



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**APROXIMACIONES SOBRE LA REGLA DE ESTÁNDAR DE PRUEBA
APLICABLE A LA HIPÓTESIS DE COLUSIÓN EN EL DERECHO DE LA
COMPETENCIA CHILENO**

**Un análisis a partir del Voto de Previsión de la Sentencia N° 160/2017 del
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

CRISTÓBAL QUEULAT VALENZUELA CORTÉS

PABLO RENCORET GUTIÉRREZ

Profesor Guía: Jonatan Valenzuela Saldías

Santiago de Chile.

Diciembre, 2018.

ÍNDICE

RESUMEN	6
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO.....	9
1. Objetivo del proceso.	9
1.1. El proceso como medio para buscar la verdad.	9
1.1.1. Verdad y proceso. ¿Cuál es el papel que se le asigna a la verdad en el proceso?.....	11
1.2. Verdad, proceso y prueba.	13
1.2.1. La decisión correcta (o conforme a derecho) y el estándar de prueba. ...	16
1.3. Concepto de prueba	17
1.4. Momentos de la actividad probatoria	19
1.4.1. Conformación del material probatorio	19
1.4.2. La valoración de los elementos de juicio o pruebas.....	20
1.4.3. Decisión respecto a la prueba de enunciados sobre hechos o aplicación de la regla de estándar de prueba.....	21
2. Estándar de prueba.....	21
2.1. Concepto de estándar probatorio.	21
2.2. El estándar de prueba como una forma de distribuir los errores.....	22
2.3. Formulaciones habituales de estándares de prueba.....	23
2.3.1. Preponderancia de evidencia.	23
2.3.2. Estándar prueba de ‘más allá de toda duda razonable’.	25
2.3.3. Estándares intermedios.....	27
2.4. Críticas a las formulaciones habituales de estándares de prueba. Ambigüedad y subjetividad.....	28
2.5. Estándar de prueba como una decisión político-valorativa.	29

CAPÍTULO II. COLUSIÓN EN EL MERCADO DEL PAPEL *TISSUE* Y

SENTENCIA N° 160/ 2017 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE

COMPETENCIA.....	32
1. Requerimiento Fiscalía Nacional Económica. La hipótesis acusatoria....	32
2. Hipótesis CMPC.....	34
3. Hipótesis SCA.....	35
4. Fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Fundamentación y decisión.....	35
5. Conclusiones.....	38

CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO DEL VOTO DE PREVENCIÓN DE LA

SENTENCIA N°160/2017 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE

COMPETENCIA.....	39
1. Fundamentos de la aplicación del estándar de ‘prueba clara y concluyente’ en la jurisprudencia y doctrina nacional de acuerdo al Voto de Prevenición.....	40
1.1. Doctrina.....	41
1.2. Jurisprudencia.....	44
1.2.1. Corte Suprema.....	44
1.2.2. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	45
1.3. Jurisprudencia y doctrina extranjera.....	47
2. Fundamentos para aplicar una regla de estándar de ‘balance de probabilidades’ según el Voto de Prevenición de la Sentencia 160/2017 del TDLC y análisis crítico de los mismos.....	49
3. Razones dogmáticas. La naturaleza de la responsabilidad imputada.....	49
4. Análisis crítico de los fundamentos dogmáticos para aplicar un ‘balance de probabilidades’ en el Voto de Prevenición.....	52
4.1. Naturaleza de las potestades establecidas en los artículos 3° y 26° del Decreto Ley N° 211.....	52

4.1.1. Una de las formas de regulación - y la que es más comúnmente aceptada- es la imposición de sanciones.....	52
4.1.2. ¿Qué es la responsabilidad civil?.....	53
4.1.3. Las potestades establecidas en los artículos 3° y 26 del DL 211 no establecen responsabilidad civil.	56
4.2. Naturaleza de las potestades establecidas en los artículos 3° y 26 del DL 211.	57
4.2.1. Jurisprudencia.	58
4.2.2. Doctrina	60
4.3. Las sanciones del Decreto Ley N° 211 como derecho administrativo sancionador.	62
5. Razones económicas para la aplicación de la regla de ‘balance de probabilidades’. La distribución eficiente de los errores.	63
6. Análisis crítico de los fundamentos económicos para aplicar una regla de ‘balance de probabilidades’ en el Voto de Prevención.	65
6.1. La eficiencia como fin del derecho de la competencia.	65
6.2. ¿Puede depender una regla de estándar de prueba sólo de la eficiencia?.....	66
6.3. Una regla de estándar puede elevarse por la seriedad de la imputación.	67
7. Razones institucionales para establecer una regla de estándar de ‘balance de probabilidades’, según el Voto de Prevención.	68
8. Análisis crítico de los fundamentos institucionales para aplicar un “balance de probabilidades” en el Voto de Prevención.	69
8.1. ¿Por qué la Corte Suprema tiende a absolver a los requeridos conociendo del recurso de reclamación?	69
8.2. La necesidad de objetividad de la regla de estándar de prueba.	70
8.3. La revisión judicial de un estándar objetivo asegura la garantía de doble instancia y no es una limitación a la sobre-inclusión.	72

CAPÍTULO IV. BASES PARA UNA PROPUESTA DE ESTÁNDAR	
PROBATORIO PARA HIPÓTESIS DE COLUSIÓN EN EL DERECHO DE LA	
COMPETENCIA.....	73
1. Regla de estándar como una decisión legislativa y los riesgos de su omisión.	73
2. Nivel de exigencia de la regla de estándar probatorio para la colusión..	76
2.1. Gravedad de error en caso de condena falsa, relativa importancia del bien afectado y grado de afectación.	76
2.1.1. Sanciones administrativas.....	77
2.1.2. Sanciones civiles. La indemnización de perjuicios.....	78
2.1.3. Sanción Penal.	78
2.1.4. Análisis del bien jurídico afectado y grado de afectación que generan las sanciones administrativas, civiles y penales.	80
2.2. Costo de error de absoluciones falsas: ¿elimina capacidad disuasoria del derecho?.....	82
2.3. Dificultad probatoria.....	85
2.4. Distribución del error: cargas y presunciones.....	91
2.5. Decisiones intermedias y línea ascendente de regla de estándar.	93
2.6. En torno a los criterios anteriores, ¿qué tan exigente debe ser la regla de estándar para el ilícito de colusión?	96
3. Requisitos metodológicos	97
4. Hacia una propuesta de regla de estándar de prueba para la hipótesis de colusión.....	101
5. Propuesta de regla de estándar de prueba.....	105
5.1. Explicación de mercado plausible.	107
CONCLUSIONES	110
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

RESUMEN

Este trabajo discute la aplicación de una determinada regla de estándar probatorio para la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno ('preponderancia de evidencia' o 'balance de probabilidades'). A partir de las críticas realizadas a dicho estándar, propuesto por el Voto de Previsión de la Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, plantea una propuesta alternativa de regla de estándar probatorio aplicable, desde la perspectiva de la teoría racional de la prueba.

ABSTRACT

This paper discusses the application of a certain standard of proof for the hypothesis of collusion in the Chilean competition law ('preponderance of evidence' or 'balance of probabilities'). Based on the critics made to this standard, proposed by the dissenting vote of Sentence No. 160/2017 of the *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, it present an alternative proposal of an applicable standard of proof, from the perspective of the rational theory of proof.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo, motivado principalmente por el Voto de Previsión de la Sentencia N° 160/2017 (“Caso Papeles”) del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o “Tribunal”), pretende abordar una discusión que ha recibido menos atención de la que merece (tanto desde la doctrina como por la jurisprudencia nacional). Como desarrollaremos, la definición de una regla de estándar probatorio para acreditar la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno, es un debate aún abierto y con múltiples aristas.

Los estándares de prueba constituyen una de las reglas más importantes para la adopción de una decisión por parte de un tribunal. Adquieren particular relevancia en sistemas de valoración libre de la prueba, o bien, en versiones menos radicales como el sistema de la sana crítica.

Pese a que el legislador criollo ha introducido una serie de reformas que en lo relativo a la valoración de la prueba— han consagrado la sana crítica como la regla general del derecho nacional, aquello no ha sido acompañado de la fijación de estándares probatorios. El Decreto Ley N° 211, que rige el derecho de la competencia, no es la excepción a dicha regla.

Frente a dicho silencio legislativo, tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como de la Corte Suprema han fijado el estándar de prueba que —en su opinión— debe alcanzarse para tener por acreditada una colusión. Pese a lo anterior, no se ha justificado de manera adecuada, como veremos, la adopción de una determinada regla de estándar.

En aquel contexto, el voto en previsión de los ministros Javier Tapia y Jaime Arancibia en la Sentencia N° 160/2017 del TDLC (“Voto de Previsión”)

se constituye en un aporte fundamental. No sólo llaman la atención sobre un aspecto particularmente desatendido como éste, sino que aportan sólidas razones en favor de un estándar probatorio determinado, las cuales discutiremos en este trabajo. De esta forma, aquel razonamiento se transformó, necesariamente, en un punto de referencia valiosísimo para cualquier discusión futura.

En lo que sigue, el trabajo será dividido en cuatro capítulos. En primer lugar, nos referiremos al marco teórico según el cual –desde nuestra perspectiva– es posible (y correcto) definir un estándar de prueba, a saber, una concepción racional de las instituciones probatorias. Luego, describiremos, brevemente, el Caso Papeles – en el cual se dicta la sentencia N° 160/2017 del TDLC, es decir, la colusión en el mercado del papel *tissue*. En tercer lugar, analizaremos, críticamente y con detalle, el razonamiento del Voto de Previsión de dicha sentencia en defensa de un estándar probatorio de ‘balance de probabilidades’ para tener por acreditada la colusión. Finalmente, a la luz de una cierta línea doctrinaria, realizaremos una propuesta de regla de estándar probatorio para el caso en cuestión.

CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO

En este capítulo desarrollaremos el marco teórico desde el que definiremos cuál es (o debe ser) el estándar de prueba aplicable para la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno – la teoría racional de la prueba. Aquel marco se inscribe en una posición distinta a la tradicional que han adoptado mayoritariamente la jurisprudencia y doctrina.

En los siguientes acápite nos referiremos a los postulados principales de esta concepción sobre las instituciones probatorias, de tal forma de otorgar un marco general que permita identificar con claridad el prisma desde el cual abordaremos la discusión.

En primer lugar, nos referiremos a los objetivos del proceso y la relación entre proceso, la verdad y la prueba. Luego señalaremos los momentos de la actividad probatoria, para culminar con un análisis introductorio de los estándares probatorios.

1. Objetivo del proceso.

1.1. El proceso como medio para buscar la verdad.

Considerando que el desarrollo de la discusión acerca del concepto de verdad escapa a los propósitos de este trabajo, no nos referiremos a la - extensa- discusión al respecto¹. Nos limitaremos a señalar por qué, de acuerdo

¹ “A las filas tradicionales de los escépticos radicales, de los irracionistas y de los idealistas solipsistas se agregaron, entonces, los nuevos escépticos, los nuevos cínicos, los constructivistas, los relativistas, los partidarios del linguistic turn, los sociólogos de la ciencia, los críticos del método científico (...)”. (Taruffo, 2010, p. 92.) El principal punto de crítica que se

a la doctrina que estimamos correcta, es posible hablar de verdad y cuál es la definición que de ella consideramos adecuada.

De acuerdo a Taruffo (2008), la posibilidad de hablar de verdad, se funda en las siguientes premisas: **(i)** existe un mundo externo y **(ii)** un enunciado relativo a acontecimientos del mundo real es verdadero o es falso en la medida que se *corresponda* con la realidad existente. Lo anterior se grafica en el «esquema-T» de Tarski, que señala que el enunciado «la nieve es blanca» es verdadero si y sólo si la nieve es blanca (Taruffo, 2008, p. 131; Haack, 2016, p.316). Esto es lo que llamaremos la verdad como correspondencia².

Considerando la idea anterior, en determinados contextos cognoscitivos, con métodos adecuados y atendibles, la verdad referida a eventos del mundo externo puede ser objeto de descubrimiento, averiguación (Taruffo, 2008, p. 133) y, sobre todo, de corrección (en tanto serán verdaderas proposiciones sólo en la medida que se correspondan con la realidad). A la misma conclusión arriba Pintore (1997), quien asume el concepto de verdad como correspondencia (p. 284).

La consecuencia de esta última premisa en relación al proceso es que: “[e]n el contexto del proceso esto implica que se admita la posibilidad de conseguir una determinación verídica de los hechos relevantes para la decisión, a través del empleo de adecuados instrumentos probatorios.” (Taruffo, 2008, p. 134). La relevancia de esto será explicada en las líneas que siguen.

realiza a la postura recién transcrita es la desvaloración radical de la idea de verdad y de la posibilidad de formular descripciones verdaderas de sucesos que ocurren el mundo externo.

² Para un análisis crítico sobre ésta concepción, ver Haack, 2016, pp. 312-318.

1.1.1. Verdad y proceso. ¿Cuál es el papel que se le asigna a la verdad en el proceso?

El papel que le cabe a la verdad en el proceso no es una cuestión pacífica en la doctrina. Corriendo riesgos de simplificar en extremo el nutrido debate a éste respecto, podemos señalar que existen dos posiciones principales³.

La primera de ellas parte de la premisa de que el principal objetivo de los procesos es la resolución de conflictos. De esta forma, “la averiguación de la verdad de la ocurrencia de los hechos no constituye un fin, se advierte como innecesaria y, aún más, en muchos casos puede constituirse en un obstáculo para la resolución eficiente del conflicto” (Montero, 2017, p. 43). De manera aún más gráfica, señala Taruffo (2002), describiendo esta concepción, que “la verdad de los hechos no puede ser alcanzada porque no debe ser perseguida” (p. 37). Aunque en algunas circunstancias las decisiones puedan adoptarse en base a una determinación correcta -verídica- de los hechos, aquello no constituye una condición necesaria para ellas.

Una segunda posición, contraria a la anterior, pone en el centro de los fines del proceso la búsqueda de la verdad. Como señala Ferrer (2003):

“(…)., justificar una norma individual consiste en mostrar que ésta es el resultado de la aplicación de una norma general a un hecho (y que puede ser subsumido en el supuesto de hecho de esa norma general). Y sólo es posible aplicar una norma general a un hecho si este ha ocurrido realmente y, por tanto, si la premisa fáctica que lo describe es verdadera. En conclusión, una decisión judicial como norma estará justificada si, y solo si, se deriva de las premisas del razonamiento y las premisas fácticas son verdaderas.” (p. 32)

³ Como bien señala Montero, estas son posiciones teóricas, que en ningún ordenamiento jurídico se acogen de forma pura. Ver Montero, 2017, p. 44.

Una decisión judicial que, a modo de ejemplo, condena a una persona con una pena privativa de libertad prevista en la ley para un determinado delito, sólo tiene sentido en la medida de que el hecho que describe el tipo haya efectivamente ocurrido. De lo contrario, a nadie le cabría dudas de que aquella sería una decisión injusta.

Siguiendo esta línea argumental, ¿cuáles son las características de una decisión conforme a derecho? Desde un punto de vista de legalidad, la decisión debe aplicar de forma correcta la norma a supuestos de hecho que efectivamente ocurrieron. Una decisión justa como parte del debido proceso⁴, debe ser fruto de: **(i)** un proceso justo; **(ii)** aplicación correcta de la norma; **(iii)** que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa. Por lo anterior, y haciendo especial énfasis en el punto **(iii)**, es posible concluir que:

“[p]or consiguiente, la verdad de los hechos no sólo no es irrelevante: por el contrario, condiciona y determina la corrección jurídica de la solución de la controversia. Como se suele decir, ninguna norma se aplica de forma justa a hechos erróneos: como recordaba Bentham, la falsedad es la sirvienta de la injusticia.” (Taruffo, 2010, p. 134).

Tal como se desprende del párrafo recién transcrito, existirán «buenas decisiones» (decisiones justas) si, y sólo si, existe una correcta determinación de los hechos. Ese es, de acuerdo con la tesis que consideramos correcta, el fin del proceso⁵.

⁴ Ver Taruffo, 2008, pp. 134-135.

⁵ Haack sostiene una 3ª posición, que señala que las posiciones anteriores se fundan en una “falsa dicotomía: que un sistema jurídico debe tener como objetivo *solo* resolver disputas o *solo* descubrir la verdad. El contraste es engañoso: el objetivo del sistema jurídico de Estados Unidos, diría- y también lo dirían, creo, los autores de las *Federal Rules of Evidence*- es *resolver disputas de una forma sustantivamente justa*” Haack, 2016, p. 325.

Pese a esto, debemos hacer –desde ya– la siguiente salvedad. El proceso no tiene como objetivo único la averiguación de la verdad (Montero, 2017, p. 52). Dentro del mismo también se resguardan otros valores por motivos políticos. Como ejemplifica Ferrer (2007), también se protege:

“el interés por la celeridad en la toma de una decisión que resuelva el conflicto planteado y que lo haga definitivamente, garantía de la paz social, la protección de los derechos individuales o el secreto de determinadas comunicaciones (como la que se dé entre abogado y cliente), etc.” (pp. 31-32).

En el mismo sentido, se pronuncia Laudan (2005), quien señala que los sistemas judiciales se basan en tres tipos de valores. Los primeros de ellos:

“son extra-epistémicos. Entre estos podemos destacar las consideraciones de oportunidad relacionadas con los derechos de los acusados, los vinculados con la transparencia y el debido proceso, y cosas por el estilo” (pp. 96-97).⁶

De acuerdo a lo explicado, es posible concluir que la determinación de la veracidad de las proposiciones sobre los hechos se inserta dentro de procedimientos que cuentan con determinadas reglas que limitan dicha búsqueda en atención a proteger otros valores relevantes, lo cual es perfectamente racional.

1.2. Verdad, proceso y prueba.

La determinación de la veracidad de las proposiciones de hechos en el proceso se hace a través de las instituciones probatorias. Así, la evaluación de

⁶ Posner también reconoce esto, pero desde una perspectiva más escéptica. Para este autor, uno de los fines centrales de las normas sustantivas de derecho es la eficiencia. En este sentido, el objetivo de evitar los errores judiciales se torna relevante, dado que dichos errores producen costos sociales. Sin embargo, reconoce que aquel objetivo se ve limitado por normas como la inadmisibilidad de pruebas, aunque considera que aquellas normas son excepcionales y muy duramente criticadas. (Posner, 1973, pp. 400-401).

éstas se debe hacer en base a si logran o no determinar correctamente las proposiciones respecto a los hechos. Más precisa es la conclusión del profesor Ferrer (2007):

“[a]sí pues, sólo después de presuponer que el fin último de la institución probatoria en el proceso judicial es el *conocimiento de la verdad de los enunciados fácticos que describen los hechos del caso* [cursivas añadidas], podemos juzgar las distintas reglas probatorias y los distintos métodos de valoración de la prueba como racionales o irracionales (Twining 1994; 185). Todo ello en la medida en que sean adecuados o no para alcanzar la finalidad propuesta.” (p. 67)

La evaluación de las instituciones probatorias debe realizarse en atención a aquel fin último que identifica Ferrer (el conocimiento de la verdad de los enunciados fácticos que describen los hechos del caso).

¿Qué relación existe, entonces, entre prueba y verdad? ¿Es lo mismo que las proposiciones sobre un hecho sean probadas a que sean verdaderas? Para quienes afirman que la prueba y la verdad están desvinculadas, no cabe dudas de que no. La pregunta se torna más compleja para quienes sostenemos que efectivamente las instituciones probatorias deben ser evaluadas en torno a su posibilidad de alcanzar la verdad⁷.

Pese a ello, debemos ser claros en que prueba y verdad no son conceptos coincidentes. Afirmar esto, sin embargo, no implica sostener que están desconectados. Al contrario, la relación que existe entre prueba y verdad es teleológica, toda vez que las instituciones probatorias tienen como finalidad la determinación de la veracidad de las proposiciones sobre los hechos (Ferrer, 2018, p. 2), lo que, por cierto, no significa que ese objetivo sea siempre alcanzado.

⁷ Laudan (2005) define a los valores que orientan ésta evaluación como el núcleo duro de la epistemología jurídica. (p. 97).

En este sentido, la profesora Carbonell (2013), refiriéndose a la diferencia entre la prueba de los hechos en contexto judicial versus uno científico, ha señalado que:

“[I]o que sí constituye una característica importante es que *la decisión del juez sobre la verdad de un enunciado fáctico no convierte en verdadero al enunciado*; si la decisión es la final, un error del juez en la premisa fáctica activará igualmente, y pese a que pueda ser calificada de falsa o incorrecta, la consecuencia jurídica prevista por la norma. Es decir, la verdad depende de que el enunciado se corresponda con la ocurrencia de hechos comprobables empíricamente; así, el estándar de corrección de la premisa fáctica es la verdad y la verdad no depende de las proposiciones oficiales de un tribunal. Pero lo propio puede decirse de un científico o de una comunidad de científicos que, dando por verdadero un enunciado fáctico, años después descubre que hubo un error en la comprobación de aquel.” (p. 492).

En otras palabras, pueden existir justificaciones válidas para dar probado un determinado hecho, sin que necesariamente sea verdadero (Gascón, 2005, pp. 128-129).

En la medida de que adoptemos esta perspectiva, podemos conectar con la idea de error, la cual resulta fundamental para los estándares probatorios. Si el proceso tiene como objetivo una determinación correcta de los hechos, es posible señalar que existe un error judicial cuando se dan por probadas proposiciones falsas o no se dan por probadas proposiciones verdaderas. Los estándares probatorios no disminuyen la posibilidad de error, sino que –como explicaremos– los distribuyen⁸. Más adelante en éste capítulo nos referiremos a ésta función que desempeñan las reglas de estándares de prueba.

⁸ Para Laudan (2005), estos valores constituyen el núcleo débil de la epistemología jurídica. (p.97).

1.2.1. La decisión correcta (o conforme a derecho) y el estándar de prueba.

¿Cuál es la relación que existe entre un estándar de prueba y una decisión correcta? Como explicaremos, una decisión correcta es aquella que se encuentra externamente justificada. Por su parte, el estándar de prueba es el criterio que permite determinar cuando efectivamente aquella decisión cuenta con justificación externa

Carbonell (2013), proponiendo un código de corrección, señala que las decisiones correctas deben basarse en justificaciones externas que den razón de apoyo a las premisas fácticas:

“Tener un código de corrección presupone una cierta convicción en orden a que pueden darse y detectarse respuestas jurídicas o decisiones judiciales “incorrectas” dentro de un sistema jurídico determinado. Así, desde mi código, hay varias decisiones que se estimarían incorrectas y que paso a ejemplificar: (...) g) una decisión arbitraria, entendiéndolo que lo son aquellas que incumplen con la justificación externa en tanto no dan razón alguna en apoyo de las premisas normativa y fáctica y aquellas que se fundan en motivos excluidos por el sistema jurídico, como intereses personales, prejuicios sociales, sesgos, temores o recompensas. Dentro de estos márgenes, pues, es posible distinguir entre una aplicación del derecho correcta y una aplicación del derecho incorrecta.” (p. 496).

A partir de lo anterior, Carbonell (2013) finaliza proponiendo una tipología de corrección que en su dimensión epistémica hace referencia a la justificación externa de la premisa fáctica:

“La tipología de corrección que propongo, para concluir, es la siguiente: (...) c) Corrección epistémica: da cuenta de una relación de ajuste entre una proposición y un criterio para su “verdad”. Un juicio de corrección epistémica es una fórmula de validación de enunciados descriptivos que apela a alguna forma de comprobación empírica. He privilegiado la calificación de corrección epistémica para las proposiciones o los enunciados fácticos; y, específicamente dentro de la filosofía del derecho, para su aplicación a la justificación externa de la premisa fáctica.” (p. 499).

En relación a lo señalado, una regla de estándar de prueba responde a la pregunta de cuando una decisión que da por probadas determinadas proposiciones sobre los hechos se encuentra externamente justificada. Es, de esta forma, un criterio para tener como verdadera una premisa fáctica en el sentido planteado por Carbonell. Por ello, en la medida de que el estándar probatorio es preciso y objetivo, como veremos más adelante, permite controlar la corrección de la decisión del juez, es decir, si es que la misma se ajusta a derecho.

1.3. Concepto de prueba.

Llegado a este punto, es que podemos definir lo que entendemos por prueba. El concepto de prueba judicial es polisémica (Montero, 2017, p. 49.), pudiendo ser considerada como medio, actividad o resultado. Desde nuestra perspectiva, nos referiremos a la acepción de prueba en tanto actividad probatoria⁹. (sin referirnos a la prueba como medio, ni como resultado)¹⁰.

Para Ferrer (2007), la prueba -dentro de un proceso que busca la verdad- debe ser comprendida como una actividad encaminada a corroborar las proposiciones de los hechos alegados por las partes en un proceso. De esta forma, señala que:

⁹ Montero (2017) la limita a la actividad de las partes, señalando que “La actividad probatoria desplegada por las partes durante el proceso tiene por finalidad entregar al tribunal material de comprobación respecto de los antecedentes de hecho integrantes de la norma jurídica necesaria para la resolución del conflicto, conforme a las afirmaciones o aseveraciones efectuadas por ellas al requerir el pronunciamiento judicial”. (p. 53). Consideramos, sin embargo, que aquella idea limita el concepto a sólo uno de los momentos de la actividad probatoria que, por ejemplo, distingue el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como veremos más adelante.

¹⁰ Para las diferentes acepciones de prueba ver Maturana, 2012, p. 134.

“(…) la prueba como actividad tendría la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes. Y el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas.” (pp. 30-31).

En resumen, la prueba debe ser evaluada, y tiene su función, en relación a su posibilidad de alcanzar la verdad de los enunciados fácticos de hechos condicionantes. Estos hechos son los que determinarán el objeto de la prueba.

De acuerdo a lo señalado hasta aquí, es posible concluir que **(i)** puede hablarse de verdad; **(ii)** un enunciado fáctico es verdadero si tiene *correspondencia* con el mundo externo; **(iii)** un enunciado fáctico es considerado verdadero (aunque no necesariamente lo sea en sentido fáctico) si existen justificaciones válidas para ello; **(iv)** la verdad tiene valor en la sociedad y la verdad también es un valor en el proceso, ya que de acuerdo a nuestra posición, el proceso tiene como finalidad resolver controversias con «buenas decisiones»; **(v)** las «buenas decisiones» se caracterizan por qué –entre otras cosas– se determinan de forma correcta los hechos, es decir, la finalidad del proceso es que los enunciados fácticos que aceptó y dio por probados se correspondan con la realidad, que sean verdaderos (o se den justificaciones válidas para ello); **(vi)** la verdad que se busca en el proceso es relativa (al igual que en otros campos cognoscitivos) y dependiente del contexto; **(vii)** la prueba como actividad dentro del proceso tiene como objetivo acreditar la verdad (o dar justificaciones válidas) de los enunciados fácticos respecto de los hechos condicionantes que tienen consecuencias jurídicas (y el proceso debe ser evaluado en relación a este objetivo).

1.4. Momentos de la actividad probatoria.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no ha sido ajeno a la teoría racional de la prueba. El Tribunal distingue –correctamente a nuestro juicio- los tres momentos de la actividad probatoria reconocidos por esta corriente:

“[s]exagésimo tercero. Que, al respecto, debe señalarse en primer término que un estándar de prueba no es lo mismo que un sistema de valoración de la prueba. En efecto, las teorías racionales de la prueba distinguen tres momentos de la actividad probatoria. Una primera etapa determinada a conformar el material probatorio; una segunda a valorar la prueba presentada; y, finalmente, una tercera y última etapa destinada a decidir cuándo puede tenerse por probado un enunciado sobre los hechos (véase en este sentido, Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Editorial Marcial Pons, 2007, páginas 41 a 49);”¹¹

En lo que sigue, nos referiremos brevemente a estas tres etapas o momentos probatorios. Nos centraremos en la última de ellas, en la cual opera la regla de estándar de prueba.

1.4.1. Conformación del material probatorio.

Una primera etapa se encamina a: “conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso” (Ferrer, 2007, pp. 41-42). La nota particular de esta etapa del proceso es que en materia judicial no solo se excluyen las pruebas irrelevantes (como en todo proceso cognoscitivo) sino que también se excluyen pruebas por motivaciones

¹¹ Sentencia N° 136/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, rol C 234-2011.

políticas o valorativas (respeto de los Derechos Humanos, aplicación del principio contradictorio, etc.).¹²

1.4.2. La valoración de los elementos de juicio o pruebas.

Una vez conformado el material probatorio, el juez debe proceder a valorar los elementos de juicio disponibles en el proceso. La valoración consiste “en el proceso mediante el cual se determina el apoyo o grado de confirmación” (Montero, 2017, p. 57) que aportan dichos elementos de juicio. Es en esta etapa que el legislador puede valorar previamente los medios de prueba a través de un sistema de prueba legal tasada o bien puede dar libertad para que los jueces realicen dicha valoración, a través de un sistema de valoración libre.¹³

En una posición intermedia se ubica el sistema de la sana crítica, en el cual la valoración del material probatorio también está entregado a los jueces como en el sistema de valoración libre. Pese a ello, difiere de éste último en la forma en que adopta dicha operación, ya que debe hacerse de acuerdo a criterios de racionalidad. Taruffo (2002) afirma que:

“el irracionalismo en la valoración de la prueba no es, pues, la única alternativa a la prueba legal y, al contrario, ésta no es el único remedio contra los riesgos ínsitos en el subjetivismo de la libre convicción del juez”(p. 399).

La sana crítica, por tanto, estaría marcada por su referencia a criterios de objetividad y racionalidad. Esta opción es la que toma nuestro legislador en sede de libre competencia. Así, en el Decreto Ley N° 211 se prescribe que: “Art. 22 (...) El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.”¹⁴

¹² Estos son los valores extra-epistémicos que señala Laudan, 2005, p. 96.

¹³ Para una breve descripción de estos sistemas de valoración, ver Montero, 2017, pp. 58-65.

¹⁴ Artículo 22, inciso final, Decreto Ley N° 211.

1.4.3. Decisión respecto a la prueba de enunciados sobre hechos o aplicación de la regla de estándar de prueba.

La última etapa de los momentos probatorios reconocidos por la teoría racional de la prueba y por nuestro TDLC es aquella en que opera la regla de estándar. Esto debido que los estándares probatorios son, precisamente, como apunta Gascón (2005) “criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea; los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe” (p. 129). Dicho esto, en lo que sigue nos adentraremos en el concepto de estándar de prueba, lo cual constituye el centro de este trabajo.

2. Estándar de prueba.

2.1. Concepto de estándar probatorio.

Siguiendo a la profesora Accatino (2011), podemos señalar que un estándar se erige como un “umbral de suficiencia”. Más precisamente, el objeto de este umbral es que:

“para decidir en forma justificada si está o no está probada en un proceso una determinada proposición sobre los hechos del caso es necesario, en un sistema de libre valoración probatoria, contar con estándar para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerarla probada.” (p. 484).

Tal como indica Laudan (2005), un estándar de prueba tiene el objetivo de indicar al investigador, cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre las pruebas o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos. (p. 104).

2.2. El estándar de prueba como una forma de distribuir los errores.

Decíamos que la prueba tiene una relación teleológica con la verdad, no de identidad. En este sentido el proceso -en particular las instituciones probatorias- se encamina a recoger y valorar elementos de prueba que permitan tener una hipótesis como probada, es decir, que existan justificaciones válidas para tener una hipótesis como verdadera. Nótese aquí que la hipótesis que “se tiene por verdadera”, no es, necesariamente, verdadera. Aquí se deja ver, como ya señaláramos anteriormente, la posibilidad de error en el proceso.

Los estándares de prueba no tienen como función la reducción del error judicial. A ello contribuyen otros instrumentos procesales,

“en particular, aquellos que apuntan a promover la formación de un conjunto probatorio lo más rico posible cuantitativa y cualitativamente. Quién, cómo y cuándo puede proponer la admisión de pruebas, qué pruebas se admiten, cómo se controla su fiabilidad a través de la práctica de la prueba o de la incorporación de otras pruebas sobre la prueba, etc.” (Ferrer, 2018, p. 9)

La función de los estándares probatorios se sitúa en una etapa posterior. Como señala Valenzuela Saldías (2017), “lo que una regla de estándar realiza, (...) no es una estrategia de reducción de errores sino, precisamente de distribución de los mismos” (p. 25). Al ser imposible la eliminación de errores, lo que permite una determinada regla de estándar es administrar la posibilidad de error, distribuyéndolos¹⁵.

¹⁵ No toda la doctrina concuerda con que lo que se distribuya sea el error, sino más bien el riesgo de ocurrencia del mismo. Ver Ferrer, 2018, p. 7.

Los errores judiciales¹⁶ pueden ser de dos tipos. El primero de ellos es un falso positivo, esto es, determinar que se encuentra probada una hipótesis que es en realidad falsa. El segundo tipo de error, por su parte, es el falso negativo, el cual consiste en que se decide no dar por probada una hipótesis cuando en realidad es verdadera¹⁷. La determinación del estándar de prueba “se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible” (Gascón, 2005, p. 131), atendiendo a diversas razones que posteriormente serán analizadas en éste trabajo.

2.3. Formulaciones habituales de estándares de prueba.

2.3.1. Preponderancia de evidencia.

Un estándar mínimo para considerar válida una hipótesis es que ella sea relativamente más corroborada que sus rivales (sería irracional tener por probado aquello que es más probable que sea falso). Esto es lo que se conoce doctrinariamente como preponderancia de evidencia, (*“preponderance of*

¹⁶ Cabe señalar que Ferrer distingue entre errores materiales e inferenciales. Nos referimos, aquí, a los errores materiales, esto es, una decisión judicial que no se corresponde con lo que fácticamente ocurrió. Para comprender la distinción entre errores materiales e inferenciales, ver Ferrer, 2018, p. 22.

¹⁷ “Estos errores pueden ser clasificados en dos. El error Tipo I (o “falso positivo” o sobre-inclusión) implica, en términos probatorios, dar por probado aquello que no es efectivo, imponiendo al sistema un costo de resultar sobre-inclusivo al condenar prácticas lícitas. El error Tipo II (o “falso negativo” o de baja inclusión), por el contrario, implica no dar por acreditado aquello que en realidad ocurrió, asumiendo un costo de resultar infra-inclusivo por condonar prácticas que en realidad son ilícitas. Este modo de análisis es típico de la libre competencia a partir del reconocido trabajo de Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust” (63 *Texas Law Review*, 1984, p. 9-14. Véase también C. Frederick Beckner III y Steven C. Salop, “Decision Theory and Antitrust Rules”, 67 *Antitrust Law Journal* 41, 1999, en especial pp. 45-49). Desde esta perspectiva, un sistema óptimo debiera tender a minimizar tanto los costos resultantes de condenar prácticas lícitas como los de condonar prácticas ilícitas.” Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Voto de Prevención, p.95.

evidence” en Estados Unidos o “*balance of probabilities*” en Inglaterra, entre otras denominaciones)¹⁸ que en los cuestionados parámetros que fija la teoría bayesiana de probabilidad¹⁹, sería que una hipótesis tenga una probabilidad de haber ocurrido efectivamente superior al 50% ($P > 0,5$).²⁰

Como apunta Taruffo (2009), éste estándar puede ser explicado en base a las siguientes premisas: (i) “(...) el criterio de probabilidad prevalente implica que, entre las diversas hipótesis en torno a un mismo hecho, deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad.”(p. 105) y (ii) “[e]n el caso que solamente exista una hipótesis relacionada con un hecho, el criterio de la probabilidad prevalente se especifica en la regla comúnmente conocida como “más probable que no”.” (p. 105), es decir, que la probabilidad de ocurrencia de la hipótesis sea mayor a la de no-ocurrencia. Éste estándar es aquel que se aplicaría en materia civil en aquellos sistemas en los cuales la prueba se valore racionalmente. Cabe señalar que aquello no sucede actualmente en Chile, toda vez que el Código de Procedimiento Civil establece un sistema probatorio que la doctrina ha descrito como un sistema de prueba legal tasada atenuada, fijando el legislador previamente, por regla general, el valor probatorio de los distintos medios de pruebas aportados por las partes. Incluso, en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, que introduce un sistema de valoración probatoria según las normas de la sana crítica, se excluye, conscientemente, la fijación de un estándar de prueba²¹.

¹⁸ Ver Montero, 2017, p. 80.

¹⁹ Para una aproximación crítica a la misma ver Gascón, 2005, p. 132.

²⁰ Para ver las dificultades que acarrea en la práctica estimar probabilidades, ver Laudan, 2005, p. 101.

²¹ Una crítica detallada a éste razonamiento del Mensaje del Proyecto de Ley del Nuevo Código Procesal Civil se encuentra en Montero, 2017.

Desde la óptica de la función distributiva de errores que desempeñan los estándares de prueba, la preponderancia de evidencia implica una posición neutral sobre la ocurrencia de falsos positivos o negativos. Generalmente en la doctrina se ha justificado ésta aproximación dado que los intereses que estarían en juego dentro de un procedimiento civil serían de igual entidad, por lo cual no se debería favorecer la hipótesis de la parte demandada respecto a la de la parte demandante.²²

Cabe señalar, sin embargo, que se sostiene que éste estándar no aplicaría en todas las materias en sede civil. Como señala Taruffo (2009),

“en algunos casos, por ejemplo, la ley contempla que una semiplena probatio (es decir, una hipótesis de hecho con un grado de confirmación inferior al “mínimo necesario” que indicamos anteriormente), sea suficiente para justificar algunas decisiones particulares del juez, como por ejemplo, las decisiones que originan medidas cautelares. En otros casos, el legislador puede considerar oportuno adoptar estándares que contemplan grados de confirmación probatoria más elevados que el que ofrece la probabilidad prevalente.” (p. 109.)

Éstas últimas situaciones son aquellas en las cuales existen estándares intermedios, que serán analizados posteriormente.

2.3.2. Estándar prueba de ‘más allá de toda duda razonable’.

En las antípodas del estándar de ‘preponderancia de evidencia’, se sitúa el conocido estándar de prueba de “*beyond any reasonable doubt*”, propio de los procesos penales, particularmente del *commom law* e incorporado también,

²² “It is interesting to note that the standard implicitly equates a dollar lost by someone erroneously adjudged liable to a dollar lost by one erroneously denied compensation”. Posner, 1973, p. 408.

paulatinamente, al derecho continental²³. Pese a su transversal adopción y a que existen razones muy justificadas para establecerlo, las explicaciones de éste estándar no son, en absoluto, claras (Taruffo, 2009, p. 112) y, en algunos casos, derechamente irracionales o subjetivas (Laudan, 2005). Retomando las referencias numéricas, esta regla de estándar requiere una probabilidad de ocurrencia de un determinado hecho superior al 90% ($P > 0,9$) para que dicha hipótesis pueda ser tenida por probada.

Un estándar de prueba más exigente, como el 'más allá de toda duda razonable', distribuye el error de manera que se prefiera la ocurrencia de falsos negativos por sobre los falsos positivos, es decir, adopta una "opción moral que se inclina por sistemas penales en los que se reduzca al mínimo la eventualidad de que se condene a un inocente" (Taruffo, 2009, p. 115). El razonamiento es muy lógico: mientras más alta la vara, menos inocentes serán condenados.

¿Es razonable ésta distribución de errores de una manera no equivalente? En principio, si el proceso busca adoptar decisiones en base a una correcta determinación de los hechos, resulta tan grave la condena de un inocente como la absolución de un culpable. Como señala Valenzuela Saldías (2017): "[e]s un error condenar inocentes y es también un error absolver culpables. Pero un enfoque que prescindiera de un determinado compromiso de justicia política no puede describir esos errores como injusticias." (p. 17).

²³ Aunque con un marcado acento subjetivista, en Chile se incorpora en el artículo 340 del Código Procesal Penal: "Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley."

Siguiendo ésta línea, la preferencia por uno u otro error constituye una decisión político-valorativa y pareciera ser cierto que en estos casos –penales– hay buenas razones para que se adopte una regla de estándar exigente.

2.3.3. Estándares intermedios.

Por último, dentro los estándares de prueba se distinguen aquellos que se sitúan entre la ‘preponderancia de evidencia’ y el ‘más allá de toda duda razonable’, es decir, aquellos en que la exigencia de probabilidad de la hipótesis podría ser descrita de la siguiente forma: $0,5 < P < 0,9$. Hay, por su parte, quienes fijan el umbral de suficiencia en una probabilidad de ocurrencia mayor a 0,75 (Larroucau, 2012; Valenzuela Saldías, 2017).

Entre estos estándares se encuentran el “*higher standard of proof*”, el “*clear and convincing proof*”, entre otras formulaciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales²⁴. Para éste trabajo, tiene particular relevancia el estándar de ‘prueba clara y concluyente’, ya que ha sido el estándar más utilizado en materia de libre competencia, tanto por el TDLC, como la Corte Suprema²⁵.

Cabe señalar, sin embargo, que no existe consenso en la doctrina sobre qué significan estos estándares. Como explicaremos, al menos una parte de este desacuerdo puede explicarse por las críticas planteadas a las formulaciones habituales de los estándares de prueba, esto es, su ambigüedad y subjetividad. A modo de ejemplo de aquellas descripciones, podemos citar la descripción que hace el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del estándar de ‘prueba clara y concluyente’. Señala el TDLC que “dicho estándar,

²⁴ Ver Montero, 2017, pp. 88-89.

²⁵ Sentencias, N° 19.806-2014; N° 2.578-2012; N° 5.128-2016, de la Corte Suprema. En el mismo sentido, la Sentencia N° 136/2014 del Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia.

para poder formar la convicción de este Tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “*más allá de toda duda razonable*”, como se exigiría en materia penal”²⁶.

2.4. Críticas a las formulaciones habituales de estándares de prueba. Ambigüedad y subjetividad.

Los estándares de prueba son, como ya hemos señalado, umbrales de suficiencia que permiten a los jueces dar por probada una hipótesis en la medida de que se hayan aportado pruebas que traspasen ese umbral. La pregunta clave es, entonces, ¿cuándo se cumple con el grado de corroboración requerido por el estándar?

Esa pregunta no puede ser fácilmente contestada con los –pretendidos– estándares tradicionalmente acogidos por legislaciones procesales o la jurisprudencia. Como señala Ferrer (2018), estos estándares de prueba tienen dos problemas. El primero es que “suelen apelar a elementos psicológicos o mentales del decisor” (p. 4). El segundo problema es que los “estándares de prueba vigentes en la mayoría de sistemas tienen un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiencia probatoria” (p. 4).

Ésta es, precisamente, la crítica que realiza Laudan (2005) al estándar de prueba de ‘más allá de toda duda razonable’ en el sistema procesal penal norteamericano, tanto en su práctica jurisprudencial (como apelación a un estado de convicción) como en su interpretación académica (como estimación

²⁶ Sentencia N° 136/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, rol C 234-2011.

de probabilidad de ocurrencia). Éstas críticas deben ser tomadas en cuenta si queremos formular estándares que efectivamente cumplan con su función.

Una regla de estándar ambigua no puede ser un umbral de suficiencia, ya que no resulta claro cuando esa vara es traspasada por el material probatorio aportado. Por su parte, una regla de estándar subjetiva no puede ser controlada intersubjetivamente, por la sencilla razón de que un estado psicológico o mental como el descrito por Ferrer es indesmentible por una persona distinta a quien dice ‘poseerlo’.

2.5. Estándar de prueba como una decisión político-valorativa.

Ya sabemos qué condiciones debe satisfacer una regla de estándar para poder ser considerada como tal. Sin embargo, ¿cómo podemos decidir un estándar probatorio? Desde la doctrina se pueden dar ciertas razones para establecer estándares más o menos exigentes²⁷, pero la respuesta sobre la regla específica debe ser formulada por el legislador – y no puede ser contestada (sólo) desde la discusión académica. Esto no significa que la misma sea estéril²⁸, sino que sencillamente su aporte es insuficiente, ya que “la construcción de un SP no depende sólo ni fundamentalmente de cuestiones de racionalidad, sino también y sobre todo de cuestiones de policy” (Gascón, 2005, p. 130). En el sistema procesal penal, a modo de ejemplo, una regla de estándar debe responder la siguiente pregunta: de 100 inocentes, ¿cuántos estamos dispuestos a condenar? ¿1, 10, 15, 25, 49? Cada una de las respuestas tiene como corolario la cantidad de culpables que estamos dispuestos a dejar libres: 99, 90, 85, 75, 51. Los estándares distribuyen el error

²⁷ Algunas de estas razones las podemos encontrar en Ferrer, 2018, p. 10.

²⁸ Si así fuera, este trabajo resultaría absolutamente inútil.

“y una distribución del error supone una determinada elección (político-valorativa) sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles” (Gascón, 2005, p. 130).

Para el objeto de éste trabajo, tiene particular relevancia la discusión que conlleva la regla de estándar aplicable en el derecho administrativo sancionador, considerando las sanciones contenidas en el Decreto Ley N° 211 como parte del mismo, como justificaremos más adelante. Si bien la doctrina tradicional ha señalado como un dogma que el derecho administrativo sancionador se entiende como parte de un único *ius puniendi* estatal (junto con el derecho penal) y que, por ello, se aplican las garantías penales matizadas (dentro de las cuales se encuentra una regla de estándar probatorio con un alto nivel de exigencia), algunos autores modernos difieren de éste planteamiento. En aquel sentido, Letelier (2017), apunta que,

“si hay algo que caracteriza la potestad administrativa sancionatoria es que ella se alinea con la faz preventiva y disuasoria de los fines de toda sanción. Su objetivo en caso alguno es generar un castigo al infractor como forma de retribución de su pecado, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afecta los deberes de ese estándar.” (p. 16).

Este planteamiento es interesante, en cuanto releva el elemento preventivo-disuasivo que informa el derecho administrativo sancionatorio. Desde esta perspectiva, no habrían razones para evitar mayormente las falsas condenas, estableciendo un nivel de exigencia superior.

Sin embargo, Letelier, sobre las multas, “olvida precisamente su forma punitiva.” (Valenzuela Saldías, 2017, p. 167). Este último autor plantea que:

“la operación preventiva se encuentra siempre enlazada a la censura, pero es claro que el modo de expresar la desvaloración moral que

comporta la ejecución de una determinada infracción supone asociar la práctica sancionatoria a su capacidad de mostrar el mal.” (Valenzuela Saldías, 2017, p. 168).

Por ello, concordamos con Isensee (2016), para quien “la sanción administrativa no puede ser considerada desde una visión únicamente retributiva ni preventivo disuasiva, ya que (...) ésta confluye entre una tensión de ambos elementos” (p. 103). Este razonamiento será detallado más adelante en éste trabajo.

CAPÍTULO II. COLUSIÓN EN EL MERCADO DEL PAPEL *TISSUE* Y SENTENCIA N° 160/ 2017 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

El 28 de diciembre de 2017, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la Sentencia N° 160/ 2017, en la causa Rol N° C-299-2015, autos caratulados “*Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*” (“Caso Papeles”). Cabe señalar que, a la fecha, se encuentra pendiente de resolución el recurso de reclamación interpuesto ante la Corte Suprema por SCA, una de las empresas requeridas.

Describiremos someramente el Caso Papeles, con el propósito de contextualizar las circunstancias (relevantes) en las cuales se desenvuelve el Voto de Prevención. La descripción de las principales controversias del caso en comento permite poner de relieve: **(i)** la gravedad de las acusaciones de la FNE (y posterior sanciones del TDLC); **(ii)** la relevancia y efectos de la conducta imputada; **(iii)** los argumentos para tener por acreditado el acuerdo colusivo.

1. Requerimiento Fiscalía Nacional Económica. La hipótesis acusatoria.

La FNE dedujo requerimiento contra CMPC y SCA por la infracción del DL N° 211, en particular del artículo 3, letra a)²⁹, producto de haber celebrado un acuerdo mediante el cual se asignaban cuotas de participación en el mercado y fijaban precios de venta.

²⁹ Dicha norma sufrió cambios posteriores, tras la dictación de la ley 20.945. Para su versión actual, ver nota al pie 75.

Los hechos en que se fundó el requerimiento fueron que habría mediado un acuerdo colusivo para poner fin a una guerra de precios en el mercado del papel tissue producto del ingreso de la marca Acuenta de PISA (hoy SCA). Según la FNE el acuerdo, que se habría mantenido entre el año 2000 y 2011, tuvo por objeto:

“(i) subir los precios, poniendo término a la guerra de precios existente; (ii) mantener estables las participaciones de mercado de CMPC y PISA en el negocio masivo, conservando los porcentajes de mercado de acuerdo a la producción que cada una de ellas tenía antes de que estallara la guerra de precios, esto es 76% para CMPC y 24% para PISA, sin considerar a otros competidores; y (iii) fijar los posicionamientos relativos de los precios de sus productos comercializados que competían directamente, debiendo los precios de los productos de PISA estar generalmente por debajo de los de CMPC para productos equivalentes.”³⁰

La Fiscalía sostuvo que el acuerdo fue monitoreado por ambas requeridas y que las empresas coordinaban las listas de precios enviadas a supermercados y los precios de venta sugeridos. El monitoreo se realizaba bimestralmente, mediante la planilla Modelo o Bomba.

La FNE señaló que, en el mercado relevante (comercialización mayorista de productos *tissue* destinados al consumidor final), las requeridas tenían una participación, en conjunto, superior al 85%.

De esta forma, la FNE sostenía que los hechos señalados configuraban la conducta descrita en el artículo 3° del DL 211, en su versión vigente en ese entonces, ya que concurrían cada uno de los elementos normativos exigidos para la configuración de la infracción. Estos elementos eran: **(i)** existencia de un acuerdo ilícito entre competidores; **(ii)** el acuerdo confería poder de mercado; y **(iii)** el acuerdo afectaba variables competitivas, pues se asignaron cuotas de

³⁰ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pp. 1-2.

mercado y fijaron precios de sus productos.

Dada la gravedad de la conducta, la Fiscalía Nacional Económica solicitó la multa máxima que contemplaba el artículo 26, letra c) del DL N° 211,³¹ sin perjuicio de que, en virtud de la delación compensada, correspondía eximir de multa a CMPC (primer delator) y reducir la multa a SCA.³²

Por ello, la Fiscalía solicitó:

“1) se declare que las Requeridas ejecutaron y celebraron las conductas aquí imputadas infringiendo lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero y en el inciso segundo literal a) del DL N° 211; 2) se imponga a SCA Chile S.A. una multa de 20.000 (veinte mil) Unidades Tributarias Anuales o, en su defecto, el monto que este Tribunal estime ajustado a derecho; y 3) se condene a SCA Chile S.A. y a CMPC Tissue S.A. al pago de las costas de esta causa.”³³

2. Hipótesis CMPC.

Por su parte, CMPC señaló que las conductas imputadas infringieron gravemente sus políticas internas y que apenas tomaron conocimiento de las mismas, cooperaron con la FNE. Manifestó, además, su voluntad de seguir cooperando. También, descartaron la supuesta coacción que, por ese entonces, alegaba SCA en medios de comunicación.

³¹ Esta norma también fue modificada por la ley 20.945. Ver nota al pie 75.

³² La FNE inició investigación, rol N° 2325-14, en diciembre de 2014. En marzo de 2015, CMPC solicitó acogerse al programa de delación compensada, el que le fue otorgado con el beneficio de exención de multa, en su calidad de primer delator. Posteriormente, en septiembre de 2015, SCA solicitó, por su parte, acogerse al mismo programa, el que le fue otorgado con el beneficio de reducción de multa, en su calidad de segundo delator. Luego, los beneficios otorgados por la FNE en virtud de la delación compensada serían objeto de discusión en juicio, en virtud de la hipótesis defendida por SCA de que CMPC habría sido el organizador del cartel y la habría coaccionado a participar del mismo.

³³ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 4.

3. Hipótesis SCA.

Por último, SCA solicitó que se la exima de multas, puesto que CMPC la habría coaccionado a participar en el cartel, el cual habría sido organizado por CMPC.

SCA sostuvo que el acuerdo habría comenzado el año 2006, tras la agresiva guerra de precios iniciada por CMPC, desde que SCA adquirió el 50% de PISA el año 2003. A esa política la llamaron la “fiesta de bienvenida”. En ese momento, los gerentes de CMPC habrían instado, amenazantemente, a SCA a formar parte del cartel. Además, habrían implementado y monitoreado el acuerdo, adoptando, adicionalmente, políticas de represalias ante desvíos. De esta forma, argumentaron que CMPC habría sido el organizador y coaccionador de la conducta colusiva, razón por la cual no podrían acogerse al beneficio de delación compensada.

Además, SCA opuso excepción de prescripción extintiva respecto de la acción deducida por la FNE. Esto, debido a que en caso de que el TDLC estime que existió un acuerdo a partir del año 2000, sería distinto del acuerdo que se originó en el año 2006, por lo que no se configuró un ilícito único, complejo y continuo. Por ello, la acción respecto al primer acuerdo se encontraría prescrita.

4. Fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Fundamentación y decisión.

El TDLC decidió acoger el requerimiento formulado por la FNE. De las pruebas aportadas, el tribunal concluye que, respecto, al origen del acuerdo,

“(i) que la entrada de la marca Acuenta gatilló una guerra de precios en el mercado del *tissue*; (ii) que las Requeridas reaccionaron frente a esa

guerra acordando ponerle fin y mantener sus participaciones de mercado; (iii) que la colusión se habría iniciado a partir de reuniones en las Brisas de Chicureo, en el año 2000; (iv) que la circunstancia que CMPC y D&S hayan celebrado un acuerdo comercial el año 2003, que se mantuvo vigente hasta el año 2005, no desvirtúa la existencia del acuerdo colusivo antes mencionado; y (v) que no es plausible que el acuerdo haya comenzado el 2006, ni que a partir de entonces se haya configurado un acuerdo distinto entre las mismas Requeridas;³⁴

Por su parte, el acuerdo se habría mantenido hasta, al menos, finales del año 2011. La prueba de autos, entonces, es consistente con la hipótesis de que las requeridas adoptaron decisiones conjuntas sobre participación y precios en el mercado del papel *tissue*.

Además, concluye que de la evidencia pareciera ser que CMPC habría sido el principal gestor del acuerdo “aunque la prueba no es concluyente a este respecto”³⁵. Sobre la supuesta coacción, el TDLC resuelve que las amenazas denunciadas por SCA son las naturales en los casos de colusión, por lo cual “no revisten el carácter de violencia irresistible y apta para viciar la voluntad del destinatario;”³⁶ y que, por ello, no se encuentra acreditado que CMPC habría coaccionado a SCA para participar del cartel.

Previo al análisis de cada una de estas controversias el TDLC estableció, en el considerando séptimo, que:

“existen en autos explicaciones contradictorias sobre estas cuestiones y abundante evidencia que requiere ser ponderada. Esta labor de ponderación debe realizarse conforme al *estándar probatorio aplicable en esta sede, el cual, tal como ha señalado la jurisprudencia, tanto de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema, corresponde a uno de prueba “clara y concluyente [cursivas añadidas]*”³⁷.

³⁴ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 51.

³⁵ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 65.

³⁶ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 74.

³⁷ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 18.

Este considerando será discutido en el capítulo siguiente, a propósito del voto en prevención, que precisamente controvierte esta conclusión. Esto, producto de que el debate sobre la regla de estándar probatorio aplicable para la hipótesis de colusión constituye el propósito principal de este trabajo.

Respecto a la excepción de prescripción opuesta por SCA, el TDLC resuelve que el acuerdo configuró una conducta única, de carácter permanente, compuesta de muchas acciones concurrentes desarrolladas a lo largo del tiempo y que se mantiene su curso hasta el cese de la última de ellas. Por ello, dado que se encuentra acreditado que el acuerdo estuvo vigente hasta, al menos, finales de 2011, la acción no se encontraba prescrita.

En virtud de lo anterior, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resolvió **(i)** acoger el requerimiento presentado por la FNE; **(ii)** rechazar la excepción de prescripción de SCA; **(iii)** condenar a SCA al pago de multa de 20.000 UTA; **(iv)** eximir del pago de multa a CMPC en virtud de acogerse a la delación compensada y no acreditarse la coacción sobre SCA; **(v)** imponer a ambas requeridas un plan de cumplimiento por 5 años; **(vi)** condenar en costas a SCA por haber sido totalmente vencida.³⁸

Contra esta sentencia del TDLC, SCA interpuso recurso de reclamación ante la Corte Suprema. A la fecha la Corte Suprema no se ha pronunciado respecto al recurso³⁹.

³⁸Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pp. 88-89.

³⁹Corte Suprema, rol N° 1531 – 2018.

5. Conclusiones

Como es posible desprender de este capítulo, la discusión en torno al estándar de prueba toma un lugar importante en casos concretos y relevantes. Así, la definición de un estándar de prueba es algo particularmente importante para la aplicación práctica de las normas, y no sólo una discusión académica.

De acuerdo a la descripción de los hechos que se dieron por acreditados, es posible concluir que la prueba de la colusión es un tema relevante a nivel nacional, especialmente considerando los posibles efectos de las conductas imputadas (una afectación relevante a los consumidores). Esto pone de relieve que es particularmente relevante la discusión del estándar de prueba para la prueba de la colusión.

En este sentido, es necesario anotar que –de acuerdo a los hechos descritos– las conductas reprochadas son especialmente graves. Esta gravedad, desde nuestra perspectiva, debe ser tomada en consideración para la determinación de un estándar de prueba.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO DEL VOTO DE PREVENCIÓN DE LA SENTENCIA N°160/2017 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

En la sentencia referida en el capítulo anterior, se advierte que los ministros Tapia y Arancibia no comparten el considerando séptimo señalado anteriormente⁴⁰, relativo al estándar de prueba aplicable en sede de libre competencia. En este capítulo, con el propósito de analizar críticamente el voto en prevención de la Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, Voto de Prevención), realizaremos lo siguiente.

En primer lugar revisaremos cuáles –en la perspectiva del Voto de Prevención– serían los antecedentes de la utilización de un estándar en sede de libre competencia como el de ‘prueba clara y concluyente’. Luego resumiremos las principales razones de orden dogmático, económico e institucional, del mismo voto para sostener que el estándar de prueba aplicable en sede de libre competencia es el de ‘balance de probabilidades’. Finalmente, explicaremos, luego de cada una de las razones esgrimidas (dogmáticas, económicas e institucionales), porque, en nuestra perspectiva, los principales argumentos vertidos por los jueces disidentes para aplicar un estándar como el de ‘balance de probabilidades’ no son correctos.

⁴⁰ Ver Capítulo II, sección 4. Fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Fundamentación y decisión.

1. Fundamentos de la aplicación del estándar de ‘prueba clara y concluyente’ en la jurisprudencia y doctrina nacional de acuerdo al Voto de Previsión.

Como bien señala el Voto de Previsión, “[e]n Chile, la única norma que consagra un estándar de convicción judicial es el artículo 340 del Código Procesal Penal”⁴¹, que, como ya hemos señalado, establece la regla de estándar de ‘más allá de toda duda razonable’. El Decreto Ley N° 211, que regula la libre competencia en Chile, no establece una regla de estándar, ni tampoco lo hace el Código de Procedimiento Civil, el cual se aplica supletoriamente a la legislación especial⁴². De esta forma, ante la omisión legislativa, el vacío en lo referido al estándar de prueba ha sido llenado por la jurisprudencia.

De acuerdo al Voto de Previsión, el uso de un estándar probatorio alto o exigente (como sería el estándar de ‘prueba clara y concluyente’)

“(…) se fundamenta en el hecho que las potestades sancionadoras del Tribunal serían una manifestación del ius puniendi estatal, que supone la aplicación proporcionada o con “matices” de los principios sustantivos y procesales del derecho penal o retributivo, entre los que destaca la presunción de inocencia (…)”⁴³.

En otras palabras, en la perspectiva que llamaremos ‘tradicional’, la imposición de sanciones por parte del TDLC (al ser ejercicio del “ius puniendi” estatal) supondría la aplicación proporcionada o con “matices” de los principios sustantivos y procesales del derecho penal. Lo anterior se traduciría en un aumento del nivel de exigencia del estándar de prueba aplicable por el TDLC,

⁴¹ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 90.

⁴² Artículo 29, Decreto Ley N° 211.

⁴³ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 91.

utilizando un estándar de prueba por sobre el estándar de prueba civil, aunque bajo el estándar de prueba penal.

Como destaca el Voto de Previsión, la tesis de que el estándar aplicable en sede de libre competencia sería el de ‘prueba clara y concluyente’ es afirmada por gran parte de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. A continuación, revisaremos –y ampliaremos– los fundamentos de la aplicación de un estándar de ‘prueba clara y concluyente’, según lo desarrollado por el Voto de Previsión.

Como explicaremos, la postura ‘tradicional’ ha encontrado adherentes y fundamentaciones tanto en la doctrina (1.1.) como en la jurisprudencia de la Corte Suprema (1.2.1.) y TDLC (1.2.2.). Esto ha sido reiterado en la jurisprudencia y doctrina extranjera (1.3.).

1.1. Doctrina.

De acuerdo a Romero Guzmán, y como cita el Voto de Previsión, considerando que las sanciones que impone el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son una expresión de la acción punitiva del estado, el estándar de prueba en sede de libre competencia no debiese ser inferior a la prueba clara y convincente⁴⁴. Esta posición es concordante con la postura tradicional sobre el derecho administrativo sancionador señalada anteriormente en el Capítulo I.⁴⁵

⁴⁴ “En nuestro derecho, por ejemplo, el profesor Juan José Romero ha justificado la aplicación de un estándar de prueba “clara y concluyente” porque “no debiera perderse de vista que lo que está en juego aquí es la imposición de una sanción reflejo de la acción punitiva del Estado””. Sentencia N°160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 91.

⁴⁵ Ver Capítulo I, sección 2.5. Estándar de prueba como una decisión político-valorativa.

Un punto relevante que destaca este autor, y que profundizaremos más adelante, es que el fundamento de la aplicación de un estándar de prueba mayor al civil se explica a partir la distinta naturaleza de la sanción, ya que en las disputas civiles las sanciones tienen un carácter básicamente compensatorio (Romero, 2007, p. 35), distinguiéndose, por ende, del carácter punitivo que tendrían las sanciones contempladas en el Decreto Ley N° 211.

Por otro lado, el Voto de Previsión señala que los profesores Jorge Grunberg y Santiago Montt “(...) comparten el estándar propuesto por Romero “por razones de justicia retributiva”⁴⁶.

Con todo, cabe precisar lo señalado en el Voto de Previsión, en el sentido de que existe una leve diferencia entre el estándar propuesto por Romero Guzmán y el estándar propuesto por Grunberg y Montt. Estos últimos sostienen que:

“[s]i bien en ausencia de reglas y limitaciones especiales deben regir las reglas generales en materia procesal civil, compartimos con Romero Guzmán la necesidad de aumentar el nivel de convicción por razones de justicia retributiva. *Insistimos que este aumento debe ser prudente y moderado, dando lugar a un estándar final de “evidencia clara y convincente” de naturaleza civil y no penal [cursivas añadidas]*” (Grunberg y Montt, 2017, p. 335).

Finalmente, el Voto de Previsión agrega que el profesor Domingo Valdés

“(...) sostiene que la diferencia entre el injusto penal y el contravencional anticompetitivo es meramente cuantitativa, razón por la cual las sanciones aplicadas serían esencialmente punitivas y regidas por las garantías y principios tutelares del derecho penal (...)”⁴⁷.

⁴⁶ Sentencia N°160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 91.

⁴⁷ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 91.

De acuerdo a Domingo Valdés, existiría una diferencia de grados entre un ilícito penal y un ilícito infraccional⁴⁸. La justificación, en sus propias palabras, sería principalmente que

“(…) en ambas formas de ilícitos [infraccional y penal] se busca restringir la autonomía privada y la libertad jurídica en aras de bienes públicos, dotados de valor ético y necesarios al bien común nacional. Lo que marca la diferencia es que, por regla general, un injusto administrativo exhibe inferior entidad ético-social al ser comparado con un injusto penal” (Valdés, 2009, p. 810).

Cabe destacar, que una de las garantías que –de acuerdo al mismo profesor– es posible comunicar desde el ámbito penal al ámbito infraccional sería “(…) la relevancia jurídica del error.”(Valdés, 2009, p. 811), cuestión que, como hemos sostenido, tiene especial importancia para la determinación del nivel de exigencia de la regla de estándar probatorio, atendiendo a la función distributiva del error que desempeña.

⁴⁸ “Los argumentos sobre los que descansa esta concepción de diferencia de grados entre ambas formas de ilícitos pueden sintetizarse así: i) *en ambas formas de ilícitos se busca restringir la autonomía privada y la libertad jurídica en aras de bienes públicos, dotados de valor ético y necesarios al bien común nacional* [cursivas añadidas]. Lo que marca la diferencia es que, por regla general, un injusto administrativo exhibe inferior entidad ético-social al ser comparado con un injusto penal (...); ii) Tratándose de una cuestión de grados y no de naturaleza la diferencia entre un injusto infraccional y uno penal, es posible extender y efectivamente se han extendido las garantías diseñadas para los delitos penales a los ilícitos administrativos, confiriéndose por esta vía mayores resguardos a los miembros de la sociedad nacional. Destacan, entre otras, las siguientes garantías substantivas y adjetivas que resultan comunicadas desde el ámbito penal al ámbito infraccional; (...) *la relevancia jurídica del error* [cursivas añadidas]”. Valdés, 2009, pp. 810-811.

1.2. Jurisprudencia.

1.2.1. Corte Suprema.

Como señala el Voto de Previsión, la Corte Suprema ha sostenido de forma reiterada que, en consideración a la naturaleza y trascendencia concreta de la sanción, el estándar de prueba aplicable en sede de libre competencia sería el de “*prueba clara y concluyente*”^{49, 50}.

La Corte Suprema, en el ‘Caso Asfaltos’, sostuvo la aplicación de dicho estándar. Sin embargo, hizo la siguiente previsión:

“(…) debe ponderarse teniendo a la vista las evidentes dificultades probatorias que se enfrentan al momento de acreditar un ilícito de esta naturaleza que se ejecuta en la clandestinidad, procurando los agentes económicos, en la generalidad de los casos, adoptar resguardos para impedir que la conducta anticompetitiva salga a la luz.”⁵¹

Este fallo será analizado con mayor profundidad en la *sección 2.3.* del Capítulo IV, a la hora de analizar cuan relevantes son las dificultades

⁴⁹ “UNDECIMO: Estándar de prueba. En este estado del análisis es necesario señalar que el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una *prueba clara y concluyente* [cursivas añadidas], lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores.” Sentencia rol N° 2.578-2012 de la Corte Suprema, considerando 11°. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros*, rol C-184-2008.

⁵⁰ “Noveno: Que, en seguida, es necesario señalar que el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una *prueba clara y concluyente* [cursivas añadidas], exigencia que deriva de la naturaleza de la acción reprimida y su trascendencia concreta, la que se puede prolongar en el mercado y determinar la conducta de los consumidores.” Sentencia rol N° 19.806-2014 de la Corte Suprema, considerando 9°. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, rol C-234-2011.

⁵¹ Sentencia rol N° 5.128-2016 de la Corte Suprema, considerando 9°. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, rol C-280-2014.

probatorias –en relación a la prueba del ilícito de colusión–para determinar el nivel de exigencia de una regla de estándar de prueba.

1.2.2. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Al igual que la Corte Suprema, el TDLC ha sostenido en reiteradas oportunidades que el estándar de prueba aplicable en sede de libre competencia sería el de ‘prueba clara y concluyente’⁵²⁻⁵³⁻⁵⁴⁻⁵⁵.

⁵² “Sexagésimo octavo. Que, en este sentido, un primer intento por determinar el estándar de prueba aplicable en esta materia, fue el realizado por este Tribunal en su Sentencia N° 119 al señalar que el estándar exigido en materia penal no era aplicable a esta sede. En efecto, se resolvió en dicha oportunidad que: “con el fin de descartar cualquier duda que aún pueda existir respecto de la existencia del acuerdo colusorio objeto del requerimiento, [este Tribunal] *analizará a continuación -con antecedentes adicionales- si el comportamiento observado en el mercado es compatible con la hipótesis de una mera interdependencia oligopolística o sólo puede explicarse con la hipótesis de colusión. De concluirse esto último, se habría logrado acreditar más allá de toda duda razonable la existencia de la colusión denunciada, es decir, con un nivel de convicción propio de un estándar de prueba superior al que se exige en esta sede*” [cursivas añadidas](consideración centésimo sexagésimo séptima); Sexagésimo noveno. Que, adicionalmente, la Excma. Corte Suprema, al revisar tanto la Sentencia N° 119 como la N° 128, también tuvo oportunidad de referirse a esta materia, indicando en tales oportunidades que “el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una *prueba clara y concluyente* [cursivas añadidas], lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores” (consideraciones undécima y décima respectivamente), agregando luego que tal grado de convicción puede alcanzarse tanto por prueba directa como indirecta; Septuagésimo. Que si bien la Excma. Corte Suprema no definió de manera categórica en qué consiste el estándar que ella califica como de “*prueba clara y concluyente*”, *este Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de este Tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal; [cursivas añadidas]*” Sentencia N° 136/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros,*, rol C 234-2011.

⁵³ “Quincuagésimo primero. Que, al respecto, la Excma. Corte Suprema, en su sentencia dictada con fecha 7 de septiembre de 2012, al conocer los recursos de reclamación interpuestos en contra de la Sentencia N° 119/2012, señaló que “[...] el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una *prueba clara y concluyente*” [cursivas añadidas], lo que este Tribunal ha interpretado como tener un grado de convicción superior al de una alta probabilidad, “pero sin exigir un nivel de certeza más allá de toda duda razonable, como se exigiría en materia penal” (Sentencia N° 136/2014).” Sentencia N° 141/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados

Con todo, como correctamente señala el Voto de Previsión, “(...) los fallos anteriores de este Tribunal no han explicitado los razonamientos subyacentes a la elección de dicho estándar.”⁵⁶

Adicionalmente, cabe destacar que -al igual que la Corte Suprema- no existe en la jurisprudencia del TDLC una definición precisa de qué es el estándar de prueba ‘clara y concluyente’. La única aproximación a una definición –aunque imprecisa y sumamente amplia en nuestra opinión– puede encontrarse la Sentencia N° 136/2014, ya apuntada en el Capítulo I, en la que el TDLC señaló:

“(...) este Tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de este Tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal;”⁵⁷.

En este punto cabe agregar que, pese al avance que significó el Voto de Previsión, el TDLC en la Sentencia N° 165-2018 (que –en materia de colusión– fue el pronunciamiento inmediatamente siguiente a la sentencia en

Requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A y otros., rol C 244-2012.

⁵⁴ “Duodécimo. Que ha quedado establecida, entonces, de manera *clara y concluyente* [cursivas añadidas], la existencia de un acuerdo en el presente caso, esto es, la presencia de una voluntad común de actuación en el mercado que ha suprimido a la toma de decisiones de manera individual;” Sentencia N° 145/2015 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, rol C-265-2013.

⁵⁵ “Cuadragésimo tercero. (...) se encuentra acreditado de *manera clara y concluyente* [cursivas añadidas] un acuerdo entre ENEX, ACH y QLA para la asignación concertada de las mismas.” “Centésimo vigésimo octavo. Que, a este respecto, *la evidencia de autos no es clara y concluyente* [cursivas añadidas].” Sentencia N° 148/2015 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, rol C-280-2014.

⁵⁶ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 89.

⁵⁷ Sentencia N° 136/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados *“Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros”*, Rol C 234-2011.

comento) no aclaró cuál es el estándar de prueba aplicable para tener por acreditada la hipótesis acusatoria de colusión.⁵⁸

1.3. Jurisprudencia y doctrina extranjera.

Adicionalmente, continúa el Voto de Prevención, en un sentido similar se ha pronunciado la jurisprudencia extranjera, en particular la *Competition Appeal* del Reino Unido en el caso *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries and Director General of Fair Trading*.

Creemos que esta sentencia, sienta bases relevantes –a diferencia de la casi completa omisión por parte del TDLC– de los motivos por los que un estándar como el de ‘balance de probabilidades’ no podría ser aplicado en sede de libre competencia:

“Dentro del estándar civil, sin embargo, mientras más seria sea la alegación, más convincente debería ser la evidencia antes que el tribunal concluya que la alegación sea establecida bajo la preponderancia de probabilidad (...)

Dado que los casos cubiertos por el Acta que involucran sanciones son asuntos serios, se sigue (...) que se requiere evidencia fuerte y convincente antes de que las infracciones del Capítulo I y Capítulo II puedan encontrarse probadas, incluso en un estándar civil. (...) la conclusión a la que llegamos es que, formalmente hablando, el estándar de prueba en los procedimientos cubiertos por el Acta que involucran sanciones, es el estándar de prueba civil, pero el estándar debe ser aplicado teniendo en cuenta que las infracciones contenidas en el Acta son asuntos serios que conllevan severas sanciones financieras”⁵⁹

⁵⁸ Podría considerarse que el estándar sería más cercano a la probabilidad prevaleciente: Centésimo primero: Que, de acuerdo con toda la prueba analizada, **es más probable** que dicha planilla haya sido efectivamente intercambiada entre los gerentes generales de ambas Requeridas;

⁵⁹ “*Within the civil standard, however, the more serious the allegation, the more cogent should be the evidence before the court concludes that the allegation is established on the preponderance of probability (...)*

En relación a la doctrina extranjera, el Voto de Prevención cita a Schweitzer (2012), quien resalta que –en atención al principio de presunción de inocencia– la Corte de Justicia Europea ha anulado juicios considerando que existirían dudas en la mente de la Corte:

“Con vistas a imponer las multas contempladas en los artículos 101 y 102, se aplica un estándar de prueba significativamente más alto, análogo a lo que en el sistema del *common law* se calificaría como “más allá de toda duda razonable”. De acuerdo al juicio “Siemens” ante la Comisión General, el tribunal debe arribar a una “convicción firme” de que las infracciones alegadas tuvieron lugar. Si cualquier duda permanece en la mente del tribunal (...), se sigue de la presunción de inocencia establecida en el artículo 6(2) ECHR y aceptada como un principio general del derecho de la Unión, que la decisión de la Comisión encontrando una infracción debe ser anulada.” (p. 10)⁶⁰

Atendiendo a que la Corte de Justicia Europea y una parte de la doctrina considera la presunción de inocencia como un elemento relevante para definir un estándar de prueba, posteriormente, en el capítulo IV, cuando proponamos una regla de estándar probatorio para el derecho de la competencia chileno, nos referiremos a la relación entre presunción de inocencia y la regla de estándar.

Since cases under the Act involving penalties are serious matters, it follows (...) that strong and convincing evidence will be required before infringements of the Chapter I and Chapter II prohibitions can be found to be proved, even to the civil standard. (...) the conclusion we reach is that, formally speaking, the standard of proof in proceedings under the Act involving penalties is the civil standard of proof, but that standard is to be applied bearing in mind that infringements of the Act are serious matters attracting severe financial penalties.” Sentencia Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries and Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal, p. 25.

⁶⁰ “With a view to Art. 101- and Art. 102-decisions imposing fines, a significantly higher standard of proof applies, analogous to what in the common law system would be qualified as “beyond reasonable doubt”. According to the GC’s “Siemens” judgment, the court must come to a “firm conviction” that the alleged infringement took place. If any doubt remains in the mind of the court (...), it follows from the presumption of innocence as established by Art. 6(2) ECHR and as accepted as a general principle of Union law that the Commission’s decision finding an infringement must be annulled.” (Schweitzer, 2012, p. 10).

2. Fundamentos para aplicar una regla de estándar de ‘balance de probabilidades’ según el Voto de Prevención de la Sentencia 160/2017 del TDLC y análisis crítico de los mismos.

En lo que sigue, en este capítulo analizaremos, desglosadamente, las razones dogmáticas (*sección 3*), económicas (*sección 5*) e institucionales (*sección 7*), que, según el Voto de Prevención, justifican la aplicación de una regla de estándar de ‘balance de probabilidades’ para la hipótesis de colusión. Por su parte, luego de señalar dichos fundamentos, nos referiremos críticamente a cada uno de ellos (*sección 4*), (*sección 6*) y (*sección 8*).

3. Razones dogmáticas. La naturaleza de la responsabilidad imputada.

De acuerdo al Voto de Prevención, el estándar de prueba aplicable en sede de libre competencia dependería fundamentalmente de la naturaleza de la responsabilidad imputada:

“[p]rimero, desde un punto de vista dogmático, el estándar de prueba aplicable depende *fundamentalmente de la naturaleza de la responsabilidad imputada. Por regla general, la declaración de responsabilidad patrimonial de un sujeto se rige por el estándar de prueba civil* [cursivas añadidas], mientras que la de responsabilidad penal, que envuelve un reproche ético social por atentados graves a intereses públicos extra-patrimoniales, exige el estándar de “más allá de toda duda razonable” por la mayor imputación moral y retribución que conlleva.”⁶¹

Continúa el Voto de Prevención señalando que la responsabilidad establecida en sede de libre competencia sería civil y, por ende, el estándar de

⁶¹ Sentencia N° 160/2017, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 92.

prueba sería el de ‘balance de probabilidades’. Los motivos para sostener que la responsabilidad imputada es civil (o patrimonial) serían los siguientes:

- (i) La normativa de libre competencia es parte de la regulación económica, y la regulación se definiría como: “(...) asegurar instancias de interacción eficiente entre los partícipes de una actividad de interés público”⁶² y la forma de regular sería mediante la imposición de cargas públicas u obligaciones de dar, hacer o no hacer⁶³.
- (ii) La función jurisdiccional del TDLC sería hacer efectiva una responsabilidad patrimonial, considerando que las potestades consagradas en los artículos 3° y 26 DL 211:
 - “ (...) tienen por objeto imponer nuevas cargas públicas u obligaciones de dar, hacer o no hacer, de naturaleza civil, para efectos de corregir el incumplimiento presente de las obligaciones regulatorias legales y disuadir las infracciones futuras. Como se observa, estas potestades, de carácter tanto correctivo como prospectivo (es decir, disuasivo), obedecen precisamente a la lógica del cobro y prevención de deudas causadas por infracciones obligacionales.”⁶⁴
- (iii) Considerando lo anterior, las sanciones impuestas por el TDLC serían “(...) cargas públicas predeterminadas avaluables económicamente, su incumplimiento genera necesariamente una *responsabilidad patrimonial*

⁶² Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 93.

⁶³ “En nuestro derecho de libre competencia, la responsabilidad patrimonial infraccional y la penal están claramente separadas. La función jurisdiccional de este Tribunal consiste, exclusivamente, en hacer efectiva la responsabilidad patrimonial o compensatoria del sujeto infractor por atentar en contra del interés público en la libre competencia. Así se desprende de sus potestades establecidas en los artículos 3° y 26 del D.L. 211, que tienen por objeto imponer nuevas cargas públicas u obligaciones de dar, hacer o no hacer, de naturaleza civil, para efectos de corregir el incumplimiento presente de las obligaciones regulatorias legales y disuadir las infracciones futuras. Como se observa, estas potestades, de carácter tanto correctivo como prospectivo (es decir, disuasivo), obedecen precisamente a la lógica del cobro y prevención de deudas causadas por infracciones obligacionales. En este sentido, su única diferencia con la responsabilidad contractual privada radica en el origen de la obligación – que es legal (cfr. artículo 1437 del Código Civil) – y en el interés afectado –que es público–, pero no en la naturaleza infraccional de la responsabilidad y en su estatuto probatorio.” Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 93.

⁶⁴ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 93.

infraccional [cursivas añadidas].”⁶⁵ Por el contrario, la penalización del delito de colusión envolvería una responsabilidad penal o retributiva⁶⁶, con consecuencias extra-patrimoniales⁶⁷.

- (iv) Así, el TDLC no ejercería el *ius puniendi*, sino que estaría ejerciendo algo más cercano a un *ius corrigendi*⁶⁸.
- (v) Adicionalmente, lo anterior estaría en línea con la jurisprudencia comparada reciente en el derecho administrativo sancionador⁶⁹.

Analizaremos con detención cada uno de estos argumentos para evaluar si las potestades del TDLC se corresponden con la imputación de responsabilidad patrimonial, o por el contrario, hace efectiva una

⁶⁵ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia., p. 93.

⁶⁶ Para una concepción retributiva del derecho penal, ver Mañalich, 2007.

⁶⁷ “(...)sólo eventualmente, en el caso de infracciones particularmente graves para el interés social, una responsabilidad penal o retributiva que tiene por objeto la formulación de un reproche ético social y la imposición de un gravamen usualmente extra-patrimonial, como ocurre con la mentada penalización del delito de colusión, sin perjuicio del efecto disuasivo que ello conlleve (Cfr. Whelan, Peter, *The Criminalization of European Cartel Enforcement, Theoretical, Legal and Practical Challenges*, Oxford University Press, 2014, p. 25 a 113).” Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 93.

⁶⁸ “Como se observa, esta doctrina no corresponde el contenido genuino de la expresión *ius puniendi*, relativa al castigo, retribución, o “mal infligido” a consecuencia de una conducta ilegal (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo. T. II*, 1999, 11a edición. Madrid: Thomson, p. 163). Se trataría más bien de lo que podríamos llamar un *ius corrigendi*, pues persigue corregir antes que penar conductas, exigir el cumplimiento de obligaciones antes que retribuir males con males, cobrar antes que castigar” Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 94.

⁶⁹ “[89] We conclude that the proceeding under s. 163.2 is not criminal in nature and does not lead to the imposition of true penal consequences. We agree with Stratas J.A., writing for the Federal Court of Appeal, that “the assessment of a penalty under section 163.2 is not the equivalent of being ‘charged with a [criminal] offence.’ Accordingly, none of the section 11 rights apply in section 163.2 proceedings”

“[112] Notice provisions play a particularly crucial role in Charter litigation, where, if an applicant successfully establishes a violation of an enumerated right, the burden shifts to the government to demonstrate on a balance of probabilities that the legislation in question is justified under s. 1 of the Charter. The s. 1 inquiry is fact-based. It turns on whether evidence adduced by the government demonstrates that the legislation has a pressing and substantial objective that is being pursued in a manner that is rational, minimally impairing of the affected right, and proportionate.” Corte Suprema de Canadá, *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, 2015, 3 S.C.R. 3

responsabilidad infraccional, la cual tendría ciertas similitudes con las sanciones penales.

4. Análisis crítico de los fundamentos dogmáticos para aplicar un ‘balance de probabilidades’ en el Voto de Prevención.

4.1. Naturaleza de las potestades establecidas en los artículos 3° y 26° del Decreto Ley N° 211.

4.1.1. Una de las formas de regulación - y la que es más comúnmente aceptada- es la imposición de sanciones.

De acuerdo a la definición de regulación adoptada por Koop y Lodge (2015) -citados en el Voto de Prevención-, la regulación podría definirse como

“la intervención intencional en las actividades de una determinada población, donde la intervención es típicamente directa – desarrollando instrumentos normativos vinculantes, monitoreando y *sancionando* [cursivas añadidas]– y ejercido por actores del sector público en las actividades económicas de los actores del sector privado”(p. 21)⁷⁰.

A partir de la definición de regulación recién citada, dos ideas pueden destacarse: **(i)** la regulación puede ejercerse sancionando; y **(ii)** la regulación tendría características propias, que –a priori– aparecen como alejadas de las características del derecho civil (por lo que la aplicación sin más de su estatuto probatorio aparece como discutible).

⁷⁰ “Accepting that regulation has a wide range of referents is not to say that all referents are equally prominent. Our pattern-based definition is not less inclusive than the essence-based one, but it gives insight into the manifestations which regulation scholars are mainly concerned with, and which we consider more central to the concept. **Attributing more importance to the variation in emphasis of studies, regulation can be defined as the intentional intervention in the activities of a target population, where the intervention is typically direct – involving binding standard-setting, monitoring and sanctioning – and exercised by public-sector actors on the economic activities of private-sector actors [negritas añadidas]**” Koop y Lodge, 2015, p. 21.

Éste último elemento, nos lleva al punto central de esta discusión, a saber, cómo deben ser calificadas las sanciones⁷¹ consagradas en el DL N° 211. ¿El TDLC hace efectiva la responsabilidad patrimonial o compensatoria del sujeto infractor? O bien, ¿establece sanciones cuya función puede describirse como reproche? Para responder a la primera pregunta, debemos definir primero qué es la responsabilidad civil, para luego contrastarla con la responsabilidad que se hace efectiva en sede de libre competencia.

4.1.2. ¿Qué es la responsabilidad civil?

Un primer paso que consideramos relevante es definir qué debe entenderse por responsabilidad civil. El Voto de Previsión, concluye que las sanciones establecidas en el DL N° 211 no serían asimilables a una responsabilidad punitiva, pero omite pronunciarse la definición de la responsabilidad civil.

Barros (2010), siguiendo a Kelsen⁷², define la responsabilidad civil como “un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una *obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona*” (p. 15).

Uno de los elementos que contempla esta definición es el daño. Al respecto, el mismo Barros (2010) destaca que el daño como requisito plantea una diferencia central entre el derecho civil y el ámbito penal o infraccional:

⁷¹ O cargas públicas u obligaciones de dar, hacer o no hacer, en términos del Voto de Previsión. Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 93.

⁷² Kelsen realiza una distinción (citada por Nino) entre las sanciones penales y sanciones civiles. De acuerdo a Kelsen, estas últimas: (i) deben demandarse por el damnificado; (ii) la ejecución forzada beneficia al demandante; (iii) (a veces, agregaremos) la sanción civil tiene el propósito de resarcir el daño producido y su monto está dado por la extensión de este último. Ver Nino, 2003, pp 172-173.

“[a] diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal e infraccional, donde se contemplan ilícitos de mero peligro y se sancionan conductas tentadas y frustradas, sin daño no hay responsabilidad civil. Por eso, el daño es condición esencial de la responsabilidad patrimonial.” (p. 15).

Es, precisamente el daño lo que da sentido a la lógica correctiva de la responsabilidad civil. La idea de justicia correctiva como fundamento del derecho civil lo diferencia de otras ramas del derecho⁷³ que persiguen fines públicos. En aquellos casos en que el derecho persigue fines públicos –como señala el profesor Barros– el derecho sería un medio para obtener otros fines:

“[a]nte todo, la idea de justicia correctiva expresa la estructura formal de la argumentación en el derecho privado. *A diferencia del trasfondo instrumental de las políticas públicas, que asumen que el derecho es un medio para obtener otros fines, en la idea de justicia correctiva concurren en una unidad de sentido el fin (la justicia en la relación privada) y el medio (el restablecimiento de la igualdad afectada por el acto injusto)* [cursivas añadidas]. Así, la justicia correctiva tiene la ventaja de ser una idea integradora de los elementos de la responsabilidad civil: el injusto, el daño y el derecho a la reparación.” (Barros, 2010, p. 41).

Por su parte, Banfi (2013), también distingue la responsabilidad civil del resto de las sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico. En el artículo “*La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia*”, concluye que:

“[[l]a experiencia foránea, en particular la estadounidense, muestra que la responsabilidad civil hace una contribución acotada a la prevención y sanción de los atentados a la libre competencia, en especial de los ilícitos más graves, como son los carteles. En efecto, este instituto jurídico privado cumple una función eminentemente reparadora del daño que las infracciones anticompetitivas infligen a agentes económicos individuales, como los rivales, y sólo en forma colateral e indirecta puede ayudar a disuadir comportamientos que irrogan un daño

⁷³ “La justicia correctiva persigue restablecer la igualdad que ha sido rota por el ilícito: en circunstancias que la justicia correctiva asume que las partes de una relación de derecho privado son iguales, el papel del juez es llevar las cosas al punto medio, en que no hay ganancia ni pérdida injusta.” Barros, 2010, p. 140

anticompetitivo”. (p. 244).

En esa misma línea sostenida por Barros y Banfi, el Decreto Ley N° 211 distingue claramente entre las sanciones contempladas en su artículo 26 –que serían de aquellas que persiguen “otros fines públicos”, como señala Barros- y la acción de indemnización de perjuicios contemplada en el artículo 30 del mismo cuerpo legal⁷⁴, la cual es una expresión concreta de la justicia correctiva propia de la reparación civil.

⁷⁴ “ Artículo 30°.- La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva.

Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.

La acción de indemnización de perjuicios derivados de los acuerdos sancionados en el Título V de la presente ley se sustanciará conforme a lo establecido en este artículo, y respecto de ellos no podrán interponerse acciones civiles en el procedimiento penal.” Artículo 30, Decreto Ley N° 211.

4.1.3. Las potestades establecidas en los artículos 3° y 26 del DL 211 no establecen responsabilidad civil⁷⁵.

Dentro de los requisitos para sancionar la colusión no se encuentra el daño⁷⁶. Así, de acuerdo a la definición de responsabilidad civil del profesor

⁷⁵ “Artículo 3°.- 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, (...) [cursivas añadidas]*”.

“Artículo 26°.- (...) En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales. (...)” “Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación; d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada; (...)” Decreto Ley N° 211.

⁷⁶ En particular, los requisitos necesarios para sancionar una práctica concertada, de acuerdo al TDLC, serían los siguientes: “Cuarto. Que, de conformidad con la normativa señalada, para sancionar una conducta colusoria se debe acreditar: la *existencia de un acuerdo sobre una variable relevante de competencia (tales como afectar precios y cantidades, o repartirse mercados); que éste se ha materializado entre competidores; y que ha otorgado poder de mercado a quienes forman parte de él. [cursivas añadidas](...)*” Sentencia N° 145/2015 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, rol C-265-13. Cabe destacar que, a partir de la reforma del DL N° 211 introducida mediante la ley

Enrique Barros no cabría concluir que la sanción a la conducta de colusión se trataría de una responsabilidad patrimonial.

En un sentido similar se manifiestan los profesores Jorge Grunberg y Santiago Montt quienes señalan que para sancionar el ilícito de colusión, no es necesario acreditar una intención positiva de causar daño o un cierto resultado posible, a diferencia del Derecho Civil⁷⁷.

4.2. Naturaleza de las potestades establecidas en los artículos 3° y 26 del DL 211.

Asentado que las potestades establecidas en los artículos 3° y 26 del DL 211 no serían de naturaleza civil, cabe preguntarse, entonces, por cuál sería su naturaleza.

Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el TDLC hace efectiva una responsabilidad infraccional. En un sentido contrario, se ha planteado Santiago Montt⁷⁸ y el Tribunal Constitucional⁷⁹.

20.945, ya no sería un requisito para sancionar la colusión que el acuerdo haya otorgado poder de mercado a quiénes forman parte de él.

⁷⁷ “Por ende, no cabe ninguna duda que el artículo 3 inciso 2° letra a) del DL 211 exige dolo en el sentido penal moderno de la expresión: saber y querer (conocimiento y voluntad) de las circunstancias del tipo legal, *sin necesidad de acreditar una intención positiva de causar daño o un cierto resultado posible, como en el Derecho Civil.* [cursivas añadidas]” Grunberg y Montt, 2017, p. 314.

⁷⁸ “Pero según se ha explicado, el TDLC hace exactamente lo contrario a lo que el derecho penal prevé para los jueces criminales. Los principios de legalidad y tipicidad en el derecho penal exigen que los órganos políticos del Estado, idealmente el Congreso, establezcan un catálogo detallado y taxativo de conductas prohibidas. La labor del juez se espera, en consecuencia, sea sólo subsumir los hechos en los distintos tipos legales, quedando reducida su discrecionalidad sólo a aspectos periféricos o de segundo orden¹⁵. 7. Como consecuencia de la diferencia de programa filosófico-político recién comentado, uno de los más grandes

A continuación, revisaremos lo que ha señalado la jurisprudencia y doctrina en relación a la naturaleza de la responsabilidad que se hace efectiva en el procedimiento contencioso desarrollado ante el TDLC, para finalizar con nuestra posición.

4.2.1. Jurisprudencia.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha considerado que la naturaleza de la responsabilidad legal que se busca hacer efectiva es una infraccional, en la que se hacen aplicable los principios del derecho sancionatorio, pero con matices:

“[a] esta conclusión también necesariamente debe arribarse si se atiende la clase o naturaleza de la responsabilidad legal que se busca hacer efectiva a través de este procedimiento y *que no es otra que una*

contrastes entre la protección de la competencia y el derecho penal es que, en cuanto ente regulador del comercio, el TDLC debe razonar como un policymaker y no como un juez criminal. Esto es, debe resolver los casos pensando consecuentemente qué reglas concretas maximizan el bienestar de la comunidad económica. Por el contrario, el derecho penal, o al menos una de las concepciones centrales del mismo, lo define como un catálogo de garantías construido dogmáticamente para restringir la ya reducida discrecionalidad del juez.” (Montt, 2010, p. 9.

⁷⁹ “En consecuencia, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al ejercer una función jurisdiccional, se somete al régimen de garantías de procedimiento generales y no a las que la doctrina discute debiesen aplicarse en el ejercicio del derecho administrativo sancionador. Por la razón indicada no es posible invocar en este caso la jurisprudencia de esta Magistratura que admite que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del ius puniendi estatal y que, por tan motivo, hace pertinente la aplicación, con matices, de igual estatuto.” Sentencia Tribunal Constitucional, 20 agosto 2013, rol n° 2381-12-INA. Considerando Decimoséptimo. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztía S.A respecto del artículo 29 del DL N° 211, de 1973, en cuanto permite la aplicación del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, en los autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, que conoce el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, bajo el rol C-236-2011.

responsabilidad infraccional a la cual se le aplican, con matices, los principios propios del derecho sancionatorio [cursivas añadidas].”⁸⁰

Adicionalmente, el TDLC reconoce que es posible hablar de una “la pretensión punitiva del Estado en sede de libre competencia”⁸¹.

La Corte Suprema, por su parte, ha sostenido que, considerando la especial naturaleza del derecho económico sancionador⁸², deben aplicarse las garantías del derecho penal “atemperadas”⁸³.

El máximo tribunal de nuestro ordenamiento jurídico concibe al derecho de la competencia y las sanciones contenidas en el Decreto Ley N° 211 como parte del derecho administrativo sancionador. En la misma línea que la doctrina

⁸⁰ Sentencia N° 132/2013 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Considerando trigésimo cuarto. En autos caratulados *Demanda de Sonda S.A. contra Servicio de Registro Civil e Identificación*, rol C-242-2012.

⁸¹ “Vigésimo quinto: Que al considerar los hechos objeto de las demandas de autos como una sola conducta sancionada en la sentencia N° 85/2009, referida, este Tribunal está dando por satisfecha respecto de todos esos hechos la pretensión punitiva del Estado en sede de libre competencia, teniendo por cumplidos los requisitos de identidad de sujeto infractor y de conductas que se necesitan para entender que en materia existe cosa juzgada(...)” Resolución del H. Tribunal de Defensa de Libre Competencia, de 23 de diciembre de 2010, acogiendo excepción de cosa juzgada. En autos caratulados *Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia S.A. contra Nuevosur S.A.*, rol C 212-10.

⁸² “En el marco general dado por el orden público económico y de la libre competencia en particular, se discuten los contornos que debe tener el derecho administrativo-económico sancionador, así como el conjunto de normas que contempla y debe respetar. En efecto, existen principios generales que corresponde tener presente en todo el derecho sancionador y, sin duda, en el que regula la libre competencia, tanto en sus aspectos sustanciales o materiales, como en los procesales o adjetivos.” Sentencia rol N° 2.578-2012 de la Corte Suprema, considerando 75°. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros.*, rol C-184-2008.

⁸³ “Teniendo presente la especial naturaleza del derecho económico sancionador, el cual no se rige precisamente por iguales normas que el derecho penal, puesto que según ha tenido oportunidad de expresarlo este Tribunal Supremo, tales principios están adecuados o atemperados por las particularidades de otras ramas del derecho, propendiendo, en la mayor medida posible su vigencia en estas últimas, las que se ven morigeradas, en tanto no se afecten las garantías fundamentales.” Sentencia rol N° 2.578-2012 de la Corte Suprema, considerando 75°. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros.*, rol C-184-2008.

tradicional, considera dichas sanciones como parte de un único derecho sancionatorio, dentro del cual se encuentra el derecho penal. En el caso del derecho económico sancionador, no se aplicarían exactamente las mismas normas y principios que en el derecho penal, sino que ellas deben ser matizadas, siempre que no afecten garantías fundamentales.

4.2.2. Doctrina.

La doctrina más tradicional ha sostenido que las sanciones establecidas en el DL N° 211 son manifestación del *ius puniendi* estatal. Así, el profesor Domingo Valdés (2009) ha señalado que: “[s]obre el particular no cabe duda que los injustos monopólicos pertenecen al género de los ilícitos administrativos y como tales son manifestación del *ius puniendi* reservado a la autoridad pública.” (p. 310).

En el mismo sentido, con diversos matices, se han pronunciado Velozo y González⁸⁴, Núñez^{85 86}, Agüero y Fenner⁸⁷, y, con menor intensidad, Grunberg

⁸⁴“En este ámbito, según el artículo 18° N° 1 del mencionado D.L. N° 211 debe “conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”. Específicamente le corresponde conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, respecto de hechos, actos o convenciones, realizados por agentes económicos particulares o por el propio Estado –actuando ya sea como autoridad pública o como agente de mercado–, que puedan constituir infracciones a las normas prohibitivas contenidas en la legislación de defensa de la libre competencia, en el marco del ejercicio del *ius puniendi* estatal y con pleno respeto del debido proceso.” Velozo y González, 2011, p. 22.

⁸⁵ “En efecto, no parece ser discutido que los ilícitos anticompetitivos contenidos en el artículo 3° del DL 211 son una manifestación del llamado Derecho Administrativo sancionador del Estado. Con todo, ello no significa que entre un ilícito penal y un ilícito administrativo no existan diferencias, como tampoco que el estatuto de garantías penales deba trasladarse íntegramente al ámbito del Derecho Administrativo sancionador.” Núñez, 2017, p. 269.

⁸⁶ “Todo ello en atención a que los ilícitos anticompetitivos contenidos en el artículo 3° del DL 211 son una manifestación del llamado Derecho Administrativo sancionador del Estado. Con todo, se debe dejar en claro que el bloque de garantías constitucionales materiales y formales del orden penal no se trasladan in totum al campo de las sanciones del Derecho de la Libre Competencia. En otras palabras, las garantías constitucionales que rigen el ámbito de las sanciones del Derecho de la Libre Competencia no constituyen una mera aplicación analógica o

y Montt. Considerando que estos últimos desarrollan una justificación detallada al respecto, analizaremos con más detención su planteamiento.

Grunberg y Montt (2017) justifican ciertas limitaciones externas a la función preventiva de las sanciones impuestas en sede de libre competencia.

“Ahora bien, por razones de Derecho Constitucional, el uso de la sanción como instrumento regulatorio exige tener presente algunas de las consideraciones de justicia retributiva que han sido elaboradas en el ámbito del Derecho Penal [cursivas añadidas]. La tensión que existe entre la vocación consecuencialista de la regulación económica - incluida la libre competencia- y las restricciones de justicia retributiva que demanda el uso del castigo es explicada muy certeramente por Yeung: (...) En otras palabras, si bien la teoría de la prevención constituye la principal justificación para el diseño y aplicación de sanciones en el ámbito de la competencia, la visión retributiva no deja por ello de establecer algunos límites externos a la imputación de infracciones [cursivas añadidas].” (pp. 312-313).

Con todo, antes de hacer aplicable una visión retributiva a las sanciones en el ámbito de la competencia, parece necesario –y es un desafío planteado por el Voto de Prevención– responder a la siguiente pregunta ¿deben considerarse como sanciones administrativas las medidas contempladas en el artículo 26 del DL N° 211? Sólo en caso que la respuesta sea afirmativa, deben aplicarse los límites propios de una concepción retributiva.

traslaticia del estatuto penal. Así, si bien la aplicación del régimen jurídico de estas garantías deriva de la finalidad punitiva de las sanciones penales y administrativas, no existe una unidad “ontológica” entre ambas, sino un escalón de intensidad, un salto cualitativo. En consecuencia, el estatuto jurídico de las sanciones en Derecho de la Libre Competencia comprendería las garantías constituciones de legalidad, principio de culpabilidad, entre otras, pero con un menor grado de intensidad que en el orden jurisdiccional penal.” Núñez, 2017, p. 559.

⁸⁷ “Las causales de justificación y exculpación en el Derecho de la Competencia sólo entran en juego cuando hay decisiones sancionadoras de la autoridad, ya que su fin es, precisamente, evitar la imposición de una sanción. La relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador es, como ya se señaló, una relación estrecha mas no completamente de identidad, pues los principios y reglas del Derecho Penal son aplicados de forma atenuada en cuanto a Derecho Administrativo se trata.” Agüero y Fenner, 2017, p. 718.

4.3. Las sanciones del Decreto Ley N° 211 como derecho administrativo sancionador.

En palabras de Mañalich (2007), la pregunta relativa a si la imposición de multas deben ser consideradas sanciones administrativas puede plantearse de la siguiente forma:

“¿[c]ómo diferenciar el cobro de un impuesto de la imposición de una multa si no es atendiendo al propósito punitivo de ésta que no se da en aquél? [cursivas añadidas] Si esa consideración estructural presupone una toma de posición (previa) acerca de la función desempeñada por el área del derecho así identificada, ésta resulta ser, en definitiva, una clase funcional. Lo que entonces se plantea es la determinación de la función cuyo desempeño hace posible establecer qué cuenta como (parte del) derecho penal [cursivas añadidas].” (p. 122).

Para definir aquello que cuenta como pena, Mañalich asume como correcta la definición de pena otorgada por Kindhäuser, esto es, pena entendida como “la irrogación de un mal como expresión de desaprobación por un comportamiento previo defectuoso” (Mañalich, 2007, p. 121). En esta definición lo relevante para determinar que es una sanción es su función. Así, Mañalich (2014) ha sostenido “(...) que el concepto de sanción necesita ser determinado funcionalmente.” (p. 547).⁸⁸

La definición funcional de la pena toma relevancia para definir si debe (o no) entenderse las sanciones impuestas por el TDLC como sanciones administrativas. En particular, una definición formalista dejaría fuera del derecho administrativo sancionador las sanciones aplicadas por el TDLC. Por el

⁸⁸ “Lo anterior significa que el concepto de sanción necesita ser determinado funcionalmente. En estos términos, la función mínima cuyo desempeño hace posible identificar aquellas consecuencias jurídicas que exhiben el estatus de sanción consiste en la reafirmación de la pretensión de vigencia del derecho quebrantado. En este sentido, lo absolutamente distintivo de una sanción es que ella cuenta como la irrogación institucionalizada de un mal que expresa desaprobación frente al (previo) quebrantamiento de un estándar jurídico de comportamiento.” Mañalich, 2014, p. 547.

contrario, como se observa en las siguientes líneas, una definición funcional de sanción, consideraría las multas impuestas por el TDLC como una sanción:

“[d]e ahí que pueda resultar útil introducir una distinción, “formalistamente” construida, entre dos nociones de sanción administrativa. *Stricto sensu*, por “sanción administrativa” cabe entender toda sanción susceptible de ser directamente impuesta por algún órgano administrativo, sin perjuicio de que una eventual reclamación ante su imposición pueda dar lugar a un proceso propiamente jurisdiccional, más o menos ajustado a la estructura de un procedimiento contencioso-administrativo. *Lato sensu*, en cambio, por “sanción administrativa” *cabría entender una consecuencia jurídica fijada por una auténtica norma de sanción cuya aplicación no sea privativa de órganos que ejercen jurisdicción “en lo penal” y que característicamente refuerce la reglamentación de determinados ámbitos de actividad por mor de “consideraciones de afectación general”, con independencia de que su aplicación competa a órganos propiamente administrativos o a órganos jurisdiccionales* [cursivas añadidas].” (Mañalich, 2014, p. 546).

Es precisamente en este segundo sentido que debemos entender las sanciones aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, distinguiéndolas, de ésta forma, de las sanciones civiles.

5. Razones económicas para la aplicación de la regla de ‘balance de probabilidades’. La distribución eficiente de los errores.

El segundo fundamento otorgado por el Voto de Prevención para sostener que el estándar aplicable en sede de libre competencia sería el de ‘balance de probabilidades’, es que dicho estándar permite una distribución ‘eficiente’ de los errores desde una perspectiva económica. El razonamiento es el siguiente:

- (i) El análisis económico del derecho ha puesto especial énfasis en la posibilidad de cometer errores al momento de juzgar una conducta y en su minimización⁸⁹.
- (ii) Estos errores –como ya vimos en el Capítulo I–, pueden distinguirse entre errores Tipo I (o ‘falsos positivos’) y errores Tipo II (o ‘falsos negativos’)⁹⁰.
- (iii) El estándar civil –‘balance de probabilidades’–, como explicamos anteriormente, distribuye de manera igualitaria ambos errores⁹¹.
- (iv) En el derecho penal la elevación del estándar se explica dada la necesidad de resguardar la presunción de inocencia y la eventual privación de libertad.⁹²
- (v) Siendo la normativa sobre libre competencia parte de la regulación económica basada en la imposición de obligaciones civiles, no puede preferir un tipo de error por sobre otro, por lo que –lógicamente– el estándar preferible sería el de ‘balance de probabilidades’⁹³.

⁸⁹ “El análisis económico del derecho pone el acento en la posibilidad de cometer errores al momento de juzgar una conducta y en su minimización”. Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 95.

⁹⁰ “Estos errores pueden ser clasificados en dos. El error Tipo I (o “falso positivo” o sobre-inclusión) implica, en términos probatorios, dar por probado aquello que no es efectivo, imponiendo al sistema un costo de resultar sobre-inclusivo al condenar prácticas lícitas. El error Tipo II (o “falso negativo” o de baja inclusión), por el contrario, implica no dar por acreditado aquello que en realidad ocurrió, asumiendo un costo de resultar infra-inclusivo por condonar prácticas que en realidad son ilícitas”. Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 95.

⁹¹ “Así, mientras bajo un estándar de prueba civil la probabilidad de cometer errores del Tipo I o errores Tipo II se distribuye de manera igualitaria(...)” Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 95.

⁹² “(...)bajo un estándar penal el error Tipo I es considerado mucho más dañino, atendida la necesidad de salvaguardar la presunción de inocencia en esta materia. Dada la eventual privación de libertad aparejada a la responsabilidad penal, el legislador valora que en estos casos es más importante “absolver a un culpable” que “condenar a un inocente”(...)” Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 95.

⁹³ “Siendo la normativa sobre libre competencia parte de la regulación económica basada en la imposición de obligaciones civiles, según se ha establecido anteriormente, ella no puede –en principio– “preferir” un tipo de error por sobre el otro, siendo ambos igualmente desaconsejables (...)De este modo, como cualquier otra regulación, las normas de libre competencia deben ser neutras (en términos de óptimo paretiano) en cuanto al tipo de error, lo que de inmediato las

6. Análisis crítico de los fundamentos económicos para aplicar una regla de ‘balance de probabilidades’ en el Voto de Prevención.

6.1. La eficiencia como fin del derecho de la competencia.

El Voto de Prevención basa sus fundamentos económicos en la perspectiva planteada desde el análisis económico del derecho. Posner, a quien se hace referencia en el mismo voto, destaca la posibilidad de cometer errores y su minimización. En relación al propósito de este trabajo, cabe destacar tres ideas postuladas por el mismo: **(i)** la eficiencia es un propósito importante de la reglas legales (aunque no el único)⁹⁴; **(ii)** una aproximación económica permite plantear reglas racionales y funcionales (y no puramente viscerales)⁹⁵; **(iii)** cuando una sanción envuelve sólo una transferencia monetaria, el estándar de prueba sería más cercano al civil – aunque debe tomarse en cuenta la ‘pérdida reputacional’⁹⁶.

sitúa prima facie en ámbito del estándar de balance de probabilidades.” Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 96.

⁹⁴ “An important purpose of substantive legal rules (such as the rules of tort and criminal law) is to increase economic efficiency.” En ese sentido, la reducción del error es una meta para el derecho. Con todo, se destaca que en ciertas oportunidades excepcionales aquel objetivo cede en virtud de otras razones (como en la exclusión de la prueba ilícita). Ver Posner, 1973, pp. 400-401.

⁹⁵ “To illustrate the utility of the economic approach, consider the question whether the defendant in an administrative action (such as deportation, license revocation, or the withdrawal of a security clearance) should be entitled to a trial-type hearing. The tendency in the legal discussion of this question has been to invoke either a purely visceral sense of fairness or a purely formal distinction between penal and nonpenal sanctions. The economic approach enables the question to be framed in rational and functional terms”. Posner, 1973, p. 401.

⁹⁶ “The analysis also suggests why punitive remedies, when they take the form of fines or other money transfers exclusively, as in the case of antitrust treble damages, are often governed by the laxer civil, rather than the criminal, standard of proof. In such cases, the punishment costs inflicted on the innocent do not represent a net social cost because they show up on the social ledger as equal benefits to the state or other plaintiff. (Indeed, the analysis of error costs in Part II seems fully applicable in such cases.) This distinction may also explain why the burden of proof in a civil fraud case (“clear and convincing evidence”) is intermediate between the

En aquel sentido también se pronuncian Montt y Grunberg (2017), quienes apuntan que :

“[e]xiste un relativo consenso respecto a que la política de la competencia debe orientarse a la “protección de la competencia y no de los competidores” El objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia, ya sea entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores” (pp. 307-308).

Desde esta perspectiva, las conclusiones adoptadas por el Voto de Previsión por razones económicas, se encuentran plenamente justificadas, situando la eficiencia y, consecuentemente, la prevención, como objetivos principales del derecho de la competencia⁹⁷.

6.2. ¿Puede depender una regla de estándar de prueba sólo de la eficiencia?

Si bien la eficiencia juega un papel fundamental en el derecho de la competencia, como señalan los profesores Grunberg y Montt (2017) “Esto no significa que valores distintos a la eficiencia no sean importantes”.(p. 309).

preponderance and beyond reasonable-doubt standards. A judgment of liability in such a case imposes a reputational loss on the defendant that is in addition to the money judgment received by the plaintiff but is less costly than most criminal punishments. Most important, the distinction explains why some difference in the standards of proof followed in criminal and civil cases may be entirely consistent with economic theory.” Posner, 1973, p. 415.

⁹⁷ “De ahí que, como se ha indicado, los objetivos primarios de la libre competencia sean la disuasión general, la cual funciona más por acumulación que de manera casuística, y la corrección de conductas específicas. De este modo, como cualquier otra regulación, las normas de libre competencia deben ser neutras (en términos de óptimo paretiano) en cuanto al tipo de error, lo que de inmediato las sitúa prima facie en ámbito del estándar de balance de probabilidades.” Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 96.

Por ello, los mismos autores han indicado que “por razones de Derecho Constitucional, el uso de la sanción como instrumento regulatorio exige tener presente algunas de las consideraciones de justicia retributiva que han sido elaboradas en el ámbito del Derecho Penal.” (Grunberg y Montt, 2017, p. 312)⁹⁸.

6.3. Una regla de estándar puede elevarse por la seriedad de la imputación.

Como vimos, ya el mismo Posner (1973), señalaba que para la fijación de una regla de estándar en sede civil hay que tener en consideración la ‘pérdida reputacional’ en casos de fraude (p. 415). La analogía con el caso del ilícito de colusión no es compleja de realizar.

Por razones diversas, la elevación del estándar de prueba respecto al estándar civil (‘balance de probabilidades’), en virtud de la naturaleza de la de la imputación realizada, es compartida por buena parte de la doctrina y jurisprudencia.

En palabras de Larroucau (2012) “(...) hay ciertas ocasiones en que la escala de 0 a 1 merece ser inclinada. Ello tiene que ver con las expectativas de un determinado sector del tráfico jurídico.” (p. 791)⁹⁹. Así por ejemplo, el mismo

⁹⁸ En un sentido contrario, ver Letelier, 2018.

⁹⁹ “Por ejemplo, en los juicios donde la secuela para la demandada no es solo jurídica (un fallo judicial desfavorable), sino que también social, como ocurre en la litigación por fraude, o bien, en litigios donde se comprometen las libertades civiles (deportaciones, declaración de interdicción de un familiar, remoción de una licencia médica), así como en las disputas sobre relaciones parentales, la regla $P > 0,5$ no es satisfactoria. Para estos casos se acude a lo que en

autor cita el caso de Inglaterra, en que la seriedad de la acusación obliga a aumentar la regla de estándar:

“[e]n Inglaterra este aumento en el umbral se ha logrado mediante un estándar intermedio entre el civil y el criminal –llamado “*Higher Standard of Proof*”– frente a conductas que, teniendo una sanción penal, se ventilan dentro de un litigio civil [cursivas añadidas]. Por ejemplo, cuando un banco demanda de responsabilidad civil a un empleado por haber robado dinero. Si bien a primera vista pareciera que la regla $P > 0,75$ rige debido a la seriedad de la acusación (“el empleado no fue descuidado, sino que robó el dinero”), en estricto sentido el umbral se eleva por la gravedad del resultado y no del relato. Esta seriedad de las consecuencias es lo que exige del juez civil un “escrutinio acabado” (*anxious scrutiny*) de las circunstancias, o bien, una “prueba contundente” (*cogent evidence*) de los hechos.” (Larroucau, 2012, pp. 791-792).

En el mismo sentido se pronuncia la Competition Appeal Tribunal del Reino Unido en el ya citado caso *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries and Director General of Fair Trading*.¹⁰⁰

7. Razones institucionales para establecer una regla de estándar de ‘balance de probabilidades’, según el Voto de Previsión.

El tercer tipo de razones que esgrime el Voto de Previsión para establecer una regla de estándar de ‘balance probabilidades’, son motivos insitucionales, principalmente ligados a la independencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (a diferencia de un órgano administrativo) y la posibilidad de revisión de la Corte Suprema. El razonamiento puede resumirse en los siguientes puntos:

la justicia civil norteamericana se denomina un estándar intermedio de “evidencia clara y convincente” o regla $P > 0,75$.” Larroucau, 2012, p. 791.

¹⁰⁰ Ver nota al pie 59.

- (i) Desde una óptica institucional “(...) el análisis debe ser hecho en función del tipo de órgano encargado de atribuir la responsabilidad infraccional en libre competencia.”¹⁰¹
- (ii) Considerando el punto anterior, debe distinguirse cuando la función de atribuir responsabilidad infraccional la ejerce un órgano administrativo (en que existe una mayor propensión a cometer errores del Tipo I) y cuando lo realiza un órgano jurisdiccional, independiente, imparcial, colegiado y especializado – como el TLDC (en que la distribución en abstracto de las posibilidades de cometer errores tipo I y II se torna al menos equivalente). Esto sería confirmado por la doctrina¹⁰².
- (iii) Adicionalmente, debe considerarse la revisión efectuada por la Corte Suprema vía recurso de reclamación. Esto significaría que “En presencia de un control intenso como el existente en nuestro sistema de libre competencia, las posibilidades de sobre-inclusión, ya de por sí bajas, resultan ser aún más bajas.”¹⁰³

8. Análisis crítico de los fundamentos institucionales para aplicar un “balance de probabilidades” en el Voto de Prevención.

8.1. ¿Por qué la Corte Suprema tiende a absolver a los requeridos conociendo del recurso de reclamación?

En nuestra opinión, las múltiples sentencias en que la Corte Suprema ha absuelto se podrían justificar por la falta de un estándar de prueba

¹⁰¹ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 96.

¹⁰² Posner, 2011, p. 827.

¹⁰³ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 97.

intersubjetivamente controlable. En este sentido, Ferrer ha señalado lo siguiente:

“[e]stá claro que si se sostiene que la finalidad de la prueba en el proceso es producir la convicción judicial, una vez ésta es alcanzada no queda mucho espacio para la revisión de la decisión. Un tribunal superior, limitado por el principio de inmediación y con la escasa motivación normalmente disponible, no tendría mucho más que decir, más allá de un inaceptable “mi convicción difiere de la del juez de instancia y yo mando más” [cursivas añadidas]”¹⁰⁴.

8.2. La necesidad de objetividad de la regla de estándar de prueba.

En el Capítulo I explicamos por qué un estándar de prueba subjetivo no puede ser considerado como una genuina regla de estándar. Establecer un estándar de prueba no subjetivo, que no apele a una creencia o estado psicológico,¹⁰⁵ es especialmente relevante en materia recursiva.

Si el estándar de prueba es subjetivo, la revisión de las decisiones judiciales sobre los hechos, en principio, no tiene sentido. Esto se explica en tanto las creencias o estados psicológicos no necesitan de justificaciones, por lo que no son intersubjetivamente revisables. En este sentido, Accatino (2006) critica la noción subjetivista del estándar de prueba señalando que:

“[e]n primer lugar ella no puede dar cuenta de la falibilidad judicial, pues según esa noción de prueba la convicción o creencia es condición suficiente para que una proposición esté probada y carece de sentido hablar de error respecto de la ocurrencia de ese estado mental [cursivas añadidas]. En otros términos, la noción subjetivista de prueba hace equivalentes dos situaciones que parece razonable poder distinguir conceptualmente: que un enunciado acerca de la ocurrencia de un hecho haya sido “tenido por probado” por algún sujeto y que ese enunciado “esté probado”. Sólo si ambas situaciones pueden

¹⁰⁴ Ferrer, 2017, p. 3.

¹⁰⁵ Ver Capítulo I, sección 2.4. Críticas a las formulaciones habituales de estándares de prueba. Ambigüedad y subjetividad.

distinguirse adquiere sentido la existencia de controles relativos a las decisiones judiciales sobre los hechos [cursivas añadidas] (...)." (pp. 20-21).

En otras palabras, la idea de revisión de los hechos (y más específicamente si está justificado tenerlos por probados de acuerdo a un determinado estándar de prueba) sólo tiene sentido en la medida que exista un estándar de prueba objetivo (y no dependiente de cada sujeto). Formular una regla de estándar de prueba objetivo permitiría dar cuenta de "la falibilidad judicial" y haría posible una revisión intersubjetiva.

Considerando lo anterior, y siguiendo a Ferrer (2017), es posible sostener que un estándar de prueba objetivo permite "la posibilidad de control en apelación de los distintos tipos de errores en el razonamiento probatorio" (p. 18). De acuerdo al mismo, es posible distinguir dos tipos de errores en la determinación de las proposiciones respecto a los hechos que pueden darse por probadas: **(i)** errores de percepción, como por ejemplo comprender deficientemente una declaración o no atender a detalles relevantes de una inspección ocular (que sólo serían revisables en la medida que exista registro completo de la diligencia probatoria – como es la grabación de una declaración); **(ii)** errores inferenciales, en el que existen "(...) deficiencias en el razonamiento que va de lo percibido, de los hechos base, a las conclusiones probatorias." (Ferrer, 2017, p. 18).¹⁰⁶

¹⁰⁶ "Así, como señalé al inicio del artículo, pueden distinguirse dos tipos de errores: 1) errores de percepción, que pueden aquejar a la valoración de la prueba del juez cuando comprendió deficientemente una declaración testifical, por ejemplo, o cuando no atendió a detalles relevantes en una inspección ocular, etc. Es muy discutido si este tipo de errores pueden ser corregidos en apelación, por cuanto el juez ad quem no tendría inmediatez con las pruebas que han sido valoradas por el juez a quo, sin embargo, como he señalado más arriba en la nota 12, la grabación de la práctica de la prueba realizada en audiencias orales posibilita perfectamente la revisión por tribunales superiores de gran parte de los errores de percepción del juzgador. 2) El segundo tipo de errores son los inferenciales. Estos no dependen de

8.3. La revisión judicial de un estándar objetivo asegura la garantía de doble instancia y no es una limitación a la sobre-inclusión.

De lo hasta ahora señalado puede extraerse que: (i) un estándar de prueba subjetivo no permite dar cuenta de la idea de “falibilidad judicial”; (ii) un estándar de prueba objetivo permite hacer una revisión de los hechos que se dieron por probado (especialmente en relación a los errores inferenciales).

La tercera idea se desprende fácilmente de la conclusión (ii). La cantidad de revisiones no debería determinar una tendencia hacia absolver o condenar. Por el contrario, es perfectamente concebible que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia absuelva a alguna empresa requerida y luego esta sea condenada por la Corte Suprema. Por ello, no es lógico desprender de la existencia de un régimen recursivo la limitación a la ‘sobre-inclusión’ que señala el Voto de Previsión.

percepción alguna por parte del juez a quo, sino de deficiencias en el razonamiento que va de lo percibido, de los hechos base, a las conclusiones probatorias. (...)”Ferrer, 2017, p. 18.

CAPÍTULO IV. BASES PARA UNA PROPUESTA DE ESTÁNDAR PROBATORIO PARA HIPÓTESIS DE COLUSIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

1. Regla de estándar como una decisión legislativa y los riesgos de su omisión.

De acuerdo a lo señalado en el capítulo I, la fijación de una regla de estándar de prueba constituye una decisión político-valorativa. Los estándares probatorios cumplen una función de distribución de los riesgos de error, al establecer un determinado umbral de suficiencia que deben traspasar las pruebas aportadas, de tal manera de permitir que los jueces o el tribunal puedan dar por probadas determinadas proposiciones sobre los hechos objeto del juicio.

Como se ha señalado “[e]l establecimiento de ese nivel, grado o medida, depende del tipo de conflicto que se enfrente en el proceso, de acuerdo a los bienes en juego.” (Montero, 2017, p. 92). En el mismo sentido, Taruffo (2005) apunta que:

“es necesario tener en cuenta el hecho de que los estándares de prueba pueden variar en función de la estructura del contexto procesal, de las finalidades que se asignen al proceso concreto, de los valores ético-políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal de las cargas probatorias que se atribuyan a las partes.” (p. 119).

Siguiendo este razonamiento, se abren una serie de preguntas. ¿Cómo ponderar los bienes en juego? ¿Cómo establecer las finalidades del proceso?

¿Qué valores ético-políticos deben tenerse en consideración y cómo deben priorizarse?. Todas estas interrogantes requieren de una respuesta para poder establecer el nivel de exigencia que debe tener una regla de estándar, de tal forma de determinar una distribución específica de los riesgos de error.

¿Quién debe responder esas preguntas? Si la fijación de una regla de estándar constituye una decisión política, quien está llamado a ponderar los bienes en juego es el legislador. La regla de estándar probatorio “refleja nuestra decisión colectiva de colocar el umbral en un punto y no en otro” (Laudan, 2006, p. 64). Por ello, como señala Larroucau (2012) “apostar por un estándar en lugar de otro precisa de una deliberación normativa previa” (p. 784).

Pese a ello, el legislador nacional ha omitido, por regla general, la determinación de reglas de estándar. La única excepción es la disposición contenida en el artículo 340 del Código Procesal Penal¹⁰⁷, la cual establece el estándar probatorio de ‘más allá de toda duda razonable’. Pese a que el sistema de valoración racional de la prueba se ha ido imponiendo paulatinamente en las sucesivas reformas en legislaciones especiales¹⁰⁸, aquello no ha sido acompañado de la elaboración de reglas de estándar probatorio, siendo entregada aquella potestad, en la práctica, a los tribunales, otorgándoles un margen importante de discrecionalidad.

Montero (2017) describe, a nuestro juicio, acertadamente, algunos de los riesgos de la omisión de reglas de estándar (pp. 201 y ss.). Dentro de ellos se encuentran **(i)** la adopción de una concepción subjetivista de la prueba (en el sentido de que lo que habría que lograr para dar por probada una proposición

¹⁰⁷ Ver nota al pie 23

¹⁰⁸ Derecho de Familia, Ambiental, Laboral, Libre Competencia, etc.

sobre un hecho es la “convicción” del tribunal) y (ii) la utilización de una regla de estándar más alta, concebida para otro tipo de conflictos (en específico, el estándar de ‘más allá de toda duda razonable’ que rige en sede penal).

En la práctica del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el primero de los riesgos apuntado por Montero está presente, ya que repetidamente se hace referencia a la formación de convicción del tribunal sobre la ocurrencia o no de los ilícitos contenidos en la ley¹⁰⁹. Por su parte, respecto al segundo riesgo, pareciera no ocurrir en la práctica, toda vez que el TDLC ha señalado que se aplica un estándar de ‘prueba clara y concluyente’, inferior al penal¹¹⁰. Pese a eso –como bien señala el Voto de Prevención– ni el TDLC ni la Corte Suprema, han señalado en que consiste este último, ni tampoco ha otorgado razones del porqué de su aplicación¹¹¹.

Estos problemas sólo puede ser subsanados en la medida de que el legislador establezca una determinada regla de estándar probatorio. En lo que sigue, nos referiremos a las razones que pueden determinar un cierto nivel de

¹⁰⁹ “(...)que ésta tenga para determinar si puede, por si sola o unida a la restante prueba rendida, *formar convicción del Tribunal* [cursivas añadidas]”. Sentencia N° 119/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia p. 54. Autos caratulados *Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros*, causa rol C 184-2008.

“Que, en consecuencia, *este Tribunal ha llegado a la convicción* [cursivas añadidas] de que los hechos acreditados en autos y ya expuestos, permiten establecer en forma clara, directa e inequívoca (...)” Sentencia N° 63/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 71. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella*, rol C 103-2006.

“Que atendido lo expuesto en los considerandos anteriores, y analizados los antecedentes de autos de acuerdo a las reglas de la sana crítica, *el Tribunal se ha formado la convicción* [cursivas añadidas] de estar en presencia de una imposición concertada (...)” Sentencia N° 38/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 34. En autos caratulados *Investigación de oficio en denuncia de Asoex y requerimiento de la FNE contra Ulltramar y otros*, rol C 12-2004.

¹¹⁰ ver notas al pie 53, 54, 55.

¹¹¹ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pp. 89-91.

exigencia, para luego señalar los criterios metodológicos que debe cumplir la regla de estándar para poder preciarse de tal.

2. Nivel de exigencia de la regla de estándar probatorio para la colusión.

Anteriormente hemos señalado que existen diversas razones que pueden influir en el nivel de exigencia que debe tener la regla de estándar probatorio. Ferrer (2018, pp. 7-18) propone cinco razones –no exhaustivas– que pueden ser consideradas. Nos referiremos a cada una de ellas, especificando cómo se manifiestan en nuestro caso de análisis, es decir, en los procedimientos de persecución de las prácticas colusivas contenido en el Decreto Ley N° 211.

2.1. Gravedad de error en caso de condena falsa, relativa importancia del bien afectado y grado de afectación.

En primer lugar Ferrer (2018) señala que se debe tener en cuenta “[l]a gravedad del error en caso de condena falsa, lo que tiene que ver fundamentalmente con la relativa importancia del bien afectado por la consecuencia jurídica y por el grado de afectación del mismo.” (p. 10).

¿Qué bien y en qué medida se afecta con las sanciones que se pueden imponer a los infractores en casos de colusión? Para responder aquella pregunta, conviene, en primer lugar, referirse brevemente a las mismas, las cuales se clasifican en sanciones administrativas, civiles y penales¹¹².

¹¹² Cabe señalar que aquellas no son las únicas sanciones a las que se ven expuestas las requeridas. Así, pueden existir otras reacciones de nuestro ordenamiento jurídico, como las que siguen:

2.1.1. Sanciones administrativas.

Las principales sanciones establecidas en el artículo 26 del DL N° 211¹¹³ y que puede imponer el TDLC al condenar son:

- (i) Multas a favor del fisco. Estas pueden ascender a montos con un tope de hasta un 30% de las ventas correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción, durante todo el período por el que se haya extendido la conducta ilícita, o bien, hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En caso de no poder determinar el monto de las ventas ni el beneficio económico obtenido, el Tribunal podrá aplicar multas de hasta 60.000 Unidades Tributarias Anuales.
- (ii) Modificar o terminar actos, contratos o acuerdos contrarios al DL N° 211.
- (iii) Modificación o disolución de sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas que hubieren intervenido en conductas contrarias a la libre competencia.
- (iv) Prohibición de contratación con el Estado. Esto aplica a órganos de la Administración del Estado, el Congreso Nacional y el Poder Judicial. La prohibición también alcanza la adjudicación de concesiones otorgadas

a) *Ley de protección a los derechos de los consumidores (Ley 19.496)*. Los consumidores pueden impugnar estas conductas y, por ello, podrían aplicarse multas de hasta 50 UTM. Actualmente se discute la procedencia de multas mayores derivadas de acciones colectivas.

b) *Ley de Sociedades Anónimas (Ley No. 18.046)*. En ella se contempla el derecho de los directores a ser informados en forma suficiente, veraz y oportuna de las circunstancias esenciales de la sociedad; y la obligación legal de ejecutar el cargo con la debida diligencia. Al respecto, la Superintendencia de Valores y Seguros ha sancionado a directores por no ejercer su derecho a ser informados, dada la naturaleza fiduciaria de su cargo (Caso FASA). Por otro lado, misma ley, en su art. 133 establece la responsabilidad de indemnizar perjuicios de las personas que infrinjan esta ley, su reglamento, estatutos de la sociedad correspondiente o normas de la Superintendencia de Valores y Seguros¹¹².

¹¹³ Ver nota al pie 23

por el Estado hasta por 5 años contados desde la sentencia definitiva ejecutoriada.

2.1.2. Sanciones civiles. La indemnización de perjuicios.

Una vez que la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentra ejecutoriada, de acuerdo al artículo 30 del DL N° 211, podrá interponerse ante el mismo tribunal una acción de indemnización de perjuicios¹¹⁴. Para ella se tendrán como ya acreditados dos de los requisitos de la acción de indemnización de perjuicios, a saber, la acción u omisión y el dolo, ya que ambos se contemplan como elementos a probar en el procedimiento contencioso ante el TDLC, dado de que están incluidos en el tipo descrito en el artículo 3, letra a) del DL N° 211. De esta forma, en el juicio civil sólo deben acreditarse los daños y la relación causal de los mismos con la conducta anticompetitiva previamente declarada, ya que el TDLC “fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda.”¹¹⁵

2.1.3. Sanción Penal.

En caso que el TDLC dicte sentencia condenatoria, la Fiscalía Nacional Económica tiene la facultad de interponer querrela penal, según prescribe el artículo 64 del DL N° 211.¹¹⁶

¹¹⁴ A la fecha sólo se ha interpuesto una demanda de indemnización de perjuicios ante el TDLC, la que se encuentra pendiente de resolución. Causa rol CIP-1-2017, caratulada “Demanda de Sandra Fuentes Salazar y otros contra Empresa de Transporte Rurales Limitada y otros”. Esto, sin perjuicio de las acciones interpuestas ante los tribunales ordinarios, previas a la dictación de la ley 20.945.

¹¹⁵ Artículo 30, inciso 2. Decreto Ley N° 211.

¹¹⁶ “**Artículo 64°.**- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia

El tipo delictivo de colusión se encuentra regulado en el artículo 62 del DL 211¹¹⁷. Los imputados se exponen a: **(i)** condenas de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo; y **(ii)** a la inhabilidad para ejercer cargos de director o gerente de sociedades anónimas, empresas del Estado o en que éste tenga participación, o bien de una asociación gremial o profesional, según señala el mismo artículo 62.

Cabe señalar que, a diferencia de la indemnización de perjuicios, en este caso la vinculación con el procedimiento contencioso del DL N° 211 es sólo procedimental. Por ello, no se considerarán probados determinados hechos, lo cual es de todo sentido, ya que los estándares de prueba son distintos, siendo el estándar penal más exigente.

definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados.

El Fiscal Nacional Económico deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiere no interponer querrela por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62. (...). Artículo 64, Decreto Ley N° 211.

¹¹⁷ **Artículo 62°.-** El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Asimismo, será castigado con inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional. (...). Artículo 62 Decreto Ley N° 211

2.1.4. Análisis del bien jurídico afectado y grado de afectación que generan las sanciones administrativas, civiles y penales.

Un análisis de las sanciones permite concluir que el principal bien afectado –mas no exclusivo– es el patrimonio del sancionado (ya sea persona jurídica o natural). Aquello nos podría llevar a asimilar los bienes afectados con los casos de establecimiento de responsabilidad civil y, de esta forma, concluir que no hay una gravedad mayor en el error de falsa condena que en aquellas hipótesis.

Sin embargo, esta conclusión puede ser controvertida por dos razones. La primera de ellas se debe al grado de afectación del patrimonio del infractor impuesto por las sanciones contenidas en el DL N° 211 (las que hemos llamado sanciones administrativas), muy superior al de la responsabilidad en sede civil. La segunda de ellas se explica porque las consecuencias que se siguen de una falsa condena no son exclusivamente patrimoniales.

Respecto al grado de afectación del patrimonio, cabe señalar que la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico nacional tiene un carácter estrictamente compensatorio, siendo una institución tributaria de la lógica de la justicia correctiva (Peña, 2014). Por ello, la indemnización debe equivaler, como máximo, al daño padecido por la víctima.

En cambio, las multas¹¹⁸, contenidas en la letra c) del artículo 26 del DL N° 211, establecen montos cuya determinación prescinde del daño producido por la conducta. Aquello configura, a nuestro juicio, una finalidad punitiva de las

¹¹⁸ Tapia (2013) las describe como la principal sanción legal contenida en nuestro ordenamiento, señalando que “es la más relevante y normalmente la única sanción impuesta por una contravención al DL 211” (p. 73).

multas¹¹⁹, lo que puede ser confirmado atendiendo a algunos de los criterios establecidos para la determinación del monto de las mismas (gravedad de la conducta y reincidencia)¹²⁰. Por otro lado, la prohibición de contratar con el Estado y de adjudicarse concesiones por un plazo hasta de cinco años, puede ser extremadamente gravosa para algunas firmas, cuyo rubro principal puede estar referido a contratos con el Estado¹²¹.

Adicionalmente, el establecimiento de multas y otras sanciones contenidas en el artículo 26 del DL N° 211 por el TDLC no implica una exención de la responsabilidad de indemnizar a los afectados por la infracción anticompetitiva, como establece el artículo 30 del Decreto Ley N° 211 (la sanción civil referida anteriormente). De esta forma, si el TDLC condena a una empresa por colusión, además se hace posible que la misma sea obligada a indemnizar, quienes sufran el eventual daño producido (por ejemplo, a los consumidores) – y teniéndose como acreditados los requisitos señalados anteriormente respecto a la acción civil, es decir, la acción u omisión y el dolo¹²². Queda claro, de esta forma, que la afectación del patrimonio que puede derivarse de una falsa condena es de mayor entidad que la de la simple responsabilidad civil, por el sencillo hecho de que ésta última sólo constituye una parte de las sanciones que pueden desencadenarse por la sentencia condenatoria del TDLC.

¹¹⁹ En ese sentido, ver Valenzuela Saldías, 2017, pp. 158-169.

¹²⁰ Ver nota al pie 75.

¹²¹ Isensee (2016) señala que el hecho de que la sanción pueda ser “excesivamente gravosa para el patrimonio del sancionado, (...) deberá igualmente ser considerado al momento de definir el estándar de prueba” (p. 103).

¹²² Esta es precisamente la situación del caso de colusión en el mercado del papel tissue. CMPC no fue condenada, por acogerse al programa de delación compensada. Luego de ello llegó a un acuerdo con el SERNAC y CONADECUS para indemnizar a los consumidores. Por su parte SCA fue condenada a la multa máxima vigente en aquel momento y el juicio civil por la indemnización sigue pendiente a la fecha de redacción de este trabajo.

Por otro lado, las consecuencias de una condena por parte del TDLC no son exclusivamente patrimoniales. A las sanciones penales que se pueden imponer, cabe añadir la pérdida reputacional que pueden sufrir las empresas condenadas por estas conductas referida por Posner (1973)¹²³.

2.2. Costo de error de absoluciones falsas: ¿elimina capacidad disuasoria del derecho?

El segundo factor que propone considerar Ferrer (2018) es el costo de error de las absoluciones falsas, es decir, cuando un infractor no fue condenado. De esta forma, el autor señala que:

“(…) debemos ser conscientes de que conforme se aumente el nivel de exigencia del estándar de prueba, aumentaremos también el riesgo de absoluciones falsas o, lo que es lo mismo, el riesgo de culpables absueltos. En la medida en que estos puedan ser reincidentes o que la *falta de condenas disminuya o elimine la capacidad disuasoria del derecho*, [cursivas añadidas] el estándar de prueba tendría un impacto a considerar en el grado de cumplimiento de la función del Estado de protección de los derechos.” (p. 12).

Evidentemente, no condenar a agentes económicos coludidos implica graves costos para la sociedad. En primer lugar, debido a los costos actuales que genera el cartel no sancionado en el caso particular, debido a la mantención de su conducta anticompetitiva, derivado de la no-sanción Es un consenso transversal que la colusión genera daños muy importantes. Los consumidores, por ejemplo, son afectados debido a que acceden a bienes pagando precios muy superiores a aquellos que se pagarían en caso de no haber acuerdos ilícitos (González, 2011, pp. 143-145). Además pueden

¹²³ Aunque lo señalado por Posner (1973) se aplica a casos de fraude, consideramos que sus conclusiones pueden extenderse a conductas anticompetitivas de gravedad, como la colusión. (p. 415).

señalarse las pérdidas en innovación, el “efecto paraguas” del cartel, entre otras negativas consecuencias. (Connor y Lande, 2008, pp. 1-2)¹²⁴.

En segundo lugar, podemos señalar que existen costos futuros para la sociedad, que se generan por la incapacidad de disuadir a otros potenciales carteles. ¿Cómo influye el nivel de exigencia de la regla de estándar sobre ello? Lo primero que debemos señalar es que existen una serie de factores que inciden en el objetivo de disuasión que deben satisfacer las legislaciones *antitrust*. En un trabajo para discutir el óptimo de las sanciones para los carteles, Connor y Lande (2008) apuntan que:

“[a] la luz de los problemas de sobre-disuasión y bajo-disuasión que pueden surgir, esto significa que la multa para un infractor debería ser igual al daño neto producido a otros por la infracción dividido por la probabilidad de detección, aplicación y prueba de la infracción” (p. 1)¹²⁵.

En el mismo sentido, Lianos, Jenny, Wagner von Papp, Motchenkova, David et al (2014) señalan que “de acuerdo a la teoría económica, las multas deberían ser al menos iguales a los beneficios ilegales que se esperan obtener

¹²⁴ “It is important to note, however, that in addition to these overcharges, a cartel’s social harm includes other, less obvious factors that typically are not taken into account in the fashioning of criminal fines. First, market power can produce allocative inefficiency, represented by the deadweight loss welfare triangle in the standard diagram of monopoly pricing. The deadweight loss, which often can be significant, apparently has never been awarded in an antitrust case. Second, market power can produce umbrella effects, which occur when a cartel permits or causes non-conspiring firms to charge higher prices under the “umbrella” of its supracompetitive price. Third, cartel members may have less incentive to innovate or to optimize variety or quality, which results in harm to society. Finally, when monetized, monopoly overcharges have a time-value, yet antitrust fines do not include a prejudgment interest adjustment.” (Connor y Lande, 2008, pp. 1-2).

¹²⁵ “[i]n light of the problems of overdeterrence and underdeterrence that can arise, this means that a violator’s fine should be equal to the violation’s net harm to others divided by the probability of detection, enforcement, and proof of the violation.” (Connor y Lande, 2008, p. 1).

[por la conducta anticompetitiva] divididos por la probabilidad de ser atrapado” (p. 9).¹²⁶

De estas afirmaciones se desprende que los elementos que influyen en la disuasión de las conductas colusorias son: (i) las sanciones y su gravedad; (ii) probabilidad de detección e imposición de sanciones (influyendo la regla de estándar probatorio dentro de la misma). Por ello, para determinar si efectivamente el derecho tiene capacidad de disuadir las conductas concebidas como anticompetitivas, no sólo debemos atender al nivel de exigencia de la regla de estándar probatorio, sino que también a los demás factores que influyen en la probabilidad de detección –como los programas de delación compensada, monitoreo, entre otros– y, adicionalmente, a la gravedad de las sanciones a las cuales se expongan los infractores.

Por cierto, en caso de establecerse una estándar de prueba muy alto (como el de ‘más allá de toda duda razonable’), las empresas muy posiblemente concluirían que es más conveniente coludirse que no, puesto que el beneficio económico obtenido sería, probablemente, mayor a la sanción dividido por la probabilidad de imposición de las sanciones.¹²⁷ En ese sentido, Duce (2007), recomendaba que la regla de estándar no debía hacer imposible la condena, señalando que “elevar en demasía los estándares de acreditación de los atentados a la libre competencia supone poner un obstáculo insalvable a

¹²⁶ “[a]ccording to economic theory, fines should be at least equal to the expected illegally earned profits divided by the probability to be caught (...)” (Lianos, Jenny, Wagner von Papp, Motchenkova, David et al, 2014, p. 9).

¹²⁷ “(...) una sanción será óptima desde el punto de vista de la disuasión en medida que los beneficios esperados por involucrarse en una conducta ilegal sean menores al costo de la sanción dividido por la probabilidad de detección.” (FNE, 2014, p. 3).

la persecución razonable de los mismos, todo ello con un resultado muy grave en el sistema económico nacional.” (p.12).¹²⁸

Sin embargo, al menos conceptualmente, incluso una regla de estándar tan alta sería compatible con el objetivo disuasivo en la medida de que: **(i)** las sanciones que se puedan imponer sean de mayor gravedad (en el caso de las multas, que éstas sean más altas), **(ii)** existan fuertes herramientas de detección de carteles. Aún más, consideramos que la influencia de la regla de estándar probatorio en la disuasión es considerablemente menor a la de aquellos elementos. Por ello, desde una perspectiva de prevención¹²⁹ es posible defender las penas de cárcel para la colusión¹³⁰, pese a que para su imposición se requiere que las pruebas superen un umbral de exigencia más alto que el requerido para la aplicación de multas, es decir, el estándar probatorio de ‘más allá de toda duda razonable.

2.3. Dificultad probatoria

“La tercera razón a considerar en el momento de determinar el estándar de prueba tiene que ver con las dificultades probatorias del tipo de casos al que se pretende aplicar, (...)” (Ferrer, 2018, pp. 12-13). En los casos en que sea de particular complejidad la prueba de conductas ilícitas, es aconsejable, según

¹²⁸ Cabe señalar que el mismo autor proponía que “un estándar razonable debiera exigir alrededor de 2/3 de nivel de convicción en el juzgador. Es decir, marcar que se tiene que tener algo más que simplemente una mayor probabilidad, pero lejos de exigirse un nivel de certeza absoluto o incluso alto como el de “convicción más allá de duda razonable.” (Duce, 2007, p. 13).

¹²⁹ Por cierto, aquella no es la única forma de argumentar en favor de las mismas. Al respecto, Mañalich (2015) señala que la “decisión de criminalización (...) es una reacción estatal expresiva de desaprobación e indignación en contra de la o las personas a las cuales resulte imputable la realización de esa misma forma de comportamiento” (p. 5).

¹³⁰ En ese sentido, ver Historia de la Ley 20.945, Mensaje, p. 8.

Ferrer, disminuir el nivel de exigencia del estándar.

¿Es la colusión uno de esos casos? Antes de responder aquella interrogante, cabe señalar qué se debe probar para poder dar por acreditada la hipótesis colusoria. Tras la dictación de la ley 20.945, se eliminó la exigencia de que el acuerdo anticompetitivo respecto a determinadas variables (fijación de precios, limitar la producción, asignación de cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación) confiriera poder de mercado, estableciendo la denominada regla per se, presumiendo el efecto anticompetitivo y lesivo que tienen los carteles¹³¹. De esta forma, los elementos que se deben probar actualmente, en aquellos casos, son: **(i)** acuerdo entre competidores y **(ii)** que el mismo esté referido a fijación de precios, limitación de la cantidad de producción, asignación de cuotas de mercado o la afectación de procesos de licitación.¹³² Respecto a los acuerdos entre competidores referidos a la determinación de condiciones de comercialización o la exclusión de actuales o potenciales competidores, la exigencia de que el mismo confiera poder de mercado se mantiene.

Como apuntan Grunberg y Montt (2017):

“[d]ado que las firmas que se coluden son entidades altamente sofisticadas, rara vez es posible aportar *prueba directa* [cursivas añadidas] de los acuerdos o prácticas concertadas. En los casos clásicos de colusión que son llevados ante los Tribunales de Justicia no hay “pistolas calientes” (*smoking guns*) o “salas llenas de humo” (*smoke-filled rooms*), sino un complejo conjunto de indicios que el

¹³¹ Para una explicación, pre-reforma, de la regla per se ver Grunberg y Montt, 2017, pp. 318-330.

¹³² Ver nota al pie 75.

sentenciador debe sopesar para concluir si la hipótesis de colusión es más probable que la hipótesis de paralelismo en los términos exigidos por el estándar de prueba aplicable.” (p. 348).

Estos autores distinguen entre prueba directa e indirecta. Aunque aquella clasificación no es pacífica, y a nuestro juicio incorrecta¹³³, la asumiremos sólo para explicar más claramente el estado del arte sobre la cuestión, dado lo extendida de su adopción en materia de libre competencia, tanto en la doctrina como la jurisprudencia.

Nuestro legislador introdujo reformas para paliar la posición deficitaria en que se encontraba la Fiscalía Nacional Económica respecto al material probatorio directo. Por ello, la ley 20.361 trajo importantes cambios en la materia, ya que incorporó dos herramientas fundamentales: la delación compensada y las facultades intrusivas de la Fiscalía Nacional Económica.

La delación compensada¹³⁴ permite eximirse al primer delator tanto de

¹³³ Gascón (2010) señala que la distinción estaría, según sus defensores, en que “[l]a prueba directa haría referencia a un procedimiento probatorio que, por versar directamente sobre el hecho que se quiere probar, lo probaría «espontáneamente», «sin necesidad de raciocinio». La prueba indirecta o indiciaria, en cambio, haría referencia a un procedimiento probatorio que, por no versar directamente sobre el hecho que se pretende probar sino sólo sobre un hecho circunstancial, para acreditar aquél necesitaría del razonamiento, de la inferencia.” (p. 81). Sin embargo Gascón señala que, en realidad, siempre se requiere de un raciocinio inferencial para poder obtener conclusiones desde un determinado medio de prueba.

¹³⁴ **Artículo 39 bis.-** El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.
Para acceder a uno de estos beneficios, quien intervenga en³⁰ la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:

multas como de responsabilidad penal. Además de provocar inestabilidad en los carteles, permite reunir pruebas fundamentales, toda vez que exige a quienes quieren acogerse a la misma “[p]roporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;”¹³⁵. Su utilización ha resultado fundamental en casos de relevancia, como el de la colusión en el mercado del papel tissue.¹³⁶

Por su parte, las llamadas facultades intrusivas permiten a la Fiscalía Nacional Económica solicitar fundamente, previa aprobación del TDLC y autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, a Carabineros o la Policía de Investigaciones realizar allanamientos, incautar objetos o documentos, interceptar comunicaciones, entre otras diligencias¹³⁷.

-
- 1.- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;
 - 2.- Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, salvo que la Fiscalía autorice expresamente su divulgación, y³¹
 - 3.- Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud. (...)“ Artículo 39 bis, Decreto Ley N° 211.

¹³⁵ Artículo 39 bis, inciso 3, Decreto Ley N° 211.

¹³⁶ *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra*. Rol C-299-2015.

¹³⁷ “ **n)** En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

- n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;
- n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
- n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y
- n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella. (...)

Para otorgar la autorización a que se refiere el párrafo primero, el Ministro de Corte de Apelaciones deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la

Estas facultades han sido utilizadas con éxito en casos relevantes, como la colusión en el mercado de pollos.¹³⁸

Con todo, no son indispensables las pruebas directas para acreditar la colusión. Así, la doctrina ha señalado que la llamada prueba indirecta o indiciaria puede permitir superar el nivel de suficiencia que exige la regla de estándar probatorio. Grunberg y Montt (2017) se refieren al planteamiento de Posner, quien clasifica la prueba indiciaria en dos tipos: económica y no-económica. Mientras la evidencia circunstancial económica “permite inferir que el nivel de competencia o rivalidad entre los demandados es bajo o nulo” (p. 363), la

“(...) prueba no-económica es aquella que permite inferir que la falta de competencia entre los demandados es consecuencia causal de un acuerdo de no-competir. Esta prueba no-económica es la que habitualmente permite a un tribunal completar el proceso de convicción (...)” (p. 363).

En el mismo sentido se pronuncia Romero (2007), apuntando “que para probar una práctica concertada a través de evidencia circunstancial se requiere encadenar una serie de hechos de forma tal que, en su conjunto, permitan acreditar lo que se quiere probar.”(p. 372).

existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de las facultades de esta letra. En la autorización, se deberá especificar con precisión, la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar. (...)

Los resultados de las actuaciones establecidas en el párrafo primero, no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante los tribunales, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma señalada en el párrafo precedente, por el Ministro de Corte de Apelaciones allí referido. (...)” Artículo 39, letra n), Decreto Ley N° 211.

¹³⁸ *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, rol C-236-2011.

Por su parte, dentro de la jurisprudencia nacional, cabe destacar lo señalado por la Corte Suprema en la sentencia del Caso Asfaltos. El máximo tribunal apunta que:

“[e]l grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, la que sin embargo debe ponderarse teniendo a la vista las *evidentes dificultades probatorias* [cursivas añadidas] que se enfrentan al momento de acreditar un ilícito de esta naturaleza que se ejecuta en la clandestinidad, (...)”¹³⁹.

Luego, la Corte continúa su razonamiento, señalando que

“[e]n este aspecto, se debe recordar que *uno de los objetivos de la Ley N° 20.631 fue vencer las dificultades probatorias* [cursivas añadidas], por lo que a la par de robustecer las facultades otorgadas a la FNE en la etapa de investigación, introduce nuevas figuras en el ordenamiento de la libre competencia, como lo son la delación compensada y los acuerdos conciliatorios, los que vienen a facilitar la prueba de los acuerdos anticompetitivos. Asimismo, en el inciso segundo del artículo 22 del Decreto Ley N° 211, se *establece la procedencia de la prueba indiciaria para efectos de establecer el acuerdo anticompetitivo* [cursivas añadidas], señalando que: “*Serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes*”.

Lo anterior es recogido por la doctrina, que señala que existen dos formas de probar la existencia de la colusión: la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial.”¹⁴⁰

De esta forma, cuando la Corte Suprema hace referencia a las dificultades probatorias, lo realiza con el propósito de señalar que la evidencia

¹³⁹ Corte Suprema. Sentencia, rol N° 5.128-2016, p. 84.

¹⁴⁰ Corte Suprema. Sentencia, rol N° 5.128-2016, p. 85.

circunstancial o prueba indiciaria también permite tener por acreditado el acuerdo anticompetitivo. Por ello, aminora considerablemente la dificultad de prueba que podría existir en caso de que se exigiera prueba directa. Además, ratifica nuestro argumento anterior, en lo relativo al avance de la legislación de defensa de la libre competencia para facilitar la obtención de pruebas directas de las conductas infraccionales señaladas en el DL N° 211. De esta forma, parecieran no existir razones para una disminución del nivel de exigencia de la regla de estándar desde esta perspectiva.

2.4. Distribución del error: cargas y presunciones.

Un cuarto elemento que Ferrer (2018) recomienda tener en cuenta para el establecimiento del nivel de exigencia de la regla de estándar es el que “los estándares de prueba no son las únicas reglas que inciden en la distribución del riesgo probatorio en nuestros sistemas jurídicos. También lo hacen, entre otras, las reglas que establecen cargas de la prueba y las presunciones” (p. 14).

Por ello, para establecer el nivel de exigencia de la regla de estándar, conviene tener presentes estos elementos, toda vez que la principal función que desempeñan los estándares probatorios es la distribución del riesgo de error y las cargas y presunciones por su parte podrían alterar la balanza en una u otra dirección.

En materia de ilícito colusorio en el ordenamiento jurídico nacional, cabe

observar que la carga probatoria, de acuerdo a la regla general contemplada en el artículo 1698 del Código Civil,¹⁴¹ se encuentra en la parte requirente, ya sea la Fiscalía Nacional Económica o algún particular¹⁴². Aquello se relaciona, adicionalmente, con la presunción de inocencia de las requeridas. Si bien estas dos reglas no distribuyen los riesgos de error de manera igualitaria (puesto que, a falta de prueba, quien pierda el juicio será la parte requirente o demandante) no implican, a nuestro juicio, consideraciones particularmente relevantes a las cuales atender para la fijación del nivel de exigencia de la regla de estándar en el caso de análisis.

En un sentido contrario, anteriormente citamos a Schweitzer (2012), quien apunta que la Corte de Justicia Europea ha utilizado la presunción de inocencia como argumento para elevar el nivel de exigencia de la regla de estándar¹⁴³

¿Qué relevancia tiene la presunción de inocencia en un determinado procedimiento? Aunque existe un amplio debate al respecto¹⁴⁴, siguiendo a Valenzuela Saldías (2011), puede señalarse que: “[e]l dilema central al que se enfoca la presunción de inocencia es a la imposibilidad de condenar a un inocente en el momento en que pueda decidirse si el imputado es o no inocente y reciba correlativamente una pena.”(p. 57).

¹⁴¹ Art. 1698 Código Civil. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez.

¹⁴² “El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía.” Artículo 20, inciso 2, Decreto Ley N° 211.

¹⁴³ Ver Capítulo III, sección 1.3. Jurisprudencia y doctrina extranjera.

¹⁴⁴ Una aproximación al mismo se puede encontrar en Ferrer, 2010.

De acuerdo a lo señalado en el Capítulo I, una regla de estándar establece cuánta prueba es suficiente para dar por probadas determinadas situaciones fácticas (lo que permite condenar a un sujeto) y, a la inversa, establece que si no se supera ese umbral el sujeto seguirá siendo considerado inocente.

En este sentido, concordamos con lo que apunta Ferrer (2010), para quien, a diferencia de lo que sostiene comúnmente cierta jurisprudencia¹⁴⁵, “el derecho a la presunción de inocencia presupone la vigencia de un estándar de prueba pero no implica estándar de prueba alguno”.(p. 20). Por ende, no implicaría una exigencia de aumento o disminución del nivel de exigencia de la regla de estándar probatorio. Con todo, Ferrer (2010) apunta que en los casos en que exista duda de si el estándar es alcanzado, la presunción de inocencia impone la necesidad de absolver. (p. 22).

Por todo lo señalado a éste respecto, consideramos, como ya señalamos anteriormente, que las demás reglas que podrían influir en la distribución de riesgos de error no introducen consideraciones particulares sobre el nivel de exigencia de la regla de estándar en el caso de análisis.

2.5. Decisiones intermedias y línea ascendente de regla de estándar.

Por último, Ferrer (2018) advierte que la sentencia definitiva “no es el único momento del proceso en que debe pararse la dinámica probatoria para tomar decisiones sobre los hechos.” (p. 16). En esa línea, señala que:

¹⁴⁵ “Sin embargo, para mayor confusión, el propio Tribunal Constitucional ha sostenido también repetidamente el estatus de regla de juicio de la presunción de inocencia, en cuya función supondría la constitucionalización del estándar de prueba penal. Así, la presunción de inocencia impondría la obligación de absolver si el resultado de la valoración de la prueba no alcanza el estándar de prueba indicado.” Ferrer, 2010, p. 18

“el grado de exigencia probatoria de los distintos estándares de prueba para distintas fases del procedimiento debe seguir una línea ascendente, de modo que la exigencia probatoria para sobreseer (o no) el caso debe ser inferior que la que se requiera para abrir juicio oral y ésta debe ser inferior que la que se pida para dar por probada la hipótesis en la decisión final.” (p. 18).

En el procedimiento contencioso contenido en el DL N° 211 se contemplan decisiones que debe adoptar el TDLC antes de la dictación de la sentencia definitiva. Por ejemplo, el artículo 25 del mismo Decreto Ley permite al TDLC decretar, de oficio o a petición de parte, medidas cautelares.¹⁴⁶

Sin embargo, quizás la decisión más relevante que debe tomarse en el curso del procedimiento es la procedencia de las llamadas facultades intrusivas contempladas en el artículo 39, letra n) del DL N° 211. Como señala Oltra (2015):

“[d]icha disposición habilita al Fiscal para solicitar, en casos calificados y siempre que se acredite que se dispone de *antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas colusivas* [cursivas añadidas], el ejercicio de facultades de allanamiento, incautación o interceptación de comunicaciones, previa autorización concedida por el

¹⁴⁶ **Artículo 25°.**- El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, éste se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

Las medidas decretadas serán esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa. Para decretarlas, el requirente deberá acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal, cuando lo estime necesario, podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen.” Artículo 25, incisos 1 y 2, Decreto Ley N° 211.

TDLC y un MTCA.” (p. 179)

Precisamente en el qué se entiende por ‘antecedentes precisos y graves’, está la posibilidad de fijación de una regla de estándar que, de acuerdo al criterio aportado por Ferrer, debe ser un estándar menos exigente que el que se requiere para la dictación de la sentencia definitiva.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio para considerar que los antecedentes que dispone la Fiscalía Nacional Económica son precisos y graves de existencia de prácticas de colusión?¹⁴⁷ A esta formulación cabría realizarle la misma crítica que realiza Ferrer (2018) a los estándares exigidos para las decisiones intermedias en el procedimiento penal español, a saber “los criterios que el legislador español ha utilizado no cumplen en absoluto los requisitos metodológicos (...); en concreto, no son intersubjetivamente controlables y no son aptos para establecer un umbral probatorio.” (p. 17). Por ello, al igual que para la sentencia definitiva, el legislador debería fijar una regla de estándar precisa y objetiva, de tal forma de evitar, en mayor medida, posibles arbitrariedades en el otorgamiento de estas medidas.

¹⁴⁷ Analizamos las resoluciones a éste respecto en la causa rol C-304-2016, autos caratulados Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Censosud S.A. y otras. En ellas se omite la referencia a la exigencia de ‘antecedentes precisos y graves’, poniendo el énfasis en la proporcionalidad de las medidas intrusivas solicitadas.

2.6. En torno a los criterios anteriores, ¿qué tan exigente debe ser la regla de estándar para el ilícito de colusión?

Los criterios anteriormente aportados para establecer el nivel de exigencia de la regla de estándar no pretenden ser exhaustivos y “en ningún caso nos podrá ofrecer resultados objetivos (puesto que de preferencias políticas hablamos).” (Ferrer, 2018, p. 10). Por ello, insistimos en que la ponderación de éstas –y otras razones– es una tarea que corresponde realizar al legislador.

Con todo, consideramos que, por lo expuesto, habrían razones para considerar que el nivel de exigencia de la regla de estándar debiese definirse – aunque con una mayor precisión– cercano al umbral que apuntan Grunberg y Montt (2017) es decir, un estándar “intermedio, aunque más próximo a “más probable que no” que a “duda razonable.” (p. 335). En primer lugar, porque no existen razones que justifiquen la adopción de un estándar tan alto como el penal. Ni la gravedad de las sanciones, la naturaleza del procedimiento, como tampoco los evidentes costos en el bienestar social que tendría un aumento de las falsas absoluciones, permitirían concluir un razonamiento en ese sentido.

Por otro lado, si bien existen algunas características que podrían asimilarse al establecimiento de la responsabilidad civil, la adopción de una regla de estándar de ‘balance de probabilidades’ o ‘preponderancia de evidencia’ no se justifica, principalmente, por la gravedad de la imputación realizada en sede de libre competencia, toda vez que “[I]o que caracteriza a la sanción es su capacidad de expresar censura respecto del hecho que ha sido marcado como indeseado por la comunidad” (Valenzuela Saldías, 2017, p.

168). Esto importa tener en consideración factores retributivos para la fijación de la regla de estándar.

De estas forma, si comprendemos, como lo hacemos, las sanciones contenidas en el DL N° 211 como parte del derecho administrativo sancionador de acuerdo a una definición funcional de las mismas¹⁴⁸, resulta coherente con la adopción de una regla de estándar con el nivel de exigencia señalado.

Fijar un nivel de exigencia es, sin embargo, insuficiente. En lo que sigue nos referiremos a los criterios metodológicos que debe satisfacer una regla de estándar para poder operar de manera correcta en la práctica y ser objeto de control.

3. Requisitos metodológicos.

Una regla de estándar probatorio, para ser considerada como tal, debe ser precisa y objetiva, superando, de esta forma, las críticas a las formulaciones habituales de estándares de prueba, es decir, la subjetividad y ambigüedad¹⁴⁹. Para ello, Ferrer, propone algunos requisitos metodológicos que debe satisfacer la regla de estándar.

(i) Objetividad y vinculación con el acervo probatorio. En primer lugar, la regla debe “[a]pelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo

¹⁴⁸ ver Capítulo III, sección 4.3. Las sanciones del Decreto Ley N° 211 como derecho administrativo sancionador.

¹⁴⁹ ver Capítulo I, sección 2.4. Críticas a las formulaciones habituales de estándares de prueba. Ambigüedad y subjetividad.

probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan.” (Ferrer, 2018, p. 5). De esta forma, se advierte la necesidad de vinculación entre el material probatorio disponible y la decisión de tener (o no) por probada determinada proposición sobre los hechos controvertidos.

Por ello, las formulaciones que apelen a estados de convicción internos del juez no son correctas, debido a que el juzgador se encuentra o no en ese estado psicológico con independencia de las conclusiones que sería lógico extraer de las pruebas disponibles, aunque ellas puedan servir para modificar parcialmente dicho estado. Esta es precisamente la crítica que realiza Laudan (2005) al estándar de ‘más allá de toda duda razonable’ en el sistema penal norteamericano. De esta forma sostiene que:

“[h]oy en día, el punto de vista oficial de la Corte Suprema es que una condición *necesaria y suficiente* para condenar al acusado en un juicio penal es una creencia firme de la culpabilidad por parte del jurado. Al creer (como los juristas del sistema continental) en una teoría de la “libre prueba”, los jueces no hacen nada para *indicar al jurado qué tipos de inferencias, o qué clases de evidencias, justificarían la formación de una creencia firme en la culpabilidad del acusado* [cursivas añadidas]. Aparentemente, todo lo que importa es si, habiendo oído toda la evidencia, la creencia de los jurados es firme y sólida.” (pp. 99-100).

Aquel estado subjetivo no es, como hemos sostenido, susceptible de control intersubjetivo, por lo cual la garantía que significa una determinada regla de estándar se vuelve irrisoria. Como señala Laudan (2005) “[u]n EdP [estándar de prueba] apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el EdP nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada.” (p. 105).

(ii) Precisión. En segundo lugar, la regla de estándar debe “cumplir la función de establecer un umbral lo más preciso posible a partir del cual una

hipótesis fáctica pueda considerarse suficientemente corroborada a los efectos de la decisión que debe tomarse.” (Ferrer, 2018, p. 6). Es por esta razón que limitarse a señalar que el estándar probatorio que rige en el derecho de la competencia es uno intermedio entre el estándar civil y el estándar penal resulta completamente insuficiente. Como sabemos, ese es el razonamiento que ha adoptado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la única sentencia en la que ha establecido parámetros sobre qué significa la exigencia de ‘prueba clara y concluyente’.¹⁵⁰

(iii) Estándar cualitativo (y no cuantitativo). Por último, “[d]ado que la estructura del razonamiento probatorio está dada por la probabilidad lógica o inductiva, no matemática, el umbral de suficiencia probatoria no puede establecerse mediante números ni fórmulas matemáticas, sino a través de la utilización de criterios cualitativos.” (Ferrer, 2018, p. 7) Respecto a esto Taruffo (2013) distingue entre:

“la probabilidad pascaliana o cuantitativa, que sirve para calcular la frecuencia de un evento determinado dentro de una clase de acaecimientos; [y] (...) la probabilidad baconiana o lógica, que sirve para establecer el grado de confirmación lógica de un enunciado con base en la información que se refiere a éste.” (p. 43).

Aunque existe una tendencia hacia aplicar el primer tipo de probabilidad en el contexto procesal, aquello sería un error, producto de que el

“teorema de Bayes presupone la precisa cuantificación de algunos factores que, sin embargo, no son cuantificables en el contexto del proceso, lo que parece ser un motivo suficiente para sostener que la concepción bayesiana del razonamiento probatorio no es de ninguna

¹⁵⁰ Ver nota al pie 26.

utilidad en la mayoría de los casos concretos, y ciertamente no puede constituir el modelo de razonamiento del juez” (Taruffo, 2013, p. 44).

Estos criterios: **(i)** no han sido considerados por la jurisprudencia nacional, dado que la formulación de una regla de estándar de ‘prueba clara y concluyente’ no satisface, como ya señalamos, el segundo de los requisitos (umbral preciso) señalados por Ferrer; **(ii)** por otro lado, no establece claramente la conexión lógica entre el material probatorio disponible y la satisfacción del grado de comprobación exigido, lo que se evidencia en la constante apelación a la “convicción” que alcanza el tribunal¹⁵¹. Respecto al criterio **(iii)**, cabe señalar que no se ha formulado una regla de estándar mediante números.

Por ello, la formulación adoptada por el Voto de Previsión que analizamos en el capítulo segundo de este trabajo representa un avance fundamental en este sentido, con independencia de las críticas que hemos planteado. No sólo manifiesta la necesidad de debatir sobre la fijación de una regla de estándar, sino que también cumple con establecer claramente el contenido que debe satisfacer una hipótesis sobre los hechos para poder tenerse por acreditada.¹⁵²

¹⁵¹ Ver nota al pie 109.

¹⁵² “En la práctica, como explica Michelle Taruffo, este estándar [balance de probabilidades] se compone de dos reglas: la regla del “más probable que no” y la regla de la “prevalencia relativa de la probabilidad”. En virtud de la primera, el juez debe escoger, luego de una ponderación de la prueba disponible en su conjunto, la hipótesis más probable entre aquella que establece la ocurrencia del hecho (positiva) y aquella que la niega (negativa). La hipótesis positiva es más probable cuando obtiene una confirmación “fuerte” o “firme” de las pruebas disponibles; en cambio, debe ser descartada cuando las pruebas disponibles le atribuyan una confirmación “débil”, haciéndola escasamente creíble, producto de la existencia de prueba contradictoria prevaleciente o mayores elementos de prueba que confirmen el enunciado de inexistencia del hecho. Por su parte, la regla de “prevalencia relativa” opera ante un hecho ya probado respecto

4. Hacia una propuesta de regla de estándar de prueba para la hipótesis de colusión.

Establecido el nivel de exigencia que consideramos apropiado para el caso en cuestión (*sección 2*), así como también los criterios metodológicos que debe satisfacer la formulación de la regla de estándar probatorio para poder preciarse de tal (*sección 3*), es posible realizar una propuesta de la misma para el caso del ilícito de colusión en el derecho de la competencia chileno.

Ferrer (2018) plantea una serie de posibles de reglas de estándares probatorios (pp. 18-21) que vale la pena considerar. Dentro de ellos se encuentra la siguiente regla de estándar:

“Estándar de prueba 3)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que la hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).” (Ferrer, 2018, p. 20).

Aquella regla de estándar se realiza en el marco de una propuesta de

del cual existen distintos enunciados narrativos que han obtenido confirmación probatoria. En tal caso, la regla impone al juez el deber de escoger y justificar como verdadero el enunciado que haya recibido el mayor grado de confirmación sobre la base de las pruebas disponibles (Michelle Taruffo, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 275 a 276).” Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 97.

prueba de la causalidad en responsabilidad civil extracontractual.¹⁵³ En cuanto al nivel de exigencia de este estándar y la consecuente función distributiva del error, Ferrer (2014) señala que habría “un riesgo repartido igualitariamente entre [las partes].” (p. 223). Por ello, cabría realizar ciertas modificaciones a esta regla, dado que el nivel de exigencia que hemos concluido que debe adoptarse es más alto que el estándar de ‘preponderancia de evidencia’, aunque sólo moderadamente superior.

En ese sentido, Valenzuela Saldías (2017) propone la siguiente modificación de dicha regla para el caso de la hipótesis sancionatoria en el derecho de la competencia. Para ser probada esta hipótesis, requeriría satisfacer las siguientes condiciones:

- “1) Que la hipótesis seleccionada para sancionar sea la mejor explicación disponible de los hechos que se tratan de probar a la luz de los elementos de juicio existentes en el caso;
- 2) Esta hipótesis debe ser capaz de derrotar a las hipótesis relevantes que muestren al acusado como inocente;
- 3) El peso probatorio del conjunto de elementos de juicio debe ser tendencialmente completo.” (p. 29).

Esta formulación presenta, a nuestro juicio, sólidas bases de lo que debiera ser la regla de estándar probatorio en el caso en cuestión. Con todo, cabría aún hacer un análisis de las tres condiciones propuestas, de tal forma de precisar algunos de los elementos que las componen.

1. La mejor explicación disponible. La primera condición establece dos criterios necesarios: **(i)** comparación entre la hipótesis acusatoria y la hipótesis de defensa; y **(ii)** que dicha comparación se haga en torno a los elementos de

¹⁵³ Un desarrollo más acabado de esta propuesta puede encontrarse en Ferrer, 2014.

juicio existentes en el caso¹⁵⁴. Concordamos con ambos criterios y consideramos que su formulación es lo suficientemente clara, precisa y objetiva. Además, esto está en concordancia con el estándar propuesto por el Voto de Previsión analizado en el capítulo anterior ('balance de probabilidades' o 'preponderancia de evidencia'), toda vez que la comparación de las hipótesis se puede asimilar a las dos reglas que, según Taruffo (2009, pp. 275-276): (i) "más probable que no" y (ii) "prevalencia relativa de probabilidad".¹⁵⁵ De acuerdo al Voto de Previsión, el estándar de prueba para sancionar el ilícito de colusión se compone exclusivamente de esta primera regla

2. Hipótesis relevantes. Respecto a la segunda condición que, de acuerdo Valenzuela Saldías, introduciría un nivel de exigencia superior al civil, cabe comentar el concepto de "hipótesis relevantes que muestren al acusado como inocente". En nuestra opinión la definición de aquellas hipótesis que deben contar como '*relevantes*' no resulta lo suficientemente claro, por lo que a continuación intentamos dilucidar a lo que se refiere. Esta crítica va a ser particularmente importante para nuestra propuesta de estándar.

¿Incluye aquellas hipótesis planteadas por los acusados? Si la respuesta es afirmativa, no habría diferencia con el estándar de 'preponderancia de evidencia', en tanto no se diferenciaría con los criterios señalados en la primera condición.

¿Incluye cualquier hipótesis plausible? Para responder a esta pregunta cabe echar mano a criterios asentados a propósito del estándar de prueba de 'más allá de toda duda razonable'. Dotando de contenido a este estándar, se ha

¹⁵⁴ Laudan sostiene que puede realizarse una interpretación más amplia de dicha regla, no limitándola a las hipótesis aportadas por las partes, sino que por las hipótesis imaginables (Ferrer, 2014, p. 223).

¹⁵⁵ Ver nota al pie 164.

discutido (y definido) cuáles deben ser las ‘dudas razonables’ que justifican una absolución. En otras palabras (y simplificando en extremo la discusión), la doctrina ha definido si cualquier duda que pueda existir es suficiente para absolver – o por el contrario, es necesario delimitar aquellas dudas que permiten absolver. Al respecto, Acattino (2011) ha sostenido que:

“[p]or último, en todos estos casos, las hipótesis alternativas que es necesario refutar o eliminar son las hipótesis plausibles a la luz de los actuales conocimientos generales acerca del mundo y de los datos disponibles sobre el caso, que no se presenten como hipótesis ad hoc, esto es, como hipótesis diseñadas especialmente para dar cuenta de las pruebas disponibles y para no estar expuestas a eliminación o refutación (como ocurre, por ejemplo, con la hipótesis de un complot).”

Como hemos señalado, el estándar de prueba que ha de aplicarse para sancionar colusiones se encuentra por debajo del estándar de prueba utilizado en materia penal. Considerando esto, podemos asentar, que –por ser propio del estándar penal– para sancionar colusiones no será necesario superar ‘las hipótesis plausibles a la luz de los actuales conocimientos generales acerca del mundo y de los datos disponibles sobre el caso, que no se presenten como hipótesis ad hoc.’.

En resumen, hemos descartado: **(i)** que se deben superar únicamente las tesis planteadas por la defensa – por ser propio de un estándar civil; **(ii)** que sea necesario superar todas las hipótesis plausibles a la luz de los actuales conocimientos generales acerca del mundo. Con todo, aún pende dilucidar cuáles hipótesis será necesario derrotar, cuestión a la que nos avocaremos en nuestra propuesta de estándar de prueba para ilícitos colusorios, la cual será señalada en la siguiente sección de éste Capítulo.

3. Peso probatorio tendencialmente completo. Sobre la tercera condición, cabe señalar que Ferrer (2014) considera que el peso probatorio:

“(…) mide el grado de completitud, i.e., la riqueza del conjunto de elementos de juicio con el que se adopta la decisión. (…) es la suma de elementos de juicio relevantes, favorables y desfavorables, que permiten atribuir valor probatorio a cada una de las hipótesis en conflicto. Así, mientras el valor probatorio de una hipótesis da cuenta de la probabilidad de que esa hipótesis sea verdadera en términos comparativos con sus hipótesis rivales, el peso probatorio da cuenta de la probabilidad de acierto de la decisión, en función de la riqueza de los elementos de juicio tomados en consideración para decidir.” (p. 225).

El mismo Ferrer (2018) explica de manera más clara la actividad que debería desempeñar el juez para corroborar si la hipótesis acusatoria cumple con la condición de que el peso probatorio sea tendencialmente completo, señalando que “respecto de cualquier hipótesis fáctica podemos preguntarnos qué pruebas son necesarias para acreditar cada uno de sus elementos y la pregunta por el peso es ¿están esas pruebas en el expediente judicial?” (p. 20). Respecto a ello, en materia de colusión no cabe dudas de que la existencia de las llamadas “pruebas directas” permiten cumplir con esta condición. Sobre la prueba indiciaria, existe un aporte doctrinario y jurisprudencial lo suficientemente consolidado para que los jueces puedan realizar aquel análisis retrospectivo, de tal forma de clarificar qué indicios son aquellos que permiten inferir la existencia de prácticas de colusión¹⁵⁶ y, por ende, cumplir con la condición del peso probatorio tendencialmente completo.

5. Propuesta de regla de estándar de prueba.

Por ello, realizadas las precisiones anteriores consideramos que una mejor formulación del estándar de prueba que debe satisfacer la hipótesis acusatoria

¹⁵⁶ Una descripción de los factores adicionales que permiten inferir colusión puede encontrarse en Grunberg y Montt, 2017, pp. 366-382.

de colusión es la siguiente:

- 1) Que la hipótesis acusatoria sea la mejor explicación disponible de los hechos que se tratan de probar a la luz de los elementos de juicio existentes en el caso;
- 2) Esta hipótesis debe ser capaz de derrotar a las hipótesis que hagan plausible una explicación de mercado, distinta de la colusión (hayan sido o no planteadas por las acusadas)¹⁵⁷;
- 3) El peso probatorio del conjunto de elementos de juicio debe ser tendencialmente completo.

Considerando lo explicado en el capítulo anterior, para los criterios planteados en 1 y 3 coincidimos con lo planteado por Valenzuela Saldías y Ferrer. Por esto, cabría definir –considerando que la única variación que presentamos al estándar propuesto por el primero– qué es lo que debe entenderse por ‘una explicación de mercado plausible’.

El concepto de ‘una explicación de mercado plausible’ ha sido tomado del Voto de Prevención de la Sentencia N° 57/2007 del TDLC, en la cual el Tribunal resolvió rechazar, en todas sus partes, el requerimiento de la FNE, en

¹⁵⁷ “35°) Que, sin embargo, lo que está acreditado en el expediente es todo lo contrario de lo que debe esperarse en condiciones de competencia. De ello no puede sino deducirse que son los propios competidores quienes han decidido actuar de una manera distinta de la que les ordenaría el mercado de no mediar una confluencia de voluntades cuyo objeto o efecto sea precisamente el de restringir la competencia en el mismo. En otras palabras: los hechos acreditados en esta causa sólo se explican si existe un acuerdo entre los competidores, *a menos que existan antecedentes que hagan plausible una explicación de mercado, distinta de la colusión*, [cursivas añadidas] circunstancia esta última que, a juicio de estos disidentes, no concurre en la especie;” Sentencia N° 57/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros.*, rol C-77-2005. Con todo, y a diferencia de lo planteado en esta tesis, en el Voto de Prevención de la referida sentencia las hipótesis se limitan a las planteadas por los acusados. “36°) Que, en consecuencia, corresponde examinar, más a fondo, si las explicaciones alternativas propuestas por las requeridas son o no plausibles, de acuerdo con las pruebas, indicios o antecedentes que consten en autos;”

el que imputaba a las Isapres ING S.A., Colmena Golden Cross S.A., Banmédica S.A., Vida Tres S.A. y Consalud, haberse coludido para rebajar la cobertura de carátula de los planes de salud, con el voto en contra de la Ministra Butelmann y el Ministro Depolo.

5.1. Explicación de mercado plausible.

Como punto de partida, cabe transcribir lo señalado por el Voto de Previsión de la Sentencia N° 160/2017 del TDLC, el cual sostiene que:

“(…) de acuerdo a la jurisprudencia suprema estadounidense, la aplicación de este estándar debiera conducir a absolver a empresas acusadas de colusión en materia civil cuando la evidencia indica que la hipótesis de conducta concertada es menos probable que otras de conductas neutrales o anticompetitivas no colusivas por razones de lógica económica.”¹⁵⁸

En nuestra lectura, lo planteado en esta parte por el Voto de Previsión –aunque lo hace desde el ‘balance de probabilidades’– no se aleja de lo que se plantea en las líneas que siguen – en el sentido que existen ciertas hipótesis que deben ser vencidas, para tener por acreditada la colusión.

Estamos de acuerdo con el Voto de Previsión (y que es lo propio del estándar de ‘preponderancia de evidencia’) que deberá absolverse en la medida que pueda tenerse por probada una hipótesis más fuerte y completa que la hipótesis de colusión. En la variación que proponemos, estimamos conveniente que, al momento de evaluar hipótesis alternativas a la colusión, deben

¹⁵⁸ Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pp. 97-98.

evaluarse ciertas hipótesis plausibles, incluso no planteadas por las partes.¹⁵⁹ Por ejemplo, el TDLC deberá absolver casos en que el acervo probatorio disponible es compatible con prácticas de negocios legítimas como actuaciones independientes o interdependientes basadas en la estructura del mercado particular respecto de los competidores¹⁶⁰ – aun cuando estas hipótesis no hayan sido planteadas por las partes.

¹⁵⁹ Esto en la línea de lo realizado por el TDLC en el “Caso Farmacias”, como se observa en lo que sigue:

“Centésimo sexagésimo sexto: Que, en consecuencia, a juicio de este Tribunal, se encuentra plenamente acreditado en autos el comportamiento paralelo denunciado, el que es además reconocido por las dos requeridas. Estas últimas, sin embargo, han basado su defensa en sostener la posibilidad y plausibilidad de explicaciones de dicho paralelismo distintas de la existencia de una colusión. Al respecto, bastaría para descartar dichas explicaciones y para dar por acreditado el acuerdo colusorio en cuestión, la prueba directa del mismo que ya se ha analizado precedentemente, lo que haría innecesario efectuar un análisis de otros antecedentes que permitan descartar esas explicaciones alternativas para poder condenar a las requeridas; **Centésimo sexagésimo séptimo:** Que, sin embargo, este Tribunal, con el fin de descartar cualquier duda que aún pueda existir respecto de la existencia del acuerdo colusorio objeto del requerimiento, analizará a continuación -con antecedentes adicionales- si el comportamiento observado en el mercado es compatible con la hipótesis de una mera interdependencia oligopolística o sólo puede explicarse con la hipótesis de colusión. De concluirse esto último, se habría logrado acreditar más allá de toda duda razonable la existencia de la colusión denunciada, es decir, con un nivel de convicción propio de un estándar de prueba superior al que se exige en esta sede;” Sentencia N°119/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros*, rol C-184-2008.

¹⁶⁰ Consistentemente, el TDLC y la Corte Suprema absuelve en la medida de que exista una explicación de mercado plausible, alternativa al acuerdo colusivo, como vemos en lo que sigue:

“Trigésimo quinto: Que, esta disminución de la intensidad competitiva pudo ser el resultado de decisiones adoptadas en forma coordinada por las plantas o, también, pudo responder a decisiones adoptadas individualmente por las requeridas, como suele ocurrir con posterioridad a una “guerra de precios” que provoca pérdidas a los participantes en ellas, - en este caso, las plantas procesadoras de las regiones a que se refiere este requerimiento - o que, de prolongarse, provocará dichas pérdidas.” Sentencia N° 7/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento del Fiscal Nacional Económico y recursos de reclamación de Soprole y Loncoleche, contra el Dictamen N° 1/96 de la Comisión Preventiva Regional IX*, rol C-01-2004.

“Ello podría estar provocado, por ejemplo, por un alza en la demanda. A mayor abundamiento, en un mercado concentrado difícilmente las empresas se comportarán como si estuviesen en

En resumen, en nuestra propuesta el Tribunal no se encuentra obligado a descartar todas ‘hipótesis plausibles a la luz de los actuales conocimientos generales acerca del mundo y de los datos disponibles sobre el caso’, sino que sólo aquellas hipótesis que explicarían la conducta de las requeridas a la luz de las prácticas comunes en los negocios, y en general en el mercado respectivo.

un mercado perfectamente competitivo (es decir, como tomadores de precios que no pueden influir decisivamente en él), y, por el contrario, su comportamiento tenderá a ser estratégico. Por ejemplo, en algunos casos, podrá existir una empresa líder que es seguida por los demás competidores. Pero dicha situación no sería en principio ilícita desde el punto de vista del derecho de defensa de la libre competencia, y tampoco sería necesariamente ineficiente.” Sentencia N° 18/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de empresas distribuidoras de combustibles líquidos*, rol C-10-2004.

“14. Que, aún cuando se estimara que efectivamente a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara, ello por sí solo, desde luego no comprueba que existió entonces una colusión de éstas para lograrlo. Tampoco es posible desprenderlo de las conductas desplegadas por las empresas por las empresas, desde que es perfectamente posible, como señalaron al formular sus descargos, que ello obedeciera a una estrategia y desplegar en tal proceso, máxime si, como se acreditó en autos (...) contrataron profesionales expertos, elaboraron documentos y celebraron reuniones para establecer la estrategia que adoptarían para poder ganar la licitación de autos, lo que desde luego no es compatible con la supesta colusión por la que se las requiere.” Sentencia rol N° 6667-2006 de la Corte Suprema. En autos caratulados *Demanda de Recalcine S.A. contra Novartis Chile S.A.*, rol C-78-2005.

“Octogésimo séptimo. Que, en efecto, en los mercados oligopólicos, los agentes competidores siempre consideran, al tomar sus decisiones sobre variables estratégicas, la que creen será la conducta del resto de sus competidores. Se han desarrollado amplios campos de investigación en la ciencia económica que tienen por objeto intentar predecir, con la mayor certeza posible, cual será el comportamiento de los competidores en un determinado contexto de mercado. Así, la denominada teoría de juegos analiza estrategias óptimas de decisión para un competidor dado, a partir de diferentes hipótesis respecto de las estrategias que serían implementadas por sus competidores. Por lo anterior, no basta para concluir que ha ocurrido colusión el mero hecho que una determinada conducta –la eliminación de los planes 100/80- se ha verificado en forma prácticamente paralela en un determinado mercado, dado que ello podría ser resultado de decisiones cuasiindependientes por parte de competidores oligopolistas, o bien producto de un seguimiento no concertado, fruto exclusivamente de expectativas de mejora en el interés propio, por parte de algunos competidores en relación a la iniciativa original de otros, lográndose luego de ello un nuevo equilibrio de mercado que no requeriría ni acuerdo colusorio ni monitoreo del mismo;” Sentencia N° 57/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En autos caratulados *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros.*, rol C-77-2005.

CONCLUSIONES

1. Omisión de la regla de estándar en el Decreto Ley N° 211 y en la legislación supletoria.

El derecho de la competencia chileno, regulado en el Decreto Ley N° 211, consagra en sus procedimientos un sistema de valoración probatoria conforme a las normas de la sana crítica, en la línea de las sucesivas reformas introducidas por el legislador en los últimos años. Sin embargo, no establece una regla de estándar probatorio, es decir, no fija el umbral de exigencia probatoria que debe satisfacer una hipótesis para ser tenida como probada. Tampoco lo hace el Código de Procedimiento Civil, que –de acuerdo al artículo 29° del DL 211– se aplica supletoriamente en los procedimientos contenciosos que se tramitan ante el TDLC.

2. Jurisprudencia ha adoptado una regla de estándar probatorio ante el vacío legislativo.

Ante la omisión del legislador, la jurisprudencia ha determinado una regla de estándar probatorio que debe satisfacer la hipótesis acusatoria, de tal forma de poder tenerse por probada. Por ello, ha establecido, consistentemente durante el tiempo, que, en materia del derecho de la competencia, se aplica un estándar de ‘prueba clara y concluyente’, el cual sería más exigente que el estándar de ‘preponderancia de evidencia’ civil y menos exigente que el estándar de ‘más allá de toda duda razonable’ penal.¹⁶¹

¹⁶¹ Ver capítulo I, acápite 2.3.3. Estándares intermedios.

3. La formulación de prueba ‘clara y concluyente’ carece de la precisión y objetividad que requieren las reglas de estándar probatorios.

La formulación de regla de estándar que ha señalado la jurisprudencia carece de la precisión y objetividad que requieren las mismas. Si bien se ha establecido un rango dentro del cual se situaría el estándar probatorio, es decir, un estándar intermedio entre el estándar civil y penal, no se fija con precisión en qué punto puede el Tribunal determinar que el grado de corroboración de la hipótesis es suficiente. Adicionalmente, al ser imprecisa, la formulación carece de objetividad, toda vez que el TDLC o la Corte Suprema, sólo deberían señalar si la prueba les parece lo suficientemente ‘clara y concluyente’, sin que existan criterios susceptibles de un control intersubjetivo.

4. Los estándares son decisiones político-valorativas, lo que deriva de su función distributiva de los riesgos de error.

La determinación de reglas de estándar probatorio supone una decisión político-valorativa. A la regla de estándar le subyace una determinada valoración de los dos posibles errores que pueden cometerse en una decisión judicial, es decir, falsos positivos y falsos negativos. La determinación del nivel de exigencia de la regla de estándar probatorio se debe realizar en atención a aquella valoración comparativa, lo que supone un determinado enfoque político, que pueda describir un determinado tipo de error como menos deseable, o bien, uno que señale que ambos son igualmente indeseables.

5. Por el tipo de decisión que representan, los estándares probatorios deben ser determinados por el legislador.

Dado que la determinación de una regla de estándar probatorio representa una decisión político-valorativa, deberían ser establecidos por el legislador. Esto, debido a que expresan una decisión colectiva de la comunidad política sobre qué tipo de error debe ser prioritariamente evitado, en atención a diversos elementos, cuya ponderación requiere de una jerarquización en atención a razones que no pueden ser resueltas sin un determinado enfoque político-valorativo.

6. El nivel de exigencia debería atender, principalmente, a la naturaleza y gravedad de la sanción y su función de reproche.

Aunque el estándar probatorio requiere de una decisión político-valorativa que debe ser adoptada por el legislador, consideramos que, para fijar el nivel de exigencia del mismo, debería tomarse en cuenta, principalmente, la naturaleza y gravedad de la sanción pueda imponerse en un determinado procedimiento. El caso de infracción colusiva y las sanciones que derivan de dicha conducta, lo comprendemos como parte del derecho administrativo sancionador, en atención a la función que desempeñan las sanciones, las cuales se sitúan en una tensión entre una función retributiva propia del reproche que representan y una función preventivo-disuasiva.

7. La regla de estándar probatorio aplicable para la hipótesis de colusión debería fijar un nivel de exigencia superior a la ‘preponderancia de evidencia’ e inferior al ‘más allá de toda duda razonable’, pero más cercano al primero que al segundo.

En atención a la función de reproche que expresa la sanción administrativa, el estándar probatorio para la hipótesis de colusión debería ser más exigente que la regla aplicable en los procedimientos civiles clásicos. Sin perjuicio de ello, el aumento del nivel de exigencia no debe estar cerca del estándar penal, toda vez que la gravedad de condenar a un inocente con penas de cárcel no es asimilable a las sanciones administrativas, en atención a que el principal bien jurídico que éstas últimas afectan es el patrimonio del condenado. Además, una elevación en ese sentido, sería no reconocer un componente preventivo-disuasivo propio del derecho administrativo sancionador.

8. La formulación de una regla de estándar probatorio por el legislador debe satisfacer criterios de objetividad, precisión y debe adecuarse al carácter del razonamiento probatorio.

Para que una regla de estándar probatorio pueda desempeñar adecuadamente su función, su formulación debe ser precisa, sin dejar lugar a dudas de cuando se supera el umbral de suficiencia probatoria. También debe ser objetiva, sin apelar a estados psicológicos o mentales del juez o tribunal. Además, debe adaptarse al tipo de razonamiento utilizado en materia probatoria, es decir, un razonamiento inductivo. Dentro de éste trabajo propusimos una formulación que satisface dichos criterios, pero, por cierto, es posible imaginar otras formulaciones que puedan operar en el marco del procedimiento contenido en el Decreto Ley N° 211.

9. Una propuesta posible de regla de estándar probatorio para la hipótesis de colusión en el derecho de la competencia chileno.

Consideramos que una regla de estándar probatorio que cumpla con los requisitos señalados anteriormente, requeriría que la hipótesis de colusión, para ser probada, satisfaga las siguientes condiciones: **(i)** Que la hipótesis acusatoria sea la mejor explicación disponible de los hechos que se tratan de probar a la luz de los elementos de juicio existentes en el caso; **(ii)** la hipótesis debe ser capaz de derrotar a las hipótesis que hagan plausible una explicación de mercado, distinta de la colusión (hayan sido o no planteadas por las acusadas); y **(iii)** el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio debe ser tendencialmente completo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografía

Accatino, D. (diciembre, 2006). La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. *Revista de Derecho, Volumen 19* (N° 2), pp. 9-26.

Accatino, D (2° semestre, 2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXVII), pp. 483-511.

Accatino, D. (Abril, 2014). Atomismo y holismo en la justificación probatoria. *Isonomía* (40), pp. 17-59.

Agüero, F. y Fenner, D. (2017). Culpabilidad e incumplimiento de medidas de mitigación de operaciones de Concentración. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. (pp. 707-729). Santiago, Chile.

Banfi, C. (diciembre, 2013). La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 21), pp. 217-258.

Barros, E. (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.

Bofill, J. (2017). Garantías constitucionales y principios legitimadores del poder sancionador del Estado frente a la aplicabilidad temporal de las normas del Decreto Ley 211. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. (pp. 421-455). Santiago, Chile.

Carbonell, F. (2013). *La idea de corrección en el derecho* (tesis doctoral). Universidad Carlos III, Madrid, España.

Connor, J.M. y Lande, R. H. (2008). *Cartel overcharges and optimal cartel fines*. Baltimore, Estados Unidos. Recuperado de https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=all_fac

Cordero, E. (2014). *Derecho administrativo sancionador*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Duce, M. (2007). *El estándar de convicción y los alcances del recurso de reclamación en el derecho de defensa de la libre competencia en Chile* (informe en derecho). Santiago, Chile. Recuperado de http://200.14.85.186/reformasprocesales/images/Publicaciones/Informes%20en%20Derecho/InformeenDerechoFNE_RevistaUDP2009-2.pdf

Ferrer, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia* (43), pp. 27-34. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668796>

Ferrer, J. (2006). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. En M. Carbonell, J. Orozco y R. Vásquez (Coord.) *Estudios sobre la prueba*. (pp. 1-40) México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ferrer, J. (2007). Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. Recuperado de <https://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>

Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.

Ferrer, J. (2010). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Volumen 4* (N° 1). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393/2341>

Ferrer, J. (2014). La prueba de la causalidad en la responsabilidad civil. En D. Papayannis (Coord.) *Causalidad y atribución de responsabilidad*. (pp. 211-229) Madrid, España: Marcial Pons.

Ferrer, J. (diciembre, 2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. *Revus*. Recuperado de <https://journals.openedition.org/revus/4016#text>

Ferrer, J. (junio, 2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El *test case* de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. Accatino (Presidencia), *Congreso Mundial de Razonamiento Probatorio*. Conferencia llevada a cabo en el II Congreso de la Colección Filosofía y Derecho, Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona, Girona, España.

Fiscalía Nacional Económica (noviembre, 2014). *Sanciones justas y óptimas para las infracciones a la libre competencia*. Recuperado de http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Resumen_ejecutivo.pdf

Gascón, M (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28), pp. 127-139.

Gascón, M. (2010) *Los hechos en el derecho*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

González, A. (2011).Prácticas colusivas. En *La libre competencia en el Chile del bicentenario*, (pp. 143-161). Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Grunberg, J. y Montt, S (2017). Prueba de la colusión. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. (pp. 305-383). Santiago, Chile.

Haack, S. (2016). La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple después de todo. En J. Ferrer y C. Vásquez. (Coeds.), *Debatiendo con Taruffo* (pp. 311-337). Madrid, España: Marcial Pons.

Igartua Salaverría, J. (2005). Prolongaciones a partir de Laudan". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28), pp. 141-150.

Isensee, C (1er semestre, 2016). Debido proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. *Revista de Derecho Público, Volumen 84*, pp. 85-97.

Isensee, C. (2016). *Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil* (tesis de magíster). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

Koop, C. y Lodge, M. (2015) What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. *Regulation and Governance*. Recuperado de http://eprints.lse.ac.uk/62135/1/Lodge_What_is_regulation_2016.pdf.

Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho, Volumen 39* (3), pp. 783-808.

Laudan, L. (2005). Por qué un estándar subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28), pp. 95-113.

Laudan, L. (2005). Una breve réplica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28), pp. 151-155.

Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. (Cambridge Reino Unido: Cambridge University Press.

Letelier, R. (2017, diciembre). Garantías penales y sanciones administrativas". *Política Criminal*. Recuperado de http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf

Letelier, R. (mayo, 2018). El precio del statu quo. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. *Revista de Derecho. Volumen 31* (Nº 1), p. 209-229,

Lianos, I., Jenny, F., Wagner von Papp, F., Motchenkova, E., y David, E. (mayo, 2014). An optimal and just financial penalties system for infringements of competition law: a comparative analysis. Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio.pdf>

Mañalich. J. P. (primavera, 2007). La pena como retribución. *Revista de Estudios Públicos* (Nº 108), pp. 117-205.

Mañalich, J. P. (diciembre, 2014). El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política Criminal, Volúmen 9* (Nº18), pp. 543-563. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v9n18/art08.pdf>

Mañalich, J.P. (agosto, 2015). ¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones. *Puntos de referencia, Nº 409, Centro de Estudios Públicos*. Recuperado de https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf

Maturana, C. (agosto, 2012). Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo la Teoría General de la Prueba. *Apuntes del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*.

Montero López, R. (2017). *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Santiago, Chile: Librotecnia.

Montt, S. (2010). *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas*. Documento de trabajo #1, Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile.

Nino, C. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel S.A

Núñez, R. (2017). Libre competencia y debido proceso. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. (pp. 239-283). Santiago, Chile.

Núñez, R. (2017). Prescripción de la acción para perseguir el ilícito anticompetitivo. En M. Ybar y S. Castro. (Coord.), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: Informes en derechos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. (pp. 547-578). Santiago, Chile.

Oltra, I. (diciembre, 2015). La prueba ilícita en materia de libre competencia. *Revista de Derecho. Volumen 28* (Nº 2), p. 169-192,

Peña, C. (2014). *Responsabilidad extracontractual (Notas introductorias)*. Recuperado de https://www.ucursos.cl/derecho/2014/1/D122A0520/2/material_docente/

Pintore, A. (1997). Consenso y verdad en la jurisprudencia. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (20), pp. 279-293.

Posner, R. (junio, 1973). *The journal of legal studies*. Vol. 2. (2), pp. 399-458.

Posner, R. (2011) *Economic Analysis of Law*, 8a edición. Nueva York, E.E.U.U.: Wolters Kluwer.

Romero Guzmán, J.J. (2007). Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?. En A. Fernandois (Ed.) *Sentencias Destacadas 2006* (pp. 351-411). Santiago, Chile: Libertad y Desarrollo.

Schweitzer, H. (agosto, 2012). Judicial review in EU competition law. En D. Geradin e I. Lianos (Ed.), *Research handbook in EU antitrust law*. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=2129147>

Tapia, J (primavera, 2013). La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia. *Revista de Estudios Públicos* (Nº 132), pp. 71-105.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid, España: Trotta.

Taruffo, M. (2005). Tres observaciones sobre “Por qué un estándar subjetivo y ambiguo no es un estándar” de Larry Laudan. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (28), pp. 115-126.

Taruffo, M. (2006). La prueba científica en el proceso civil. En M. Carbonell, J. Orozco y R. Vásquez (Coord.) *Estudios sobre la prueba*. (pp. 135-186) México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Taruffo, M. (julio, 2008). ¿Verdad negociada?. *Revista de Derecho. Volumen 21* (N° 1), pp. 129-151.

Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2009). *La prueba. Artículos y conferencias*. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana.

Taruffo, M. (2010) *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*. Madrid, España: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México D.F., México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Valdés, D. (2009). La Culpabilidad en el Ilícito Infraccional. En J. Arancibia y J. I. Martínez (Ed.), *La Primacía de la Persona*, (pp. 809-821). Santiago, Chile: Universidad de Los Andes, Legal Publishing.

Valdés, D. (2009). *Libre competencia y monopolio*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.

Valenzuela, J. (2011). Presumir responsabilidad: sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), pp. 53-70.

Valenzuela, J. (2017). *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno*. Santiago, Chile: Libromar.

Valenzuela, J. (2017) *Una regla de estándar de estándar de prueba en el derecho de la competencia: a propósito de la causal rol 304-2016*. Santiago, Chile.

Veloza, J. y González, D. (2011). Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En *La libre competencia en el Chile del bicentenario*, (pp. 21-72). Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Jurisprudencia

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Sentencia N° 38/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados *Investigación de oficio en denuncia de Asoex y requerimiento de la FNE contra Ulltramar y otros*, causa rol C 12-2004.

Sentencia N° 57/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros*, causa rol C-77-2005.

Sentencia N° 63/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, p. 71. Autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella*, causa rol C 103-2006.

Sentencia N° 119/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia p. 54. Autos caratulados *Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros*, causa rol C 184-2008.

Sentencia N° 132/2013 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados *Demanda de Sonda S.A. contra Servicio de Registro Civil e Identificación*, causa rol C-242-2012.

Sentencia N° 136/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros*, causa rol C 234-2011 .

Sentencia N° 141/2014 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A y otros*, causa rol C 244-2012.

Sentencia N° 145/2015 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, causa rol C-265-2013.

Sentencia N° 148/2015 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, causa rol C-280-2014.

Sentencia N° 160/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Autos caratulados *Requerimiento de la FNE Contra CMPC Tissue S.A. y otra*, causal rol C-299-2015.

Corte Suprema

Sentencia rol N° 2.578-2012 de la Corte Suprema, considerando 11°. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros*, causa rol C-184-2008.

Sentencia rol N° 5.128-2016 de la Corte Suprema, considerando 9°. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, causa rol C-280-2014.

Sentencia rol N° 19.806-2014 de la Corte Suprema, considerando 9°. En autos caratulados *Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros*, causa rol C-234-2011.

Tribunal Constitucional

Sentencia Tribunal Constitucional, 20 agosto 2013, rol n° 2381-12-INA. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Empresas Ariztía S.A. respecto del artículo 29 del DL N°211, de 1973, en cuanto permite la aplicación del artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, en los autos caratulados "Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", causa rol C N° 236-11.

Jurisprudencia extranjera

Sentencia *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries and Director General of Fair Trading*, Competition Commission Appeal Tribunal, UK.

Sentencia *Guindon v. Canada*. Corte Suprema de Canadá.

Leyes

Decreto Ley N° 211. *Fija Normas Para La Defensa De La Libre Competencia*. Recuperado de http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2010/12/DL_211_refundido_2016.pdf

Ley 19.496. *Establece Normas Sobre Proteccion De Los Derechos De Los Consumidores*. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>

Ley No. 18.046. *Ley Sobre Sociedades Anonimas*. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29473>

Ley 20.945. *Historia de la Ley*. Recuperado de <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>