

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS ANTICOMPETITIVOS, SUS FINES Y EFICACIA

OMAR VÁSQUEZ DUQUE*
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE
ovasquezd@derecho.uchile.cl

RESUMEN: Este trabajo analiza ciertas complejidades del régimen de indemnización de ilícitos anticompetitivos que operan en contra de la compensación de los mismos y luego evalúa la posibilidad de potenciar la disuasión de prácticas monopólicas por medio de reformar el sistema de su reparación. En específico, se mencionan las diversas actitudes que se pueden adoptar frente a la defensa del “passing-on” y se destaca la necesidad de contar con un sistema de acciones de clase. Con respecto a la disuasión, se analiza cómo la indemnización de perjuicios se asimila, desde un punto de vista de incentivos, a una multa corporativa, y por qué ello no genera resultados significativos a nivel de prevención de ilícitos anticompetitivos.

Palabras clave: *daños, libre competencia, compensación, disuasión, incentivos.*

SOME THOUGHTS ON COMPETITION TORTS, THEIR AIMS AND EFFECTIVENESS

ABSTRACT: This paper analyzes complexities regarding competition torts that work against compensation and evaluates the possibility of enhancing deterrence of anticompetitive behavior by reforming the compensation system. Specifically, diverse attitudes towards “passing-on” defense and damages are analyzed. Then, from a compensation standpoint, the need for class actions is highlighted. This work concludes that damages can be assimilated to corporate fines, so enhancing compensation does not produce a significant result in terms of deterrence of anticompetitive behavior.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor Invitado del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Abogado de la División de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica. Las opiniones expresadas en este artículo representan únicamente al autor y no comprometen en modo alguno a las instituciones a las cuales está afiliado. Una versión preliminar de este trabajo se expuso en la Tercera Versión del Congreso de Derecho Civil de la Universidad de Chile. Agradezco los comentarios de Alexis Salazar y Diego Morales a una versión posterior. Los errores y omisiones son de mi exclusiva responsabilidad. ovasquezd@derecho.uchile.cl

Keywords: *torts, competition law, compensation, deterrence, incentives.*

1. INTRODUCCIÓN

Resulta poco controversial plantear que el caso de la colusión de las farmacias¹ generó un antes y un después en la historia de consumo de nuestro país. Como es conocido, las tres farmacias con mayor participación de mercado en Chile acordaron los precios de 206 medicamentos entre el período de diciembre de 2007 y marzo de 2008, generando considerables daños a la población². En efecto, el aumento artificial de los precios implicó que los consumidores pagaran sobrepuestos por productos de primera necesidad o que tuvieran que cambiar de medicamento a un sustituto de menor calidad.

La inquietud derivada del cartel más dañino condenado hasta la fecha llevó a que se modificara el Decreto Ley 211 por medio de la Ley 20.361, aumentando las penas máximas para los casos de colusión, instaurando un sistema de delación compensada y otorgando mayores facultades investigativas a la Fiscalía Nacional Económica (FNE). Asimismo, el gobierno formó una Comisión Asesora Presidencial con el objeto de evaluar reformas a nuestra legislación de defensa de la libre competencia a fin de aumentar su eficacia³.

Los últimos meses han sido intensos en relación a actividad judicial. En efecto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) ha fallado dos casos de colusión en el mercado de transporte interurbano⁴, la Corte Suprema confirmó la sentencia del TDLC en relación al primer caso de colusión en el cual uno de los miembros del cartel recurrió a la delación compensada⁵ y tuvo lugar la vista de la causa del caso “pollos”⁶, el que se debería fallar en los próximos meses.

¹ Véase C. Suprema. 7 septiembre 2012. Rol N° 2578-12. (Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada y Otros) que confirma TDLC. 31 enero 2012. Rol C 184-08. Sentencia 119/2012.

² Según la Fiscalía Nacional Económica, los beneficios de la colusión (transferencia de rentas desde los consumidores a las farmacias) habrían llegado a \$27.000.000.000. Véase la demanda presentada en el proceso y la parte expositiva de la sentencia del TDLC (nota 1).

³ Véase el Informe: MINISTERIO DE ECONOMÍA. Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia <En línea>. 2012 [Citado 1 abril 2014]. <<http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>>.

⁴ DLC. 15 enero 2014. Rol C 224-11. Sentencia 133/2014 (Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros) y TDLC. 30 enero 2014. Rol C 223-11. Sentencia 134/2014 (Requerimiento de la FNE contra Empresa de Transportes Rurales Ltda. y Otros).

⁵ C. Suprema. 24 septiembre 2013. Rol N° 5308-12 (Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro).

⁶ Causa Rol N° C 236-11 caratulada “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros” tramitada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Como dice uno de los más reputados especialistas, “los carteles están entre nosotros”⁷ y la preocupación por esta realidad alcanza una dimensión global⁸. En efecto, últimamente han surgido potentes críticas al sistema de disuasión de ilícitos anticompetitivos, incluso en Estados Unidos, país en el cual se aplican las sanciones más drásticas para conductas colusorias⁹.

En Chile, las críticas apuntan al régimen sancionatorio basado –principalmente– en un rígido sistema de multas. Dichas críticas señalan que las sanciones máximas no generan un nivel adecuado de disuasión porque no garantizan la extracción de rentas ilícitas. Como una consecuencia de lo anterior, se suele sugerir la modificación del sistema de multas a fin de consagrar uno que tome como referencia la facturación de las empresas, recurrir a penas de inhabilidades para ejercer cargos directivos y/o celebrar contratos con el Estado, e incluso criminalizar los carteles. Sin embargo, últimamente se ha planteado que la reforma del sistema de indemnización de perjuicios derivados de atentados contra la competencia podría ser una alternativa eficaz para superar las actuales limitaciones disuasorias¹⁰.

Esta sugerencia no es algo nuevo. De hecho, la Unión Europea hace nueve años elaboró el “Green Paper”¹¹ (se respetará la nomenclatura internacional) y tres años después reformuló algunas ideas por medio del “White Paper”¹². Estas comunicaciones, de diverso modo, han tenido por objeto mejorar las condiciones jurídicas para que los afectados ejerzan su derecho a ser resarcidos por todo daño sufrido por incumplimiento a las normas de competencia de la Comisión Europea¹³. Si bien la “plena compensación” es el principio rector más destacado del White Paper¹⁴, el mismo documento subraya que “la mejora de las normas de reparación también produciría intrínsecamente efectos beneficiosos en tér-

⁷ HARRINGTON JR., Joseph. “Comment on Antitrust Sanctions”, en: *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, pp. 41–51. p. 213.

⁸ Véase: FOX, Eleanor M., y CRANE, Daniel A. *Global Issues in Antitrust and Competition Law*. St. Paul, Minnesota, United States: Thomson/West, 2010. Cap. 1.

⁹ Véase: GINSBURG, Douglas H. y WRIGHT, Joshua D. “Antitrust Sanctions”, en: *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, pp. 3-39 y CONNOR, John M., y LANDE, Robert H. “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”, en: *Cardozo Law Review*, vol. 34, pp. 427-845. New York, United States: Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University.

¹⁰ Véase, por ejemplo, LIZANA, Claudio. “Indemnización de Perjuicios derivados de los Ilícitos a la Libre Competencia: ¿Se pueden establecer mecanismos más efectivos?”. *El Mercurio Legal*, junio 8, 2013.

¹¹ COMISIÓN EUROPEA. Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules. <En línea>. Bruselas, diciembre 19, 2005 [Citado 4 abril 2014]. Disponible en la World Wide Web: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672:EN:NOT>>.

¹² COMISIÓN EUROPEA. White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules. <En línea>. Bruselas, febrero 4, 2008 [Citado 4 abril 2014] Disponible en la World Wide Web: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>>.

¹³ *Ibid.*, p. 3.

¹⁴ *Ibid.*

minos de disuasión de futuras infracciones y de un mayor cumplimiento de las normas en materia de competencia de la CE [Comisión Europea]¹⁵. De este modo, el “White Paper” postula la posibilidad de aumentar la prevención de ilícitos por la vía de la compensación de los daños privados generados por aquéllos.

Mientras la Unión Europea –al igual que otros sistemas jurídicos– discute expandir la aplicación privada de las normas de defensa de la libre competencia, en EEUU se experimenta una realidad muy distinta. A pesar de que la posibilidad de demandar privadamente por conductas anticompetitivas ha estado presente desde la génesis de la Sherman Act (1890), las demandas privadas prácticamente fueron inexistentes hasta antes de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, con posterioridad a ella, se presentó un auge dramático de la litigación privada en materia de libre competencia¹⁶. Hoy en día se ha llegado a la relación de 10 demandas privadas por cada demanda pública presentada¹⁷.

Desde la década de los 70, el auge de la litigación privada en materia de libre competencia se comenzó a estudiar con cierta suspicacia. En efecto, un estudio de la Universidad de Georgetown analizó qué tipo de demandas se estaban presentando y qué relación tenían los demandantes con los demandados¹⁸. Los resultados demostraron que la mayoría de las demandas eran interpuestas por competidores, distribuidores, franquiciados y concesionarios cuyos intereses eran distintos a los de los consumidores finales¹⁹. En otras palabras, las normas de libre competencia se habían estado utilizando con el objeto de limitar la competencia o de perjudicar a determinados actores del mercado. Dichas críticas subsisten hasta el día de hoy.

Volviendo al plano nacional, es interesante destacar que luego de que la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) quedara firme, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) interpuso una demanda de indemnización de perjuicios en contra de las tres farmacias requeridas por la FNE, a fin de que éstas reparen los daños civiles generados en virtud de la fijación de precios²⁰. Este juicio será bastante interesante porque permitirá conocer la opinión de los tribunales nacionales respecto de uno de los

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ CRANE, Daniel A. *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. New York, United States: Oxford University Press, 2011. pp. 49 y ss.

¹⁷ *Ibid.*, p. 63.

¹⁸ SALOP, Steven C y WHITE, Lawrence J. “Economic Analysis of Private Antitrust Litigation”, en: *Georgetown Law Journal*, vol. 74, pp. 1001-1064. Washington, D.C., United States: Georgetown University Law Center. Este estudio consideró datos desde 1973 a 1983. Citado por CRANE, Daniel A., *op. cit.* (n. 16), p. 57.

¹⁹ CRANE, Daniel A., *op. cit.* (n. 16), p. 58. (“Private litigation was fueled primarily by disgruntled competitors, dealers, franchisees, and licensees whose interests were adverse to those of consumers”).

²⁰ Causa Rol C-1940-2013, tramitada ante el 10° Juzgado Civil de Santiago.

grandes problemas que se ha planteado en diversas jurisdicciones: cómo interpretar las categorías generales del Derecho Civil tratándose de la indemnización de daños derivados de ilícitos anticompetitivos.

A continuación, se expondrán algunas particularidades de la indemnización de daños ocasionados por conductas anticompetitivas. Luego se evaluará la eficacia —en términos de disuasión— de una eventual reforma del sistema de reparación enfocada en el fomento de las indemnizaciones de perjuicios que enfrentarían las empresas que abusan de su poder de mercado. Se concluirá que existen significativos obstáculos que dificultan la reparación de los daños anticompetitivos —en especial de los dispersos, que serán el foco de este trabajo— y que fomentar las indemnizaciones de perjuicios no genera beneficios sustanciales en términos de disuasión.

2. LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS ANTICOMPETITIVOS

2.1. Particularidades del régimen de responsabilidad derivado de atentados contra la libre competencia

En materia de libre competencia, la naturaleza de cualquier cálculo de daños dependerá del marco legal en relación a la legitimación activa, la naturaleza del perjuicio que se debe probar, las disposiciones relativas a la causalidad y la política que se adopte en materia de la defensa del *passing-on*²¹. Asimismo, respecto a la posibilidad de ser compensado en casos de daños dispersos, es imperioso contar con un sistema de acciones de clase²².

En efecto, la indemnización relativa a atentados contra la libre competencia presenta una serie de peculiaridades que la hacen poco eficaz a la hora de compensar a las víctimas. El monto del daño debe ser calculado en base a un análisis contrafáctico más hipotético que el tradicional, la dispersión del daño —propia de algunas conductas explotativas— disminuye los incentivos para demandar y, en algunos casos, permite que el demandado pueda defenderse señalando que el daño se traspasó aguas abajo en el mercado.

²¹ WAELBROECK, Denis, SLATER, Donald y EVEN-SHOSHAN, Gil. “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report”. <En línea>. Bruselas, agosto 31, 2004 [Citado 2 abril 2014]. Disponible en la World Wide Web: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf>. p.10. Traducción del autor. (“The nature of any damages calculation will depend on the legal framework in as far as this indicates who may bring a claim, the nature of the injury which must be demonstrated, the provisions surrounding causation, and the policy in relation to passing on”).

²² Véase COMISIÓN EUROPEA, *White Paper...* (n. 12), pp. 4 y 5.

2.1.1. Daño anticompetitivo

Al momento de discutirse el proyecto de la Ley 19.911, el destacado jurista Jorge Streeter Prieto señaló que el monopolio constituía antes que nada un ilícito civil por cuanto conlleva una conducta culpable o dolosa que causa daño a otro, lo que debe indemnizarse²³. Sin embargo, el daño civil responde a una lógica diversa del daño producido a la libre competencia. No necesariamente un ilícito anticompetitivo coexiste con uno civil pues “ambos obedecen a principios rectores diversos y a preceptos diferentes”²⁴. En efecto, como se verá a continuación, el daño generado por los ilícitos anticompetitivos suele exceder el concepto de daño indemnizable.

Los economistas señalan que los atentados contra la competencia generan un “costo social” toda vez que la distorsión del mercado disminuye las transacciones que se hubiesen realizado en un contexto competitivo, cada una de las cuales –según la teoría económica de la negociación– aumenta el bienestar debido a la diferencia entre utilidad y precio²⁵. De hecho, si bien parte del excedente del consumidor se traspasa al productor, otra porción de dicho excedente simplemente se pierde²⁶. Este es el daño estático producido por el comportamiento anticompetitivo y afecta principalmente a las personas que dejaron de comprar el bien o servicio debido al incremento del precio²⁷. Asimismo, se pueden producir retrasos a la innovación, los cuales constituyen los efectos dinámicos de los atentados a la competencia. Si bien éstos son difíciles de medir, implican un considerable perjuicio

²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.911 Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. <En línea>. [Citado 3 abril 2014] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19911/HL19911.pdf>>. p. 322

²⁴ VALDÉS PRIETO, Domingo. *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 281.

²⁵ VARIAN, Hal R. *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach*. New York, United States: W.W. Norton, 2010. p. 446. (“A monopolist produces less than the competitive amount of output and is therefore Pareto inefficient”). Sobre la teoría de la negociación, véase: COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6ª edición. Boston, United States: Prentice Hall, 2011. Cap. 4.

²⁶ Según algunos, este es costo principal del monopolio. Por ejemplo: LANDES, William M. “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, en: *University of Chicago Law Review*, vol. 50, pp. 652-678. Chicago, Illinois, United States: University of Chicago Law School.

²⁷ Véase CRANE, Daniel A., *op. cit.* (n. 16), p. 165. Contrastar con LEWIN, Nicolás. “Indemnización de perjuicios por atentados a la libre competencia: el daño anticompetitivo, su relación con el daño civil y la determinación de los perjuicios”, en: *Revista Anales Derecho UC, Temas de libre competencia*, n°6, pp.43-62. Santiago, Chile: Centro de Libre Competencia UC. p. 47. (“[e]l daño [...] [anticompetitivo], compuesto por el costo social del monopolio y por el sobreprecio, no se encuentra atribuido a un individuo en particular, por lo que no puede ser directamente asimilado al concepto de daño o perjuicio existente en el ordenamiento civil”).

para la sociedad. De hecho, hoy en día los académicos de libre competencia tienden a considerar los daños estáticos como menos relevantes que los dinámicos²⁸.

El daño anticompetitivo indemnizable se puede presentar concentrado o disperso. Por lo general, la primera circunstancia ocurre tratándose de casos de abusos entre competidores. En cambio, cuando los competidores –individual o concertadamente– abusan en contra de consumidores finales, el daño suele dispersarse radicalmente, produciendo que las víctimas enfrenten un problema de incentivos hacia la inacción. Resulta relevante destacar que ambos tipos de perjuicio presentan características muy diversas.

En efecto, en el primer caso, el daño afecta a víctimas determinadas y éstas suelen ser sofisticadas²⁹. En el segundo, el daño se disemina en un gran número de víctimas indeterminadas (pero determinables) que enfrentan costos de transacción superiores al beneficio esperado del juicio. Este obstáculo económico a la justicia correctiva es el fundamento de las acciones de clase³⁰, toda vez que ningún actor racional demandará indemnización si ello reduce su patrimonio. El hecho de que sujetos que no demandarían individualmente sean representados colectivamente permitiría pensar que las acciones de clase operarían asimismo como un instrumento de disuasión de ilícitos, ya que, si bien los montos dispersos individualmente considerados pueden ser insignificantes, su acumulación por la vía de la representación colectiva podría generar un monto considerable³¹. Sin embargo, en

²⁸ CRANE, Daniel A., *op. cit.* (n. 16), p. 172.

²⁹ Un ejemplo de ello lo constituye el caso Chiletabacos. Véase Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, TDLC. 17 noviembre 2011. Rol C 196-09. Sentencia 115/2011 (Requerimiento de la FNE contra Cía. Chilena de Tabacos S.A.), que condenó a Chiletabacos por abuso de posición dominante en relación C. Suprema. 25 julio 2013. Rol N°1339-2012, que falló definitivamente la causa civil. Este trabajo se enfocará principalmente en los daños dispersos.

³⁰ El sobreprecio cobrado por un cartel siempre ha sido un ejemplo clásico de daño únicamente reparable por medio de este tipo de acciones. Véase DAM, Kenneth W. “Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest”, *en: The Journal of Legal Studies*, vol. 4, n° 1, pp. 47-74. Chicago, Illinois, United States: University of Chicago Law School. p. 49. “A principal purpose of most actions for damages is *compensation* to a victim of a wrong. Compensation was selected by the Congress as a principal goal of private actions in the antitrust field, one of the fields where class actions have been most popular. A key feature of the class action is that it holds the potential for making feasible the compensation of the victims of mass wrongs even though each victim has a loss that is too small to justify an individual action. En el mismo sentido: ECKHARDT, Robert C. “Consumer Class Actions”, *en: Notre Dame Law Review*, vol. 45, pp. 663-677. Notre Dame, Indiana, United States: University of Notre Dame.

³¹ Así se dejó claro tanto en la historia fidedigna de la ley como en el mensaje presidencial. La doctrina lo ha destacado. Véase DAM, Kenneth W., *op.cit.* (n. 30), p. 49. (“Every substantive rule of law, or at least those where an action for damages for violation will lie, is intended, to a greater or lesser extent, to affect behavior. In that sense its purpose can be said to be *deterrence*. The availability of the class action, by permitting the accumulation of individual damages into a sizable sum, may strengthen the deterrent effect of the substantive rule. The strengthening can be especially dramatic where, because of the small

la siguiente sección de este trabajo se argumentará que esta afirmación descansa sobre la base de una teoría corporativa demasiado simple.

La diferencia de los supuestos recién descritos justifica un tratamiento procesal diverso. En efecto, es claro que para los casos de daños concentrados resulta aplicable la norma especial del art. 30 DL 211, según la cual “la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar se interpondrá ante el tribunal civil competente de acuerdo a las reglas generales y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario. El tribunal civil, 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”.

En cambio, y a pesar de que no lo disponga expresamente el DL 211, para los casos de daños dispersos parece razonable (así también lo considera la Corte Suprema³²) no recurrir a la norma procedimental del art. 30 DL 211, sino al procedimiento de acción colectiva de protección de intereses colectivos o difusos reglado en los arts. 51 y ss. de la Ley N° 19.496. De este modo, se permite la defensa de los intereses de los consumidores dañados. Es importante destacar que el *White Paper* de la Comisión de las Comunidades Europeas se dirige en la misma línea³³.

size of the individual claims, no action is likely to be brought in the absence of a class action. If the underlying substantive rule promotes overall efficiency (as does, for example, the antitrust rule against price-fixing), then the enhanced deterrence arising from the availability of class actions contributes to overall efficiency”).

³² CORTE SUPREMA. Respuesta al oficio de la Cámara de diputados de fecha 17 de enero de 2012 en relación al Proyecto de Ley 50-2011. <En línea>. [Citado 4 abril 2014] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8490&prmBL=8092-03>. Vistos 4) (“La aplicabilidad de este procedimiento por afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores a raíz de actividades de producción, y entre otras de comercialización de bienes o de prestación de servicios que estén reguladas por leyes especiales, puede entenderse que estaba ya regulada por la ley de protección al consumidor en la letra b) del artículo 2° bis de la misma. Esto porque la norma, haciendo excepción a la premisa general de no aplicar esta ley a las actividades allí descritas cuando estén reguladas por leyes especiales, sí autoriza, como contra excepción, la utilización del procedimiento contenido en esta normativa y el derecho a solicitar indemnización de perjuicios en virtud del mismo, cuando esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios”).

³³ “[...] la comisión considera que hay una clara necesidad de mecanismos que permitan agregar las demandas individuales de las víctimas de infracciones de la normativa de competencia. Los consumidores individuales, pero también las pequeñas empresas, especialmente las que han sufrido un daño puntual y de poco valor relativo, renuncian a menudo a entablar una demanda individual por daños y perjuicios porque ello trae consigo costes, retrasos, incertidumbre, riesgos y cargas. Como consecuencia, muchas de estas víctimas no perciben compensación en la actualidad. En las contadas ocasiones en las que se entablan varias demandas individuales en relación con la misma infracción, los demandantes, demandados y el sistema judicial se enfrentan igualmente a ineficiencias procesales”. COMISIÓN EUROPEA, *White Paper...* (n. 12), p. 4. Énfasis omitido.

Como se adelantó, la prueba del daño en casos de libre competencia resulta bastante compleja debido al dinamismo de la economía. El contrafáctico en teoría es simple: comparar el escenario en que se cometió el ilícito con otro en el cual no se hubiese cometido. “En el caso de los sobrepuestos o mayores costos, el daño está determinado por la diferencia entre el precio ilícitamente cobrado y el precio que habría existido de no mediar conducta ilícita. Por su parte, en el caso de conductas excluyentes, el daño está dado por la comparación del desempeño de un agente económico víctima de una conducta anticompetitiva en el mercado hipotético en que dicha conducta no habría existido”³⁴.

Tratándose de los daños concentrados, la dificultad recaerá en la prueba del lucro cesante, toda vez que se basará en una hipótesis más especulativa que la corriente³⁵. Para casos de daños dispersos, las dificultades típicas dicen relación con identificar a las víctimas y descartar transferencias del sobrepuesto (daño). En efecto, como se tratará en los párrafos siguientes, en la medida que el sobrepuesto no afecte directamente al consumidor final es probable que se disemine a lo largo de la cadena de intermediarios.

En efecto, en un juicio civil indemnizatorio, una víctima de daño anticompetitivo debe probar primeramente que existió daño y luego debe determinar su monto; pero además debe probar que ella, en concreto, fue dañada. Esto implica, dependiendo de si se trata de un comprador directo o indirecto, acreditar que no se transfirió el perjuicio a lo largo de la cadena del mercado aguas abajo o que se transfirió en su totalidad, respectivamente. Este tema, denominado como “defensa del *passing-on*”, se tratará a continuación.

2.1.2. *Legitimación activa*

En general, para casos de carteles, las víctimas son numerosas y están ubicadas en distintos lugares de la cadena productiva. Mientras más arriba de dicha cadena se genere el ilícito, será más probable que el daño se disperse “aguas abajo” por medio de la transferencia del sobrepuesto³⁶. Este fenómeno es denominado como “*passing-on*” y constituye

³⁴ LEWIN, Nicolás, *op. cit.* (n. 27), p. 51.

³⁵ Sobre el cálculo de daños véase RUBINFELD, Daniel L. *Antitrust Damages*. En: *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*. Cheltenham, United Kingdom: Edward Elgar, 2012, pp. 378-393. En Chile, el caso paradigmático de daño concentrado es “Chiletabacos”, véase C. Suprema. 25 julio 2013. Rol N°1339-2012. La tramitación del caso demuestra las complejidades que se enfrentan al momento de demandar indemnización de perjuicios por lucro cesante. En efecto, el tribunal de primera instancia rechazó la demanda, luego la Corte de Apelaciones condenó a Chiletabacos a pagar US\$ 2,2 millones a Philip Morris como perjuicios derivados del abuso de su posición dominante. Finalmente, la sentencia de la Corte de Apelaciones fue confirmada por la Corte Suprema.

³⁶ HARRIS, Robert G y SULLIVAN, Lawrence A. “Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis”, en: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 128, no 2, pp. 269-360. Philadelphia, Pennsylvania, United States: University of Pennsylvania Law School. p.276 (“in a multiple-level chain of distribution, passing on monopoly overcharges is not the exception: it is the rule”). Contrastar con

un resultado natural de la búsqueda de la maximización de beneficios cuando se produce un incremento de costos.

El “passing-on” se suele comprender mejor con un ejemplo. Supongamos que los productores de salmón de una determinada localidad se coluden. Éstos cobran un sobreprecio a los distribuidores mayoristas, quienes a su vez traspasan parte del sobreprecio a los minoristas, y éstos a los consumidores finales. En este ejemplo interactúan diversos sujetos: el “vendedor” es el productor de salmónes, el distribuidor mayorista es el “comprador directo”, el distribuidor minorista es el “comprador indirecto”, y los clientes de los minoristas son los consumidores finales³⁷. El sobreprecio eventualmente se dispersa a lo largo del mercado y la magnitud de dicha eventual transferencia depende de múltiples factores (aunque principalmente de la elasticidad de la demanda y de la oferta)³⁸. La dispersión del sobreprecio y la dificultad de identificar a las reales víctimas operan contra el fin de la compensación³⁹.

Resolver con certeza este problema requeriría contar con información perfecta. Debido a ello, el Derecho puede optar por brindar una solución *práctica*. Por ejemplo, el sistema estadounidense otorga legitimación activa al comprador directo, incluso si hubiese traspasado la totalidad del sobreprecio aguas abajo y consecuentemente no hubiese sufrido daño; y le niega legitimidad activa al comprador indirecto⁴⁰.

LANDES, William M y POSNER, Richard A. “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, *en: The University of Chicago Law Review*, vol. 46, pp. 602-635. Chicago, Illinois, United States: University of Chicago Law School y LANDES, William M y POSNER, Richard A. “The Economics of Passing on: A Reply to Harris and Sullivan”, *en: University of Pennsylvania Law Review*, vol. 128, no 5, pp. 1274-1279. Philadelphia, Pennsylvania, United States: University of Pennsylvania Law School.

³⁷ Una explicación breve y clara en STRAND, Magnus. “The Defense of Passing On: Loss, Gain and the Award of Damages in Private Enforcement of Competition Law” <En línea>. [Citado 2 abril 2014]. Disponible en la World Wide Web: <<http://uu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:306085>>.

³⁸ Véase HARRIS y SULLIVAN, *op. cit.* (n. 36), p. 273. (“We show that the extent of passing on in a particular market depends mainly upon the elasticities of demand and supply”). De acuerdo a esta postura, si el mercado es competitivo, la transferencia del sobreprecio será menor, ya que el oferente deberá reducir al máximo su precio y probablemente deba asumir la carga que implica el mayor costo, a lo menos en parte.

³⁹ CRANE, Daniel A. *op. cit.* (n. 16), p. 166. (“The widely distributed nature of the overcharge and the difficulty in locating the real economic victims work against this goal [compensation]”).

⁴⁰ HANOVER SHOE, INC. v. UNITED SHOE MACHINERY CORP. United States Supreme Court. 392 US 481 (1968); ILLINOIS BRICK CO. v. ILLINOIS. United States Supreme Court. 431 US 720 (1977). Sin perjuicio de que en algunos estados se reconozca legitimidad al comprador indirecto. Véase ELHAUGE, Einer, y GERADIN, Damien. *Global Competition Law and Economics*. 2a edición. Portland, Oregon, United States: Hart Publishing, 2011. pp. 22 y ss. y HOVENKAMP, Herbert. “The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales”, *en: Harvard Law Review*, vol. 103, n° 7, pp. 1717-1731. Cambridge, Massachusetts, United States: Harvard Law School, quien expone las excepciones a la regla federal y argumenta a favor de ampliarlas.

Esta postura genera las siguientes consecuencias: (i) incentiva al comprador directo a demandar, ya que al diseminarse el daño entre los compradores indirectos, éstos enfrentarían costos de litigación mayores al beneficio esperado del juicio, lo que no ocurre con el comprador directo; (ii) como consecuencia del punto anterior, se refuerza la aplicación de la ley por vía privada; (iii) el comprador directo se puede enriquecer ilícitamente en caso que haya traspasado los mayores costos a sus consumidores, a su vez éstos ven imposibilitada su reparación si se les transfirió el mayor costo; (iv) se evita la duplicidad de responsabilidad que se generaría en caso de acoger demandas tanto de compradores directos como indirectos; (v) se evita la prueba de la defensa del *passing-on*, que ha sido calificada por la Corte Suprema de EEUU como una tarea insuperable⁴¹.

El modelo europeo, según lo planteado en el “White Paper”, en cambio, se enfoca en la compensación de las víctimas como principio rector —a pesar de que su predecesor tenía como finalidad principal la disuasión⁴². En consecuencia, este sistema acoge la defensa del *passing-on*, le otorga legitimidad activa al comprador indirecto y establece una presunción simplemente legal de que el sobreprecio se ha traspasado íntegramente al consumidor final⁴³.

Algunas consecuencias de esta postura son las siguientes: (i) puede generar duplicidad de responsabilidad en el caso que demanden perjuicios tanto el comprador directo como el indirecto; (ii) puede generar enriquecimiento ilícito del comprador directo en caso que haya traspasado el sobreprecio y obtenga indemnización mayor a la fracción que no pudo traspasar aguas abajo; (iii) se otorga acción a los compradores indirectos a pesar de que tienen escasos incentivos para demandar en virtud de los costos de litigación; y (iv) se debe lidiar con la difícil tarea de la prueba del traspaso de costos.

En efecto, al otorgar acción al comprador indirecto y aceptar la defensa del *passing-on*, se dispersa radicalmente el número de víctimas, con lo cual también disminuyen los incentivos a demandar. Si bien *en abstracto* este problema se podría solucionar por medio de acciones de clase, la compensación de los consumidores parece ser menos eficaz que lo deseado incluso cuando se recurre a mecanismos de acumulación de pretensiones. La realidad estadounidense es ilustrativa de este punto.

⁴¹ HANOVER SHOE, INC. v. UNITED SHOE MACHINERY CORP. United States Supreme Court. 392 US 481 (1968), párr. 493. (“Since establishing the applicability of the passing-on defense would require a convincing showing of each of these virtually unascertainable figures, the task would normally prove insurmountable”).

⁴² Véase WILS, Wouter P. J. The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, *en*: *World Competition*, vol. 32, n° 1, pp. 3-26 y CRANE, Daniel A., *op. cit.* (n. 16), p. 205.

⁴³ COMISIÓN EUROPEA, *White Paper*... (n. 12), Puntos 1.2, 2.1, 2.6 y 2.7

Al notar que los costos de indemnizar a los consumidores eran generalmente prohibitivos, unos abogados estadounidenses idearon maneras por medio de las cuales aquéllos pudiesen ser compensados⁴⁴. Uno de tales métodos consiste en celebrar acuerdos en que los demandados se obligan a emitir cupones a favor de los miembros de la clase afectada para que éstos adquieran bienes de aquéllos. Sin embargo, a menudo los cupones terminan sin ser exigidos o utilizados⁴⁵. Además, de este fenómeno de “no uso”, se debe tener en consideración que la emisión de los cupones puede generar que los demandados suban los precios de sus productos, eliminando el beneficio de la compensación⁴⁶.

Estas dificultades del régimen de compensación en EEUU han generado potentes críticas; por ejemplo, el Juez Richard Posner, en un clásico artículo, señaló que “[n]o existe ningún método practicable para localizar y reembolsar a los consumidores que hace varios años atrás pudieron haber pagado de más por un cepillo de dientes”⁴⁷. Sin embargo, gracias al avance de la tecnología, tanto en materia de contabilidad como en medios de pago, pareciera que dicha afirmación es demasiado pesimista para nuestros días. No obstante, hay que reconocer que el costo administrativo de la compensación puede ser bastante considerable, quizás superior a la misma compensación, y que ésta sólo alcanzaría a un subgrupo de consumidores, quienes probablemente sean los más sofisticados por tener acceso a una cuenta corriente o a crédito.

3. “ENFORCEMENT” PRIVADO, ¿DISUASIÓN POR LA VÍA DE LA COMPENSACIÓN?

3.1. ¿Disuasión por la vía de daños punitivos?

Si se pretendiera otorgar un carácter retributivo a la reparación, a fin de potenciar la disuasión de prácticas competitivas, se debería recurrir a la institución de los daños punitivos. Éstos son ampliamente utilizados en el sistema jurídico estadounidense, con dos objeti-

⁴⁴ CRANE, Daniel A., *op. cit.* (n. 16), pp. 168 y ss.

⁴⁵ Véase LESLIE, Christopher R. “The Need to Study Coupon Settlements in Class Action Litigation”, *en: Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 18, no 4, pp. 1395-1418. Washington, DC, United States: Georgetown University Law Center.

⁴⁶ Véase POLINSKY, Mitchell A y RUBINFELD, Daniel L. “A Damage-Revelation Rationale for Coupon Remedies”, *en: Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 23, no 3, pp. 653-661. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press; CRANE, Daniel A., *op. cit.* (n.16), p.168. (“Further, the issuance of coupons may simple encourage the defendants to raise the price of their products, thus wiping any compensatory benefit, or it may cause inefficient overconsumption by the compensated class”).

⁴⁷ POSNER, Richard A. “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach”, *en: Stanford Law Review*, vol. 21, no 6, pp. 1562-1606. Stanford, California, United States: Stanford Law School. p. 1590. Traducción del autor (“There is no feasible method of locating and reimbursing the consumer who several years ago may have paid too much for a toothbrush [...]”).

vos, que, en el fondo, son dos caras de la misma moneda; (i) disuadir eventuales infracciones y (ii) incentivar a las víctimas a demandar su indemnización.

En palabras de Enrique Barros,

“[l]a responsabilidad civil asume un carácter punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causado. En este caso, la indemnización es otorgada al demandante, al menos en parte, en la forma de una pena civil, que es retributiva respecto de un comportamiento particularmente impropio, y es una sanción disuasiva, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que estén en posición de incurrir en la conducta reprochable. [...] la indemnización punitiva participa de la sanción penal, en la medida que su propósito sancionador y disuasivo se logra mediante una pena que no atiende al daño efectivamente sufrido por el demandante”⁴⁸.

En la tradición del derecho civil no se reconocen formalmente los daños punitivos, en cambio, esta institución ha subsistido en el derecho anglosajón. Es interesante recalcar que “ha subsistido”, pues en el derecho romano se contemplaba la pena privada como una fracción de la indemnización (*poena*), la cual se sumaba a la parte meramente compensatoria (expresada por el *quod interest*). También en el derecho germano medieval la reparación era a la vez una pena y una compensación⁴⁹.

Como señala Luis Díez-Picazo, es probable que la existencia de los daños punitivos en algunos ordenamientos jurídicos se deba a la herencia de la Ley Aquilia en su pureza, sin la evolución que en ella introdujo la doctrina iusnaturalista. Sin embargo, en los derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por normas administrativas⁵⁰. En opinión de dicho autor,

“hay que sostener que la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo continental y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del co-

⁴⁸ BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 304.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 304.

⁵⁰ DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid, España: Civitas, 1999. p. 44.

mún o lo que es lo mismo al Tesoro público. [...] el daño se indemniza a quien lo sufre y en la medida que lo sufre”⁵¹.

Independientemente de que se comparta el punto de vista del profesor Díez-Picazo, es preciso tener en mente algunos efectos no deseados que podría generar la incorporación de daños punitivos en nuestro sistema jurídico. De partida, se podrían presentar problemas de seguridad jurídica asociados a garantías substantivas y procesales, toda vez que la sanción pecuniaria presentaría las características de una pena y no estaría sujeta a los estándares especiales del proceso sancionatorio. Además, los daños punitivos podrían operar como un incentivo a la litigación especulativa, puesto que los beneficios esperados de los juicios aumentan tanto por la vía de condenas efectivas como por eventuales acuerdos que se puedan lograr mediante la intimidación de la contraparte. Lo anterior favorece la expansión de las acciones judiciales sin mérito, en especial sobre la base de pactos de *quota litis*⁵².

Cabe recordar la experiencia estadounidense en esta materia⁵³. Dicha realidad demostró que la litigación privada puede ser utilizada con fines abusivos e incluso anticompetitivos. Desde un punto de vista de incentivos, no cabe dudas que los daños punitivos jugaron un rol relevante en la excesiva interposición de demandas y en el hecho de que los demandados llegaran a acuerdos en contiendas sin claros fundamentos⁵⁴.

3.2. Efecto disuasorio de la aplicación privada de las leyes de libre competencia

Como destaca Daniel A. Crane, “[a] diferencia de otras áreas del Derecho en las cuales el valor disuasorio de la aplicación privada de la ley ha sido cuestionado, el éxito de la disuasión de las demandas privadas de libre competencia ha sido largamente tomado como un hecho”⁵⁵. Esta creencia ha motivado diversas reformas legales en pos de potenciar la litigación privada. Ya se destacó el caso de la Unión Europea, pero diversas jurisdicciones actualmente evalúan potenciar la prevención de ilícitos fortaleciendo el papel de las demandas privadas⁵⁶. En lo que sigue se comparará el fin de esta reforma –incrementar la disuasión de ilícitos anticompetitivos– con el resultado esperado de dicha medida.

⁵¹ *Ibíd.*, 46 y 47.

⁵² BARROS BOURIE, E., *op. cit.* (n. 48), pp. 306 y 307. Véase también DIEZ-PICAZO, L., *op. cit.* (n. 50), pp. 45 y ss. y en general LANDES, William M y POSNER, Richard A. “The Private Enforcement of Law”, *en: The Journal of Legal Studies*, vol. 4, no 1, pp. 1-46. Chicago, Illinois, United States: University of Chicago Press.

⁵³ Véase SALOP, S. y WHITE, L., *op. cit.* (n. 18).

⁵⁴ Véase CRANE, Daniel A., *op. cit.* (n. 16), pp. 63 y ss.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 175. Traducción libre del autor (“Unlike other fields of law in which the deterrent value of private enforcement has been questioned, the deterrent success of private antitrust enforcement is largely taken for granted”). Citas omitidas.

⁵⁶ Este fenómeno resulta curioso. En palabras de Díez-Picazo: “Es verdad que la función punitiva estuvo

Al analizar el complemento de la función disuasoria por medio de la aplicación privada de las leyes de libre competencia surgen dos órdenes de problemas; uno vinculado a particularidades del régimen de reparación y otro relativo al sujeto pasivo de la sanción. Si bien es cierto que la indemnización de perjuicios puede complementar el monto de la multa a fin de solucionar el problema de montos máximos insuficientes y de eventuales conflictos con el principio de proporcionalidad, la dispersión del daño genera una tendencia a la inacción y dificulta la reparación incluso si actúa una institución calificada en representación de los consumidores afectados⁵⁷, como ha demostrado la experiencia estadounidense.

En relación al sujeto pasivo de la sanción, la disuasión derivada de mayores indemnizaciones de perjuicios se dirigiría “única o principalmente”⁵⁸ a la compañía, resultando aplicables los límites propios de las sanciones corporativas vinculados a la relación de agencia que existe al interior de la firma, como se expondrá en los párrafos siguientes. Asimismo, debido al tiempo que demora la tramitación de un juicio civil existe un riesgo considerable de que los gerentes que tomaron la decisión anticompetitiva no trabajen en la empresa al momento del pago de la indemnización⁵⁹.

3.3. Sujeto de las multas y época del pago

La tesis según la cual el aumento de sanciones pecuniarias enfocadas en las empresas genera *necesariamente* un mayor nivel de disuasión supone que la firma reacciona al incentivo al igual que un individuo racional. Si bien esta concepción organizacional fue la base de trabajos muy influyentes⁶⁰, hoy en día se ha abandonado, debido a que no considera los conflictos de interés que subyacen a la organización empresarial.

en los orígenes de normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, pero hay que entender que en la actualidad es por completo ajena a ellas. Más aún, como tendremos ocasión de comprobar, toda la evolución del Derecho europeo continental consistió a lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de la primitiva función punitiva que pudieran haber tenido. En los Derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompañadas a veces por lo que se ha llamado el Derecho administrativo sancionador”. DIEZ-PICAZO, L., *op. cit.* (n. 50), p. 44.

⁵⁷ En nuestro caso, véase el art. 51 de la Ley N° 19.496 Establece Normas Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

⁵⁸ Algunos críticos son más moderados con respecto a los alcances de la relación de agencia, por ejemplo: HARRINGTON JR., Joseph. “Comment on Antitrust Sanctions”, *en: Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, pp. 41–51.

⁵⁹ CRANE, Daniel A., *op. cit.* (n. 16), pp. 177 y ss.

⁶⁰ Por ejemplo, LANDES, William M., *op. cit.* (n. 26) y POSNER, Richard A. “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”, *en: American Criminal Law Review*, vol. 17, pp. 409-418. Washington, D.C., United States: Georgetown University Law Center.

En efecto, la teoría moderna de la firma reconoce que existen diversas motivaciones dentro de la estructura corporativa y postula que los administradores actúan en beneficio de la compañía persiguiendo su interés individual⁶¹. En otras palabras, el gerente o director cumple su deber fiduciario calculando los costos y beneficios que ello implica. En consecuencia, al momento de tomar decisiones que pueden tener consecuencias ilícitas, el administrador suele examinar cómo maximizar su propio beneficio más que el de la empresa⁶².

Considerando que los juicios de indemnización de perjuicios tomarán, en promedio, alrededor de 4 años en terminar⁶³; que los administradores no deberán desembolsar dinero propio en la defensa judicial de la empresa; y que en caso de perder el juicio la sanción será pagada con cargo al dinero de los accionistas, resulta poco probable que la amenaza de indemnizaciones corporativas disuada a los tomadores de decisiones.

4. CONCLUSIONES

Este trabajo ha analizado las dos justificaciones que se suelen plantear al momento de postular reformas que potencien las demandas de indemnización de daños anticompetitivos: compensación y disuasión. Se recalcó que los daños anticompetitivos son más amplios que los daños indemnizables y que resulta útil clasificar éstos en daños concentrados y dispersos. Luego se mencionó que respecto a cada tipo de daño existen obstáculos que operan en contra de la compensación. En efecto, tratándose de daños concentrados, el lucro cesante deberá basarse en un escenario más hipotético que el corriente. En relación a los daños dispersos, los bajos incentivos a demandar requieren el funcionamiento de un sistema de acciones colectivas que permita identificar con claridad a las víctimas y el diseño de remedios eficaces.

⁶¹ Véase HART, Oliver D. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995; WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York, United States: Free Press, 2010; KRAAKMAN, Reinier H. “Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls”, *en: Yale Law Journal*, vol. 93, n° 5, pp. 857-900. New Haven, Connecticut, United States: Yale Law School; HART, Oliver D. “An Economist’s Perspective on the Theory of the Firm”, *en: Columbia Law Review*, vol. 89, n° 7, pp. 1757-1774. New York, United States: Columbia Law School.

⁶² Véase COFFEE JR., John C. “No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, *en: Michigan Law Review*, vol. 79, n° 3, pp. 386-459. Michigan, United States: University of Michigan Law School. (“the “real world” corporation manager may view corporate participation in criminal activities from the standpoint of how to maximize his own ends, rather than those of the firm”).

⁶³ Considerando como modelo el caso Chiletabacos. Véase C. Suprema. 25 julio 2013. Rol N°1339-2012. La demanda civil se presentó en julio de 2009 ante el 10° Juzgado Civil de Santiago.

En el Derecho comparado se han planteado alternativas. Si bien el sistema de cupones demuestra una creatividad admirable, la realidad demuestra que muchas víctimas no son compensadas o que, derechamente, la industria se encarga de traspasar los costos de las sanciones por medio de precios más altos o limitando los productos a los cuales se puede acceder por medio de los cupones. Cabe destacar que el sistema de administración de la regla indemnizatoria también genera costos. En este sentido, una eventual reforma debería considerar, por una parte, la eficacia de la reparación y, por el otro, la eficiencia de la administración de justicia.

Este trabajo, asimismo, argumentó que las indemnizaciones de perjuicios de daños anticompetitivos no potencian significativamente la disuasión de ilícitos. De partida, se planteó que resulta inconveniente ampliar la compensación al ámbito retributivo por la vía de los daños punitivos, ya que son ajenos a nuestra cultura jurídica y tienden a generar efectos indeseables, como litigación especulativa e incluso anticompetitiva. Luego, al considerar la posibilidad de potenciar la disuasión por la vía de la compensación, se concluyó que esta alternativa no genera incentivos para dirigir el comportamiento de los administradores corporativos en pos del cumplimiento de la ley (conclusión que también resulta aplicable en un escenario de daños punitivos). De hecho, considerando la posibilidad de obtener beneficios con rapidez y una mera posibilidad de condena, cuyo costo no sería internalizado, más bien parecen existir incentivos en sentido contrario.

No obstante, no pretendo brindar una opinión totalmente pesimista del rol de la indemnización de daños generados por ilícitos anticompetitivos, sino recalcar que los argumentos que se suelen plantear al momento de postular su fortalecimiento se basan en apreciaciones que no son coincidentes con las experiencias comparadas ni con estructuras de incentivos dirigidas apropiadamente. Si bien creo que la disuasión es un fin que no puede ser perseguido por esta vía (salvo quizás por un sistema de acciones derivativas), el análisis de los casos nacionales permite concluir que nuestros tribunales han interpretado la ley del modo más adecuado para indemnizar a las víctimas, tanto respecto de la prueba del lucro cesante en materia de daños concentrados, como en relación al procedimiento aplicable a la indemnización de daños dispersos y a la legitimidad del SERNAC para representar a los consumidores en el juicio civil sin necesidad de que aquél actúe como parte en el juicio antimonopólico. Ya será momento de evaluar la efectividad de los mecanismos de compensación. Es de esperar que se consideren las experiencias comparadas a fin de no mermar la eficacia de la reparación.

BIBLIOGRAFÍA

BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

- COASE, Ronald H. “The Nature of the Firm”, en: *Economica*, vol. 4, no 16, pp. 386-405.
- COFFEE JR., John C. “No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, en: *Michigan Law Review*, vol. 79, n° 3, pp. 386-459. Michigan, United States: University of Michigan Law School.
- CONNOR, John M., y LANDE, Robert H. “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”, en: *Cardozo Law Review*, vol. 34, pp. 427-845. New York, United States: Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6ª edición. Boston, United States: Prentice Hall, 2011.
- CRANE, Daniel A. *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. New York, United States: Oxford University Press, 2011.
- DAM, Kenneth W. “Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest”, en: *The Journal of Legal Studies*, vol. 4, n° 1, pp. 47-74. Chicago, Illinois, United States: University of Chicago Law School.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid, España: Civitas, 1999.
- EASTERBROOK, Frank H. “Limits of Antitrust”, en: *Texas Law Review*, vol. 63, n°1, pp. 1-40. Austin, Texas, United States: University of Texas School of Law.
- ECKHARDT, Robert C. “Consumer Class Actions”, en: *Notre Dame Law Review*, vol. 45, pp. 663-677. Notre Dame, Indiana, United States: University of Notre Dame.
- ELHAUGE, Einer, y GERADIN, Damien. *Global Competition Law and Economics*. 2a edición. Portland, Oregon, United States: Hart Publishing, 2011.
- FOX, Eleanor M., y CRANE, Daniel A. *Global Issues in Antitrust and Competition Law*. St. Paul, Minnesota, United States: Thomson/West, 2010.
- GINSBURG, Douglas H. y WRIGHT, Joshua D. “Antitrust Sanctions”, en: *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, pp. 3-39.
- HARRINGTON JR., Joseph E. Detecting Cartels. En: BUCCIROSSI, Paolo. *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2008, pp. *-*.
- HARRINGTON JR., Joseph. “Comment on Antitrust Sanctions”, en: *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, pp. 41–51.
- HARRIS, Robert G y SULLIVAN, Lawrence A. “Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis”, en: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 128, no 2, pp. 269-360. Philadelphia, Pennsylvania, United States: University of Pennsylvania Law School.
- HART, Oliver D. “An Economist’s Perspective on the Theory of the Firm”, en: *Columbia*

Law Review, vol. 89, no 7, pp. 1757-1774. New York, United States: Columbia Law School.

Hart, Oliver D. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995.

HOVENKAMP, Herbert. “The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales”, en: *Harvard Law Review*, vol. 103, n° 7, pp. 1717-1731. Cambridge, Massachusetts, United States: Harvard Law School.

KRAAKMAN, Reinier H. “Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls”, en: *Yale Law Journal*, vol. 93, n° 5, pp. 857-900. New Haven, Connecticut, United States: Yale Law School.

LANDES, William M. “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, en: *University of Chicago Law Review*, vol. 50, pp. 652-678. Chicago, Illinois, United States: University of Chicago Law School.

LANDES, William M y POSNER, Richard A. “Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick”, en: *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, pp. 602-635. Chicago, Illinois, United States: University of Chicago Law School.

LANDES, William M y POSNER, Richard A. “The Economics of Passing on: A Reply to Harris and Sullivan”, en: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 128, no 5, pp. 1274-1279. Philadelphia, Pennsylvania, United States: University of Pennsylvania Law School.

LANDES, William M y POSNER, Richard A. “The Private Enforcement of Law”, en: *The Journal of Legal Studies*, vol. 4, no 1, pp. 1-46. Chicago, Illinois, United States: University of Chicago Press.

LESLIE, Christopher R. “The Need to Study Coupon Settlements in Class Action Litigation”, en: *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 18, no 4, pp. 1395-1418. Washington, DC, United States: Georgetown University Law Center.

LEWIN, Nicolás. “Indemnización de perjuicios por atentados a la libre competencia: el daño anticompetitivo, su relación con el daño civil y la determinación de los perjuicios”, en: *Revista Anales Derecho UC, Temas de libre competencia*, n°6, pp.43-62. Santiago, Chile: Centro de Libre Competencia UC.

LIZANA, Claudio. “*Indemnización de Perjuicios derivados de los Ilícitos a la Libre Competencia: ¿Se pueden establecer mecanismos más efectivos?*”. *El Mercurio Legal*, junio 8, 2013.

POLINSKY, Mitchell A y RUBINFELD, Daniel L. “A Damage-Revelation Rationale for Coupon Remedies”, en: *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 23, no 3, pp. 653-661. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª edición. Chicago Illinois, United States: University

of Chicago Press, 2001.

POSNER, Richard A. “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach”, en: *Stanford Law Review*, vol. 21, no 6, pp. 1562-1606. Stanford, California, United States: Stanford Law School.

POSNER, Richard A. “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”, en: *American Criminal Law Review*, vol. 17, pp. 409-418. Washington, D.C., United States: Georgetown University Law Center.

RUBINFELD, Daniel L. Antitrust Damages. En: *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*. Cheltenham, United Kingdom: Edward Elgar, 2012, pp. 378-393.

SALOP, Steven C y WHITE, Lawrence J. “Economic Analysis of Private Antitrust Litigation”, en: *Georgetown Law Journal*, vol. 74, pp. 1001-1064. Washington, D.C., United States: Georgetown University Law Center.

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

VARIAN, Hal R. *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach*. New York, United States: W.W. Norton, 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York, United States: Free Press, 2010.

WILS, Wouter P. J. “Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require Not Only Fines on Undertakings, But also Individual Penalties, and in Particular Imprisonment?”. En: EHLERMANN, Claus-Dieter y ATANASIU, Isabela (comp). *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*. Portland, Oregon, United States: Hart Publishing, 2003, pp. 411-452.

WILS, Wouter P. J. The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, en: *World Competition*, vol. 32, n° 1, pp. 3-26.

Hiperenlaces:

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.911 Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. <En línea>. [Citado 3 abril 2014] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19911/HL19911.pdf>>.

COMISIÓN EUROPEA. Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules. <En línea>. Bruselas, diciembre 19, 2005 [Citado 4 abril 2014]. Disponible en la World Wide Web: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672:EN:NOT>>.

COMISIÓN EUROPEA. White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust

rules. <En línea>. Bruselas, febrero 4, 2008 [Citado 4 abril 2014] Disponible en la World Wide Web: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>>.

CORTE SUPREMA. Respuesta al oficio de la Cámara de diputados de fecha 17 de enero de 2012 en relación al Proyecto de Ley 50-2011. <En línea>. [Citado 4 abril 2014] <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8490&prmBL=8092-03>.

MINISTERIO DE ECONOMÍA. Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia <En línea>. 2012 [Citado 1 abril 2014]. <<http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>>.

STRAND, Magnus. “The Defense of Passing On: Loss, Gain and the Award of Damages in Private Enforcement of Competition Law” <En línea>. [Citado 2 abril 2014]. Disponible en la World Wide Web: <<http://uu.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:306085>>.

WAELEBROECK, Denis, SLATER, Donald y EVEN-SHOSHAN, Gil. “Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. Comparative report”. <En línea>. Bruselas, agosto 31, 2004 [Citado 2 abril 2014]. Disponible en la World Wide Web: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf>.

Jurisprudencia:

C. Suprema. 24 septiembre 2013. Rol N° 5308-12.

C. Suprema. 7 septiembre 2012. Rol N° 2578-12.

C. Suprema. 25 julio 2013. Rol N°1339-2012.

ILLINOIS BRICK CO. v. ILLINOIS. United States Supreme Court. 431 US 720 (1977).

HANOVER SHOE, INC. v. UNITED SHOE MACHINERY CORP. United States Supreme Court. 392 US 481 (1968).

TDLC. 15 enero 2014. Rol C 224-11. Sentencia 133/2014.

TDLC. 30 enero 2014. Rol C 223-11. Sentencia 134/2014.

TDLC. 31 enero 2012. Rol C 184-08. Sentencia 119/2012.

TDLC. 17 noviembre 2011. Rol C 196-09. Sentencia 115/2011.

