son beneficiados en el corto plazo y por ello, difícilmente van a denunciar ellos una práctica predatoria. La conducta de precios predatorios mira al mediano o largo plazo, se ocupa de la virtualidad que tiene la empresa que ejerce la conducta de eliminar efectivamente a sus rivales, de impedir la entrada de nuevos, para luego extraer los excedentes sociales mediante precios abusivos u otras formas de explotación⁶¹ y generando con ello un costo social. Se trata, entonces, de un costo social potencial, o en términos jurídico-punitivos, la conducta es sancionada al inicio del íter⁶².
- c) No existiendo un daño anticompetitivo actual desde un punto de vista económico, la predación se sanciona en virtud del costo social potencial y futuro, que no es otro que el ya descrito (soportar el exceso de precios

⁵⁹ Siempre y cuando no se configure una situación de competencia desleal autónoma, es decir, no aquélla a que se refiere la letra c) del art. 3 del DL N° 211.

⁶⁰ Esta circunstancia, cuya explicación normativa puede encontrarse en el legítimo ejercicio de la libertad para competir (“aún causando daño al rival”) en la medida que esto beneficia al consumidor, tiene además una explicación económica. Véase el párrafo II. 2.- de este artículo.

⁶¹ Esto podría ser discutido porque el texto de la ley chilena se refiere a la realización de la conducta “con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante” y no “con el objeto de *abusar* de la posición dominante alcanzada, mantenida o incrementada por la práctica predatoria”. Pero esta interpretación iría contra la doctrina y jurisprudencia extranjera mayoritaria que entiende que en la noción misma de *precios predatorios* va envuelto todo el conjunto: exclusión de competidores en el corto plazo y restricción de la competencia vía explotación en el largo plazo.

⁶² En la jurisprudencia estadounidense se cita con fines conceptuales el pronunciamiento de la Corte Suprema en “Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.”, 479 U.S. 104, 117-18 (1986): “Predatory pricing may be defined as pricing below an appropriate measure of cost for the purpose of eliminating competitors in the short run and reducing competition in the long run [...]”.

- que impone el dominante para los que siguen adquiriendo y para los demás, el abandono del bien monopolizado y su sustitución por otros que producen menor bienestar). Al momento de sancionar la conducta predatoria, es posible entonces sostener que el TDLC ha dado por cierta la generación de un daño anticompetitivo futuro.
- d) Pero, ¿qué tiene que ver este daño anticompetitivo desde un punto de vista económico, futuro y cierto, con el daño cuyo resarcimiento persigue la empresa rival que ha sufrido en forma directa la predación? Muy poco al parecer. La conexión más directa, al contrario, se da entre las pérdidas de la víctima de la predación y los beneficios traspasados a los adquirentes o consumidores, lo que precisamente descarta la existencia de un daño económico actual⁶³.
 - e) No obstante, esta falta de conexión entre el daño económico anticompetitivo y los daños pecuniarios de la(s) empresa(s) rival(es), víctima(s) de la predación, ha habido sentencias judiciales extranjeras que han condenado a la empresa que ejerció la predación al pago de los daños causados a su(s) rival(es) con la predación, que normalmente consisten en la disminución de sus ingresos, o bien derechamente, en su salida del mercado⁶⁴.
 - f) Fundamento de tal responsabilidad. Una primera observación será que el rival del competidor, que ejerce la práctica predatoria se encuentra en mejor posición para detectarla y permitirle ser indemnizado de los perjuicios sufridos, es un adecuado incentivo para que la denuncie. Una segunda, será que si no se permitiera a la empresa víctima de la predación recuperar las pérdidas generadas por ella, habría un riesgo adicional para el emprendimiento en el mercado que inhibiría a las empresas a des-

29

⁶³ Desde un punto de vista económico no hay daño cuando las pérdidas de unos se traducen en beneficios de otros en la sociedad. Por lo anterior, en la perspectiva individual resulta preferible hablar de daños pecuniarios.

⁶⁴ Y esto, no obstante el descrédito que merecen las prácticas predatorias, atendida su irracionalidad según sostiene un sector de la doctrina (Robert H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Basic Books, 1978; Frank H. EASTERBROOK, "Predatory Strategies and Counterstrategies," *University of Chicago Law Review*, N° 48, Chicago, 1981, p. 263 y ss.) y, que ha llevado a la Corte Suprema de Estados Unidos a afirmar la poca probabilidad que se configure una conducta predatoria en "Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio", 475 U.S. 574, 589 (1986).

Frente a estas dificultades para persuadir a las cortes norteamericanas de una afectación a la competencia derivada de una predación, los litigantes han recurrido a otras alternativas para satisfacer los intereses de sus clientes. (Véase en este sentido, por ejemplo, R. Mark MCCAREINS, "State Tort Law: A Reasonable Alternative to a Federal Antitrust Predatory Pricing Claim", *Competition, The Journal of the Antitrust and Trade Regulation Law Section of the State Bar of California*, vol. 1, N° 2, Fall 1990.

arrollar actividades o que incorporaría costos adicionales a éstas para prevenir estos riesgos. La posibilidad de quedar indemnes de los perjuicios directos de la predación, por un lado, otorga seguridad a las empresas víctimas de la predación para mantenerse y resistir en el mercado mientras dure aquélla y, por otro lado, anula los eventuales futuros beneficios que pudiera obtener quien ejerció la práctica predatoria al haber con ella alcanzado una posición dominante, toda vez que deberá incorporar a su decisión de librarse a una práctica predatoria, los costos del pago de indemnizaciones. Por otro lado, desde un punto de vista normativo, podremos señalar que entre los antecedentes del daño habrá una ilicitud declarada por sentencia firme del TDLC que justifica la reparación en virtud de una presunción de culpa por infracción a la legalidad. Finalmente, la alternativa, constituida por la repetición del enriquecimiento injustificado en contra de los consumidores parece política y económicamente inviable.

30

- g) Pero la pregunta que surge de inmediato es cuánto del daño cuya reparación se pretende se debe a la predación y cuánto a otras causas de la propia víctima como pudiera ser una mala gestión. El deslinde no resulta claro porque nunca puede ser determinado con toda certeza cuál sería la situación de la empresa víctima si no hubiera mediado la conducta ilícita que se imputa al demandado de responsabilidad civil y esto por la propia dinámica del mercado, en permanente mutación, en especial, frente a la existencia de varios operadores, en constante movimiento que intentan sacar ventajas los unos de los otros. Los principios emanados del *nemo auditur*, en especial, la culpa de la víctima pueden ser de utilidad para el juez.
- h) En cualquier caso, si bien pudimos ver en los daños anticompetitivos desde un punto de vista económico, la base a la cual anclar la discusión respecto de los daños cuya reparación se pretende cuando la víctima de la conducta era el adquirente, usuario o consumidor, es más difícil pensar que esos mismos daños económicos, que en el caso de la condena por predación son futuros, aunque ciertos, puedan servir de base igualmente próxima a los daños cuya reparación pretende la empresa víctima de la predación. Estos daños económicos futuros y ciertos, para la empresa víctima de la predación se ven lejanos, ni siquiera le preocupan mayormente. Constituyen el fundamento de la condena por predación y un argumento más para la ilicitud del infractor, pero la empresa víctima de la predación está preocupada de su daño pecuniario, de su disminución de ingresos por pérdida de clientela, de su pérdida de chance de permanecer en el mercado luego de su salida, etc. Todo parece indicar que, para este caso, el clásico principio de la reparación integral ha de

retomar su sitio para sentar las bases de la discusión respecto de los daños a reparar a la empresa víctima de la predación^{65, 66}.

VIII. CONCLUSIONES

El presente trabajo no hace más que llamar la atención sobre algunos aspectos que consideramos introductorios para iniciar el estudio del régimen de responsabilidad civil con ocasión de infracciones al estatuto de defensa de la libre competencia en Chile.

La incorporación de una disposición específica en la legislación nacional nos parece hacer oportunas estas referencias preliminares.

La exposición no agota la que pudiera ser considerada una parte introductoria ya que en ella sólo se hace referencia a algunos temas. Esperamos contribuir, sin embargo, al poner en relación el derecho de defensa de la libre competencia con el derecho de daños, cuestión de la que ignoramos antecedentes en la doctrina nacional.

⁶⁵ De esta situación existe un interesante precedente de la Corte de Apelaciones de Santiago hasta hoy y a la espera de la vista por la Corte Suprema. En “Pivcevic y otros c/ Lan Chile”, rol C 4831 - 1997 del 4° Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de 22 de junio de 2000 se condenó a las demandadas, solidariamente, al pago de una indemnización por daños patrimoniales y por daño moral. Esta sentencia tuvo por antecedente la resolución N° 479 de la Comisión Resolutiva de 31 de diciembre de 1996, cuyo considerando noveno hace un análisis de la fijación de precios predatorios fundamento de la denuncia para terminar condenando a las mencionadas. La sentencia civil indemnizatoria fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 14 de julio de 2004, rol 5954 - 1999, pero revocada en lo referido a la reparación del daño moral.

⁶⁶ Permítasenos difundir la siguiente agrupación de daños que efectúa la doctrina extranjera.

El inglés JONES (n. 28), cap 17.2 p. 201, y cap. 18, distingue entre las siguientes situaciones: A) El demandante puede haber pagado demasiado o haber sido pagado de manera insuficiente, lo que da lugar al daño consistente en un exceso pagado (“*overcharge*” damages) o a una diferencia por cobrar (“*enhanced price*” damages); B) El demandante puede pretender recuperar las pérdidas pasadas que su negocio haya sufrido por una conducta violatoria del Derecho antitrust; así, la utilidad disminuida en ventas o servicios prestados a menor precio, la disminución en el número de ventas o servicios prestados o la disminución del valor del capital invertido (“*lost profit*” and “*diminished revenue*” damages); C) El negocio del demandante puede haber sido sacado del mercado o haber sufrido otro menoscabo en su capacidad de generar futuros ingresos por una infracción antitrust del demandado (*the terminated business*); en este caso se permite al demandante recuperar las ganancias que habría obtenido en el tiempo posterior a su salida del mercado (*future loss of anticipated profits*) o, bien, el precio razonable ofrecido por su negocio sin la violación antitrust (*present loss of going concern value*). Véase en un sentido semejante, pero desde el punto de vista de la legitimación activa (*law of standing*) para demandar daños, el resumen en AREEDA y HOVENKAMP (n. 32), p. 74 N° 3.01h, en que se consideran las demandas de los consumidores, de los intermediarios, de los competidores, de los proveedores, entre otros, con sus respectivas limitaciones en cada caso.

De lo expuesto resumimos las principales conclusiones del siguiente modo:

- a) El legislador ha incorporado una disposición específica referida a la acción de indemnización de perjuicios con motivo de la dictación de una sentencia que establezca una infracción al estatuto de defensa de la libre competencia.
- b) La libre competencia constituye un derecho generalmente irrenunciable que encuentra encuadre normativo en el ordenamiento jurídico nacional.
- c) Los menoscabos verificados con ocasión del proceso competitivo en el mercado generalmente no dan lugar a indemnización. Esto, por fundamentos normativos y económicos.
- d) El legislador ha optado porque sea resuelto el juicio infraccional del estatuto de defensa de la libre competencia, por un tribunal especial, en forma previa a determinar la generación de un ilícito civil, a partir de los mismos hechos, por el juez civil.
- e) Acetos diferentes respecto del fundamento de esta responsabilidad civil, en relación con los generales, pueden traerse a la discusión con referencia a la historia fidedigna de la disposición nacional y al derecho extranjero, particularmente el estadounidense.
- f) Es el daño un primer elemento en donde se encuentran, con sus específicas valoraciones, los órdenes normativos del derecho de defensa de la libre competencia y del derecho de la responsabilidad civil. Exponer las particulares valoraciones de cada conjunto normativo permite establecer las áreas de convergencia, de divergencia y las zonas grises. La determinación del daño indemnizable en esta responsabilidad civil especial no puede abstraerse del todo de las valoraciones del daño anticompetitivo efectuado por el derecho de defensa de la libre competencia. Intentar un catálogo de daños indemnizables, con un fin orientador, es un importante aspecto introductorio.