

# **INFORME SOBRE DERECHO COMPARADO EN DETERMINACIÓN DE DAÑOS POR INFRACCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA**

Apunte preparado por la ayudante Tania Villarroel

29 octubre de 2009

En esta minuta: (i) se analiza la doctrina y jurisprudencia europea, (ii) se estudia la doctrina y jurisprudencia norteamericana y (iii) se entregan las conclusiones del derecho comparado en general.

## **INTRODUCCIÓN.**

- (1) Los daños infringidos a privados por causa de una infracción a la libre competencia, y como facilitar e incentivar la recuperación de estos ha sido tema de discusión tanto en Europa como en Estados Unidos. De estas investigaciones y del análisis de la jurisprudencia extranjera a continuación se expondrán los métodos y herramientas propuestas por la doctrina y utilizadas por la jurisprudencia para determinar cuándo debe haber indemnización de los perjuicios de esta naturaleza y cómo determinar el monto de los mismos.
- (2) Primero se abordará la doctrina Europea para seguir con un análisis de los casos más relevantes. A continuación se seguirá el mismo método con doctrina y jurisprudencia estadounidense para terminar con las conclusiones.

## I. EUROPA.

### 1. Doctrina de la Unión Europea.

- (a) La Unión Europea ha trabajado en los últimos años con el objetivo de promover el cumplimiento de las reglas que protegen la libre competencia, sobretodo los artículos 81 y 82 del Tratado CE. En razón de ello se desarrolló un Libro Verde en el año 2005 que fue puesto en discusión y de lo cual surgió el Libro Blanco y su correspondiente Working Paper con las conclusiones. El Libro Verde se centró en dos preguntas principales. ¿Cuáles son los daños indemnizables? Y ¿Cómo medir estos daños? Al respecto ofreció las distintas opciones posibles para que fueran discutidas.
- (b) El Libro Blanco surgió como respuesta a las preguntas formuladas por el Libro Verde de 2005. La conclusión del Libro Blanco fue que los países comunitarios deben incentivar el private enforcement como método para desincentivar las infracciones a las leyes de libre competencia, por ende se enfocó en encontrar los métodos para facilitarle a los consumidores y a las empresas que han sido víctimas de infracciones a la libre competencia el recuperar los daños sufridos. Se eligió el private enforcement como uno de los métodos que puede ayudar a exigir el cumplimiento de las normas de libre competencia debido a que los privados generalmente están en mejor posición para descubrir las infracciones, y genera menores costos para el Estado que sea el privado el que se preocupe de perseguir la infracción.
- (c) Las respuestas concretas que el Libro Blanco ofreció a las preguntas sobre la determinación de los daños fueron en primer lugar que se debe indemnizar daño emergente y el lucro cesante, lo que implica también que la indemnización debe medirse en relación al daño de la víctima y no a la ganancia injustificada del infractor. Y que debe quedar a juicio de cada país si adopta doctrinas como la de daños punitivos o intereses previos<sup>1</sup>. En Chile los existe discusión jurisprudencial respecto de desde cuando deben cobrarse intereses por un daño patrimonial, pero se estima que no deberían haber intereses prejudiciales, es decir que deberían empezar a cobrarse desde la notificación de la demanda. En cuanto a la pregunta relativa a la determinación del monto, el Libro Blanco recomienda a los países comunitarios comparar las ganancias actuales con las de un mercado hipotético sin infracción. Además se sugirió codificar en un instrumento legislativo comunitario el acervo comunitario relativo al alcance de los daños y perjuicios que pueden recuperar las víctimas. Lo mismo respecto del cálculo de los montos para lo cual se recomendó la creación de un marco con una orientación programática y no vinculante para la indemnización, por ejemplo por medio de métodos aproximativos de cálculo o normas simplificadas de la pérdida.

---

<sup>1</sup> *Pre-judgement interest* se refiere al cobro de intereses desde el momento en que se produce el daño hasta que comienza el procedimiento, además de los intereses que se deben por el tiempo transcurrido entre que comienza el juicio y se hace efectivo el pago.

- (d) Otro tema tratado tiene relación con el pass-on defense que se refiere a la discusión de si permitir o no como defensa del infractor el sostener que la empresa que demanda daños no sufrió tales debido a que pasó el costo a sus consumidores, y que por tanto existiría un enriquecimiento sin causa pues los que realmente sufrieron el daño fueron los consumidores. Al respecto el Libro Blanco sostiene que cada país debe decidir, a pesar de que el Tribunal de Justicia ha fallado que se acepta esta defensa<sup>2</sup>.
- (e) En síntesis, la Unión Europea en sus estudios sobre el tema considera una política relevante el incentivar el private enforcement para lograr desincentivar el incumplimiento de las normas sobre libre competencia. Y para ello recomienda indemnizar todo daño (lucro cesante y daño emergente) y calcularlo por medio de una comparación con un mercado hipotético sin infracción.

## 2. Doctrina de la Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).

- (a) La Organization for Economic Co-operation and Development (en adelante OECD), también ha estudiado la materia<sup>3</sup>, es así como desarrolló un detallado informe con la situación en ciertos países y con algunos artículos. Se estudió la situación de República Checa, Finlandia, Irlanda, Holanda, Noruega, Suiza, Turquía, Gran Bretaña, Estados Unidos, China, Lituania, Rumania, y también la Comisión Europea y la BIAC (Business and Industry Committee for the OECD). En conclusión los países generalmente no poseen leyes especiales para los daños por infracciones a la libre competencia y se siguen las reglas generales con algunas excepciones. En los países en que se hacen excepciones a las reglas generales son para reducir el estándar probatorio o bien cambiar la carga de la prueba, así como también para indemnizar no sólo basados en el daño del demandante sino también en la ganancia injusta del demandado.
- (b) En el artículo de William H. Page, éste llega a las siguientes conclusiones. Primero que si se adopta como medida de la indemnización el daño de la víctima debe limitarse con teorías como la de la *antitrust injury doctrine*<sup>4</sup>. En segundo lugar que es recomendable doblar el monto de los daños en caso de colusiones. Y por último que los intereses deben empezar a generarse desde el momento del daño y no desde que se produce la infracción.

---

<sup>2</sup> Manfredi and Others v Lloyd Adriático Assicurazioni SpA and Others. Joined cases C-295/04 to C-298/04. Judgement of the Court (third Chamber) 13.6.2006.

<sup>3</sup> OECD, Directorate for financial and enterprise affairs, Competition Committee, Private Remedies, Enero de 2008, [<http://www.oecd.org/dataoecd/24/62/39892177.pdf>]

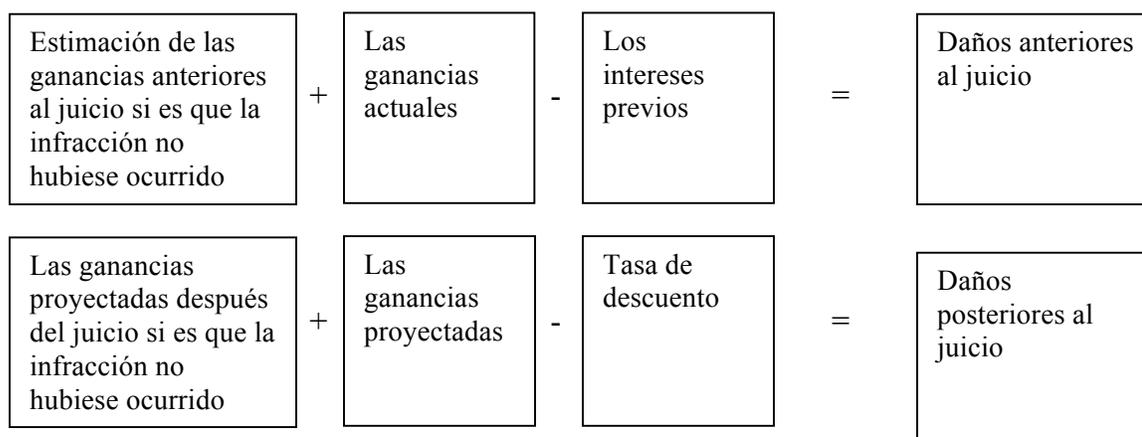
<sup>4</sup> La *antitrust injury doctrine* requiere que el daño se relacione no solo con la infracción sino también con la razón por la cual la acción anticompetitiva fue considerada ilegal. Se explicará en detalle más adelante.

- (c) Finalizando, la OECD hace un estudio de las políticas adoptadas por los distintos países en esta materia y recopila ciertos artículos. Sin embargo no concluye algo como institución, más bien resume y recopila estos datos que no dejan de ser de utilidad. A pesar de que muestra lo poco desarrollado del tema, esta es finalmente la conclusión más contundente.
3. Métodos de Cálculo. Existen diversos métodos para calcular los daños, y es relevante elegir el más adecuado según el caso de estudio. Respecto de todos los casos de libre competencia es posible aplicar los siguientes métodos.
- (a) *Antes y después.* Implica comparar los precios durante el periodo en que se alega la existencia de un cartel y el periodo anterior o posterior al hecho. Este método es bastante simple, sin embargo tiene problemas de precisión porque debe suponer que todas las otras variables del mercado se mantienen igual.
- (b) *Método Yardstick.* Es una comparación entre el mercado avaluado y otro mercado similar que no ha sido afectado por la infracción. Sin embargo, es difícil encontrar un mercado similar a otro, y aún cuando esto se ocupa como herramienta para llevar a cabo otros métodos más complejos por sí solo deja bastantes supuestos de lado.
- (c) *Basado en los costos.* Calcula el precio competitivo hipotético basado en la estructura de costos de la empresa analizada en el mercado real. La desventaja de este método radica en que se asume que la estructura de costos se mantiene constante a pesar de la infracción.
- (d) *Predicción de precios.* Este método implica un cálculo econométrico para predecir los precios en un mercado hipotético sin infracción. Y depende de la calidad y disponibilidad de información. Aún así este método no permite adaptarse a las variaciones del mercado.
- (e) *Simulación de Modelos teóricos.* También utilizando la econometría permite incluir las reacciones de los participantes del mercado. Incluye además de una predicción de precios los demás supuestos relevantes para el mercado.

En general los métodos más utilizados por los jueces en Europa son los primeros dos. También se ha visto el utilizar métodos más complejos aportados por expertos, sin embargo no se especifica el tipo de método aunque probablemente se asemeje más a los últimos dos. En *Mors v. Labinal*, caso francés el juez sólo sopesó el estudio del experto en términos de razonabilidad y no en cuanto al monto, el que fue aceptado. En Estados Unidos estos métodos se utilizan con mayor frecuencia.

4. Doctrina recopilada en el informe de Ashurst. Ashurst es un estudio jurídico con presencia en varias partes del mundo al que la Comisión Europea encomendó la elaboración de un informe sobre la situación de los daños por infracción a la libre competencia en Europa. Además de analizar la jurisprudencia europea presentó cómo la doctrina ve el problema y qué métodos serían los más adecuados para determinar qué daños deben ser indemnizados y cómo medir el monto. La jurisprudencia será analizada más adelante.

Para calcular el lucro cesante la fórmula sería la suma de los daños sufridos antes del juicio y los daños sufridos después del mismo. Para calcular esto se debe seguir el siguiente esquema<sup>5</sup>:



En este cálculo no debe olvidarse de tomar en cuenta ciertos temas que son relevantes en cualquier determinación de lucro cesante, pero que se hacen más relevantes en este caso en particular. Estas son:

- (a) *La duración del daño.* El modelo debe establecer el periodo de tiempo durante el cual la víctima sufrió daños o perdió oportunidades. Este periodo puede no ser coincidente con el de la infracción ya que el daño se puede haber expresado después de la infracción así como puede continuar hasta después de que esta cese. En tal caso se puede incluir un tiempo de recuperación.
- (b) *Descuento de las pérdidas futuras.* Esto se refiere a traer el valor futuro a valor presente, para lo cual se utiliza una tasa de descuento. Es claro que el valor de \$1.000 pesos hoy no es lo mismo que \$1.000 pesos en un año más, para que el monto pagado por el infractor sea efectivamente el del daño ocasionado se debe aplicar una tasa de descuento para traer ese valor de los daños que aún no han ocurrido a el valor que

---

<sup>5</sup> Robert. E. Hall and Victoria A. Lazear, (1994) "Reference Guide on Estimation of Economic Losses in Damages Awards" en Clark, E., Hughes, M., & Wirth, D. (2004). P. 281.

tienen hoy. En esta tasa de descuento también se incluye el riesgo de que la ganancia no llegue a ocurrir. “The discount rate is an estimation of the cost of the capital (as mentioned in paragraph 3.14 above) which captures the return required by investors to invest in such activities (rather than elsewhere) and which, thereby, takes into account the level of risk associated with the investment”<sup>6</sup>. En Estados Unidos se han otorgado tasas de descuento de hasta 19,4%<sup>7</sup>.

- (c) *Mitigación*. Se refiere a que “In circumstances where plaintiffs have a duty to mitigate any losses, the appropriate benchmark against which to measure “but for” earnings would be the earnings that the plaintiff should have achieved under proper mitigation as opposed to actual earnings”<sup>8</sup>. Es decir, que si la víctima podría haber tomado acciones para mitigar el daño y no lo hizo, se debe tomar el daño mitigado como daño, aún cuando la víctima no lo mitigó.
- (d) *Efecto de los impuestos*. Debe tomarse en consideración si es que las ganancias determinadas incluyen o no cierto impuesto. Si es que a la ganancia en una situación normal se le deberían descontar impuestos, lo mismo debe hacerse por el tribunal.
- (e) *Los intereses previos al juicio*. Dependerá de la ley de cada lugar el tratamiento de los intereses devengados previos al juicio. En Chile esto implicaría que no habrían intereses prejudiciales porque por más de que la jurisprudencia no ha sido clara, se cree que en materia de daños patrimoniales los intereses se empiezan a contar desde la notificación de la demanda.

En lo relativo a los métodos para avaluar el daño en concepto de lucro cesante (lost profit), el estudio hace notar la importancia de utilizar herramientas económicas, financieras y de contabilidad para llegar a un resultado más exacto. Al respecto expone tres metodologías utilizadas:

- (a) *Método basado en las ganancias*. Este método toma las utilidades reflejadas en el balance general o estado resultado y los convierte en flujo de caja (por ejemplo sacando la depreciación que no afecta al flujo de caja), luego este monto se trae a valor presente y esto será el valor a comparar con el valor que se deducirá del cálculo hipotético a describir a continuación.

---

<sup>6</sup> Emily Clark, Mat Hughes y David Wirth, «Study on the conditions of claims of damages in case of infringement of EC competition, Analysis of economic models for the calculation of damages,» Ashurst (Bruselas, 2004). p. 36. En [[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf)] Consultado en 29.10.2009.

<sup>7</sup> Olson v. Nieman’s, Inc. 579 N.W.2d 299 (Iowa, 1998). En Robert E. Dunn y Everett P. Harry, Modeling and Discounting Future Damages, 2002.

<sup>8</sup> Emily Clark, Mat Hughes y David Wirth. Op. Cit. p. 36.

Para calcular las utilidades en el escenario hipotético en que no existe infracción será necesario estimar las ventas y los costos que hubiesen existido de no haber ocurrido la infracción. Esto es lo que se llama el escenario de “but for”. Para estimar las utilidades y los costos se debe tomar en cuenta entre otros los resultados históricos de las transacciones, información interna como los presupuestos y las proyecciones, reportes de marketing y estrategias, reportes financieros y de producción y la relación con la clientela.

No se puede confiar en la información histórica de preverse un cambio en el futuro, que existiría aún sin la infracción a la libre competencia. De todas maneras “Actual sales of similar (but not competing) product lines unaffected by the infringement may be a good indication of the “but for” sales of the product line affected by the antitrust infringement.”<sup>9</sup>. Además un análisis del desempeño del mercado durante la infracción puede ser necesario para identificar los factores claves que hubiesen afectado a la víctima también.

Determinar los costos en que hubiese incurrido el demandante en caso de no haber habido infracción no deja de ser difícil. Es relevante ya que existen costos en que tendrá que incurrir y costos en los que no tendrá que incurrir debido a la infracción (como el salario de empleados que debió despedir), diferenciando estos de los costos fijos en que el acto anticompetitivo no tuvo incidencia.

Para lograr llegar a los valores mencionados es necesaria la interferencia de contadores y economistas, de todas maneras estas técnicas descritas han sido utilizadas en general en relación con juicios comerciales por lo que existe experticia<sup>10</sup>.

- (b) *Método basado en el valor de mercado.* Este método implica comparar el valor de mercado de una empresa similar transada públicamente con la empresa demandante. Para ello se toma el valor de mercado de la empresa con la cual se quiere comparar y se divide por las ventas. De esa manera se obtiene un multiplicador que se puede aplicar a la empresa demandante con la información sobre las ventas. Así si la empresa A tiene un valor de mercado de 1000 y ventas por 500 su multiplicador es 2. Por lo tanto la empresa B (demandante) si sus ventas son de 400, multiplicado por 2 daría el valor de mercado de la misma. “*These multiples can be applied both before and after de injury, with the difference being the mesure of damages*”<sup>11</sup>. Es decir, si se comparara el valor de mercado sacado utilizando las ventas anteriores al daño, con el valor de mercado utilizando las ventas posteriores al daño el resultado sería el daño de la empresa demandante.

---

<sup>9</sup> Ibid. p. 37.

<sup>10</sup> Ibid. p. 38.

<sup>11</sup> Ibid. p. 39.

El problema de ésta fórmula es el encontrar una empresa que sea realmente similar a la empresa demandante en el momento anterior a la infracción. Para este efecto los factores a mirar para identificar la similitud serían la estructura del capital, el tamaño, la participación de mercado, políticas contables, y lo más importante el potencial de ganancias futuras.

- (c) *Método basado en la valoración de los activos.* Para determinar el monto de los daños se utiliza el valor de activos y pasivos de la compañía y se compara esta información del tiempo anterior a la infracción y del posterior a la misma. Sin embargo este método tiene falencias pues sólo es capaz de medir el impacto en los activos y pasivos de la empresa pasando por alto el caso en que existan otro tipo de daños.

Por otro lado al enumerar los casos por los cuales existiría daño y cuáles serían estos daños señala entre ellos al “(a) refusal to deal. Where a competitor claimant challenges the defendant’s denial of access to an input that the claimant needs in order to compete, the principal component of the claimant’s damages consist of lost profit from income foregone due to the defendant’s exclusionary conduct and possible loss of goodwill as a result of the damage to the claimant’s reputation.”<sup>12</sup>

5. Jurisprudencia francesa. En Francia hasta el año 2004 se había otorgado indemnización en dos casos. Los métodos utilizados en la práctica fueron por un lado el comparar ya sea los costos, precios o márgenes de utilidades que se encuentran normalmente en el mercado a evaluar, con los mismos elementos en el momento en que existió la infracción, como es por ejemplo el método del “antes y después”.

El otro método utilizado es la comparación del mercado con infracción con un mercado hipotético en el que no hay infracción a las normas de la libre competencia (“but-for” scenario). En este caso se estima un margen de ganancias para agregarle al costo unitario obtenido de la comparación.

- (a) Mors/Labinal (1993).

British Aerospace llamó a concurso para convertirse en proveedor de sistemas de indicación de presión de neumáticos para aviones (TPIS). Westland y Mors, dos compañías interesadas, hicieron un jointventure para quedar seleccionadas. De esta manera lograron ganar el concurso y convertirse en los proveedores principales para el Airbus 330/340. Labinal quedó como proveedor secundario y opcional. Labinal gozaba de un monopolio de facto.

---

<sup>12</sup> Ibid. p. 40.

La Corte de Apelaciones de París, decidió que el acuerdo alcanzado entre Westland y Labinal en que Westland proveía información confidencial a Labinal y Labinal incurría en prácticas de precio ilegales para eliminar a su único competidor, Mors, era contrario al artículo 81 y 82 EC.

Los daños se calcularon de la siguiente manera. Se llamó a un experto, cuya opinión la Corte solo juzgó en virtud de la razonabilidad pero no de los montos. El experto tomó en cuenta el mercado de la oferta, el potencial número de aviones que habrían requerido los servicios de Mors, etc. Desarrolló un margen de utilidad y los costos en el mercado hipotético sin infracciones tomando en cuenta las proyecciones de las empresas, la participación de mercado etc.

La Corte decidió que las infracciones de Labinal habían privado a Mors de la oportunidad de que su tecnología haya sido aceptada y por ende de haber ganado participación de mercado en los mercados vecinos. Sin embargo, el experto explicó que aunque es posible que Mors hubiese recibido otras ofertas de otros mercados, no se sabe si Mors hubiese podido ganar estos concursos. En vista de esto la Corte le otorgó a Mors daños por la pérdida de mercado (A-330/340), pero no por su pérdida de mercados vecinos.

(b) Ecosystem/Peugeot (1996).

Peugeot mandó una circular a sus distribuidores con el objeto de que estos no compraran autos de Ecosystem

Los daños se avaluaron es pérdidas por operación y pérdida de “goodwill”. En lo primero se determinó comparando las utilidades el año anterior a la circular y las pérdidas del año posterior a la circular. El daño se restringió a ese periodo de tiempo. En cuanto a lo segundo, el tribunal estimó que no existía prueba contundente del monto de los daños por goodwill por lo que no otorgó indemnización por ese concepto. Se basó en el hecho de que el cálculo ofrecido por Ecosystem incluía todos sus negocio y no solo el afectado por Peugeot. En conclusión, Ecosystem fue indemnizado, pero el monto fue aproximadamente un 1,5% del pedido.

5. Jurisprudencia italiana. En Italia se han encontrado tres casos que han otorgado indemnización, y en los tres el método utilizado fue el de comparar un antes con un después.

(a) Telsystem v. SIM.

Telsystem requirió de SIM, compañía casi monopolica en telecomunicaciones, ciertas conexiones que eran necesarias para su funcionamiento. La Corte de Apelaciones de

Milán para determinar los daños envió a un panel de expertos ciertas preguntas. A pesar de que el método utilizado no fue publicado se cree que fue una comparación entre antes y después de la infracción, básicamente buscando el monto de ganancias que hubiese hecho Telsystem de no haber existido la infracción.

Telsystem además demandó por la oportunidad perdida de haber entrado un año antes al mercado. Por este concepto la Corte decidió no otorgarle ninguna indemnización ya que “after the obstacles have been overcome and Telsystem has reacquired full operational capacity, there is no reason to believe that the planned activity could no longer be put into effect.”<sup>13</sup>. Es decir que aún mantiene vigente la oportunidad de entrar al mercado, y el año perdido sólo se indemnizó como lucro cesante, no así como pérdida de una oportunidad.

(b) Albacom v. Telecom

Telecom en abuso de su posición dominante, negó el acceso a sus competidores a sus redes de transmisión de datos, aún después de que como medida para liberalizar el mercado de DSL se le requirió que otorgara acceso a dichas redes.

Para calcular los daños sufridos por Albacom en razón de su exclusión del mercado la Corte se basó en la participación de mercado del demandante antes de la infracción multiplicado por las ganancias de Telecom durante el tiempo de la infracción, y a esto se le aplicó un 10% de margen de utilidad. Este margen de utilidad fue obtenido de la autoridad italiana de telecomunicaciones, pero en realidad para Telecom se estimaba un 12% de margen de utilidades. Sin embargo se redujo a 10% para aplicarlo para Albacom dado su reciente ingreso al mercado e innovación.

(c) Bluvacanze.

Los principales operadores de turismo italianos se concertaron para no otorgar acceso a Bluvacanze a los sitios on-line para que ofreciera sus tours. Para determinar los daños la Corte ocupó el método del mercado hipotético y para obtener los datos se basó en la historia de Bluvacanze. La Corte le concedió el monto de 185.000 euros por lucro cesante y 50.000 euros por daño a la reputación comercial (daño moral).

6. Jurisprudencia inglesa.

(a) Crehan v. Inntrepreneur.

---

<sup>13</sup> Ibid. 46.

En este caso Crehan contrató arrendó dos bares, en cuyos contratos se incluía una cláusula que obligaba a Crehan a comprar cerveza sólo de Inntrepreneur y a un precio pre-determinado que era más alto que el precio de mercado de la cerveza.

Para determinar los daños la High Court estimó que estos debían medirse tomando en consideración lo que perdió el señor Crehan y lo que hubiese ganado de haber cobrado un precio más barato por la cerveza. Sin embargo, en la apelación la Court of Appeal decidió que la mejor forma de avaluar los daños era el precio de venta del arrendamiento al momento en que Crehan renunció a ellos. Esto sumado a las pérdidas que tuvo Crehan. La Court of Appeal desestimó el método aplicado por la High Court dada la incertidumbre del daño. El daño debe medirse al momento en que ocurre y no al momento del juicio.

Los otros casos que están pendientes son: BCL v Aventis, Roche, BASF Case No. 1028/5/7/04, Competition Appeal Tribunal (2005) y Deans Foods v Aventis, Roche, BASF Case No. 1029/5/7/04, Competition Appeal Tribunal (2005).

## II. ESTADOS UNIDOS.

En doctrina estadounidense se han discutido diversos temas. En lo que sigue se dividirá el análisis según el tema en discusión en pérdida de una oportunidad aplicado especialmente a lo que es la exclusión de un mercado y como determinar el daño futuro para luego analizar la *antitrust injury doctrine*.

### 1. Doctrina de la pérdida de una oportunidad.

Para analizar el siguiente tema es necesario sentar la base de la cual se parte. Por tanto se asumirá en primer lugar que los daños otorgados están diseñados para hacer que el infractor espere pagar el costo de su violación. En segundo lugar se asumirá que compensar totalmente a la víctima significa otorgar suficiente indemnización como para que a la víctima le sea indiferente el tener la indemnización o la oportunidad perdida. Estas asunciones acercarán más las soluciones estadounidenses al derecho chileno al asemejar las bases de la discusión.

Los profesores William Tye y Stephen Kalos<sup>14</sup> ofrecen una enumeración de los principio básicos en al momento de avaluar una oportunidad perdida. Estos son:

---

<sup>14</sup> Tye, William B.; Kalos, Stephen H. Antitrust damages from lost opportunities. Antitrust Bulletin, septiembre, 1996. En The economics of antitrust injury and firm specific damage, Lawyers & Judges Publishing Company, 2007, p. 125.

- 1) El riesgo de la incertidumbre futura debe ser medido examinando todo el espectro de posibilidades futuras y no solo una. Los autores estiman que comúnmente se incurre en el error de tratar de determinar cual sería el escenario que ocurrirá o que hubiese ocurrido, cuando en realidad los supuestos para determinar esto jamás adquirirán suficiente certeza, por lo tanto lo que se debe hacer es considerar todos los escenarios posibles y tomar como el escenario hipotético a un promedio de todos ellos.
- 2) Los daños futuros deben medirse como el valor presente neto del valor esperado de los flujos de caja en un mercado hipotético sin infracción, menos el valor presente neto del valor esperado de flujo de caja de proyectarse el mercado como existe en la realidad, es decir con infracción. Esto significa que se determina el flujo de caja futuro esperado<sup>15</sup> y se trae a valor presente. Con esperado me refiero a que se ponderan las distintas opciones con distintos supuestos de los que se obtendrían distintos flujos de caja, por la probabilidad de que cada uno de estos escenarios ocurran, así se obtiene un valor esperado (expect value).
- 3) *“Future expected after-tax cash flows should be discounted at the appropriate risk-adjusted after-tax opportunity cost of capital to get the current value.”*<sup>16</sup>. Es decir, al valor esperado del flujo de caja futuro se le debe descontar el costo de oportunidad del capital apropiadamente ajustado al riesgo, sin olvidar los impuestos. Esto implica que el riesgo se incluye en el monto del daño descontándolo según el riesgo del costo oportunidad.
- 4) Los costos de oportunidad (en derecho puede ser parecido a mitigation) deben ser tomados en cuenta. Por ejemplo si es un vendedor de maní tiene un carrito y por una infracción a la libre competencia no puede ponerse en la esquina en que siempre se pone, de todas maneras no puede alegar daño por todo lo que no pudo vender, porque tenía la posibilidad de cambiarse de esquina lo cual hubiese mitigado el daño y el costo oportunidad de no vender nada es justamente el cambiarse de esquina y vender algo (que puede ser mayor o menor a la venta habitual).
- 5) Las grandes estimaciones de daños por causa de oportunidades perdidas o disminuidas generalmente se obtienen de (1) imperfecciones del mercado o la *“economic rent”* (la diferencia entre las ganancias que se hubiesen adquirido si no hubiese habido

---

<sup>15</sup> El flujo de caja futuro es distinto al valor contable de la compañía pues incluye todo lo que se espera que la empresa producirá de aquí a un periodo de tiempo. Ese valor se trae a valor presente y ese resultado es el valor presente del flujo de caja, esta es la técnica utilizada para valorizar una compañía.

<sup>16</sup> Tye, William B.; Kalos, Stephen H. Op. Cit. p. 125.

infracción y las ganancias de lo que podría haber hecho con el dinero de la inversión, es decir el costo oportunidad) y (2) costos hundidos.<sup>17</sup>

Algunos errores típicos a la hora de determinar los daños han sido:

- 1) Error en determinar el flujo de caja esperado y aquel que ocurriría en un estado particular del mundo. Fijarse en un escenario en particular, en vez de pensar en todos los futuros escenarios. “Financial economics tells us that the applicable cash flows are expected values in the statistical sense, not the “most believable” future scenario. Both upside and downside possibilities must be accounted for to produce an unbiased estimate.”<sup>18</sup>.
- 2) Un error en incorporar los costos de oportunidad cuando los costos no están realmente hundidos. Con el mismo ejemplo del carrito de maní, el valor del carrito sería un costo hundido y por tanto un daño, sin embargo dado el costo oportunidad posible, es decir el poder correr el carrito y seguir produciendo, el costo que parecía hundido en realidad no lo era y por lo tanto no entra en la evaluación de los daños. Así mismo el daño solo será la diferencia entre el costo de oportunidad del capital invertido y lo que efectivamente se ganó. Es decir, lo invertido en el mercado en el que hubo infracción, pudo haber sido invertido en otro lado, y esa inversión hubiese tenido ganancias. Esas ganancias que hubiese podido ganar no deben ser indemnizadas.
- 3) Un apoyo poco realista en las imperfecciones del mercado.

En conclusión, desde un punto de vista económico existe consenso de que los valores que se deben tener en cuenta para obtener el mercado hipotético es el valor esperado, es decir tomando en cuenta las probabilidades de cada posible escenario. Que los costos de oportunidad, es decir las posibilidades de mitigación (asimilable a la culpa de la víctima), se deben descontar de los daños. Que no se debe basar el análisis en imperfecciones del mercado y que se debe descontar a los daños el riesgo del costo oportunidad para obtener el valor presente de los mismos.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> “Large damages estimates from lost or diminished business opportunities usually arise from either (1) market imperfections or “economic rent” (the availability of returns in the foreclosed activity in excess of those in the mitigation opportunity); or (2) the presence of sunk costs (the extreme case of zero opportunity costs and no mitigation potential).” Idem.

<sup>18</sup> Ibid. p. 126.

<sup>19</sup> Ibid. p. 137.

## 2. Daño Futuro.

Los daños futuros deben ser sometidos a una tasa de descuento de manera de traer el valor futuro a valor presente<sup>20</sup>. *“For Business litigation, the courts have held that future damages must be dicounted”*<sup>21 22</sup>. Existen diversas técnicas y diversos estudios que ofrecen sus servicios tanto para avaluar daños como para traerlos a valor presente. En resumen lo que se hace es determinar el monto del daño futuro y luego modelar una tasa de descuento. En esta tasa de descuento se incluyen los riesgos, por lo mismo la tasa de descuento variará según el riesgo de la inversión. Algunos factores de riesgo que se han tomado en cuenta para establecer la tasa base de descuento son:

<b>Unsystematic or subjective risk</b>	<b>Market risk</b>	Barriers to market entry
		Market size or share constraints
		Strength of competition
		Buyer product or service acceptance
	<b>Financial risk</b>	Shifting buyer preferences
		Illiquidity
		Unfavorable contractual obligations
	<b>Management risk</b>	Excessive debt
		Depth of management talent
		Key employee dependence
<b>Product risk</b>	Management’s past experience with product or service	
	Key supplier dependence	
	Obsolescence	
	Reliance on specific patents and licenses	
	Lack of productive capacity	
<b>Company sales risk</b>	Commercial impracticality of production	
	Key customer dependence	
	Lack of product diversification	
<b>Business environment risk</b>	Lack of geographic sales diversification	
	General economic conditions	
<b>“Base” rate</b>	<b>Systematic risk</b>	Government regulation
		General equity risk premium
		Beta coefficient for the subject industry to modify the general equity risk premium

<sup>20</sup> David A. Soley, Ann E. Georgehead, Robert Y. Gwin, Business torts litigation, 2ª Edición, 2005, p. 248.

<sup>21</sup> Robert E. Dunn y Everett P. Harry, Modeling and Dicounting Future Damages, 2002.

<sup>22</sup> Multi-Channel TV Cable Co. V. Charlottesville Quality Cable Corp. 65 F3d 1113, 1124 4th Circ. 1995

<sup>23</sup> Robert E. Dunn y Everett P. Harry. Op. Cit.

	Company size premium
<b>Risk-free</b>	U.S. Treasury coupon bond, note or bill yield

De esta manera la incertidumbre del daño que aún no se produce queda incluida en el monto del daño. En Estados Unidos la jurisprudencia ha otorgado continuamente tasas de descuento y hasta de un 19,4%.<sup>24</sup>

3. Antitrust Injury Doctrine.

Desde el caso Brunswick en 1977, la Corte Suprema de Estados Unidos ha ido desarrollando una nueva doctrina relativa al daño por infracción de normas de libre competencia. Esta doctrina tiende a limitar la responsabilidad del infractor al acotar los daños reparables a aquellos que tengan una relación directa no solo con el acto anticompetitivo del demandado sino también con la infracción, en el sentido de ser consecuencia de aquello la ley infringida pretendía proteger<sup>25</sup>. La antitrust injury doctrine implica que debe haber una relación entre el daño producido y no solo la actividad considerada ilegal, sino también con la razón por la cual fue considerada ilegal, algo parecido a lo que se podría considerar la teoría del fin de la norma. En Brunswick la Corte sostuvo que “while respondents’ loss occurred “by reason of” the unlawful acquisitions, it did not occur “by reason of” that which made the acquisitions unlawful”<sup>26</sup>. En este caso en particular se refiere a la adquisición de pistas de Bowling. La sanción en materia de libre competencia era el hecho de haber abusado de su deep pocket para comprar dichos establecimientos, pero el daño para estos competidores no surgía del abuso del deep pocket, sino sólo del hecho de que Brunswick hubiese comprado los otros bowlings que estaban a punto de quebrar y los hubiese mantenido en funcionamiento. La acción de Brunswick simplemente vigorizó la competencia.

Otros autores opinan que la antitrust injury doctrine debe ser interpretada de manera de aproximarse a la pena óptima<sup>27</sup>.

4. Jurisprudencia estadounidense.

De la Jurisprudencia estadounidense se extrae que el estándar probatorio para los daños provenientes de violaciones a las leyes de antitrust es menor debido a que estos daños

---

<sup>24</sup> Burger King Corp. V Barnes, 1 F. Supp.2d 1367 (S.D. Florida, 1998), Olson v. Nieman’s, Inc. 579 N.W.2d 299 (Iowa, 1998), Knox v. Taylor, 992 S.W.2d 40 (Tex. App. 1999).

<sup>25</sup> Davis, Ronald W., Standing on shaky ground: the strangely elusive doctrine of antitrust injury, Antitrust Law Journal, vol. 70, 2003, p. 697-776. En: [http://www.rdantitrustlaw.info/shaky.pdf] Consultado en 29.10.2009.

<sup>26</sup> Brunswick v. Pueblo.

<sup>27</sup> Page, William H., Policy choices in defining the measure of antitrust damages, En OECD Directorate for Financial and Enterprise affairs , competition committee, private remedies, 11/1/2008. P. 239.

siempre tendrán un grado de incertidumbre e iría contra la justicia el negar indemnización ya que la incertidumbre del daño proviene justamente del delito cometido. A pesar de esto, los últimos fallos han negado lugar a indemnización debido a que no se prueba con suficiencia la causalidad generalmente porque existen otras causas involucradas.

Las conclusiones más importantes de los casos analizados fueron las siguientes:

- (a) *Bigelow v. RKO Radio Pictures* 327 U.S. 251 (1946)

Quien comete el delito es quien debe soportar el riesgo de la incertidumbre que su propio delito ha causado, por lo tanto el jurado puede concluir daño de la probabilidad razonable de que el daño haya sido causado por el delito y que este no sea atribuible a otras causas.

- (b) *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research*, 401 U.S. 321 (1971)

Es posible demandar daños que fueron causados hace más de 4 años si es que en el momento en que deberían haber sido demandados no hubiese sido posible probarlos debido a que ellos serían considerados especulativos.

- (c) *Brunswick* (1977).

Relación entre el daño y la razón por la cual fue encontrada ilegal la actividad del demandado. (Mucha competencia, deep pocket). Con este caso comienza la antitrust injury doctrine.

- (d) *Truett Payne Co. v. Chrysler Motors Corp* 451 U.S. 557 (1981).

El demandante debe probar los daños y que estos sean atribuibles a alguna acción que las leyes de libre competencia están diseñadas para prevenir.

La regla que reduce el estándar probatorio sólo es aplicable cuando está determinado que el demandado es culpable de atentados contra la libre competencia.

- (e) *Blue Shield v. McCready* (1982).

El daño remoto no debe ser indemnizado.

(f) AGC (1983).

Impone la doctrina del Standing, parte del antitrust injury doctrine, y se refiere a que para poder demandar debe haber un daño directo en el caso en particular se dijo que el que la empresa demandada haya coaccionado ilegalmente a “alguien” no le da derecho a “todos” a pedir daños por ello.

Además no se estableció la infracción a la libre competencia antes de discutir los daños.

(g) Cargill (1986).

Acota aún más la antitrust injury doctrine al requerir que la relación del daño con la infracción debe ser directamente con la ley específica que está siendo violada, y con el propósito específico de esta.

(h) Arco (1990).

Se sostuvo que no hay daño por antitrust si lo que se está reclamando es una competencia muy dura. Solo si hay competencia predatoria puede existir daño por antitrust.

(i) Thomas M Schwartz v. Sun Co (2002).

Aún cuando el estándar probatorio es menor, debe haber alguna evidencia directa de daño para poder otorgar indemnización de perjuicios.

(j) Stelwagon Manufacturing Company v. Tarmac Roofing System (2004).

Aún cuando el estándar probatorio de daños por atentados contra la libre competencia es menor, si se prueba que existieron otras causas para la baja en las ventas, la prueba no es suficiente.

### III. CONCLUSIONES.

En los Estados Unidos los daños por libre competencia tienen un tratamiento especial establecido por ley; deben triplicarse debido a la consagración legal de los treble damages<sup>28</sup> (artículo 4 del Clayton Act). Esto implica que en Estados Unidos los daños tienen una lógica distinta ya que responden a un objetivo político que es el desincentivar las infracciones a la libre competencia. Sin embargo, se reconoce como principio indemnizatorio la indemnización de todo daño y para determinar el monto del daño antes de triplicarse se utilizan medios y principios compatibles con nuestro sistema. El derecho europeo por su parte, en general, no tiene ninguna regla especial consagrada en la ley sobre los daños por infracciones a la libre competencia, por lo que se aplican las reglas generales de la responsabilidad extracontractual<sup>29</sup>. Sin embargo, las características especiales han sido delineadas por la jurisprudencia en ambos casos. Aún así el que en términos amplios lo aplicado sean los principios indemnizatorios generales hace que no sea difícil asemejar el derecho comparado a nuestro sistema chileno.

Respecto del requisito de certeza del daño el derecho estadounidense ha llegado a la conclusión de que es necesario bajar el estándar probatorio, es decir no exigir la misma cantidad ni calidad de evidencia acostumbrada, sino que estimar acreditado el daño cuando la evidencia es suficiente como para que el juzgado pueda razonablemente concluir que estos daños existieron y que fueron causados por la infracción a la libre competencia<sup>30</sup>. El estándar probatorio es menor al común debido a la incertidumbre propia de los mercados, y con la injusticia que surge de que el infractor se aproveche de su propio dolo al alegar la incertidumbre de los perjuicios como defensa pues sabe que la infracción es justamente la que provoca esta incertidumbre. Sobretudo se ha presentado este argumento cuando el demandado alega que no se ha probado el monto de los daños, que es particularmente difícil de determinar. En conclusión, el lucro cesante sí es indemnizado y con un estándar menor de exigencia en cuanto a la prueba de la certeza del mismo y del monto exacto, pero no se ha relajado la prueba de la causalidad.

En Estados Unidos a partir de 1977, con Brunswick, se introduce la *antitrust injury doctrine*, que limita los daños por causa de infracciones a las leyes de libre competencia. La *antitrust injury doctrine* implica que debe haber una relación entre el daño producido y no solo la actividad considerada ilegal, sino también con la razón por la cual fue considerada ilegal, con el fin de la norma. Esta doctrina enfatiza el tema de la causalidad para limitar la indemnización dado que aún cuando el *private enforcement* es considerado positivo para desincentivar las infracciones contra la libre competencia se teme un desincentivo exagerado que obstaculice el desarrollo de la empresa, por ejemplo con demandas temerarias entre otras cosas<sup>31</sup>. De hecho una razón común para negar

---

<sup>28</sup> Triplicación del monto del daño por parte del juez una vez determinado el monto del daño por el jurado.

<sup>29</sup> OECD. Op. Cit.

<sup>30</sup> Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, 401 U.S. 321 (1971).

<sup>31</sup> Page, William H. Op. Cit.

indemnización de perjuicios en Estados Unidos ha sido la falta de causalidad, generalmente relacionado al concepto de *antitrust injury doctrine*. Mientras que en Europa se ha negado indemnización también por la incertidumbre de los daños.

Respecto de los métodos utilizados para determinar la existencia y monto de los daños el método más utilizado ha sido la comparación de las ganancias actuales con las ganancias de un mercado hipotético sin la infracción, tanto en Europa como en estados Unidos. Sin embargo las herramientas para conformar el mercado hipotético han variado. Las herramientas más recurrentes fueron la comparación de las ganancias de la empresa antes de la infracción y después de la infracción (*before and after*), también el método Yardstick el cual compara el mercado dañado con otro similar el cual esté libre de infracciones a la libre competencia, puede ser en otro país por ejemplo. Estas son las técnicas más básicas y que dejan afuera muchos factores que afectan la conformación del mercado hipotético, sin embargo son herramientas necesarias para llevar a cabo otros métodos más complejos que incluyen econometría. Es decir para modelar un mercado hipotético el economista o analista financiero que lo haga debe tomar en cuenta entre otras cosas la historia de la empresa, el desarrollo de mercados similares en otros lugares, pero también debe considerar el movimiento del mercado analizado<sup>32</sup>, los costos de oportunidad y todo lo que influye finalmente en el flujo de caja que generalmente será más que sólo la infracción a la libre competencia.

También se ha acotado el método de la creación de un modelo de mercado hipotético basado en el valor de la compañía medido por medio de multiplicadores que es una técnica más sencilla pero menos precisa y con enfoque en los activos que también es más incompleta.

Respecto de la causalidad es importante recalcar que la doctrina sostiene que el daño indemnizable es aquel que incluye todas las medidas de mitigación del daño aún cuando la empresa no las haya adoptado. Es decir, si existe culpa de la víctima por no reducir el impacto de la infracción la indemnización debe reducirse al daño estimado contando con el supuesto de que sí hubiese mitigado el efecto de la infracción. Esto se extiende también a que la empresa infractora es sólo responsable por el daño causado por su infracción, y no por las pérdidas que provengan de otras causas como por ejemplo malas políticas de la empresa demandante. Por ejemplo en Zenith se desestimó la petición de Zenith de indemnización por no haberse podido integrar al mercado inglés y el australiano debido a que la corte estimó que la causa de esto eran las políticas tarifarias y otras características de estos mercados, que influyó más que la infracción a la libre competencia del cartel demandado.

Como es sabido el dinero tiene un distinto valor dependiendo del momento en que se encuentra, y existen fórmulas que logran revelarnos cual es el valor que tendría hoy cierta cantidad de dinero en el futuro. Por ello cuando se estima que los daños no solo son lo que se dejó de ganar sino que la

---

<sup>32</sup> Aquí se analiza el crecimiento o decrecimiento del mercado tomando en cuenta el volumen del mismo y las variaciones de precio. Puede influir por ejemplo las tendencias legislativas que encarecen un producto, o desincentivan el uso así como el crecimiento de la población, etc.

infracción seguirá produciendo daños en el futuro una vez obtenido ese monto será necesario traerlo a valor presente con una tasa de descuento. La tasa de descuento incorpora el riesgo, lo que implica que en una inversión riesgosa la tasa de descuento será mayor.

En cuanto a Europa se han dedicado muchos esfuerzos en los últimos años para reforzar el private enforcement con el objetivo de incentivar el cumplimiento de las reglas de libre competencia. Para ello se hicieron distintos estudios que culminaron en el Libro Blanco cuya conclusión es que para incentivar el private enforcement debe indemnizarse todo daño, es decir daño emergente, lucro cesante sumando a estos los intereses correspondientes. Incluso no rechazan la aplicación por las legislaciones internas de los países miembros de daños punitivos ni de la determinación del monto mirando los daños desde la óptica de la ganancia indebida o hacerlo en base a probabilidades.

Los principios de la Unión Europea implican los requisitos de la prueba de los daños, en especial la certeza y la relación de causalidad con la infracción, no pueden hacer que se haga imposible o extremadamente difícil el resarcimiento de los perjuicios. Eso no se contradice con que se exijan de todas maneras estos requisitos para indemnizar.

En los fallos del Tribunal de Justicia simplemente se explicitan estos mismos principios recalcando la importancia de la indemnización de perjuicios. También alude al enriquecimiento sin causa y permitiendo la defensa del passing-on, así como desechando los daños punitivos (sin prohibirlos para las legislaciones internas).

En conclusión tanto en Estados Unidos como en Europa existe una preocupación política por incentivar el private enforcement. En línea con esto y para no dejar en indefensión a las víctimas se ha relajado el estándar probatorio de los daños. Sin embargo, generalmente la jurisprudencia no especifica si el estándar probatorio se relaja sólo respecto de la prueba de la existencia de daños, sólo en lo referente al monto de los daños o ambas. De hecho existe un dissent en que el juez de la Corte Suprema alega esta equivocación en la opinión de la mayoría y estima que el estándar probatorio sólo se debe aplicar al monto de los daños y no a su existencia. De todas maneras en Estados Unidos se han limitado los daños indemnizables con la antitrust injury doctrine. Por otro lado, los métodos utilizados varían pero más que nada en las herramientas utilizadas ya que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia revisada concuerda en que lo que debe hacerse para determinar los daños es modelar un mercado hipotético en que no haya infracción y compararlo con el mercado actual. Lamentablemente no todas las sentencias hacen explícitas las herramientas utilizadas para llegar a esto.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA.

Castro-Villacañas, Diego, Comisión Nacional de la Competencia, La aplicación privada del Derecho de la Competencia. LAS ACCIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS, VII EDICIÓN DE LA ESCUELA IBEROAMERICANA DE COMPETENCIA (Madrid, 7 – 14 de marzo de 2009).

Clark, Emily, Hughes, Mat y Wirth, David, Study on the conditions of claims of damages in case of infringement of EC competition, Analysis of economic models for the calculation of damages, Ashurst, Bruselas, 2004. En:  
[[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf)]

Commision Staff Working Paper, accompanying the White Paper, Commission of the European Communities. 2.4.2008

Competencia, Actualidad Jurídica Uría Mendez, 15/2006.

Davis, Donald W. Standing on shaky ground; the strangely elusive doctrine of the antitrust injury, Antitrust law Journal, vol. 70, 2003. En: [<http://www.rdantitrustlaw.info/shaky.pdf>]

Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a del Reglamento CEnº1/2003. Diario Oficial de la Unión Europea. 1.9.2006.

Dunn, Robert L., & Harry, Everett P. Modeling and discounting future damages. Enero de 2002.

European E&M Consultants, Damage calculation model, Marzo de 2005.

Green Paper, Commission of the European Communities. 19.12.2005.

Lande, Robert H., Multiple Enforcers and multiple remedies: Why antitrust damage levels should be raised, (2004) 16 Loy. Consumer L. Rev. 329.

Libro Blanco. Comisión de las Comunidades Europeas. 2.4.2008.

MARCOS, Francisco y SÁNCHEZ, Albert. Damages for breach of the EC antitrust rules: harmonising Tort Law through the back door? InDret Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero 2008.

The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages, Wouter P.J. Wils. World Competition, Volume 32, No. 1, March 2009, pp. 3-26

Resumen de la Evaluación de Impacto del Libro Blanco, Comisión de las Comunidades Europeas.  
2.4.2008.

Fallos.

Manfredi and Others v Lloyd Adriático Assicurazioni SpA and Others. Joined cases C-295/04 to C-298/04. Judgement of the Court (third Chamber) 13.6.2006.

Courage Ltd. V Bernard Crehan. C-453/99. Recopilación de Jurisprudencia 2001, p. I-06297.

Bigelow v. RKO Radio Pictures 327 U.S. 251 (1946)

Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, 401 U.S. 321 (1971)

Truett Payne Co. v. Chrysler Motors Corp 451 U.S. 557 (1981)

Thomas M Schwartz v. Sun Co (2002)

Stelwagon Manufacturing Company v. Tarmac Roofing System (2004)