

EL PLENO RESARCIMIENTO DERIVADO DE COLUSIÓN: SU TRATAMIENTO EN LA
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA EUROPEA Y CHILENA DE COMPETENCIA

The full remedy derived from collusion: its treatment in European and
Chilean competition legislation and jurisprudence

NATALIA BOLÍVAR-GACITÚA*
Universidad de Las Américas

RESUMEN

Este artículo describe el origen del concepto de pleno resarcimiento en la jurisprudencia europea de competencia, su evolución legislativa, sus requisitos y elementos característicos, y los problemas que surgen a consecuencia de su implementación en los países miembros, tales como las obligaciones que genera en las empresas involucradas en un cartel, la defensa “*passing on*” y la cuantificación de los daños que dan origen a las eventuales indemnizaciones de perjuicios en favor de los consumidores. Especial énfasis se pondrá en un estudio comparado entre la legislación y jurisprudencia española, con el sistema jurídico chileno.

PALABRAS CLAVE

Aplicación privada del derecho de la competencia, indemnización de perjuicios, cartel.

ABSTRACT

This article describes the origin of the concept of full compensation in European competition jurisprudence, its legislative evolution, its requirements and characteristic elements, and the problems that arise as a consequence of its implementation in the member countries, such as: the obligations that it generates in the companies involved in a cartel, the “*passing on*” defense and the quantification of the damages that give rise to the eventual compensation of damages in favor of consumers. Special emphasis will be placed on a comparative study between Spanish legislation and jurisprudence and the Chilean legal system.

KEYWORDS

Private enforcement of competition law, compensation for damages, cartel.

1. Introducción

Este artículo analiza las razones en las que se basa la aplicación privada del derecho de la competencia en la jurisprudencia europea y, mediante el análisis de estas, compara la evolución legislativa y jurisprudencial que ha tenido en la legislación española y chilena de competencia.

La investigación se abocará al estudio de la aplicación privada del derecho de la competencia desde una perspectiva jurisprudencial, dogmática, y legislativa. Para el desarrollo de lo anterior, metodológicamente se dividirá en tres secciones:

La primera sección analiza el contenido del concepto de pleno resarcimiento en materia de derecho de la competencia, identificando los criterios jurisprudenciales que lo asentaron en Europa, y su tratamiento en la legislación y jurisprudencia española y chilena, enfocándose particularmente en los elementos que se incluyen en dicho concepto (daño emergente y lucro cesante), en el ámbito de la competencia. La segunda, aborda el problema de la configuración del nexo causal en esta particular materia y cómo ha contribuido, en este sentido, la distinción

* Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho, Universidad de Las Américas. Campus Santiago. Dirección postal: Echaurren 150, Santiago, Chile. Email: nbolivar@udla.cl. Este artículo se enmarca en el Fondo de Investigación Regular UDLA N°CEC_PI_202041. “La aplicación privada del derecho de la competencia en Chile”. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8864-4633>.

en el derecho europeo entre restricciones “*por objeto*” y “*por efecto*”; y la parte tercera y final, concluye con una referencia a la defensa “*passing on*” y su utilidad en materia de indemnización a los consumidores o compradores indirectos, que han sufrido las consecuencias de un sobreprecio a causa de una colusión y cómo se ha logrado configurar, respecto de ellos, el nexo causal entre la conducta anticompetitiva y el daño.

Es sabido que la aplicación privada ha jugado durante mucho tiempo una parte central en el marco de la ley de competencia en Estados Unidos. Esta jurisdicción respaldó desde el principio la idea de generar incentivos para la compensación a través del sistema judicial, los que desempeñarían un papel complementario de crucial aplicación. Por el contrario, en los sistemas de derecho de la competencia basados en una fuerte aplicación pública, la aplicación privada ha desempeñado siempre un papel menor¹.

Sobre su aplicación en Europa, algunos autores² identifican al derecho de la competencia como protector del mercado, de los competidores y también de los consumidores frente a las violaciones que puedan realizar las empresas a las normas defensoras de la competencia (en específico, los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE)³.

Por otra parte, el “*public enforcement*” del derecho de la competencia ha sido bastante exitoso desde el punto de vista económico en la mayoría de los países⁴, aunque su principal objetivo es la defensa del mercado en general y, por lo tanto, las sanciones (multas) aplicadas van en directo beneficio fiscal, lo que amerita que este sistema se complemente con el “*private enforcement*”, el cual tiene como objetivo principal el resarcimiento económico de los perjuicios ocasionados a los consumidores.

Alonso (2018) define la aplicación privada como: “la realizada por los jueces y tribunales pertenecientes a la jurisdicción civil ordinaria en contraposición con la aplicación pública, que es la que realizan las autoridades administrativas de defensa de la competencia”⁵.

Banfi (2013) plantea que es necesario conocer el verdadero impacto del “*private enforcement*” (y de las acciones de daños en particular) y si es que este contribuye a prevenir los actos anti concurrenciales. Si bien el nivel óptimo de prevención es una incógnita, el incremento de las multas y el uso de diversas acciones privadas, según su opinión, no han logrado disuadir la comisión de estos ilícitos sobre todo los carteles. Ante esta realidad se insiste en robustecer la prosecución pública y las acciones privadas como su natural complemento⁶.

¹ OCDE (2015), pp. 3-4.

² CALVO Y SUDEROW (2015), p. 4.

³ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de 2012. Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE) 1. “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”. Artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE): “Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

⁴ En Europa ver el documento Cartel Statics de la Comisión Europea, en España ver el estudio realizado por BORELL et. al. (2015), en Chile ver el estudio realizado por PARDOW (2015).

⁵ ALONSO (2018), p. 3

⁶ BANFI (2013), p. 238.

Contrariamente a esta postura, y siguiendo a Marcos y Sánchez (2008), se puede señalar que la indemnización y la disuasión no deben equipararse del todo, ya que la única función de las acciones antimonopolio privadas será la de indemnizar a las víctimas de la conducta anticompetitiva, mientras que la función disuasoria de estas solo debe considerarse un efecto "colateral" positivo o una función secundaria⁷. Del mismo modo, la principal ventaja de la aplicación privada del derecho de la competencia es la posibilidad cierta para la víctima de reparar de manera efectiva la pérdida o el daño sufrido por la infracción, efecto que no sería posible obtener sólo por medio de la aplicación pública del derecho de la competencia, que, como ya se ha señalado, tiene por finalidad la protección del mercado en general y no de los consumidores en particular.

Además, la acción indemnizatoria en el ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia está orientada de modo directo a la reparación del daño e indirectamente a contribuir a la realización de la competencia en el mercado⁸.

2. El concepto de pleno resarcimiento.

Origen:

La primera manifestación concreta de la aplicación privada del derecho de la competencia en Europa tuvo lugar el año 2001 cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) proclamó en el caso "Courage c. Crehan"⁹, un derecho no recogido en los tratados fundacionales de la (actual) Unión Europea: *"El derecho de cualquier persona a obtener, conforme al Derecho nacional de un Estado miembro, una reparación efectiva de los daños que le fueran causados por la infracción del Derecho de la competencia de la UE"*.

El caso "Courage c. Crehan" es emblemático en este sentido, porque estableció que las partes de un acuerdo ilegal según el art. 101 del Tratado, pueden invocar dicho acuerdo para solicitar indemnizaciones de perjuicios de su contraparte cuando esté acreditado que dicha parte no ha tenido una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia.

El segundo antecedente jurisprudencial importante sobre este tema es el caso "Manfredi"¹⁰, en el cual el Tribunal confirmó la doctrina asentada en la sentencia Courage, permitiéndole a las partes invocar un acuerdo o práctica concertada o prohibida, de acuerdo al mencionado art. 101, para solicitar la indemnización de los perjuicios derivados de dichos acuerdos o prácticas.

Es así como el Tribunal en esta sentencia va un paso más allá y abre la posibilidad para que "cualquier persona" pueda solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un acuerdo o práctica restrictiva de la competencia. El término "cualquier persona", utilizado en la sentencia, tiene un significado amplio al otorgarles legitimación activa, además de a los compradores "directos" e "indirectos", a cualquier otra "parte perjudicada" que hubiese sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del derecho de la competencia¹¹.

Por lo tanto, habiéndose reconocido daños y perjuicios sobre la base de una infracción del artículo 101 (TFUE), se establece el derecho de las personas lesionadas a reclamar una compensación no solo por la pérdida real (daño emergente) de beneficios, sino también por la pérdida de los beneficios esperados (lucro cesante), a consecuencia de un contrato o de una conducta que restrinja o distorsione la competencia¹².

⁷ MARCOS Y SÁNCHEZ (2008), p. 10.

⁸ HERNÁNDEZ- MARTÍ (2018), p. 101.

⁹ "Courage Ltd. contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd. y otros" (2001). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2001. (EU:C:2001:465).

¹⁰ "Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito/Fondiarria Sai SpA (C 296/04) y Nicolò Tricarico (C 297/04), Pasqualina Mugolo (C 298/04)/Assitalia SpA" (Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2006.

¹¹ MARTÍ (2021), p. 78.

¹² RÜGGEBERG (2018), p. 264.

La Comisión Europea, por su parte, ante la necesidad de impulsar la aplicación privada del derecho de la competencia, y tras los pronunciamientos “Manfredi” y “Courage”, publica en 2008 un Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia¹³ con el objetivo de elaborar propuestas orientadas a garantizar el acceso a mecanismos efectivos de resarcimiento patrimonial y que el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos antitrust no se viera obstaculizado por las normativas nacionales, de carácter sustantivo o procedimental¹⁴.

En 2014 se dicta la denominada “Directiva de Daños”¹⁵ estableciendo formalmente lo anteriormente señalado por el Tribunal de Justicia y declarando entre sus principios inspiradores el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del derecho de la competencia, la existencia de vías procesales eficaces de tutela judicial y la efectividad y coherencia de la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE por parte de la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia de manera uniforme en toda la Unión, produciéndose su transposición al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-Ley 9/2017 de 26 de mayo¹⁶ e incluyendo en la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) un nuevo Título VI dedicado a la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia¹⁷.

El contenido del artículo 3 de la Directiva contempla el derecho al pleno resarcimiento en los siguientes términos:

“1. Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del derecho de la competencia pueda reclamar y obtener el pleno resarcimiento de dicho perjuicio.

2. El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido, a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento abarcará el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.

3. El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva, no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo”.

Se ha señalado expresamente que el contenido del concepto de resarcimiento pleno consiste en devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del derecho de la competencia (art. 3 Nº 2 de la Directiva y art. 72 Nº 2 del Real Decreto), por lo que a continuación se analizará este concepto y su importancia en términos jurídicos.

Elementos:

Los distintos sistemas jurídicos reconocen como uno de los requisitos de la indemnización que esta sea completa, es decir, igual al daño que se produjo, de modo que permita a la víctima reponer las cosas al estado en que se encontraban a la fecha del acto ilícito.

Para aplicar este principio en materia de competencia y resarcir de forma íntegra a las víctimas se utiliza generalmente el método contrafactual¹⁸ para cuya implementación es necesario responder, entre otras, a las siguientes preguntas: ¿Qué tipo de infracción de la ley de

¹³ Comisión Europea (COM/2008/0165 final).

¹⁴ DíEZ (2019), p. 267.

¹⁵ Comisión Europea. Directiva 2014/104/UE.

¹⁶ Real Decreto-ley 9/2017.

¹⁷ Artículo 72. 1. “Cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tendrá derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria. 2. El pleno resarcimiento consistirá en devolver a la persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Por tanto, dicho resarcimiento comprenderá el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses. 3. El pleno resarcimiento no conllevará una sobrecompensación por medio de indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo”.

¹⁸ En términos analíticos, es lo que sucederá, o es probable que suceda, en ausencia de algún suceso real o probable. La idea básica de las teorías contrafácticas de la causalidad es que el significado de las afirmaciones causales se puede explicar en términos de condicionales contrafácticos de la forma “Si A no hubiera ocurrido, C no habría ocurrido”. VELJANOVSKI (2010), p. 2.

competencia está causando qué tipo de daño? ¿Se trata de un cartel que provoca un perjuicio por sobreprecio o una conducta de exclusión que provoca una caída de las ventas o la falta de acceso al mercado? ¿Qué tipo de reclamantes se han visto perjudicados? ¿Son consumidores finales o productores intermedios que compraron bienes del cartel o son competidores de la parte infractora?¹⁹ El método exige para su aplicación conocer las condiciones del mercado sin los efectos de la colusión y contrastarlo con las condiciones del mercado coludido, de esa forma se podrá saber cuánto ha sido el sobreprecio de los productos de que se trate (enfoque “*before and after*”).

De lo que se trata, en suma, es de recrear de manera razonable un escenario contrafáctico que permita medir los efectos de la infracción; de ahí que, en sede jurisdiccional, los informes periciales adquieran una relevancia capital²⁰.

Además, para cuantificar el daño causado por infracción de los arts. 101 y 102 del Tratado, la Comisión Europea elaboró una guía²¹ para ayudar a los tribunales de los Estados miembros a calcular esos perjuicios.

Por lo general, el daño emergente que provocan los cárteles consiste en el sobrecosto pagado por los productos “cartelizados” que habrían resultado más baratos en condiciones de competencia. También constituirían una forma de daño emergente cualquier otro costo o gasto en que hubiera debido incurrir el perjudicado como consecuencia del cartel²². El daño emergente más característico de las infracciones antitrust es, sin duda, el que consiste en el pago de sobreprecios. Este es el efecto típico de los carteles de fijación de precios, de reparto de mercados o de aquellos que limitan la producción²³.

En el caso de España, el legislador exige que el demandante acredite la existencia de los daños²⁴, permitiendo que para su cuantificación, y cuando esta resulte particularmente difícil, los tribunales “estimen” la cuantía de dichos daños. Tal criterio se puede apreciar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia²⁵, dictada con ocasión del denominado “cartel de los camiones”²⁶ y por el que la Comisión Europea impuso multas de 2.930 millones de euros a cuatro fabricantes de camiones -Volvo/Renault, Daimler, Iveco y DAF- por fijar precios y retrasar la introducción de nueva tecnología más limpia de emisión de gases trasladando a los consumidores los costos de la adopción de dicha tecnología:

Apartado décimo: “el porcentaje ascendente al 5% del precio de adquisición del camión, se extrae de las recomendaciones de la Comisión, y en particular de la estimación más conservadora del informe Oxera (en que se sustentan) que sitúa en un umbral de entre el 0 y 10% la estimación del sobrecoste en un alto porcentaje de los carteles”.

Incluido dentro de la indemnización de perjuicios, y a diferencia del daño emergente, particularmente difícil de establecer y de calcular se encuentra el concepto de lucro cesante. Barros (2013), define el lucro cesante: “como la pérdida del incremento neto que habría tenido el patrimonio de la víctima de no haber ocurrido el hecho por el cual un tercero es responsable”.²⁷ Vicente (2014) señala al respecto que: “el lucro cesante es, un concepto económico, que expresa un hecho que nunca sucedió, consistente en la no obtención de una ganancia esperada y no lograda, a pesar de que en el curso normal de las cosas debía de haberse producido. Ese concepto económico se convierte en concepto jurídico por razón de la conducta ilícita, que es la causa de la frustración de la ganancia esperada y no lograda”²⁸.

¹⁹ OXERA (2010), p. 4.

²⁰ CASADO (2020).

²¹ Comisión Europea (DOUE C 167), pp. 19 y ss.

²² MARCOS (2021), p. 6.

²³ PEÑA (2018), p. 165

²⁴ Artículo 76. Cuantificación de los daños y perjuicios. 2. Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños.

²⁵ Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia de 16 de diciembre de 2019 (ES:APV:2019:4152).

²⁶ Comisión Europea. Decisiones de la Comisión de 19 de julio de 2016 (AT.39824 -Trucks) y de 27 de septiembre de 2017 (AT.39824 -Trucks).

²⁷ BARROS (2013), p. 140.

²⁸ VICENTE (2014), p. 364.

Se trata en consecuencia de una manifestación concreta del daño patrimonial, diferente al daño emergente, que supone la reparación de la pérdida de las ganancias dejadas de percibir o la pérdida de ingresos.

En cuanto a su prueba, el Tribunal Supremo Español ha señalado que:

“La determinación de lucro cesante exige, como ocurre con todo daño o perjuicio, que se pruebe [...] para que sea indemnizable el lucro cesante se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes”²⁹.

En el lucro cesante solo pueden incluirse los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debería haber percibido y que no percibió. Por lo tanto y, en relación con este concepto, cabe preguntarse: ¿Qué ganancias o beneficios perdidos quedan incluidos dentro del concepto de lucro cesante en materia de competencia?

Para responder a esta pregunta habrá que distinguir primero quién ha sufrido el daño, un competidor de la empresa infractora o uno o varios consumidores. Sanjuán (2017) señala que en el primer caso se producirá una disminución del volumen en las ventas debido al impacto de los costos adicionales, lo que supone que la empresa no “cartelizada” perderá los márgenes de beneficio asociados con esas ventas³⁰, aunque esa disminución dependerá de la sensibilidad de la demanda al aumento de los precios (elasticidad). En el caso de los consumidores, habrá que determinar la elasticidad precio de la demanda y la cuestión de si los clientes son más o menos sensibles a los precios cuando estos suben. En particular, la repercusión del coste excesivo suele ser más probable si los clientes no pueden cambiar con facilidad a otros productos tras una subida de precios (demanda inelástica) y si los clientes son menos sensibles a las subidas de los precios cuando estos son más elevados³¹.

González (2015), refiriéndose a la estimación de daños en el caso de “colusión de las farmacias”, consideró que el daño percibido por los consumidores tuvo dos componentes: el primero, denominado daño asociado a precio, corresponde al perjuicio sufrido por aquellos clientes que después del alza de precios siguieron adquiriendo el producto. El segundo, llamado daño asociado a cantidad o volumen, equivale al perjuicio experimentado por los consumidores que no pudieron comprar el medicamento debido al mayor precio³². El concepto de lucro cesante aplicado al caso del alza de precios por parte de empresas que se coludieron corresponde a la utilidad no percibida por aquellos consumidores impedidos de comprar al no contar con un mercado que opere en forma competitiva. Este daño, denominado daño asociado a cantidad, equivale, en términos económicos, a la pérdida de excedente de aquellos consumidores que no adquirieron el medicamento o bien, redujeron su consumo debido al alza concertada de precios³³.

De acuerdo a esta teoría económica habrá que considerar dentro del concepto de daño no sólo el sobrepago pagado por los consumidores, sino también la imposibilidad absoluta de adquirir el producto, o bien, la reducción en su consumo, lo que equivaldría a una ganancia perdida o frustrada. De igual forma las Directrices de la Comisión Europea sobre cálculo de los sobrecostos³⁴ denominan “efecto precio” al aumento del precio que un comprador abona por un producto o servicio como consecuencia de infracciones del Derecho de la competencia (daño emergente) y “efecto volumen” al perjuicio causado por comprar menos productos o servicios como consecuencia del sobrecosto (lucro cesante).

En lo que respecta a la legitimación activa de las acciones de indemnización de perjuicios, en nuestro país se encuentran legitimados los consumidores que hayan sido víctimas de la

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 2012 (STS 221/2012).

³⁰ SANJUÁN (2017), p. 122.

³¹ SANJUÁN (2017), p. 247.

³² GONZÁLEZ (2015), p. 7.

³³ GONZÁLEZ (2015), p. 9.

³⁴ Comisión Europea (DOUE 2019/C 267/07), punto 15.

infracción para interponerlas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)³⁵, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley de protección de los derechos de los Consumidores (LPDC). De igual forma se concede legitimación activa para deducir acciones colectivas al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y a las asociaciones de consumidores³⁶.

El Artículo 2º de la Ley N°20.945 que modificó el art. 51 de la Ley N° 19.496 establece que: “[...] La acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo, declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este párrafo cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. [...] Para interponer la acción a que se refiere el inciso anterior, no será necesario que los legitimados activos señalados en el numeral 1 de este artículo³⁷ se hayan hecho parte en el procedimiento que dio lugar a la sentencia condenatoria”.

En los casos en que se ha solicitado indemnización de perjuicios provocados por una colusión de empresas, la legitimación activa la han asumido las asociaciones de consumidores y el SERNAC, quienes representando el interés colectivo de los consumidores han obtenido la reparación económica de los perjuicios sufridos como derivación de esta práctica restrictiva de la competencia.

Es pertinente comentar dos casos que tienen una particular importancia para este trabajo: el primero denominado “*caso tissue*”³⁸, en el que fueron indemnizados por parte de CMPC (una de las empresas coludidas) todos los mayores de 18 años, siendo el primer caso en Chile en el cual se establecieron indemnizaciones directas a los consumidores a consecuencia de un cartel.

El segundo caso es la demanda de indemnización de perjuicios derivada del “caso farmacias”, que se inició a instancias del SERNAC en contra de las 3 grandes cadenas farmacéuticas (Cruz Verde, Salcobrand y Ahumada)³⁹. La sentencia estableció que las víctimas del daño causado por la cartelización de las empresas señaladas conformaban dos grupos: (i) Consumidores que contrataron con las farmacias infractoras, en el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008 pagando un mayor precio, a quienes corresponde indemnizar por lo efectivamente pagado por el alza (daño emergente) y, (ii) Consumidores que dejaron de comprar los medicamentos en razón al alza de sus precios, a quienes corresponde indemnizar por la pérdida de la utilidad o beneficio que dejaron de percibir al no poder consumir un determinado bien, en este caso, el medicamento (lucro cesante), tesis planteada por González (2015).

3. Nexo causal entre el daño y el ilícito antitrust

Si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece que toda persona tiene derecho a solicitar la reparación del perjuicio que le cause un acuerdo o una conducta que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, es necesario que exista un nexo causal entre el perjuicio y la conducta contraria a la competencia. Considera, además, que incumbe a los Estados miembros determinar el modo de ejercicio de ese derecho para la aplicación del concepto de “nexo de causalidad”, respetando los principios de equivalencia y efectividad⁴⁰, en

³⁵ Decreto Ley N° 211, de 2004, art. 30.

³⁶ AGUIRREZABAL (2013), p. 1023. Reforma a los arts. 30 del Decreto Ley N° 211 y 51 de la LPDC por la Ley N° 20.945, de 30 de agosto de 2016.

³⁷ Ley N° 19.496, de 2021, art. 51: El procedimiento señalado en este Párrafo se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. Este procedimiento especial se sujetará a las siguientes normas de procedimiento. Todas las pruebas que deban rendirse, se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica. 1.- Se iniciará por demanda presentada por: a) El Servicio Nacional del Consumidor; b) Una Asociación de Consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de su asamblea para hacerlo, o c) Un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados.

³⁸ Corte Suprema, Rol C-299-2015, de 28 de diciembre de 2017.

³⁹ 10º Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 1940-2013, de 17 de diciembre de 2019, apartado cuadragésimo noveno y siguientes.

⁴⁰ Ver “Unibet (London) Ltd, e Unibet (International) Ltd. contra Justitiekanslern”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2007, apartado 43: “En este contexto, la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de

cuanto debe evitarse, por tanto, que el Derecho nacional haga prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión⁴¹.

La OCDE ha señalado respecto a la dificultad de acreditar el nexo causal en este tipo de demandas por daños que la combinación de la complejidad de los mercados, la dispersión de la pérdida y los problemas que surgen para identificar los nexos causales, genera un amplio rango de posibles demandantes; en consecuencia, los daños económicos tienden a propagarse a través de los mercados, creando una mayor cantidad de víctimas que una controversia por responsabilidad civil común y corriente, ya que las víctimas no solo son competidores, sino también proveedores y empresas que operan en el mercado complementario⁴².

Para analizar el nexo causal en el ámbito de la competencia hay que dilucidar cuáles son las funciones que cumple en el Derecho. En la materia Prevot (2010) señala que: "la relación de causalidad entre la conducta del demandado y, el evento dañoso, es un elemento o requisito imprescindible del derecho de la responsabilidad civil y, por consiguiente, una condición esencial para que nazca la obligación de resarcir"⁴³. La causalidad cumple en el derecho de la responsabilidad civil dos funciones:

1) Una relativa a la imputación del hecho dañoso a su autor o, si se prefiere, tendiente a la individualización del responsable⁴⁴, denominada como "causalidad material" y,

2) otra que consiste en determinar el contenido de la obligación resarcitoria, conocida como "causalidad jurídica"⁴⁵.

Considerando que uno de los objetivos de la aplicación privada era facilitar el ejercicio de acciones de daños, se establecieron en la directiva algunas presunciones que contribuyen a atenuar la carga relativa de la acreditación del nexo causal que pesa sobre quien demanda por daños (consumidor o comprador directo), asumiéndose que en presencia de un cartel siempre hay daño, bien porque el ilícito concurrencial produce un incremento de los precios, bien porque impide la reducción que, en ausencia de la restricción se hubiese naturalmente producido⁴⁶, utilizándose el mismo argumento en presencia de una defensa "*passing-on*", cuando la reclamación la realiza un consumidor indirecto (art. 14.2)⁴⁷.

Por su parte, el derecho español de daños se basa en la concurrencia de cuatro elementos: (i) una acción u omisión que constituya un incumplimiento contractual o un incumplimiento del deber de no hacer daño al otro; (ii) que cause un daño; (iii) concurriendo culpa o dolo; y, (iv) siempre que haya una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño. Por tanto, con carácter general en España, el demandante tiene la obligación de acreditar, entre otros, la existencia del daño, la relación de causalidad entre la conducta y el daño y su cuantificación⁴⁸, aplicándose en todo caso la presunción de daños en casos de carteles.⁴⁹

En Chile, de acuerdo al tenor del art. 3° del D.L. N° 211, los carteles gozan de una presunción similar que consiste en que basta con que el acuerdo o práctica tenga la aptitud para

naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).

⁴¹ "Otis GmbH y otras contra Land Oberösterreich y otras". Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2019. Asunto C-435/18, ap. 17. (EU:C:2019:1069).

⁴² OCDE (2018), p. 174.

⁴³ PREVOT (2010), p. 29.

⁴⁴ REALMONTE (1967), p. 42.

⁴⁵ GORLA (1951), pp. 436 y ss. BELVEDERE (2006), pp. 7 y ss.

⁴⁶ Comisión Europea. Directiva 2014/104/UE. Art. 17. 2. Artículo 17. Cuantificación del perjuicio. 2. Se presumirá que las infracciones de carteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción. HERNÁNDEZ (2018), p. 238.

⁴⁷ Comisión Europea. Directiva 2014/104/UE. Art. 14. 2. En la situación a que se refiere el apartado 1, se considerará que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobre coste si dicho comprador indirecto demuestra que: a) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobre coste para el comprador directo del demandado, y c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran. El presente apartado no se aplicará cuando el demandado pueda demostrar a satisfacción del órgano jurisdiccional que los sobre costes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto.

⁴⁸ DIEZ (2019), p. 19.

⁴⁹ Ley 15/2007. Artículo 76.4: Se presumirá que las infracciones calificadas como cartel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario.

impedir, restringir o entorpecer la libre competencia y esta situación sea declarada por el TDLC, señalándose en el mismo artículo algunos ejemplos de ello⁵⁰. En el juicio civil indemnizatorio, la víctima del daño anticompetitivo deberá acreditar el monto de dicho daño y que ella misma fue dañada⁵¹.

En cuanto a la aptitud para provocar daño de determinados acuerdos y/o prácticas, el Tribunal de Justicia ha manifestado que, basta con que el acuerdo pueda concretamente impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior⁵². Como resultado, cuando un acuerdo o práctica concertada es sancionada dentro de la categoría de cartel⁵³ los perjudicados tendrán a su favor la presunción señalada, lo que invierte la carga de la prueba poniendo de cargo de las empresas acreditar que no han incurrido en dicho ilícito, el cual, por consiguiente, se enmarca dentro de la categoría de ilícito “*por objeto*”⁵⁴.

La distinción entre “*infracciones por objeto*” e “*infracciones por efecto*” reside en que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia⁵⁵. Los acuerdos susceptibles de prohibición son aquellos que perjudiquen a los consumidores en forma de precios más altos o reducción de la oferta disponible. Estos son los acuerdos colusorios o acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia⁵⁶.

En la práctica el hecho de que algunos carteles pertenezcan a la categoría de restricciones “*por objeto*”, plantea la interrogante de si esta indemnización podría hacer a las empresas responsables de todos los daños, por muy remotos que sean y que hayan sido causados por su comportamiento contrario a la competencia.

Esta situación fue comentada por la abogada Kokott en la sentencia “*ascensores*”⁵⁷ quien señaló:

⁵⁰ Decreto Ley Nº 211, artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores. b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos.

⁵¹ VASQUEZ (2015), p. 9.

⁵² Véase la sentencia “*T-Mobile Netherlands y otros*”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, apartado 31 (EU:C:2009:343).

⁵³ Ley 15/2007. Disposición adicional cuarta. Definiciones. 2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cartel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.

⁵⁴ Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de 2012. Artículo 101 Nº 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: — cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, — cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, — cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

⁵⁵ “*Beef Industry Development Society y Barry Brothers*”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2008, apartado 17 (EU:C:2008:643).

⁵⁶ COHEN (2000), p. 11.

⁵⁷ Conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott. “*Otis Gesellschaft m.b.H. y otros contra Land Oberösterreich y otros*” (EU:C:2019:651).

*Apartado 82: “Esto no debe equipararse, como temen los fabricantes de ascensores, a una extensión carente de límites del derecho a indemnización que llevaría a una obligación ilimitada de los participantes en el cartel, independientemente de las circunstancias del caso concreto, de responder de todos los posibles daños, por muy remotos que sean, que hayan podido ser causados por su comportamiento contrario a la competencia, en el sentido de una *conditio sine qua non* (también llamada «causalidad equivalente» o «causalidad but-for») [...] Apartado 83: “Bien al contrario, el derecho de los miembros de un cartel a la seguridad jurídica y la necesidad de restringir una responsabilidad ilimitada se tienen en cuenta exigiendo que los miembros del cartel solo tengan que responder por los daños que presenten una relación de causalidad suficientemente directa con su comportamiento anticompetitivo y, por lo tanto, que fueran previsibles para ellos”.*

La doctrina⁵⁸ de igual forma ha señalado que en el análisis del elemento causal se deberán considerar una serie de circunstancias adicionales:

- i. La posibilidad de que en la producción del daño concurren, además de la conducta anticompetitiva, otros factores que no se pueden identificar o medir fácilmente (políticas públicas de intervención en la economía, fenómenos económicos (como la inflación y deflación), ingreso de nuevos operadores en el mercado, introducción de nuevas tecnologías, etc.
- ii. La dificultad en establecer si las consecuencias perjudiciales en el patrimonio de la víctima han de considerarse como un daño único o no, y, en este caso, si hubiesen de ser tratadas como daños independientes entre sí o como daños consecuenciales. En el primer caso, las distintas manifestaciones del daño estarían sometidas a un único proceso causal; en el segundo caso, habría que determinar si resulta necesario establecer el vínculo de causalidad respecto de cada una de esas manifestaciones o un vínculo de causalidad consecutivo.
- iii. La probabilidad de que los efectos perjudiciales se extiendan a lo largo de la cadena de producción, distribución y comercialización, tanto en sentido descendente como ascendente; y,
- iv. Anudado a lo anterior, el juego que se le reconoce a la defensa del “*passing-on*”.

4. Defensa “*passing on*”

Las conductas contrarias al Derecho de la competencia, como los carteles, suelen comportar precios *supra* competitivos. Por esta razón, en muchos casos, los daños concretos derivados de estas conductas se identifican con los sobreprecios que se han visto obligados a pagarles a los infractores sus clientes o compradores directos. Además, al incrementarse los costos de estos últimos, tales sobreprecios acaban repercutiendo en cascada sobre los sucesivos compradores que van *sub adquiriendo* los bienes, hasta llegar a los consumidores finales. A consecuencia de esto, el universo de posibles perjudicados puede estar constituido tanto por los compradores directos como por los indirectos, debiendo tener ambos grupos el derecho a ser indemnizados⁵⁹.

Cuantificar esos daños puede ser difícil en ciertos casos y condiciones del mercado, cuando la interacción y la reacción de las víctimas directas de la competencia transfieren la mayor parte del daño a los demandantes indirectos (a través de precios o calidad reducida en los mercados descendentes o vecinos)⁶⁰.

Con el fin de estimular la aplicación privada de la legislación de competencia, la Directiva invierte la carga de la prueba en relación con la transmisión de la defensa e introduce presunciones sobre la legitimidad del cliente indirecto. La Directiva regula, de forma general, las demandas que impetre cualquier víctima de una infracción del derecho de la competencia, sin

⁵⁸ GALGO (2019), p. 61.

⁵⁹ VELASCO Y HERRERO (2011), p. 593.

⁶⁰ MARCOS Y SÁNCHEZ (2008), p. 8

importar que sea una persona física o jurídica o un profesional, un consumidor o una administración pública, y con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora. Estas acciones pueden ejercerse de manera subsecuente (“*follow on*”) o independiente (“*stand alone*”), a una decisión que emane de una autoridad nacional de competencia, condenando una infracción.

La repercusión de costos o “*passing on*” en el ejercicio de acciones de resarcimiento, se plantea en todos aquellos casos en el que el cliente directo de la empresa infractora de las normas antitrust no es el destinatario final de los productos o servicios que ésta suministra, sino que procede a recolocarlos, en su forma original o transformados en el mercado⁶¹.

El sistema estadounidense, por el contrario, sólo otorga legitimación activa al comprador directo principalmente por considerarse que la prueba del daño por parte de un comprador indirecto sería un tema insuperable⁶².

Landes y Posner (1979) justifican esta situación al señalar que el comprador directo es un ejecutor más eficiente de las leyes antimonopolio debido a la proximidad con el infractor, ya que este trata directamente con el infractor y probablemente con sus competidores y, por lo tanto, está en una mejor posición que un comprador más remoto para detectar una conspiración u otra infracción antimonopolio. El comprador remoto puede no saber que un aumento de precio para él es atribuible a un aumento de precio por parte de un proveedor remoto, e incluso si lo sabe, le resultará difícil descubrir las razones del aumento de precio del proveedor remoto⁶³.

Es necesario recordar que, en lo que dice relación con los clientes directos de la empresa “cartelizada”, tanto la jurisprudencia como la legislación Europea y nacional de los Estados miembros, reconocen “expresamente” su derecho a reclamar la indemnización íntegra de los daños y perjuicios causados por dicha conducta. Lo que se presume, en el caso de los clientes indirectos y que les permite invertir la carga de la prueba, es el hecho de que el sobreprecio fue traspasado a ellos por parte de sus proveedores, aunque, evidentemente, debe existir una constatación previa de una infracción anticompetitiva.

En cuanto a la prueba de la repercusión de los daños, lo relevante, señala Martí (2015), es que: “para el reconocimiento de los daños por infracción del Derecho de la Competencia habrá que demostrar que se ha soportado y retenido parte del perjuicio derivado directa o indirectamente de un ilícito antitrust (*passing-on*)”⁶⁴. Como un efecto directo de esta transferencia de sobrecostos es que se invierte la carga de la prueba, recayendo esta sobre el demandado⁶⁵, complementándose con la presunción que establece el art. 14 y las condiciones que éste exige:

- (1) Que el demandado (es decir, el productor) violó las normas de competencia de la UE;
- (2) Que la infracción dio lugar a un sobrecoste del precio directo en el cliente;
- (3) Que el cliente indirecto ha comprado los bienes o servicios que fueron objeto de la infracción, o ha comprado bienes o servicios derivados o que los contienen.

Con todo, la presunción de que el cliente indirecto tiene capacidad legal es refutable⁶⁶: el demandado puede probar que el sobrecoste del precio no se ha transferido en sentido descendente⁶⁷.

⁶¹ HERNÁNDEZ (2018), p. 100.

⁶² “Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.” United States Supreme Court. 392 US 481 (1968), párr. 493: “Dado que establecer la aplicabilidad de la defensa de repercusión requeriría una demostración convincente de cada una de estas cifras virtualmente inconcebibles, la tarea normalmente resultaría insuperable”.

⁶³ LANDES Y POSNER (1979), p. 609.

⁶⁴ MARTÍ (2015), p. 79.

⁶⁵ Comisión Europea. Directiva 2014/104/UE. Artículo 13. Defensa basada en la repercusión de sobrecostos. Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros.

⁶⁶ Comisión Europea. Directiva 2014/104/UE. Artículo 14. Compradores indirectos. El presente apartado no se aplicará cuando el demandado pueda demostrar a satisfacción del órgano jurisdiccional que los sobrecostos no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto.

⁶⁷ BOTTA (2017), p. 889.

La cuestión de la prueba es compleja, fundamentalmente por dos grupos de problemas. Por un lado, porque la existencia o no de repercusión y su cuantía vienen determinadas no solo por la decisión de los operadores, sino por un amplio número de factores económicos que dependen de las características y circunstancias de cada mercado. Por el otro, porque el daño tiene varios componentes -daño emergente, lucro cesante e intereses-, sobre los cuales estos factores operan de manera interconectada -en especial daño emergente y lucro cesante-, lo cual dificulta la cuantificación⁶⁸.

Algunos tribunales europeos⁶⁹ han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la defensa “*passing on*” en el denominado “cartel de los fabricantes de camiones” referido con anterioridad⁷⁰. En este caso en particular cabe señalar que la justicia española ha venido desarrollando un “criterio jurisprudencial” que es posible apreciar en resoluciones de distintos tribunales; es así como el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia en resolución de 7 de mayo de 2019 estableció que:

*Apartado 116: “el actor que invoca el perjuicio debe operar en un nivel intermedio de una misma cadena de suministro o, al menos, operar en un mercado lo suficiente mente próximo a aquél que resultó afectado por los efectos del cartel, de modo que sea posible la traslación del sobreprecio sufrido sin quebra de nexo causal entre infracción y repetición.”*⁷¹.

De igual forma el mismo Tribunal en resolución de 30 de diciembre de 2019 señaló que:

*Apartado 101: “si los perjudicados por una conducta contraria al Derecho de la competencia ejercitan las acciones pertinentes para hacer efectivo su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos en España, por aplicación del art. 79 de la LDC⁷², la carga de la prueba de los hechos que obstan el éxito de la acción corresponde al demandado que los alega”*⁷³. En otra sentencia más reciente, el tribunal Mercantil núm. 3 de Guijón señaló:

*Apartado sexto: “en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cartel [...]”*⁷⁴.

En el mismo sentido se pronunció la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona:

*Apartado noveno: “Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cartel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del “passing-on” o no puede hacerse en su totalidad”*⁷⁵.

En Chile no se aplica este tipo de defensa ya que esta alternativa no se encuentra prevista en la legislación, reconociéndose sólo legitimación activa en los casos de demandas de

⁶⁸ ESTEVAN DE QUESADA (2021), p. 159.

⁶⁹ “Trucks” Sentencia del Tribunal de Distrito de Dortmund 8, de 27 de junio de 2018. (DE: LGDO: 2018: 0627.8013.17 KART.00). Corte de Distrito de Ámsterdam. Sentencia de 12 de mayo de 2021 (NL:RBAMS:2021:2391).

⁷⁰ Comisión Europea. Decisiones de la Comisión de 19 de julio de 2016 (AT.39824 -Trucks) y de 27 de septiembre de 2017 (AT.39824 -Trucks).

⁷¹ Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia. Sentencia de 7 de mayo de 2019. (ECLI:ES:JMV:2019:222).

⁷² Ley 15/2007, de 3 de julio. Artículo 79. Prueba de sobrecostes y de su repercusión. 1. Cuando en el ejercicio de una acción de daños la existencia de la reclamación o la determinación del importe de la indemnización dependa de si se repercutió un sobrecoste al demandante o en qué medida se repercutió, teniendo en cuenta la práctica comercial de que los aumentos de precio se repercuten sobre puntos posteriores de la cadena de suministro, la carga de la prueba de la existencia y cuantía de tal repercusión recaerá sobre la parte demandante, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas en poder del demandado o de terceros. 2. Se presumirá que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste cuando pruebe que: a) El demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo del demandado; y c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran. La presunción quedará sin efecto si la parte demandada probase que los sobrecostes no se repercutieron, en todo o en parte, en el comprador indirecto.

⁷³ Juzgado de lo Mercantil de Valencia N°3. Sentencia de 30 de diciembre de 2019. (ES:JMV:2019:1265).

⁷⁴ Juzgado de lo Mercantil de Guijón N° 3, sentencia de 16 de diciembre de 2020. (ES:JMO:2020:5601). MARCOS (2020), pp. 39-40.

⁷⁵ Juzgado de lo Mercantil de Barcelona N° 7, sentencia de 17 de abril de 2020. (ES:APB:2020:2567).

indemnización de perjuicios derivados de prácticas anticompetitivas a aquellos compradores de los bienes “cartelizados” que tengan la calidad de consumidores, entendiéndose por tales, aquellos que, de manera “directa” se han relacionado, a través de “vínculo contractual”, con el autor del daño⁷⁶.

De igual forma se ha establecido que solo las acciones de interés colectivo son idóneas para poder reclamar la responsabilidad civil del proveedor, lo cual es bastante lógico al comparar la certeza que existe respecto de los consumidores que demandan indemnización de perjuicios, teniendo en un caso un interés colectivo y, en otro, un interés difuso.

5. Conclusiones

En materia de daños y en especial en lo referente al resarcimiento de las víctimas de carteles en la aplicación privada del derecho de la competencia, se aplican en la legislación europea las reglas generales del Derecho Civil, esto es, compensar a la víctima por todos los perjuicios provocados (daño emergente y lucro cesante) a consecuencia de un cartel, incluyéndose en la categoría de víctima a todas las personas que sufrieron un daño, ya sean consumidores o no consumidores, o compradores directos e indirectos de la empresa “cartelizada”. En Chile, en cambio, sólo son legitimados activos, aquellos compradores que tengan la calidad de consumidores y sean víctimas directas del daño, conjuntamente con el SERNAC y las asociaciones de consumidores. Asimismo, queda de manifiesto la dificultad de acreditar el nexo causal entre la colusión y el daño, por las características propias de las conductas anticompetitivas, en las cuales pueden incidir una serie de factores del mercado respectivo, que hagan particularmente difícil establecer dicha relación; para superar dicha dificultad, la legislación europea establece una presunción de daño en casos de carteles, reconociendo expresamente que habiendo un cartel que genere sobreprecios, siempre habrá un daño para los compradores de los bienes “cartelizados”, tengan estos la calidad de compradores directos o indirectos, consumidores o no consumidores.

Las acciones “*follow on*” y especialmente las acciones “*stand alone*” constituyen una herramienta eficaz para lograr compensar a los consumidores, las cuales se encuentran plenamente vigentes y reconocidas en Europa, no así en el derecho nacional, en el que sólo se permite demandar indemnizaciones de perjuicios una vez dictada una sentencia que reconozca de forma previa además de la ilicitud de la conducta, la existencia de un daño directo indemnizable en sede competencial.

Como consecuencia de aquello es que en nuestra legislación no tienen cabida las defensas del tipo “*passing on*”, instauradas para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de los compradores directos que, sin sufrir el daño de forma directa, trasladan el sobreprecio de los productos “cartelizados” a sus consumidores.

De esta forma, en Europa se ha logrado crear un sistema efectivo de defensa de los consumidores que han sufrido perjuicios económicos a consecuencia de una colusión, manifestándose concretamente en los principios que gobiernan el Tratado de funcionamiento de la UE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de los tribunales nacionales de los Estados miembros.

En conclusión, sería útil para Chile, considerando que se han hecho grandes reformas en materia de competencia en las que se ha considerado tanto el buen funcionamiento del mercado como los derechos de los consumidores, que se considerara también la experiencia comparada en cuanto a los incentivos que ofrece a los consumidores, para exigir las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados por una colusión, generando así un desarrollo sistemático de aplicación privada del derecho de la competencia.

⁷⁶ Ley N° 19.496, de 2021, art. 51 N° 1 letra c).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, MAITE (2013): “Artículo 51”, en: Íñigo De la Maza, Carlos Pizarro (Dirs.) y Francisca Barrientos (Coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Legal Publishing). pp. 1013-1026.
- ALONSO SOTO, RICARDO (2018): “La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Notas de Competencia Gómez-Acebo & Pombo, Nº 21 (2018)”. Disponible en: <https://www.gap.com/publicaciones/notas-de-competencia-n-o-21-2018/> [visitado el 20 de diciembre de 2020].
- BANFI DEL RIO, CRISTIÁN (2013): “La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. Liability as a form of private implementation of competition law”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 21, diciembre), pp. 217-158.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE (2013): *Curso de responsabilidad extracontractual, edición actualizada de la versión de 2003, complementada con parte del Tratado de Responsabilidad Extracontractual del mismo autor* (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile).
- BELVEDERE, ANDREA (2006): “Causalità giuridica?”, en: *Rivista di Diritto Civile* (Vol. I), pp. 7 y ss.
- BORELL, JOAN-RAMON; JIMENÉZ, JUAN LUIS Y ORDOÑEZ DE HARO, JOSÉ (2015): “Análisis forense de los carteles descubiertos en España”, en: *Papeles de Economía Española* (Nº 145), pp. 82-103.
- BOTTA, MARCO (2017): “The principle of passing on in EU competition law in the aftermath of the damages directive”, en: *European Review of Private Law* (Nº 5). pp. 881-908.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO Y SUDEROW, JULIA (2015): “El efecto vinculante de las resoluciones de las Autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho Antitrust”, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Vol. 10, Nº 2), pp. 7-178.
- CASADO NAVARRO, ANTONIO (2020): “Las acciones de daños stand-alone y su contribución a la eficacia del derecho de la Competencia”, en: *Revista La Ley Mercantil* (Nº 70).
- COHEN, GEORGE (2000). “The Collusion Problem in Agency Law”, en: *Legal Studies Working Paper University of Virginia School of Law* (No. 00-2), pp. 1-54.
- DÍEZ ESTELLA, FERNANDO (2019): “La aplicación privada del derecho de la competencia: acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Vol. 11, Nº 1), pp. 267-305.
- ESTEVEAN DE QUESADA, CARMEN (2021): “Oponibilidad y prueba de la defensa passing-on en las acciones de daños por infracción de las normas de competencia”, en: Juan Ignacio Ruiz Peris, Purificación Martorell Zulueta (Dirs.) y Jaume Martí i Miravalls (Coord.), *Daños y competencia. revisión de cuestiones candentes* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 155-175.
- HERNÁNDEZ BATALLER, BERNARDO (2018): “El derecho al pleno resarcimiento en la Directiva 2014/104/UE”, en: Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.) y Carmen Estevan de Quesada (Coord.), *Derecho Europeo de la Competencia. Proyecto Europeo. Training of National Judges in EU Competition Law* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp.173-241.
- HERNÁNDEZ-MARTÍ, CRISTINA (2018): *La determinación de los daños y perjuicios en materia de marcas*. (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- GALGO PECO, ÁNGEL (2019): “La relación de causalidad en las acciones de reclamación de daños por infracción”, en: Consejo General de la Abogacía Española (Ed. y Coord.), *Acciones follow on reclamación de daños por infracciones del derecho de la competencia* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 59-75.
- GONZÁLEZ TISSINETTI, ALDO (2015): “Estimación de daños a consumidores por alza coordinada de precios de las farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand. Trabajo realizado a solicitud del

Servicio Nacional del Consumidor”. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/12/InformeDa%C3%B1osFarmacias-SernacAldoGonzalez.pdf> [visitado el 20 de diciembre de 2020].

GORLA, GINO (1951): “Sulla cosiddetta causalità giuridica: 'fatto dannoso e conseguenza'”, en: *Studi in onore di Antonio Cicu* (Milano, Giuffrè editare), vol. 1, pp. 436 y ss.

LANDES, WILLIAM Y POSNER, RICHARD (1979): “Should indirect purchasers have standing to sue under the antitrust laws? An economic analysis of the rule of Illinois brick”, en: *University of Chicago Law Review* (Nº 46), pp. 602-635.

MARCOS, FRANCISCO (2020): “Primeras sentencias de las audiencias provinciales sobre los daños causados por el cartel de fabricantes de camiones. First judgments of courts of appeal on the damages caused by the trucks’ manufacturers cartel”, en: *Working Paper IE Law School* (AJ8-251 20-05-2020), pp. 1-47.

MARCOS, FRANCISCO (2021): “Identificación del perjuicio indemnizable en acciones consecutivas (follow-on) en caso de carteles: de la infracción (y sanción) a la compensación del daño”, en: *Working Paper IE Law School* (AJ8-263), pp. 1-26.

MARCOS, FRANCISCO Y SÁNCHEZ, ALBERT (2008): “Damages for breach of the EC antitrust rules: harmonising Tort Law through the back door?”, en: *InDret* (Nº 1/2008), pp. 1-21.

MARTÍ I MIRAVALLS, JAUME (2021): “Daños, competencia y legitimación activa: la noción de persona perjudicada en la reciente jurisprudencia”, en: Juan Ignacio Ruiz Peris, Purificación Martorell Zulueta (Dir.) y Jaume Martí i Miravalls (Coord.), *Daños y competencia. Revisión de cuestiones candentes* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 61-100.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS OCDE (2015): “Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement. (Note by the Secretariat)”. Disponible en: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&docLanguage=En) [visitado el 20 de diciembre de 2020].

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS OCDE (2018): “Aplicación privada individual y colectiva del derecho de competencia: Reflexiones para México”. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/aplicacion-privada-individual-y-colectiva-del-derecho-de-competencia-reflexiones-para-mexico-2018.htm> [visitado el 20 de diciembre de 2020].

OXERA (2010): “Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts. Estudio elaborado para la Comisión Europea”. Disponible en: <https://www.oxera.com/insights/reports/quantifying-antitrust-damages-towards-non-binding-guidance-for-courts/> [visitado el 20 de diciembre de 2020].

PARDOW LORENZO, DIEGO (2015): “El desempeño en juicio de la FNE: ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte RDUCN* (Vol. 22, Nº 2), pp. 419-451.

PEÑA LÓPEZ, FERNANDO (2018): *La responsabilidad civil por daños a la libre competencia. Un análisis de las normas de derecho sustantivo contenidas en el Título VI de la Ley de Defensa de la Competencia, mediante las que se transpone la Directiva 2014/104/UE* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

PREVOT, JUAN MANUEL (2010): “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 15), pp. 143-178.

RÜGGERBERG, JAKOB (2018): “Private enforcement of EU competition law and obstacles on the path towards true compensation”, en: Juan Ignacio Ruiz Peris (Dir.), *Derecho Europeo de compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la*

Directiva 2014/104/UE. Proyecto Europeo. Training of National Judges in EU Competition Law (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 261-290.

SANJUÁN Y MUÑOZ, ENRIQUE (2017): Valoración de daños en los supuestos antitrust (Valencia, Tirant Lo Blanch).

VASQUEZ DUQUE, OMAR (2015): “Algunas reflexiones en torno a la indemnización de daños anticompetitivos, sus fines y eficacia”, en: Derecho y humanidades (Nº 26), pp. 17-37.

VELASCO SAN PEDRO, LUIS Y HERRERO SUÁREZ, CARMEN (2011): “La «passing-on defence», ¿un falso dilema?”, en: [Luis Velasco San Pedro](#), Carmen [Alonso Ledesma](#), Marina [Echebarría Sáenz](#), Carmen [Herrero Suárez](#) y Javier [Gutiérrez Gilsanz](#) (Dir.), [La aplicación privada del derecho de la competencia](#) (Valladolid, Lex Nova), pp. 593-604.

VELJANOVSKI, CENTO (2010): “Counterfactual tests in competition law”, en: Competition Law Journal (Issue 4), pp. 1-15.

VICENTE DOMINGO, ELENA (2014): “El daño”, en: Luis Reglero Campos y José Busto Lago (Coords.), Tratado de responsabilidad civil, 5ª edición (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi), vol. 1, pp. 317-462.

JURISPRUDENCIA CITADA

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

“COURAGE LTD. CONTRA BERNARD CREHAN Y BERNARD CREHAN CONTRA COURAGE LTD. Y OTROS”. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001 (EU:C:2001:465).

VINCENZO MANFREDI/LLOYD ADRIÁTICO ASSICURAZIONI SPA (C-295/04), Antonio Cannito/Fondiaría Sai SpA (C 296/04) y Nicolò Tricarico (C 297/04), Pasqualina Mugolo (C 298/04)/Assitalia SpA” (Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006 (EU:C:2006:461).

“UNIBET (LONDON) LTD, E UNIBET (INTERNATIONAL) LTD. Y JUSTITIEKANSLERN”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2007. Asunto C-432/05 (EU:C:2007:163).

“BEEF INDUSTRY DEVELOPMENT SOCIETY Y BARRY BROTHERS”. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2008 (EU:C:2008:643).

TRIBUNAL SUPREMO. Sentencia de 9 de Abril de 2012 (STS 221/2012).

“T-MOBILE NETHERLANDS Y OTROS”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 (EU:C:2009:343).

“TRUCKS”. Resumen de las decisiones de la Comisión Europea, de 19 de julio de 2016 (AT.39824) y de 27 de septiembre de 2017 (AT.39824).

“REQUERIMIENTO DE LA FNE CONTRA CMPC TISSUE SA Y OTRA” C-299-2015. Sentencia N°160/2017 de 28 de diciembre de 2017.

“TRUCKS”. Sentencia del Tribunal de distrito de Dortmund 8, de 27 de junio de 2018 (DE: LGDO: 2018: 0627.8O13.17.KART.00).

JUZGADO DE LO MERCANTIL núm. 3 de Valencia. Sentencia de 7 de mayo de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:222).

“OTIS GESELLSCHAFT M.B.H. Y OTROS CONTRA LAND OBERÖSTERREICH Y OTROS”. Conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott presentadas el 29 de julio de 2019. Asunto C-435/18 (EU:C:2019:651).

JUZGADO DE LO MERCANTIL de Valencia N°3. Sentencia de 30 de diciembre de 2019 (ES:JMV:2019:1265).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA. Sentencia de 16 de diciembre de 2019 (ES:APV:2019:4152).

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CONTRA FARMACIAS CRUZ VERDE, SALCOBRAND Y AHUMADA (2019): 10º Juzgado Civil de Santiago 17 de diciembre de 2019 (demanda por vulneración del interés colectivo y difuso de los consumidores por inobservancia a la Ley N° 19.496), Rol N° 19-40-2013, en: oficinajudicialvirtual.pjud.cl.

JUZGADO DE LO MERCANTIL DE BARCELONA N° 7. Sentencia de 17 de abril de 2020 (ES:APB:2020:2567).

JUZGADO DE LO MERCANTIL DE GUIJÓN N° 3, de 16 de diciembre de 2020 (ES:JMO:2020:5601).

“TRUCKS”. Sentencia de la Corte de Distrito de Ámsterdam de 12 de mayo de 2021 (NL:RBAMS:2021:2391).

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CHILE

LEY N° 20.945, perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Diario Oficial, 19 de agosto de 2016.

DECRETO LEY N° 211, fija normas para la defensa de la libre competencia. Diario Oficial, 22 de diciembre de 1973, texto refundido de 7 de marzo de 2004.

LEY N° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial, 7 de febrero de 1997, texto refundido de 31 de mayo de 2021.

UNIÓN EUROPEA

“CARTEL STATICS”. Comisión Europea, 2021.

DIRECTRICES DE LA COMISIÓN EUROPA DESTINADAS A LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES SOBRE CÓMO CALCULAR LA CUOTA DEL SOBRECOSTE QUE SE REPERCUTIÓ AL COMPRADOR INDIRECTO. Comisión Europea, 19 de agosto de 2019 (DOUE 2019/C 267/07).

DIRECTIVA 2014/104/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Comisión Europea, 26 de noviembre de 2014 (DOUE L 349/1).

“COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO EN LAS DEMANDAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 101 O 102 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA”. Comisión Europea, 13 de junio de 2013 (DOUE C 167).

C 326/47, versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Comisión Europea, 26 de octubre de 2012 (DOUE 2012/C 326/01).

“LIBRO BLANCO DE ACCIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, DE 2 DE ABRIL DE 2008”. Comisión Europea, 2008 (COM/2008/0165 final).

ESPAÑA

REAL DECRETO-LEY 9/17, de 26 de mayo, por el que se transponen Directivas de la UE en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. BOE 126, 27 de mayo de 2017.

LEY 15/2007, de Defensa de la Competencia. BOE-A-2007-12946, 4 de julio de 2007.