

Daños por ilícitos anticompetitivos entre Tabacaleras*

*Cristián Banfi del Río***

RESUMEN

Valiéndose de elementos de derecho nacional y extranjero, este artículo analiza algunos de los aspectos sustantivos más relevantes tratados en el primer litigio de responsabilidad civil por infracción a la libre competencia que la Corte Suprema falla bajo la vigencia del actual artículo 30 del Decreto Ley 211, que involucró a tan acérrimas competidoras como Philip Morris y Compañía Chilena de Tabacos.

Conducta anticompetitiva – lucro cesante – causalidad

Damages for antitrust conduct between tobacco companies

ABSTRACT

By using elements of national and foreign laws, this article analyzes some of the most important substantive issues dealt with in the first case on tort liability for anticompetitive conduct that the Supreme Court decides under article 30 of Decree Law Nº 211 in force, which involved as hostile competitors as Philip Morris and Compañía Chilena de Tabacos.

Anticompetitive conduct – loss of profits – causation

* Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt de Iniciación Nº 11121336, titulado “Revisión crítica de la responsabilidad civil por daños entre competidores por conductas anticompetitivas en Chile”.

** Licenciado en derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Abogado; Doctor en Derecho, University of Cambridge. Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile. Correo electrónico: cristian.banfi@gmail.com

Artículo recibido el 7 de febrero de 2014 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 29 de octubre de 2014.

I. INTRODUCCIÓN

El 25 de julio del año pasado la Excma. Corte Suprema se pronunció por primera vez en un litigio sobre responsabilidad civil por ilícito anticompetitivo acerca del artículo 30 DL 211¹, dirimiendo el complicado y extenso pleito entre Philip Morris (PM) y Compañía Chilena de Tabacos (CCT), tenaces rivales en el mercado chileno de la venta de cigarrillos (Mercado Relevante)².

Este juicio se fundó en sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), confirmada por la Corte Suprema, que declaró que CCT había abusado de su posición dominante al imponer barreras artificiales que impidieron a PM ingresar al Mercado Relevante. En efecto, CCT amenazó con no vender sus productos a pequeños distribuidores que comercializaban cigarrillos PM; ofreció crédito a los distribuidores que vendían exclusivamente productos CCT, mientras que exigió pago al contado a quienes publicitaban o vendían productos PM; reemplazó o canjeó los productos PM por los cigarrillos CCT; celebró con diversos distribuidores contratos para la venta y exhibición exclusiva de productos CCT; concedió incentivos económicos a grandes distribuidores bajo la condición de que se abstuvieran de promover productos PM y de que cumplieran ciertas metas de participación en las ventas en un porcentaje tal que implicaba excluir a PM del Mercado Relevante.

En definitiva, CCT fue condenada a pagar una multa de 10.000 UTM, a detener su conducta ilícita y a dejar sin efecto algunas cláusulas pactadas en contratos de exclusividad suscritos con sus distribuidores³.

II. LA DISCUSIÓN EN LAS INSTANCIAS

Posteriormente, PM demandó la responsabilidad extracontractual de CCT. En su libelo, PM solicitó la indemnización del daño emergente “que resulte acreditado en el proceso”, del daño moral infligido a su imagen comercial (pidiendo UF 600.000 más intereses corrientes) y del lucro cesante, ítem que dividió en dos conceptos: (i) las ganancias que no obtuvo entre los años 2002 y 2005 (UF 677.000) pues la conducta de CCT le impidió adquirir 25% del Mercado Relevante, y; (ii) las utilidades que dejará de percibir entre los años 2005 y 2018 (UF 2.240.000), ya que necesitaría 13 años para alcanzar dicha participación.

¹ DFL N° 1, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005.

² Aunque en el 2006 la Corte Suprema resolvió un juicio de idéntica naturaleza este se fundó en un fallo pronunciado por la antigua Comisión Resolutiva, sin que fuese aplicable el actual art. 30 DL 211: “Pivcevic y Otros con Lan Chile y Otros”: 4° Juzgado Civil de Santiago, 22 de junio de 2000, Rol 4831-1997; Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de junio de 2004, Rol 5954-1999; y Corte Suprema, 27 de diciembre de 2006, Rol 5835-2004.

³ Sentencia TDLC N° 26, 5 de agosto de 2005; Corte Suprema, 10 de enero de 2006, Rol 4332-2005.

El fallo de primer grado rechazó la demanda por estimar no acreditados los perjuicios reclamados y el nexo causal entre la infracción y aquellos⁴. PM omitió explicar en qué consiste el supuesto daño emergente y precisar su cuantía; no probó una afectación a su reputación comercial constitutiva de daño moral a la persona jurídica; ni demostró el lucro cesante. En cuanto a este último rubro, la sentencia argumenta, por una parte, que la actora no probó haber hecho las inversiones suficientes —en publicidad y posicionamiento de sus productos, entre otras—, para obtener el 25% del Mercado Relevante ni en un plazo tan breve (un año) desde su ingreso a aquel. Además, la pretensión de PM por adquirir esa participación no se condice con su exigua tasa de crecimiento anual (3%) y con su escasa presencia en Chile, concentrada en Santiago, Valparaíso y Concepción, a diferencia de las ingentes y permanentes inversiones efectuadas por CCT que explican por qué ostenta el 95% del Mercado Relevante. En suma, la participación real de PM en dicho mercado obedecía a una diversidad de concausas⁵. Por otra parte, el fallo negó la existencia de un lucro cesante por el periodo 2006-2018, ya que la indemnización debe circunscribirse a los hechos fijados por el TDLC, sin poder proyectarlos hacia el futuro. En este sentido, la sentencia afirma que *De las probanzas rendidas, no fluye de modo alguno que haya habido una nueva política económica y de marketing por parte de PM, después de la sanción infraccional de que fuera objeto la demandada, por lo que solo se aprecia un afán de enriquecimiento con el menor o ningún esfuerzo*⁶ y agrega que los informes económicos acompañados por PM *han considerado y proyectado sus resultados en cuadros comparativos con mercados muy diferentes al chileno, donde PM ha participado activamente y trabajado fuertemente, con inversiones considerables, para ingresar a los respectivos mercados, lo que ha hecho en forma muy diferente a la actividad desarrollada en nuestro país, sin haber obtenido jamás en este utilidades como las que pretende*⁷.

En contra de dicha sentencia PM interpuso recursos de casación en la forma y apelación, siendo aquel desestimado y este acogido parcialmente⁸. El fallo de alzada rechazó el daño emergente por haber sido demandado incorrectamente y porque los gastos de publicidad y marketing incurridos por la actora para ingresar al Mercado Relevante son propios de su giro y necesarios para generar la renta que habría obtenido si CCT no hubiese cometido el ilícito. En seguida, admitiendo que la lesión al prestigio comercial de una persona jurídica configura un daño moral, se estimó que la pretensión de la actora era infundada. En tercer lugar, la resolución acogió el lucro cesante por el periodo 2002-2005, considerando lo siguiente: (i) el lucro cesante implica evaluar las utilidades que PM habría obtenido en un mercado hipotético, no afectado por el ilícito; (ii) para calcular la cuantía del lucro cesante basta una aproximación razonable: si se

⁴ 10° Juzgado Civil de Santiago, 25 de enero de 2010, Rol 19655-2009.

⁵ “...tales como inversiones en el país...época de ingreso al mercado, medidas de publicidad, fuentes de trabajo, posicionamiento entre los consumidores, la lealtad de estos...”: *ibidem*, cons. 29°.

⁶ *Ibidem*, cons. 29°.

⁷ *Ibidem*, cons. 30°.

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 2011, Rol 1520-2010.

exigiera exactitud en su monto el único beneficiado sería el autor del ilícito⁹; (iii) PM ingresó al Mercado Relevante en 1979 (como continuadora de Tabacalera Internacional S.A.) permaneciendo en este hasta el presente, en tanto que CCT ejecutó sus prácticas anticompetitivas entre 1978 y 2005; (iv) PM efectuó inversiones en publicidad y marketing e incurrió en pérdidas operacionales por \$ 10.000.000.000 entre 2001 y 2005, es decir, realizó inversiones económicas propias de su giro para lograr sus objetivos comerciales, los que no pudo concretar debido a la conducta de CCT; (v) para determinar la participación de PM en el Mercado Relevante debe representarse el *escenario probable y razonable del mercado chileno de cigarrillos al año 2002, suponiendo que las prácticas irregulares de la demandada no hubiesen existido*¹⁰. Si bien de acuerdo con los informes económicos acompañados en autos PM habría alcanzado el 25% del Mercado Relevante, según el curso normal de los acontecimientos jamás habría superado el 3%: con o sin actividad ilícita CCT igualmente ostentaría el 97% del mercado¹¹; (vi) PM sufrió pérdidas inherentes al inicio de toda actividad comercial pero fue CCT quien le impidió adquirir el 3% del Mercado Relevante en 2002¹²; (vii) el lucro cesante por el período 2002-2005 equivale a la diferencia entre las utilidades que PM habría obtenido de no haber sido por la conducta de CCT y aquellas que efectivamente percibió (monto avaluado en UF 48.004). Sin embargo, la Corte desestimó indemnizar el lucro cesante del período 2006-2018 porque PM no probó poseer el 25% del Mercado Relevante y la sentencia del TDLC se limitó a conductas cometidas hasta el 2005¹³. Con todo, el voto disidente del abogado integrante estuvo por acoger esta partida del lucro cesante, pues *las consecuencias patrimoniales de un hecho ilícito pueden extenderse hacia el futuro y más allá del momento en que se comete o sanciona el hecho el lucro cesante*.

III. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por CCT y el recurso de casación en el fondo presentado por PM¹⁴. CCT alegó que los jueces del fondo no tenían competencia para ordenar la indemnización de perjuicios emanados de hechos distintos (sucedidos entre 1978 y 2005) a aquellos

⁹ *Ibidem*, cons. 19°.

¹⁰ *Ibidem*, cons. 31°.

¹¹ *Ibidem*, cons. 33°.

¹² [L]a prueba aportada por la demandante permite presumir, con la gravedad y precisión que exige el artículo 1712 del Código Civil, en relación con el artículo 426 del estatuto de Procedimiento Civil, que razonablemente su participación en el mercado nacional puede determinarse en un 3% al año 2002, considerando 1979 como su año de ingreso al mercado chileno de cigarrillos y de no mediar las conductas anticompetitivas de la demandada: *ibidem*, cons. 34°.

¹³ [C]onsiderando que la presente causa tiene por fundamento el injusto monopolístico objeto de sanción por fallo declarativo ejecutoriado, no es dable hacer estimaciones económicas del todo especulativas sobre la base de un porcentaje de mercado no probado en la causa y de supuestas conductas anticompetitivas no establecidas por el tribunal competente: *ibidem*, cons. 45°.

¹⁴ Corte Suprema, 25 de julio de 2013, Rol 1339-2012.

establecidos por el TDLC (acaecidos en el 2002) y reclamó el vicio de *ultra petita*, sosteniendo que los jueces de la instancia dieron por acreditado el nexo causal a pesar de no haber sido alegado por PM. La Corte Suprema sostuvo, con arreglo al artículo 30 DL 211, que los tribunales civiles son competentes en la materia y que la causalidad es inherente a la responsabilidad civil, luego esta necesariamente la incluye. Asimismo, CCT dedujo recurso de casación en el fondo por infracción de los artículos 30 DL 211, 2314 y 2329 CC, entre otros¹⁵, lo que en su concepto influyó sustancialmente en que se acogiera parcialmente la indemnización del lucro cesante. CCT sostuvo que la sentencia recurrida (i) se extendió a hechos distintos de los sancionados por el TDLC y, por ende, no probados; (ii) aplicó el efecto de cosa juzgada del fallo del TDLC a una persona jurídica (Tabacalera Internacional S.A.) que no fue parte del proceso tramitado ante el TDLC, siendo que PM recién fue constituida el 2001; (iii) prescindió del requisito de la certidumbre del daño; (iv) tuvo por acreditada la causalidad y el lucro cesante en circunstancias que no fueron probados; (v) asignó valor probatorio a informes económicos emitidos por consultoras no obstante que estos no constituyen medios de prueba legales; y, (vi) fundándose en simples proyecciones que no forman presunciones judiciales, concluyó que PM tendría el 3% del Mercado Relevante de no haber sido por las conductas de CCT. Con todo, y sin hacerse cargo de estos argumentos, la Corte rechazó el recurso por el solo hecho de contener peticiones alternativas o subsidiarias¹⁶.

Por su parte, en su recurso de casación en el fondo PM acusó que la infracción de los artículos 1556, 2314 y 2329 CC, 4 y 112 COT, y 160 y 173 CPC, lo que determinó que la sentencia recurrida rechazar el daño emergente y el lucro cesante futuro. En primer lugar, a juicio de la demandante quedó demostrado que si CCT no hubiese cometido el ilícito PM tendría una tasa de penetración en el Mercado Relevante del 1,8% anual. Agrega que como en el 2005 PM ostentaba 1,1% del mercado, habría demorado un año en hacerse del 3% del mismo. Luego, desde el 2005 PM dejó de percibir aproximadamente 16.000 UF. En seguida, los gastos de publicidad y marketing (285.000 UF) constituyen un daño emergente resarcible: es una disminución efectiva del patrimonio de PM quien incurrió en dichos gastos en su intento por ingresar al Mercado Relevante, objetivo que fue frustrado por CCT. En tercer lugar, es suficiente reclamar “el daño emergente que resulte acreditado en autos”.

No obstante, la Corte Suprema desestimó el recurso en atención a que los jueces del fondo estimaron que no fueron acreditados los hechos en que sustentaría el lucro cesante futuro y que PM tampoco acreditó haber alcanzado 25% del Mercado Relevante. En cuanto al daño emergente, la Corte declaró que la demanda no especificó en qué consistiría aquel, omisión que no puede ser suplida en el recurso de apelación.

¹⁵ También alegó la vulneración de los artículos 3° inc. 2°, 47, 545, 1437, 1556, 1698, 1702, 1712 y 2053 CC; y 174, 177, 253, 254, 258, 341, 383, 384, 426 y 680 CPC.

¹⁶ Esto *importa dotar al recurso... del carácter de dubitativo, lo que conspira contra su naturaleza de derecho estricto*: Corte Suprema, 25 de julio de 2013, Rol 1339-2012, cons. 9°.

En suma, la Corte Suprema desestimó los recursos por razones concernientes a la naturaleza y fines de estos. De esta manera, no tuvo necesidad de hacerse cargo de los argumentos sustanciales, esgrimidos por las partes, atinentes al daño y a la causalidad.

IV. CAUSALIDAD Y LUCRO CESANTE

De las diversas aristas del litigio en comentario, la relación de causalidad y el lucro cesante son los aspectos que concentran nuestra atención. Justamente, es la habitual falta de causalidad lo que acota la responsabilidad civil en los diversos sistemas jurídicos, como el español¹⁷ y el anglosajón. En este último cabe destacar el caso *Enron Coal Services Ltd (In Liquidation) v. English Welsh & Scottish Railway Ltd.*¹⁸ en que el *Competition Appeal Tribunal* (CAT) por primera vez resolvió una demanda de daños por ilícito anticompetitivo. EWS prestaba los servicios de transporte de carbón a Enron. Esta alegó que EWS realizó prácticas de precios discriminatorias y selectivas que pusieron a Enron en desventaja en la licitación para el transporte ferroviario de carbón a centrales operadas por la empresa Edison. El Departamento de Regulación Ferroviaria del Reino Unido, órgano sectorial encargado de dilucidar la existencia de un atentado a la libre competencia, concluyó que EWS había incurrido en abuso de posición dominante. Basándose en este veredicto, Enron demandó la indemnización de los perjuicios en contra de EWS, haciéndolos consistir en la pérdida de la mencionada licitación y en la pérdida de una oportunidad real de asegurarse un contrato para suministrar carbón a dichas centrales por un plazo de 4 años. Empero, el CAT consideró que estos daños no podían ser imputados exclusivamente al ilícito cometido por EWS, sino que en buena medida dependían de una hipótesis, a saber, la decisión de Edison. Por eso, el CAT concluyó que Enron no logró acreditar una probabilidad mayor a 50% de que le sería adjudicado el contrato. En suma, el fallo del CAT –confirmado en segunda instancia– rechazó el libelo pues la actora no probó, según el *but for test*, un nexo causal directo y necesario entre la infracción y el daño. Este criterio clásico de causalidad, que corresponde a nuestra conocida *condictio sine qua non*, sin dudas es aplicable en estos juicios en que debe determinarse la situación contrafáctica consistente en qué habría sucedido en ausencia de infracción anticompetitiva¹⁹. Pero esto ofrece una dificultad evidente a los demandantes, quienes,

¹⁷ La doctrina y jurisprudencia españolas combinan las teorías naturalísticas y normativas de la causalidad para identificar el hecho ilícito y el sujeto a quien puede imputarse el deber de resarcir los daños originados en dicha infracción: De la Vega García, F., *Responsabilidad civil derivada del ilícito anticoncurrencial: resarcimiento del daño causado al competidor*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 305 y ss; Ortiz Baquero, I., *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 197 y ss.; v. gr., Tribunal Supremo Español, 12 de diciembre de 2008, STS 7514/2008, y 5 de marzo de 2009, STS 1125/2009.

¹⁸ Competition Appeal Tribunal, 9 de febrero de 2010, [2009] CAT 36; Court of Appeal, 19 de enero de 2011, [2011] EWCA Civ 2.

¹⁹ Carrier, Michael, "A tort-based causation framework for antitrust analysis", en *Antitrust Law Journal*, vol. 77, 2011, p. 991.

si bien fundan sus pretensiones en conductas ilícitas acreditadas, en absoluto tienen garantizada una reparación civil²⁰.

Asimismo, el juicio entre PM y CCT sugiere la necesidad de estudiar los criterios para identificar, separar y medir la repercusión de las concausas. En la especie, la complicación no se limitó a la prueba de la cuota de mercado y de las ganancias que PM normalmente habría obtenido en un mercado competitivo, sino que se extendió a las concausas y su incidencia. En principio, no es razonable atribuir el fracaso de un agente económico a las actuaciones anticompetitivas de su contendor si antes no se descartan otras explicaciones plausibles, como los costos de producción e ineficiencias del propio actor; la inflación o deflación; las políticas públicas de intervención de la economía; el ingreso de nuevos agentes en el mercado; la introducción de nuevas tecnologías que disminuyan los costos o incrementen los niveles de producción, el grado de concentración económica en el mercado relevante²¹, etcétera.

La postura de CCT frente al lucro cesante reclamado por PM para el periodo 2005-2018 (en adelante, “lucro cesante futuro”)²² quedó expuesta en el informe en derecho preparado por los profesores Enrique Barros Bourie y Nicolás Rojas Covarrubias, en noviembre del 2010, el que fue acompañado al proceso encontrándose pendientes los recursos de casación en la forma y apelación, pudiendo resumirse de la siguiente forma: (i) es inverosímil pretender que PM habría obtenido 25% del Mercado Relevante el 2002 porque recién comenzó a operar en este un año antes. Además, el TDLC no determinó la época en que CCT inició sus prácticas anticompetitivas. En consecuencia, no es posible afirmar que estas se extendieron entre 1978 y 2005; (ii) el fallo del TDLC se circunscribe a los hechos ocurridos en los 6 meses anteriores a la denuncia de PM (30 de diciembre de 2002). Según el artículo 94 del Código Penal, aplicable en la especie, la acción penal para perseguir faltas prescribe en ese mismo plazo; (iii) la alegación de que PM necesitaría 13 años (desde 2005) para obtener 25% del Mercado Relevante no pasa de ser una mera conjetura. El lucro cesante debe sustentarse en hechos acreditados, lo que no sucede en este caso; (iv) el Mercado Relevante es único y no puede ser comparado con otros mercados no afectados por el ilícito; (v) PM no participó en el Mercado Relevante antes del 30 de junio de 2002. Esto torna imposible cotejar los resultados obtenidos por PM antes y después de la infracción; (vi) el lucro cesante futuro no emanó exclusivamente del ilícito de CCT sino de causas atribuibles a la propia demandante, a saber: la falta de inversión publicitaria, la inferior calidad de sus productos y la inexistencia de una

²⁰ [E]sta sentencia nos recuerda que la realidad de los hechos importa y que la prueba de la causalidad y de la cuantía del daño suelen ser problemas complejos, aun cuando la responsabilidad [la conducta ilícita] sea incontestable: McGrath, B., “Setback to competition damages actions”, en *European Competition Law Review*, vol. 31, 2010, p. 258.

²¹ Ortiz (nota 17), p. 200.

²² Se trata de una pérdida futura o beneficios que la víctima dejó de obtener y que se proyectan a un momento posterior al ilícito. En cambio, la “pérdida de oportunidad” se sitúa en el instante en que se comete la infracción: Roy Pérez, C., “La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España”, en Font i Ribas, A. y Vilá Costa, B. (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 248.

cadena distributiva eficiente. Tanto es así que mientras más invirtió PM en publicidad mayor participación tuvo en el Mercado Relevante²³; (vii) la confluencia de concausas que hacen inteligible la menor cuota de PM en el Mercado Relevante descarta la posibilidad de presumir el vínculo causal a partir de la gravedad del ilícito; (viii) PM no acreditó la diferencia entre las utilidades obtenidas y las que habría podido percibir en condiciones normales de competencia.

Por su parte, la posición de PM respecto del lucro cesante futuro fue defendida en el informe en derecho del profesor Daniel Peñailillo Arévalo, el que fue acompañado en la Corte Suprema. Sus principales argumentos pueden sintetizarse como sigue: (i) el principio de reparación integral ordena indemnizar todo daño; (ii) en vista que el lucro cesante carece de certeza absoluta, correspondiendo a una ganancia esperada y futura (en relación con la fecha del libelo o del fallo), es sensato que a partir de la utilidad producida solo deba acreditarse la probabilidad razonable o verosímil, según el curso normal de las cosas, de percibir un beneficio futuro²⁴; (iii) la sentencia de segunda instancia negó el lucro cesante futuro no porque este no existiera sino porque no pudo ser cuantificado con exactitud, motivo insuficiente para desestimar²⁵; (iv) en la causa fueron probados los hechos en que se estructura el lucro cesante futuro: la conducta ilícita de CCT; el ingreso de PM al Mercado Relevante en el año 1979; y su 3% de participación en el año 2002²⁶; (v) el lucro cesante futuro es probable y razonable: proyectada en el tiempo la ganancia obtenida y probada (2002-2005) se desprende la utilidad futura perdida (2005-2018); (vi) establecida la relación causal entre el hecho de CCT y la no obtención del 3% del Mercado Relevante por PM²⁷, cabe concluir que el lucro cesante futuro forma parte del curso normal de los acontecimientos; (vi) el TDLC dio por probado el nexo causal entre

²³ Esto implica imputar culpa a la víctima, como si el actor reduce sus niveles de producción, no invierte en tecnología o publicidad o no se adecúa a cambios en el funcionamiento del mercado: Ortiz (nota 17), p. 202.

²⁴ V. gr., Morales Moreno, A., *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 35-36; y Gatica Pacheco, S., *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 108 y ss.; Domínguez Águila, R., "Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil V*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 662.

²⁵ "[N]o es dable hacer estimaciones económicas del todo especulativas sobre la base de un porcentaje de mercado no probado en la causa y de supuestas conductas anticompetitivas no establecidas por el tribunal competente: Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 2011, Rol 1520-2010, cons. 45°.

²⁶ [L]a prueba aportada por la demandante permite presumir, con la gravedad y precisión que exige el artículo 1712 del Código Civil, en relación con el artículo 426 del estatuto de Procedimiento Civil, que razonablemente su participación en el mercado nacional puede determinarse en un 3% al año 2002, considerando 1979 como su año de ingreso al mercado chileno de los cigarrillos y de no mediar las conductas anticompetitivas de la demandada (ambas circunstancias ya analizadas): *Ibidem*, cons. 34°.

²⁷ ...todo ello demuestra que Philip Morris... realizó inversiones tendientes a su penetración y mantención en el mercado nacional y que no lo logró, precisamente, debido a las conductas anticompetitivas de la demandada; ...que no se advierte de los antecedentes probatorios allegados al proceso la concurrencia de otras causas... Tampoco existen elementos de juicio para atribuir responsabilidad al actor por deficiencias en sus productos, en el precio de venta o en el sistema de distribución de los mismos...: *Ibidem*, cons. 30° y 33°, respectivamente.

la infracción y la nula venta de cigarrillos PM²⁸. La infracción causó que PM demorara en obtener el 3% del Mercado Relevante y le privó de los ingresos proporcionales a esa cuota en el periodo 2005-2018; (vii) el lucro cesante futuro es física y normativamente atribuible a CCT. No es un daño inverosímil (causalidad adecuada) ni uno que un observador experimentado calificaría de extraordinario (imputación objetiva); y, (viii) la cuota de mercado que PM no pudo adquirir (lucro cesante futuro) corresponde a la utilidad que CCT obtuvo con su conducta ilícita. Esto confirma la relación de causalidad entre la infracción y el daño.

V. REFLEXIONES

1. Este pleito muestra que para el éxito de la acción de responsabilidad civil es menester acreditar que el ilícito anticompetitivo –comportamiento que afecta al mercado y a los consumidores en su conjunto, ocasionando un “daño anticompetitivo”– también irrogó un perjuicio individual a uno o más adversarios concretos²⁹. Para imputar responsabilidad infraccional debe establecerse un nexo causal entre el hecho y el daño anticompetitivo, lo que exige analizar los fines y políticas que subyacen a las normas antimonopolios³⁰. Esta tarea en principio es más ardua que la que consiste en acreditar el vínculo causal en responsabilidad civil, toda vez que esta se cimenta en la relación entre víctima y un autor concretos. Sin embargo, el juicio entre PM y CCT deja de manifiesto que probar la relación causal entre el hecho ilícito y el daño alegado por un particular es tanto o más complicado.
2. El rival afectado debe rendir la compleja prueba del daño (especie y monto) y del nexo causal entre la infracción y aquel. En general, el daño que los contendores se infligen es puramente patrimonial y a menudo consiste en un lucro cesante³¹. Este es un daño futuro que encierra una pregunta hipotética: ¿qué utilidad habría percibido el actor en ausencia de un atentado, la libre competencia? Es decir, *el lucro cesante participa de las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos hipotéticos*, su

²⁸ ...estas actitudes irregulares dentro del adecuado y sano ritmo del comercio, provocan que los productos de la denunciante no se publiciten, no se exhiban, se escondan y que en definitiva su venta sea nula: Corte Suprema, 10 de enero de 2006, Rol 4332-2005, cons. 34º.

²⁹ Araya Jasma, F., “Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 4, 2005, pp. 21-23; Banfi del Río, C., “La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, 2013, p. 225. El daño anticompetitivo constituye un menoscabo al interés público, plasmado en el adecuado funcionamiento del mercado, a diferencia del daño que soportan unos o más agentes del mercado en su patrimonio, como los rivales: Ortiz (nota 17), p. 194.

³⁰ Shapiro, J., “Proof of damages - A causation perspective”, en *Antitrust Law Journal*, vol. 44, 1975, pp. 88-96. De hecho, consciente de los problemas que enfrenta la causalidad en la responsabilidad infraccional en los EE.UU., se postula aprovechar el profundo conocimiento dogmático y jurisprudencial sobre la causalidad fáctica y normativa que existe en la responsabilidad civil: v. gr., Carrier (nota 19), pp. 991-1016.

³¹ Barros Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 260 y 284; Banfi del Río, C., “Reflexiones acerca del daño puramente patrimonial”, en Elorriaga De Bonis, F. (coord.), *Estudios de derecho civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 685-704.

cálculo requiere *una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido y el único criterio utilizable es el del juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo a un curso normal de las cosas*³².

3. La prueba de la causalidad, plausibilidad y cuantía del daño emanado de los ilícitos anticompetitivos (especialmente del lucro cesante), requiere de informes periciales (económicos) y presunciones judiciales. Tratándose de conductas de abuso de posición dominante que obstruyen el ingreso de un nuevo competidor al mercado relevante o a uno ligado y reducen la cuota de un competidor actual, el infractor virtualmente siempre puede aducir que los daños provienen de causas diversas al ilícito. En realidad, es difícil para un nuevo competidor reclamar la pérdida de ganancias futuras debido a la inexistencia de información debido a sus resultados económicos pasados de haber podido operar en el mercado en cuestión. En suma, las conductas de exclusión exigen examinar otras posibles causas del daño reclamado³³.
4. Es imperativo que los jueces civiles se familiaricen con los distintos métodos que permiten acreditar la existencia, probabilidad y extensión del perjuicio que estos ilícitos infligen a particulares. Por ejemplo, el derecho norteamericano conoce diversos procedimientos para cuantificar el daño anticompetitivo y el perjuicio resarcible en sede civil, destacando los siguientes: la comparación del mercado atacado por la infracción con otro análogo no afectado; el contraste entre el periodo en que se cometió la infracción con una etapa previa o posterior en el mismo mercado; la determinación de la cuota de mercado que el actor habría podido adquirir en ausencia de infracción; la fijación del valor presente de los ingresos futuros del demandante que ha sido excluido por prácticas anticompetitivas del rival; etc.³⁴. Todos estos métodos parten de una pregunta hipotética –¿cuál sería la situación de la víctima de no haberse perpetrado la infracción?– y exhiben tanto fortalezas como debilidades. En España ninguno de estos métodos goza de aceptación general y la elección entre los mismos recae en el juez. Entre las principales dificultades que suscita la aplicación de estos métodos destacan el hecho de que los mercados objeto de la confrontación con frecuencia son disímiles en cuanto al nivel de los precios o ventas, las cuotas de mercado o la forma en que se

³² Díez-Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 345. En este sentido, la jurisprudencia hispana requiere probar tanto la relación de causalidad entre el hecho y la pérdida de ganancias como la probabilidad de esta última (estableciéndose los beneficios esperados mediante apreciaciones prospectivas): v. gr., Tribunal Supremo Español, 14 de julio de 2003, STS 4957/2003, y 31 de octubre de 2007, STS 8201/2007.

³³ Roy (nota 22), pp. 242-244.

³⁴ Lewin Muñoz, N., "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 *Anales Derecho UC*, 2011, pp. 43-62.

- desenvuelve la competencia. Asimismo, es posible que no exista un período anterior o falte información referente al modo en que opera un mercado competitivo³⁵.
5. Es necesario convencer a la judicatura nacional que la prueba de la existencia del lucro cesante (que se dejaron de percibir ganancias razonablemente probables y no meras expectativas o posibilidades) debe apreciarse con mayor rigor que la prueba concerniente al monto de las utilidades que el actor no pudo percibir. Como declaró la sentencia de segunda instancia —en línea con una consolidada jurisprudencia estadounidense³⁶—, no debe desestimarse la demanda solo porque no se acredita con precisión el importe del lucro cesante, si la existencia de este es indesmentible. El rechazo de la demanda en estas circunstancias únicamente favorece al infractor³⁷. La certeza absoluta es incompatible con la noción misma de “ganancia frustrada”, que se halla ínsita en el lucro cesante³⁸.
 6. Una alternativa que debiéramos contemplar para situaciones en que no es factible calcular la pérdida o reducción de utilidades experimentada por el actor, consiste en cuantificar la indemnización basada en la ganancia ilícita obtenida por el hechor, siempre que esta pueda medirse con relativa certeza y no sea menor a la utilidad que el demandante razonablemente habría obtenido o esperaba ganar en ausencia de conducta ilícita. El derecho inglés nos provee de un ejemplo. En *Devenish Nutrition v. Sanofi-Aventis* el actor, productor de alimentos para animales, compraba vitaminas del demandado, quien era miembro de un cartel de fabricantes de vitaminas que impuso precios excesivamente altos, siendo sancionados por la Comisión Europea. Pero como el plazo para reclamar la indemnización de perjuicios ante el CAT había expirado y el daño sufrido por el actor era insignificante ya que él había traspasado “aguas abajo” (a diversos avicultores que adquirían sus productos alimenticios) los costos excesivos aplicados por el cartel, el actor demandó “daños restitutorios” ante la *High Court*, vale decir, solicitó la devolución de los pagos hechos en exceso del precio de las vitaminas en un mercado competitivo. Dicho tribunal acogió la demanda y ordenó al demandado restituir las utilidades ilícitamente obtenidas³⁹. Sin embargo, esta sentencia fue revocada en segunda

³⁵ Ortiz (nota 17), pp. 261-267.

³⁶ U.S. Supreme Court, 25 de febrero de 1946, *Bigelow et.al. v. RKO Radio Pictures, Inc.* 237 U.S. 251 (1946), pp. 264-265; U.S. Supreme Court, 19 de mayo de 1969, *Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc.* 395 U.S. 100 (1969), pp. 123-124; U.S. Supreme Court, 18 de mayo de 1981, *J. Truett Payne Company, Inc. v. Chrysler Motors Corporation* 451 U.S. 557 (1981), pp. 565-567.

³⁷ *Que, en la especie se trata de una conducta excluyente del mercado... a fin de... determinar... la indemnización... ha de considerarse el desempeño del agente económico víctima en el mercado hipotético en que dicha conducta contraria a la libre competencia no se habría producido. Por la naturaleza del injusto monopolístico, el lucro cesante, no puede corresponder a una cifra exacta de lo que se dejó de percibir, sino que la prueba debe ser ponderada con el objeto de llegar a una aproximación razonable de los perjuicios ocasionados. Las dificultades para establecer su monto, no pueden beneficiar al autor del ilícito.* Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 2011, Rol 1520-2010, cons. 19º (énfasis agregado).

³⁸ Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, T. I, p. 577; Roy (nota 22), p. 241.

³⁹ High Court (Chancery Division), 19 de octubre de 2007, [2008] 2 All ER 249, § 19, Juez Lewison.

instancia. Para ello se tuvo presente que el derecho inglés admite los daños restitutorios siempre que la indemnización de los perjuicios sea un remedio inadecuado o la prueba del daño sea excepcionalmente compleja, circunstancias que no concurrían en la especie. El tribunal de alzada manifestó su temor de que el remedio restitutorio fuese extendido al derecho de los contratos y sostuvo que la determinación de si la restitución es un mecanismo eficiente para erradicar los acuerdos colusorios es un tema de política pública que no atañe al juez sino al legislador⁴⁰. Este fallo ha sido criticado con vehemencia por académicos partidarios de emplear remedios restitutorios como principal disuasivo de las conductas anticompetitivas, especialmente cuando resulta en extremo complejo probar el daño y el monto de este es nimio, en comparación al provecho obtenido por el infractor⁴¹.

Con todo, compartimos la idea de mantener a la restitución como un recurso subsidiario. Parece más justo –pero más intrincado– cuantificar el lucro cesante atendiendo a las pérdidas sufridas por la víctima y a otras circunstancias asociadas, en particular, al hecho de si la víctima pudo o no adoptar medidas de mitigación (y, en su caso, cuáles implementó u omitió); si la infracción le reportó algún beneficio que pueda ser descontado de la indemnización reclamada; y a la concurrencia de concausas del daño, diversas de la infracción anticompetitiva⁴².

BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA Jasma, F., “Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 4, 2005, pp. 9-32.
- BANFI del Río, C., “La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, 2013, pp. 217-258.
- BANFI del Río, C., “Reflexiones acerca del daño puramente patrimonial”, en Elorriaga De Bonis, F. (coord.), *Estudios de derecho civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 685-704.
- BARROS Bourie, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- BARROS Bourie, E. y Rojas Covarrubias, N., Informe en derecho, 5 de noviembre de 2010, acompañado en Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1520-2010.
- CARRIER, Michael, “A tort-based causation framework for antitrust analysis”, en *Antitrust Law Journal*, vol. 77, 2011, pp. 991-1016.
- DE la Vega García, F., *Responsabilidad civil derivada del ilícito anticompetitivo: resarcimiento del daño causado al competidor*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

⁴⁰ Court of Appeal, 14 de octubre de 2008, [2009] 3 All E.R. 27.

⁴¹ Odudu, O. y Virgo, G., “Remedies for breach of statutory duty”, en *Cambridge Law Journal*, vol. 68, 2009, pp. 32-35; Sheehan, D., “Competition law meets restitution for wrongs”, en *Law Quarterly Review*, vol. 125, 2009, pp. 222-226; Skilbeck, J., “Cartel damages: the Court of Appeal rejects a gain-based remedy”, en *European Competition Law Review*, vol. 30, 2009, pp. 105-106.

⁴² Ortiz (nota 17), pp. 261-270 y 282-289. Un caso en que la indemnización está sujeta a reducción es aquel en que la víctima ha querido continuar vinculada bajo un contrato que, aunque anticompetitivo (y nulo), le provee una ganancia pecuniaria: Roy (nota 22), p. 239.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- DOMÍNGUEZ Águila, R., "Notas sobre el lucro cesante y el perjuicio económico futuro", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de derecho civil V*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 655-669.
- GATICA Pacheco, S., *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959.
- LEWIN Muñoz, N., "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 *Anales Derecho UC*, 2011, pp. 43-62.
- MCGRATH, B., "Setback to competition damages actions", en *European Competition Law Review*, vol. 31, 2010, pp. 258-259.
- MORALES Moreno, A., *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- ODUDU, O. y Virgo, G., "Remedies for breach of statutory duty", en *Cambridge Law Journal*, vol. 68, 2009, pp. 32-35.
- ORTIZ Baquero, I., *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Editorial La Ley, Madrid, 2011.
- PEÑAILILLO Arévalo, D., Informe en derecho, 2 de marzo de 2013, acompañado en Corte Suprema, Rol 1339-2012.
- ROY Pérez, C., "La cuantificación de los daños por infracción de las normas de defensa de la competencia: la experiencia judicial en España", en Font i Ribas, A. y Vilá Costa, B. (dirs.), *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 225-258.
- SHAPIRO, J., "Proof of damages - A causation perspective", en *Antitrust Law Journal*, vol. 44, 1975, pp. 88-96.
- SIERRA Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, T. I.
- SHEEHAN, D., "Competition law meets restitution for wrongs", en *Law Quarterly Review*, vol. 125, 2009, pp. 222-226.
- SKILBECK, J., "Cartel damages: the Court of Appeal rejects a gain-based remedy", en *European Competition Law Review*, vol. 30, 2009, pp. 105-106.

