



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**PENALIZACIÓN DE ILÍCITOS DE LIBRE COMPETENCIA:
UNA PROPUESTA NORMATIVA RESPECTO A LA COLUSIÓN**

*Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de Chile*

Alumno: **SEBASTIAN SPOLMANN PASTEN**

Profesor Guía: **Francisco Agüero Vargas**

Santiago de Chile, Octubre 2011

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. DECRETO LEY 211. LEY DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA	8
2.1. Institucionalidad y Orgánica.....	8
2.1.1. Antecedentes históricos.....	8
2.1.2. Actual sistema orgánico de protección de la libre competencia	12
2.2. Ilícito Anticompetitivo	18
2.2.1. Aspectos Generales	18
2.2.2. Descripción genérica y supuestos expresos o específicos del ilícito anticompetitivo en la ley de defensa de la libre competencia.....	24
2.2.3. Categorización de las conductas atentatorias a la Libre Competencia ...	34
3. LA COLUSIÓN O CONSPIRACIÓN MONOPÓLICA.....	39
3.1. Acuerdo, Colusión y Práctica Concertada.....	39
3.2. Descripción Típica del Ilícito de Colusión o Conspiración Monopólica	50
3.2.1. Faz y elementos objetivos del tipo	51
3.2.1.1. Sujeto activo.....	51
3.2.1.2. Sujeto pasivo.....	53
3.2.1.3. Acción típica	55
3.2.1.3.1. Modalidades de comisión.	58
3.2.1.3.1.1. Acuerdos expresos	58
3.2.1.3.1.2. Acuerdos tácitos	61
3.2.1.3.1.3. Prácticas concertadas.....	62
3.2.1.3.1.4. Conductas paralelas	66
3.2.1.3.1.4.1. Paralelismo inconsciente o casual.....	67
3.2.1.3.1.4.2. Paralelismo consciente por estructura de mercado o interdependencia.....	68
3.2.1.3.1.4.3. Paralelismo consciente por cambio relevante en las variables del mercado.....	70
3.2.1.3.1.4.4. Paralelismo consciente propiamente tal o voluntario	71

3.2.1.3.1.4.5.	Paralelismo por colusión o concierto	73
3.2.1.3.1.4.6.	Consideraciones entre tipos de conductas paralelas y elementos adicionales al análisis.....	74
3.2.1.3.2.	Forma de comisión mediante complemento circunstancial.....	79
3.2.1.3.2.1.	Abuso del poder de mercado que confiere el pacto o concierto. 79	
3.2.1.3.2.2.	Breve referencia a la configuración como ilícito <i>per se</i> de ciertas conductas colusorias	82
3.2.1.4.	Resultado	84
3.2.1.5.	Nexo o relación causal	90
3.2.1.5.1.	Fijación de precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización	92
3.2.1.5.2.	Fijación de la producción.....	94
3.2.1.5.3.	Asignación de zonas o cuotas de mercado	94
3.2.1.5.4.	Exclusión de competidores.....	95
3.2.1.5.5.	Afectación del resultado de procesos de licitación.....	96
3.2.2.	Faz y elementos subjetivos del tipo	98
3.3.	Antijuridicidad	101
3.4.	Culpabilidad.....	104
4.	DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y EL IUS PUNIENDI: PENALIZACIÓN DEL ILÍCITO DE COLUSIÓN.....	109
4.1.	<i>Administrativización</i> del Ilícito de Colusión a partir de la Ley N° 19.911.	111
4.1.1.	Antecedentes generales.	111
4.1.2.	Derogación de la sanción penal a los ilícitos de libre competencia.....	113
4.2.	Eficacia en el Cumplimiento de las Normas Sustantivas sobre Colusión del Derecho de Libre Competencia.....	115
4.2.1.	<i>Enforcement</i> en el Derecho de la Competencia a nivel nacional	115
4.2.2.	Modificaciones introducidas por la ley N° 20.361 tendientes a dar mayor eficacia al cumplimiento de normas sobre colusión	120
4.2.3.	Mecanismos y criterios de persecución y sanción de la colusión en la experiencia comparada.....	124

4.3. Proyectos de Ley que otorgan Carácter Penal a las Sanciones Aplicables a la Colusión.....	134
4.3.1. Tramitación de las iniciativas legales.....	134
4.3.2. Consideraciones y observaciones sobre los proyectos de ley que sancionan penalmente la colusión	143
5. CONCLUSIÓN.....	149
6. BIBLIOGRAFÍA.....	154

1. INTRODUCCIÓN

En el último tiempo, la opinión pública ha sido testigo de situaciones fraguadas y constituidas por agentes económicos productores y comercializadores de bienes y servicios de primera necesidad, y que afectan diaria y comúnmente a las personas en su vida cotidiana.

Frente a estas situaciones, la sociedad civil ha manifestado una continua insatisfacción sobre las sanciones que son aplicables a las empresas y ejecutivos que tomaron parte en estos hechos ilícitos. Fundamentalmente, se aprecia que estas infracciones afectan a los consumidores en su totalidad, y más aún, que se trata de estrategias comerciales desarrolladas por empresas con estructuras y regulaciones claras, pero que sin embargo, se ven envueltas en situaciones de suyo ilícitas, con reconocimiento expreso y público de responsabilidad de por medio. Frente a estos ilícitos el ordenamiento jurídico parece no tener las suficientes herramientas de persecución y reproche.

Estas evidencias han puesto de relieve la urgencia de evaluar y revisar las perspectivas desde las cuales se han construido las sanciones aplicables a estos hechos, principalmente, en los últimos años, desde la “administrativización” de la totalidad de las sanciones procedentes sobre estas infracciones.

Lo anterior cobra relevancia en la medida en que la comunidad nacional en general, a través de la difusión de los beneficios de contar con mercados en libre y sana competencia, ha asimilado que este tipo de acuerdos o prácticas concertadas no dicen relación con el ejercicio legítimo de un acuerdo entre empresarios y ejecutivos. En efecto, estos acuerdos o prácticas se identifican en realidad con situaciones donde los agentes económicos, supuestamente competidores, actúan más bien como asociación ilícita, furtiva y secreta que intenta mejorar su margen de beneficios a través de la coordinación de sus conductas y estrategias comerciales, obteniendo sus

beneficios de mayores costos y precios aplicables a consumidores y demás entidades intervinientes en el mercado relevante respectivo.

Sobre la base de estas consideraciones, en las páginas siguientes se presenta un estudio acerca de la colusión o conspiración monopólica en el Derecho de Libre Competencia, tanto desde un punto de vista positivo y actual, como de cara a las modificaciones que actualmente se discuten en el Congreso Nacional que tienden al endurecimiento de las sanciones aplicables a los casos de carteles.

El análisis comienza con el desarrollo de la institucionalidad y orgánica de esta rama jurídica, lo que considera sus antecedentes históricos y la forma en que, hoy en día, se estructura la protección de la competencia a partir del Tribunal de Defensa de Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica.

Con estos antecedentes, se da paso a la revisión del ilícito genérico anticompetitivo contemplado en el artículo 3° del Decreto Ley 211, y que se constituye como el ilícito general aplicable a las situaciones de protección de la Libre Competencia.

Luego, se ahonda y profundiza sobre la colusión, efectuando el análisis de la descripción típica antijurídica y culpable referida a la conspiración monopólica, detallando diversas consideraciones sobre los elementos objetivos y subjetivos del tipo, de forma de ilustrar de mejor forma, la eventual discusión sobre la descripción típica del delito de colusión que actualmente se discute en sede legislativa.

Posteriormente, se desarrollan diversos argumentos y perspectivas, tanto a nivel nacional como comparado, relativos a las modificaciones legales que introducen y reforman el sistema de protección de la libre competencia en cuanto a incluir la criminalización de los ilícitos de colusión en nuestro ordenamiento jurídico, con las especificaciones y argumentaciones que se plantean en este mismo capítulo.

Se cierra el estudio con la revisión de los actuales proyectos de ley en tramitación, que tienen su antecedente en las situaciones ocurridas en nuestro país en los últimos años, y que fueron reseñadas al inicio de esta introducción, de manera de hacer presente algunas consideraciones en el marco de su discusión dentro del Senado y de la Cámara de Diputados.

A partir de este cuerpo de la investigación se plantean diversos argumentos en el marco del debate sobre la penalización de la colusión, respecto del cual se concluye que su inclusión en nuestro sistema de defensa de la competencia resulta necesaria, tanto desde una perspectiva nacional, como a la luz de los elementos y experiencia que entrega el Derecho comparado en esta materia.

2. DECRETO LEY 211. LEY DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.1. Institucionalidad y Orgánica

2.1.1. Antecedentes históricos

Con el objeto de abordar el tema de la siguiente memoria, es preciso referirnos primeramente, *grosso modo*, al marco normativo e institucional al que se encuentra sometido el régimen de protección de la Libre Competencia en nuestro Derecho interno.

Actualmente, la normativa angular que en nuestro país se constituye como pilar del Derecho de la Libre Competencia¹ es el Decreto Ley N° 211 (en adelante, DL 211), cuya versión original fue publicada en el Diario Oficial N° 28.733, de fecha 22 de diciembre de 1973. Dicho decreto viene a normar y establecer el régimen de Libre Competencia que hasta ese momento se encontraba vagamente regulado, y sin mayor aplicación jurisprudencial, en el Título V sobre *Normas para fomentar la competencia industrial y comercial* de la Ley N° 13.305 de 6 de abril de 1959, que incluía desde el artículo 172 al 182 del texto legal.

En este sentido, es posible señalar que *“la primera iniciativa legal, en materia de acción contra los monopolios, fue promulgada en 1959 (Ley N° 13.305), durante la presidencia del Sr. Jorge Alessandri Rodríguez”*². Sin embargo, dicha regulación de los mercados no surtió mayores efectos prácticos, y teniendo presente la opinión del profesor WITKER, es *“mediante la promulgación del Decreto Ley N° 211 (en adelante,*

¹ Sobre la discusión acerca de la conceptualización de esta materia como Legislación Antimonopólica o como Derecho de la Libre Competencia, *vid.* WITKER, Jorge. Derecho de la Competencia en América. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2000. Pág. 20 y siguientes. ZAVALA ORTIZ, José Luis. y MORALES GODOY, Joaquín. Derecho Económico. 4ª edición Santiago, Lexis Nexis Chile, 2006, Pág. 132 y siguientes.

² ESPINOZA MARTY, Rodrigo. Ley Antimonopolios. Análisis y estudio crítico. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980, pág. 9.

DL 211 o Ley Antimonopolios), cuando su vigencia y su aplicación adquieren mayor relevancia³. Respecto de este primer atisbo legislativo de defensa de la competencia cabe señalar que se contemplaba la prohibición y sanción de los monopolios⁴, definiéndolos en términos amplios y, además, se establecía la creación de un órgano especial⁵ (la “Comisión Antimonopolio”) con competencia para la aplicación y sanción de estas materias⁶. Por otro lado, la dictación de esta norma responde a las sugerencias realizadas por la misión Klein Sacks en el marco del análisis que esta Comisión hizo a mediados de los años ‘50 sobre el estado de la economía nacional, y partir del cual se pudo constatar la *“nula competitividad, alta concentración y casi absoluta tolerancia a las prácticas restrictivas de la Competencia”*⁷. En efecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, “OCDE”)⁸, destaca a este cuerpo normativo como el primer esfuerzo jurídico por limitar y sancionar las actividades de carácter anticompetitivo⁹.

³ WITKER, *ob.cit.*, pág. 82. A pesar de ello, cabe reconocer como mérito a este primer intento legal en materia de competencia el tener la finalidad de *“integrar el concepto de la libre competencia a la vida económica nacional, contemplando y sancionando los actos o convenciones que pretendan impedir la en el país”* en BARROS TOCORNAL, Fernando y URIBE CASASBELLAS, Enrique. Estudio práctico de las normas sobre defensa de la libre competencia. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1982. Pág. 4.

⁴ Ley 13.305/1959. Art. 173: *“Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia.”* Posteriormente, este mismo artículo señala las sanciones que se aplicarán a la infracción de esta norma, bajo los distintos supuestos fácticos.

⁵ *Ibíd.* Art. 175: *“Créase una Comisión que tendrá a su cargo el estudio o resolución de todas las situaciones o hechos que puedan dar lugar la aplicación de este Título y de las denuncias, reclamaciones, solicitudes o consultas que puedan formular las autoridades, las entidades públicas o privadas y los particulares sobre las mismas materias.”* Dicho órgano fue reglamentado posteriormente por el Decreto Supremo N° 6.223 del 9 de mayo de 1959.

⁶ Para efectos del presente estudio, cabe destacar que esta norma contemplaba sanciones de carácter penal, principalmente, por ser tributaria de la *Sherman Act* de EE.UU., de tal manera que la Comisión Antimonopolios podía requerir al Consejo de Defensa del Estado el ejercicio de las denuncias o querrelas que resultaran pertinentes.

⁷ PESQUEIRA BANDERAS, Manuel. El derecho frente a la competencia: Una visión retrospectiva. Revista Temas de Derecho. (18):123-69 [En línea] <<http://www.scribd.com/doc/29372653/Derecho-y-Libre-cia>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].

⁸ En inglés, “Organisation for Economic Co-operation and Development”.

⁹ *“La primera ley de Competencia en Chile fue dictada en 1959, un año después de que una misión internacional recomendó abandonar los controles de precios, dictar una ley de competencia y manejar las*

Sin embargo, sólo con la promulgación del DL 211 en diciembre de 1973, que deroga la Ley N° 13.305¹⁰, es el momento en que se establece la normativa de la Defensa de Libre Competencia, en el marco de las reformas económicas instauradas por el Gobierno Militar, fecha a partir de la cual la competencia comienza a tener mayor aplicación práctica y mejor protección en materias económicas. En este orden de ideas, se crea una institucionalidad nueva¹¹ para la regulación de los mercados, que serán los encargados de velar por la libre competencia.

Así, el órgano que se encontraba en la cúspide de este sistema de amparo de la libre competencia era la Comisión Resolutiva, teniendo a su cargo la supervigilancia de la adecuada aplicación de las normas de dicha ley y del correcto desempeño de los órganos que en ella se establecían¹². Las Comisiones Preventivas Provinciales, por su parte, figuraban como órganos de naturaleza administrativa y de marcado carácter preventivo, toda vez que dentro de sus funciones más relevantes, se encontraban las de tinte consultivo¹³. Asimismo, al Fiscal Antimonopolio, introducido por el artículo 13 de la Ley N° 15.142¹⁴ a través de la incorporación del artículo 175 bis al Título V de la Ley N° 13.305, le correspondía actuar como acusador público representando el interés

tarifas de aduanas cuando los precios subieron demasiado". Traducción libre del original en ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), Competition Law and Policy in Chile. A peer review. 2004. Pág. 15.

¹⁰ DL N° 211 de 1973, Art. 4° transitorio: "Deróganse las disposiciones del Título V de la ley N° 13.305".

¹¹ *Ibíd.* Art. 6°: "Para la prevención, investigación y persecución de los atentados a la libre competencia y para su represión, créanse los siguientes organismos y servicio: a) Las Comisiones Preventivas Provinciales; b) La Comisión Preventiva Central; c) La Comisión Resolutiva, y d) La Fiscalía." Adicional y eventualmente, para el caso de perseguir responsabilidades penales, la Justicia Ordinaria se configura como el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción criminal que, decretado su ejercicio por parte de la Comisión Resolutiva, la Fiscalía debía realizar.

¹² DL N° 211 de 1973, Art. 17. Olga Feliú de Ortúzar, señala en este mismo sentido, que a dicha Comisión sus funciones fundamentales "la han caracterizado como un Tribunal especial en materia de libre competencia. (...) Las razones jurídicas que han servido de fundamento a la Contraloría General para concluir como lo ha hecho, de que se trata de un tribunal especial, se encuentran en la naturaleza de los cometidos y facultades que la ley le ha confiado a este órgano público." en FELIÚ DE ORTUZAR, Olga. Los organismos de la defensa de la competencia. Revista Actualidad Jurídica. (5) Enero, 2002. Pág. 195.

¹³ DL N° 211 de 1973, Art. 8.

¹⁴ Ley N° 15.142, Consulta normas para favorecer la distribución, comercialización y transporte de productos y reprimir los monopolios a excepción de los artículos que indica.

general de la colectividad, reuniendo los antecedentes que demostraren la existencia de las infracciones mencionadas en la Ley.

De esta manera, las consultas que podían realizar los distintos agentes económicos podían versar no sólo respecto de contratos eventuales o potenciales, sino también referentes a contratos existentes, decisiones respecto de los cuales, sólo posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes, podían ser calificados como contrarios a la Libre Competencia¹⁵. La Comisión Preventiva Central se configuraba como la Comisión Preventiva de la provincia de Santiago, teniendo las mismas atribuciones que sus pares provinciales del resto del país, y adicionalmente, conocía de las reclamaciones de las resoluciones dictaminadas por las demás Comisiones Preventivas Provinciales. El último órgano que creó originalmente el DL 211 de 1973, era la Fiscalía, regulado en los artículos 21 y siguientes del texto legal original, cuyo antecedente orgánico fue el Fiscal Antimonopolio antes referido. Posteriormente, y con la modificación incorporada por el Decreto Ley N° 2.760 del año 1979, este servicio público pasó a denominarse “Fiscalía Nacional Económica”, manteniendo, en lo medular, las atribuciones que le fueron otorgadas en el texto primigenio, es decir, podía instruir las investigaciones y actuar como parte representando a la colectividad, ante la Comisión Resolutiva y los Tribunales Ordinarios, además de emitir los informes que le fueran requeridos por aquélla¹⁶.

Así, podemos percatarnos del cambio rotundo en la institucionalidad normativa y orgánica que contempló el DL 211, al momento de su dictación en diciembre de 1973. Sin embargo, todo este sistema de protección de la competencia ha sufrido modificaciones en varias ocasiones. En este sentido, y como mencionamos al referirnos a la Fiscalía Nacional Económica, el Decreto Ley N° 2.760 de 05 de julio de 1979, introdujo modificaciones de importancia al DL 211 de 1973, principalmente en lo que se refiere a la tipificación de las conductas atentatorias a la libre competencia¹⁷.

¹⁵ *Ibid.* Art. 14.

¹⁶ *Ibid.* Art. 21.

¹⁷ Por otro lado, y en cuanto a la parte orgánica se refiere, en su artículo 1° numeral 5°, se sustituyó la denominación de Provinciales de las Comisiones Preventivas, por la de Regionales.

Asimismo, el 24 de enero de 1974 se dictó el Decreto Ley N° 280, conocido comúnmente como la “Ley de Delito Económico”, que si bien no modifica en lo sustancial la normativa antimonopólica, en su artículo 4° agrega un ilícito que se configura como una conducta atentatoria a la libre competencia, en particular:

“El que acapare u oculte artículos esenciales, el que los destruya o los elimine del mercado, con objeto de obtener para sí o para otros una ventaja comercial, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Si el delito causare un daño grave al mercado, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados.”¹⁸

2.1.2. Actual sistema orgánico de protección de la libre competencia

El Decreto Supremo N° 511 del Ministerio de Economía, Reconstrucción y Fomento, publicado en el Diario Oficial con fecha 27 de octubre de 1980, recogió las modificaciones surgidas de las distintas normas que modificaban el DL 211 de 1973, y fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de él. Posteriormente y a pesar de los cambios ya introducidos, las modificaciones se siguieron sucediendo, entre ellas las originadas por las Leyes N° 18.118, de 22 de mayo de 1982, N° 19.336, de 29 de septiembre de 1994, N° 19.610¹⁹, de 19 de mayo de 1999, N° 19.806, de 31 de mayo de 2002.

Sin embargo, la modificación que introdujo cambios sustanciales en la institucionalidad y orgánica de la protección de la libre competencia fue la Ley N° 19.911 del año 2003. Los cambios que introdujo este nuevo estatuto vienen a configurar un nuevo sistema de defensa de la competencia, teniendo como perspectiva el intento de asumir y hacerse cargo de las críticas que en innumerables ocasiones, o por diversos autores, se le había realizado al DL 211 de 1973 original. Es menester señalar que las modificaciones anteriores al año 2003, sólo introducían cambios en

¹⁸ Decreto Ley N° 280, Art. 4°

¹⁹ Respecto de esta norma resulta importante señalar que “tuvo por objeto reforzar las facultades de la Fiscalía (Nacional Económica) dotándola de mayores atribuciones en cuanto a su función de investigar las conductas que pudieran ser constitutivas de atentados a la libre competencia”. El paréntesis es nuestro. En FELIÚ DE ORTÚZAR *ob.cit.*, pág. 200.

elementos muy precisos dentro del esquema de aplicación de la ley, manteniendo en lo medular el esquema y las instituciones originales, elementos que fueron reestructurados por esta ley del año 2003.

La Ley N° 19.911 publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003 (en adelante, “Ley 19.911/2003” o “Ley 19.911”) introdujo importantes y sustanciales cambios en el sistema de defensa de la competencia, configurando un nuevo sistema institucional y orgánico de aplicación de la ley, de modo tal que se establecen sólo dos órganos como los encargados de velar por el cumplimiento de la normativa antimonopólica: el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, heredero de la Comisión Resolutiva, y de algunas funciones de las Comisiones Preventivas, tanto Regionales²⁰ como Central; y se mantiene y fortalece la Fiscalía Nacional Económica, conservando en alguna medida la naturaleza jurídica y orgánica que tuvo con anterioridad. Posteriormente, la Ley N° 20.361, publicada en el Diario Oficial con fecha 13 de julio de 2009 (en adelante, “Ley 20.361/2009” o “Ley 20.361”), introduce nuevas modificaciones que profundizan la estructura que fuera definida por la Ley 19.911/2003, incluyendo cambios en materia sustantiva, orgánica y procesal dentro del esquema normativo de la libre competencia.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC”), a partir de su creación con la Ley 19.911/2003 se configura como un órgano jurisdiccional, aunque con facultades que exceden el estricto ámbito de juzgamiento propio de la judicatura, dado que *“exhibe una variedad de funciones extrajurisdiccionales inusuales en un tribunal, lo que ha llevado a ciertas confusiones en la caracterización del mismo.”*²¹. Entonces, dentro de las funciones que tiene el TDLC, primeramente cabe mencionar la que tiene en su calidad de Tribunal de la República, esto es, la potestad jurisdiccional, tal y como la expresa el actual artículo 5° del DL N° 211:

“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y

²⁰ Vid. nota 16.

²¹ VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006a., pág. 585.

económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.”

En este sentido, entonces, el TDLC se presenta como un órgano jurisdiccional cuyo objeto de juzgamiento es única y exclusivamente las materias relacionadas con el Derecho de la Libre Competencia, caracterizándolo como un tribunal especial, que no forma parte del Poder judicial, pero que, sin embargo, se encuentra sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema²².

De esta forma, y como mencionábamos anteriormente, el DL 211 a partir de la modificación establecida en la Ley 19.911/2003, otorgó algunas atribuciones que pertenecían a las antiguas Comisiones Preventivas (Regionales y Central), que figuran como potestades *extrajurisdiccionales*²³. Así, el artículo 18 de la Ley, que fuera modificado posteriormente por la Ley 20.361, define las atribuciones y deberes del TDLC, señalando en el primer numeral, la potestad jurisdiccional a la que nos referimos previamente, tanto a solicitud de parte, como del Fiscal Nacional Económico. En el segundo, señala la potestad no contenciosa²⁴ sobre *“los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la ley”*, señalando que, además, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas para la debida ejecución y concreción de los hechos, actos o contratos que se someten a conocimiento del tribunal. Una tercera, es la de dictar instrucciones de carácter general, que deberán

²² Vid. Constitución Política de la República de Chile, Capítulo VI “Poder Judicial”, en especial, artículos 76 y 82, y Código Orgánico de Tribunales, artículos 5° y siguientes.

²³ En este punto, y dado que no es el objetivo de la presente memoria, evitaremos calificar de administrativa o jurisdiccional estas atribuciones adicionales del TDLC, a excepción de la establecida en el numeral primero del artículo 18 del DL N° 211, la que claramente y sin lugar a discusión se configura como una atribución jurisdiccional.

²⁴ El profesor Domingo Valdés, señala que esta atribución del TDLC es *“una categoría de potestades públicas cuya naturaleza es administrativa y particular y que paradójicamente, por razones históricas y presupuestarias, hoy se encuentra radicada en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.”* En VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 595. A nuestro parecer, habría que agregar a las razones señaladas, una de carácter técnico, es decir, a la idoneidad del TDLC para tener la atribución de resolver las consultas que dicen relación con la libre competencia, dada la tecnicidad de los miembros que la componen, toda vez que se exige una formación tanto jurídica como económica en sus ministros, sumado al hecho que configurada de esa manera la potestad consultiva, puede resultar de forma coherente la resolución de la consulta particular con los criterios utilizados para dictaminar la generalidad de los casos, así como también para juzgar posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes un eventual ilícito monopólico.

considerarse por los distintos particulares en los actos o contratos que puedan afectar o tengan relación con la libre competencia²⁵. La cuarta atribución que se contempla es la de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de normas que sean pertinentes e idóneos para fomentar la competencia o regular el ejercicio de actividades económicas que no estén siendo prestadas en condiciones competitivas. Se concluye el catálogo de atribuciones del TDLC, con la referencia a las demás que las leyes le señalen²⁶.

El segundo órgano que forma parte de este esquema de protección de la libre competencia en los mercados²⁷ que establece el DL N° 211 es la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “FNE”). Su definición, atribuciones, deberes y demás aspectos relacionados se encuentran normados en el Título III de la Ley, señalando su el artículo 33 que se constituye como un *“servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicios, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción”*, configurándose de esta manera como un órgano de naturaleza administrativa.

Dentro de las atribuciones que la ley otorga a la FNE, y en particular al Fiscal Nacional Económico, como Jefe Superior de este Servicio Público, se encuentran la de instruir las investigaciones que estimare procedentes para comprobar las infracciones a la libre competencia que puedan configurarse (Art. 39 literal a), DL 211), también le corresponde actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en

²⁵ Para un análisis acabado de esta potestad reglamentaria véase VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, págs. 638 a 694. Cfr. ZAVALA y MORALES, *ob.cit.* pág. 143.

²⁶ Entre estas atribuciones señaladas por otras leyes se encuentra, la Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (Ley N° 19.733) en su artículo 38, así como otras que regulan sectores fuertemente regulados tales como la Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 1 de Minería de 1982) en sus artículos 47 N° 4, 147, 184, 209, entre otros; Ley General de Servicios Sanitarios (D.F.L. N° 382 de Obras Públicas de 1988) en su artículo 65; Ley General de Telecomunicaciones (Ley N° 18.168 de 1982) en su artículo 29; y Ley de Servicios de Gas (D.F.L. N° 323 de Interior de 1989) en su artículo 31.

²⁷ DL N° 211, art. 2°.

el orden económico, ante el TDLC y los tribunales de justicia cuando resulte pertinente y conforme a Derecho (Art. 39 literal b), DL 211). Para efectos del presente estudio, resulta fundamental el mandato entregado al Fiscal, tanto en su expresa mención que la Ley realiza como en la forma de manifestar y caracterizar el interés público por el que debe velar, y al cual deben estar dirigidas todas sus actuaciones, y en tal sentido, la misma norma en su encabezado se refiere a la defensa de los intereses que le están encomendados, y cómo éstos se configuran como *ratio legis* de la independencia otorgada a dicho órgano.

Así también, aparecen como atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico el requerir del TDLC el ejercicio de sus atribuciones y medidas preventivas, con ocasión de las investigaciones que se encuentre realizando (Art. 39 literal c), y en este mismo sentido, velar por el cumplimiento de las resoluciones que, en general, dicten los tribunales con relación a las materias de esta ley (Art. 39 literal d). También, tendrá el deber de emitir los informes que solicite el TDLC en caso de que la FNE no tenga la calidad de parte (Art. 39 literal e), así como la facultad para solicitar colaboración de cualquier funcionario de los organismos públicos en general (Art. 39 literal f), y requerir de éstos o de dichas oficinas o servicios poner a su disposición los antecedentes necesarios para la mejor diligencia de las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre realizando o practicando (Art. 39 literal g). Además, podrá solicitar informaciones y antecedentes a los particulares con motivo de las investigaciones que realice (art. 39 literal h)²⁸. Asimismo, podrá llamar declarar, o pedir declaración por escrito, a las personas que puedan tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones o que estime necesario para el cumplimiento de sus funciones (art. 39 literal j), requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos y

²⁸ Respecto de la amplitud de esta facultad y los perjuicios que puede irrogar a los intereses de los particulares o a los de terceros la entrega de dichos antecedentes e informaciones, éstos y aquéllos pueden solicitar fundadamente al TDLC que deje sin efecto de manera total o parcial el requerimiento. Sin embargo, y a pesar de este derecho a reclamo establecido en favor de los particulares, cabe hacer presente que en algunos casos resulta ser muy gravoso para las personas, naturales o jurídicas, el informar y proporcionar antecedentes que en determinadas situaciones pueden resultar de sumo cuidado y riesgo, como por ejemplo cuando dicho requerimiento se refiere a secretos industriales o a información que puede otorgar ventajas a las empresas competidoras de la informante.

técnicos (art. 39 literal k), celebrar convenios o memorándum de entendimiento con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas (art. 39 literal l), convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información, siempre que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley, para facilitar el cumplimiento de sus funciones (art. 39 literal m).

Cabe destacar también las atribuciones entregadas a la FNE a partir de las modificaciones introducidas al DL 211 por la Ley 20.361, referidas a las facultades de descerrajamiento, registro e incautación, interceptación de toda clase de comunicaciones y de exigir a las empresas de comunicaciones que faciliten copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella (art. 39 literal n). Se facultó a la FNE, además, para suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados (art. 39 literal ñ), así como para efectuar y desarrollar el mecanismo de la delación compensada, consistente en la exención o rebaja de la multa aplicable a un agente económico involucrado en casos de colusión (art. 39 bis), por haber sido el primero de los infractores en cumplir los siguientes requisitos:

- a) Haber proporcionado 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;
- b) Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que se presente el requerimiento por la FNE; y
- c) Poner fin a su participación en el acuerdo o práctica concertada inmediatamente después de presentada la solicitud de aplicación del procedimiento de delación compensada.

Sobre estas facultades introducidas por la Ley 20.361, se volverá más adelante para analizar los mecanismos y atribuciones tendientes a dar mayor eficacia al cumplimiento de normas sobre colusión.

Así configurado, el sistema de protección de la competencia en nuestro país se presenta en un esquema de naturaleza administrativa y judicial, en el que la FNE como servicio público tiene como finalidad primordial y principio de actuación, el *interés general de la colectividad en el orden económico*, y por su parte, el TDLC, aparece como el órgano jurisdiccional de este sistema, con competencia para conocer y resolver todos los conflictos que puedan constituirse como un atentado a la libre competencia. Finalmente, en relación a los procesos que son desarrollados para dar efectivo cumplimiento a la normativa sustantiva de defensa de la competencia, el DL 211 establece para el juzgamiento de las conductas contrarias a ésta, el procedimiento contencioso que se encuentra regulado en los artículos 19 a 32 de dicho cuerpo legal, que considera las modificaciones introducidas por la Ley 19.911/2003 y Ley 20.361/2009, antes referidas.

2.2. Ilícito Anticompetitivo

2.2.1. Aspectos Generales

¿Cuáles son las conductas realmente sancionadas por el Derecho de la Libre Competencia? ¿Bajo qué circunstancias fácticas debemos situarnos para encontrarnos en presencia de un ilícito anticompetitivo -o en palabras del profesor VALDÉS, de un injusto monopólico-, apartándonos de una conducta lícita? ¿Existen uno o varios tipos de figuras que pueden calificarse de anticompetitivas? ¿La configuración de un ilícito anticompetitivo exige como requisito el encontrarse con un poder de mercado que constituya una posición dominante y en que, a su vez, se haga abuso de dicha participación de mercado? ¿El ilícito anticompetitivo, para su sanción, requiere disminución en los beneficios totales de los agentes económicos, o bastará con la disminución en el bienestar del consumidor, considerando sólo los beneficios agregados de éste?²⁹

²⁹ Vid. FOX, Eleanor. ¿Qué es un atentado contra la competencia? Prácticas de exclusión y efecto anticompetitivo. Revista de Derecho Universidad de Concepción. 72(215-216):289-338, 2004.

Todas las anteriores son preguntas sobre las cuales intentaremos entregar luces en este subcapítulo, para luego centrarnos en las conductas de mayor carácter pluriofensivo frente al Derecho de la Libre Competencia, es decir, las conductas colusorias.

Dentro de los variados intentos por conceptualizar el Derecho de la Libre Competencia, se ha afirmado que ésta corresponde a aquella “*rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia*”³⁰, configurándose ésta última como presupuesto básico de los sistemas económicos basados en el libre juego de la oferta y la demanda dentro del mercado. El sistema de mercado es el consagrado en nuestro país a nivel constitucional, por medio del amparo de la libre iniciativa privada en materia económica³¹.

De este modo, y teniendo en cuenta qué es lo que constituye Derecho Económico³², podemos señalar que nuestro objeto de estudio se configura como aquel segmento dentro de este conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la actividad económica -herramienta que dicho sea de paso, regula la intervención del Estado en la economía-, sancionando el comportamiento de los agentes económicos cuando éstos atenten contra este motor de la economía que es la libre competencia en los mercados.

Así delimitado, este campo de actuación normativo, la pregunta se devuelve al punto de inquirir sobre la libre competencia y los atentados o afectaciones de que ésta puede ser objeto. *Prima facie*, podemos señalar que el objeto que a esta rama jurídica le compete, y las prácticas que pueden encontrarse bajo su análisis y sanción, radican en la interferencia artificial y abusiva de los precios y/o cantidades a producir en un mercado relevante por parte de los distintos agentes económicos, ya sea desde la

³⁰ WITKER, *ob.cit.*, pág. 20.

³¹ Constitución Política de la República de Chile, Art. 19 N° 21. Esta norma señala, además, el principio de subsidiariedad que rige la iniciativa económica del Estado.

³² Para un concepto de Derecho Económico, *vid.* ZAVALA y MORALES, *ob.cit.*, pág. 9. *Cfr.* WITKER, *ob.cit.*, pág. 26 y siguientes.

actuación de los oferentes o de los consumidores, y de acuerdo a las consecuencias que dichos atentados puedan provocar en el desarrollo de la economía. Dicho de otro modo, se sanciona la competencia ilícita entendida como la obtención de beneficios y utilidades por medios distintos a la competencia basada en los méritos y la eficiencia productiva.

Ahora bien, establecer cuáles son las conductas que interesarán a esta rama jurídica no es tarea fácil, toda vez que las formas y modalidades que pueden adoptar los negocios jurídicos entre agentes económicos resultan ser de ardua y compleja definición y caracterización. En este sentido, por ejemplo, los acuerdos colusorios no serán acordados ni establecidos por medios que otorguen publicidad, tanto para la comunidad en general, como para los órganos persecutores que estudiamos en el apartado anterior³³.

Por estas razones, es que el DL N° 211 establece de manera amplia el denominado *Injusto Universal de Monopolio*³⁴ o *tipo genérico del ilícito anticompetitivo*, es decir, con la finalidad de incluir cualquier modalidad que pueda adoptar una práctica atentatoria contra la libre competencia. En este sentido, la Ley 19.911/2003, y posteriormente las modificaciones de la Ley 20.361/2009, establecieron el artículo 3° del DL N° 211 precisando qué clase de conductas constituyen atentados a la libre competencia, sancionables por la institucionalidad que la misma ley instaure fijándose de manera genérica la descripción típica del ilícito monopólico. Luego, el ilícito que el Derecho de la Libre Competencia señala como atentatorio a su objeto de protección,

³³ Un caso que se presenta como excepción a este carácter furtivo y secreto de los acuerdos adoptados por competidores en colusión, puede encontrarse en el Asunto Comp/39.401 – EON/GDF, 2009/C 248/05, decisión de fecha 08 de julio de 2009 en la que la Comisión Europea determinó condenar a E.ON AC, conjunta y solidariamente con E.ON Ruhrgas AG y GDF Suez SA, por haber infringido el artículo 81, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Europea al participar en un acuerdo y prácticas concertadas en el sector del gas natural, imponiéndoseles multas que en total sumaban 1.106.000.000 euros. La excepción al *secretismo* propio de los acuerdos colusorios se presenta porque Ruhrgas y GDF acordaron, en 1975, al momento de construir el gasoducto que les permitió llevar el gas ruso a Francia y Alemania, no intervenir en los mercados nacionales respectivos mediante notas complementarias al acuerdo de construcción conjunta del gasoducto MEGAL, acuerdo que continuaron aplicando pese a la liberalización gradual del mercado del gas que comenzó a aplicarse a fines de los años 90 y principios del 2000, en Europa.

³⁴ Denominación utilizada por VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 241.

se erige como *“una acción u omisión, dolosa o culposa, dirigida causalmente a producir un resultado típico y antijurídico consistente en la puesta en riesgo o en la lesión efectiva de la libre competencia”*³⁵.

Sin embargo, la evolución que este tipo antimonopólico ha sufrido para arribar a la descripción que actualmente posee, ha sido intensa y refleja las diferentes perspectivas y objetivos que se han intentado manifestar y obtener por medio de la legislación de defensa de la competencia.

En este sentido, y como primera normativa legal sobre esta materia, el Título V de la Ley 13.305/1959³⁶ en su artículo 173 contemplaba una descripción bastante amplia, sobre cuál era la conducta sancionada en esta sede, que ha sido calificada de manera plausible por algunos autores como parte de un *“sistema cabal de protección legal de la libre competencia, con acertadas disposiciones generales, incriminación o tipificación penal de las conductas indeseables, instancias ante una judicatura especial, no penal y otra penal y excepciones”*³⁷. Por otro lado, la configuración del tipo antimonopólico ha sido, cuando menos, objetada por otros profesores que al respecto señalan que el ilícito que sancionaba esta primera normativa legal sobre defensa de la competencia *“definía el monopolio de forma bastante criticable, ya que lo conceptualizaban como un conjunto de conductas atentatorias a la libre competencia y que posteriormente integraron el actual artículo 2° del D. L. N° 211”*³⁸. Del mismo modo, se le criticaba que *“ha dejado al margen de sus disposiciones un grupo numeroso e importante de maniobras típicamente monopolísticas, lo cual afecta en algún modo a su eficacia. Por ejemplo, la ley 13.305 no contempla la formación de “holding companies”, es decir, de compañías tenedoras de acciones de otras compañías, que,*

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Vid.* nota 4.

³⁷ BARROS TOCORNAL, Fernando. La defensa de la libre competencia. *En*: La Empresa y el Derecho de la Competencia (septiembre de 1994, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho). Cuadernos Jurídicos. Santiago de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, 1994, pág. 2.

³⁸ ZAVALA y MORALES, *ob.cit.* pág. 132. En el mismo sentido, *vid.* MATTAR PORCILE, Pedro. Un Nuevo tribunal para la defensa de la libre competencia. *En*: Día de la Competencia (1, 30 de octubre de 2003, Santiago). Fiscalía Nacional Económica, 2003, 73p. [En línea] <http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2003/disc_ddlc_2003_pmp.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

*asilándose en las disposiciones legales vigentes, pueden estar en situación de controlar un gran número de empresas similares*³⁹.

Luego, con la dictación del DL N° 211 de 1973, se modifica la tipificación del ilícito anticompetitivo, el que señalaba en su artículo primero:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado.”

En esta nueva descripción de la conducta sancionable por parte del Derecho de la Libre Competencia, se reitera y mantiene la referencia a la finalidad de la práctica reprochable, perspectiva que data de la Ley 13.305/1959, en cuanto a exigirse que ésta *tienda a impedir la libre competencia*. Sin perjuicio de lo anterior, se elimina del tipo la diferencia que hacía la norma anterior, en cuanto a delimitar los efectos de la conducta atentatoria a la libre competencia *dentro del país*, situación que después fue modificada también por el DL N° 2.760 de 1979, en el sentido de señalar que serían sancionadas las prácticas que tiendan a impedir *“la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior”*⁴⁰.

Asimismo, con el precepto antes citado, se eliminan las referencias a la ejecución material a través de la cual pueda configurarse el ilícito -atendiendo a un criterio realista y considerando la diversidad de formas que pueden adoptar las prácticas anticompetitivas-, y se suprime también la referencia que el antiguo artículo 173 hacía a modo de ampliación de las conductas que podían eventualmente configurar un ilícito, esto es, *“o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por*

³⁹ OPAZO BRULL, *ob.cit.*, pág. 71.

⁴⁰ Decreto Ley N° 2760 de 1979, artículo 1, número 1.

*finalidad eliminar la libre competencia*⁴¹. Misma suerte corrió esta referencia a la intención de *eliminar* la competencia, en cuanto a que también es suprimida por el DL N° 211 de 1973.

Pero no es hasta la dictación de la Ley 19.911/2003, y las posteriores modificaciones introducidas por la Ley 20.361/2009, cuando se configura el mayor cambio en la descripción típica del ilícito antimonopólico que contempla el Derecho de la Libre Competencia, así como también, a la naturaleza jurídica de éste y aquél, a partir de la eliminación del carácter penal que aquél tuvo hasta la modificación que realiza el primero de estos cuerpos legales.

Así, junto a la nueva institucionalidad que estableció la reforma del año 2003, reforzada el año 2009, se definió un sustrato de carácter distinto al injusto antimonopólico:

*“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.”*⁴²

Sobre el particular, corresponde destacar que, primeramente, como mencionamos más arriba, y en atención a la remisión que esta norma realiza al artículo 26 (que no contempla sanciones corporales) se eliminó el carácter penal de la norma de defensa de la competencia, derogando en el DL N° 211 todas las disposiciones que decían relación con dicho atributo, en especial, la facultad que tenía la antigua la Comisión Resolutiva de ordenar al Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción criminal por el delito de monopolio ante el juez del crimen que resultara competente.

En segundo lugar, esta nueva descripción típica del ilícito, haciendo expresa la sanción y el reproche a la conducta tanto en la lesión misma de la libre competencia

⁴¹ Ley 13.305 de 1959, artículo 173.

⁴² DL N° 211, artículo 3°, inciso 1°.

como en la puesta en peligro de la misma, se refiere explícitamente a la punición de la práctica que *impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*, clarificando de esta manera, la forma de sancionar que ya se hacía manifiesta en la normativa anterior, pero que no se consagraba de manera expresa.

En tercer lugar, se establece la eliminación de consideraciones de carácter material y geográfico, tendencia que ya había graficado el DL N° 211 dictado originalmente en el año 1973, respecto de su predecesora Ley 13.305 de 1959, en cuanto a eliminar menciones relacionadas con la ejecución material o la circunscripción a determinado mercado relevante geográfico, circunstancia que resultaba de extrema complejidad para su prueba y discusión en el marco de los diversos litigios: *Cualquier hecho, acto o convención*.

2.2.2. Descripción genérica y supuestos expresos o específicos del ilícito anticompetitivo en la ley de defensa de la libre competencia

Así efectuadas algunas consideraciones sobre las modificaciones más relevantes que generan la Ley 19.911 y la Ley 20.361 en relación con el DL N° 211, a continuación nos abocamos a tratar la descripción típica actual, que la ley realiza sobre las conductas atentatorias a la libre competencia.

El tipo antimonopólico, continuando con la línea argumentativa introducida *supra*, quedó establecido en términos amplios con el objeto de abarcar las diversas modalidades que las conductas atentatorias a la libre competencia pueden adoptar. En este orden de ideas, la amplitud no sólo alcanza a las conductas en sí –*cualquier hecho, acto o convención*– sino además, a los sujetos activos que puedan realizar, ejecutar o celebrar dichos hechos, actos o convenciones: *El que ejecute o celebre, individual o colectivamente (...)*.

En este mismo sentido, y teniendo en consideración la distinción entre ilícitos de fuente e ilícitos de abuso⁴³, realizada por el profesor VALDÉS, cabe señalar a este respecto que la norma en análisis, esto es, el actual artículo 3° del DL N° 211, contempla en su texto la sanción de ambas conductas, esto es, las tendientes –por medios ilícitos- a alcanzar una posición monopólica a través de un importante poder de mercado, así como las que, una vez instaurado como monopolista o cartel, se abusa de dicha situación⁴⁴. A mayor abundamiento, el mismo precepto señala, a modo enunciativo, que se considerarán para estos efectos y configurarán el tipo descrito en el encabezado de la misma norma, los acuerdos expresos o tácitos, así como las prácticas concertadas entre agentes económicos, tendientes a abusar del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran, así como la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado (ambos se presentarían en este caso como ilícitos de abuso), y por otro lado -insistimos que a modo meramente ejemplar-, se enuncian las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementa una posición dominante.

Entonces, las preguntas que subyacen en este punto del análisis, son las que dan inicio a este subcapítulo, es decir, ¿cuáles serían las conductas *efectivamente* sancionadas por el Derecho de la Libre Competencia? Hasta aquí hemos visto la amplitud con la que se ha consagrado la descripción típica del ilícito antimonopólico, en el afán de abarcar las diversas maneras que una práctica atentatoria a la libre competencia puede adoptar en el marco del tráfico mercantil. Dicha norma, al igual como aconteció con los anteriores tipos consagrados por la normativa predecesora –

⁴³ “El ilícito de fuente consiste en la realización de una conducta orientada al control de un medio injusto para obtener la explotación de un monopolio estructural. El ilícito de abuso consiste en la injusta explotación de un monopolio estructural que ya se ostenta, prevaleándose del poder de mercado que éste confiere.” en VALDÉS PRIETO, Domingo. La paradoja del monopolio de privilegio contemplado en el decreto ley 211 de 1973. *Ius Publicum*. (8) 2002, pág. 126.

⁴⁴ Sobre la exigencia de abuso de posición dominante, y especialmente en relación a los acuerdos o colusiones monopólicas, debemos destacar el criterio establecido por el TDLC en su Sentencia N° 74/2008, en la cual el Tribunal decidió eximir de sanción a determinados competidores porque, a pesar de haberse coludido, su participación de mercado sólo concentraba un 42% del mercado relevante correspondiente. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 74/2008, de 02 de septiembre de 2008, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra AM Patagonia S.A. y Otros, rol N° C-121-2006.

situación a la que se han enfrentado también las legislaciones en el Derecho Comparado-, ha sido criticada por configurar en cierta manera, lo que en la dogmática penal es considerado un “tipo penal en blanco”, esto es, una norma “*que determina la sanción y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta*”⁴⁵, discusión sobre la que volveremos más adelante.

Al respecto podemos señalar que la norma en comento debe subsumirse, tal como cualquier norma punitiva (penal o administrativo sancionatoria) al principio de reserva o legalidad⁴⁶ que rige toda actuación en materia de potestad sancionatoria por parte del Estado y que, dicho sea de paso, incluye también tanto la actuación por parte de la FNE como la del TDLC, este último, órgano encargado y competente de juzgar y sancionar las conductas que se encuadren en el tipo descrito por la norma antimonopólica. En este punto de la discusión⁴⁷, cabe referir lo señalado por el profesor VALDÉS respecto a los fundamentos de la laxitud con que la ley encarga tácitamente la integración y complementación del tipo anticompetitivo a la judicatura:

*“El Derecho anglosajón ha ejercido un notable influjo sobre la flexibilidad con que se ha construido el tipo universal antimonopólico y sus aplicaciones; probablemente ello tenga alguna conexión con el origen alemán y luego europeo continental del principio de legalidad penal y su más débil recepción en el Derecho estadounidense.”*⁴⁸

⁴⁵ CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal: Parte General. Octava edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, pág.174.

⁴⁶ “No hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo, además, la clase de castigo a que se encuentra sometido (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)” en CURY, *ob.cit.* pág. 165. Este principio de legalidad o reserva se erige muy ligado al concepto de tipicidad, siendo incluso parte de aquél, ya que consiste en la descripción de “*los elementos subjetivos y objetivos que conforman la conducta conminada con sanción penal*” en GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte General. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003. Pág. 33. Cabe señalar también, en particular a la crítica mencionada, que dicho principio es recogido constitucionalmente en el artículo 19 N° 3 inciso final por la Constitución Política de la República: “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”.

⁴⁷ En cuanto a las limitaciones de precisión de los criterios: “*Una de las circunstancias desconcertantes de la política anti-trust es la falta de precisión de los criterios sobre los cuales forzosamente ha de basarse.*” en FELLNER, William. Oligopolio. Teoría de las estructuras de mercado. México. 1953, pág. 267 citado en OPAZO BRULL, Ernesto. La comisión antimonopolio y estudio del título V de la Ley N° 13.305. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1962. Pág. 70.

⁴⁸ VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 248.

En nuestra opinión, y tal como será tratado más adelante, el tipo anticompetitivo descrito y tipificado en el artículo 3° del DL N° 211, no adolece necesariamente del carácter de tipo penal en blanco ni tampoco se configura como una norma demasiado flexible en cuanto a su complementación por parte de la Jurisprudencia en comparación con otras normas penales o administrativo-sancionatorias, fundamentalmente por contener de manera expresa y clara la finalidad que debe perseguir el hecho, acto o convención que realice el agente que ejecute o realice dichas acciones. De esta manera, el tipo antimonopólico que analizamos, señala de manera inequívoca que la acción debe tender a restringir o entorpecer la libre competencia, o estar dirigida a producir dichos efectos.

En términos generales, sobre la crítica de ley penal en blanco, existen apreciaciones doctrinarias que dan cuenta de los esfuerzos por delimitar de mejor forma esta descripción del tipo anticompetitivo, en las cuales se destacan, asimismo, las dificultades que entraña la definición del tipo en este caso particular:

“La búsqueda de protección de la competencia tiene ya más de cien años de historia, y su conceptualización se ha venido clarificando y precisando. Sin embargo, las dinámicas corruptas colocan paso a paso nuevos obstáculos al logro de la protección deseada. En la sofisticación financiera y la astucia, hoy cobra fuerte relevancia, por ejemplo, el asunto de las manipulaciones en subastas públicas, que logran “dirigir” las decisiones de la autoridad restringiendo subrepticamente las posibilidades de competir de quienes no conforman el estrecho círculo de secreto entendimiento”⁴⁹

En este mismo sentido, y refiriéndose a la protección penal de bienes jurídicos cuya consistencia depende de circunstancias fundamentalmente cambiantes, el profesor CURY plantea ciertos problemas de las llamadas leyes penales en blanco, indicando que en estos casos *“el legislador advierte que la materia sobre la cual versan las prohibiciones y mandatos puede experimentar cambios sucesivos, acelerados e impredecibles, a causa de que se encuentra referida a relaciones complejas y muy*

⁴⁹ SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. Un asunto criminal contemporáneo. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010. Pág. 57.

*sensibles a las variaciones de situaciones diversas e interdependientes. Este es por ejemplo el caso de las normas que sancionan delitos tales como los cambiarios, los tributarios (delitos fiscales) y otros semejantes*⁵⁰.

Precisamente, dentro de estos otros “delitos semejantes”, encontramos normas tales como las que establece la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, referidas a los delitos de falsedad contemplados en el artículo 59⁵¹, o de uso de información privilegiada del artículo 60⁵², donde la descripción del ilícito intenta reflejar el escenario esencialmente cambiante que puede verificarse en el tráfico comercial y económico que intenta regular y sancionar, mediante la utilización de elementos o conceptos tales como “antecedentes falsos”, “certificaciones falsas”, “obtención de beneficio pecuniario”, “cualquier tipo de operaciones o transacción con valores de oferta pública”, o “registros, documentos, soportes tecnológicos o antecedentes de cualquier naturaleza”.

⁵⁰ CURY, *ob.cit.* pág. 175.

⁵¹ Entre otros, la ley N° 18.045, en su artículo 59 establece que “sufrirán las penas de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo: a) Los que maliciosamente proporcionaren antecedentes falsos o certificaren hechos falsos a la Superintendencia, a una bolsa de valores o al público en general, para los efectos dispuesto en esta ley; b) Los administradores y apoderados de una bolsa de valores que den certificaciones falsas sobre las operaciones que se realicen en ella; c) Los corredores de bolsa y agentes de valores que den certificaciones falsas sobre las operaciones en que hubieren intervenido; d) Los contadores y auditores que dictaminen falsamente sobre la situación financiera de una persona sujeta a obligación de registro de conformidad a esta ley”.

⁵² Ley N° 18.045, art. 60: “Sufrirán las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados: e) Las personas a que se refiere el artículo 166 que al efectuar transacciones u operaciones de valores de oferta pública, de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas, para sí o para terceros, directa o indirectamente, usaren deliberadamente información privilegiada; f) Los que defraudaren a otros adquiriendo acciones de una sociedad anónima abierta, sin efectuar una oferta pública de adquisición de acciones en los casos que ordena esta ley; g) El que valiéndose de información privilegiada ejecute un acto, por sí o por intermedio de otras personas, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, mediante cualquier tipo de operaciones o transacciones con valores de oferta pública; h) El que revele información privilegiada, con objeto de obtener un beneficio pecuniario o evitar una pérdida, tanto para sí como para terceros, en operaciones o transacciones con valores de oferta pública; i) Los que indebidamente utilizaren en beneficio propio o de terceros valores entregados en custodia por el titular o el producto de los mismos, y j) El que deliberadamente elimine, altere, modifique, oculte o destruya registros, documentos, soportes tecnológicos o antecedentes de cualquier naturaleza, impidiendo o dificultando con ello la fiscalización de la Superintendencia.”

En este sentido, no resulta atendible, en atención al espíritu de contar con legislación y normativa efectiva y consistente, exigir mayor especificidad y delimitación a la descripción del ilícito, toda vez que como hemos reiterado, y en consonancia con lo señalado por la doctrina⁵³, las vicisitudes y circunstancias cambiantes del tráfico mercantil, la incesante y continua innovación en el desarrollo de los negocios, las modalidades y formas que puede adoptar la práctica o conducta anticompetitiva es tan disímil que vuelven extremadamente difícil e impensable encuadrarlas en un tipo estático. Ello, por otro lado, origina que sea el órgano jurisdiccional competente –en este caso el TDLC- el responsable de interpretar cuándo y bajo qué circunstancias la acción ha tendido a producir dichos efectos, o efectivamente los ha ocasionado. Incluso, y para efectos de generar mayor certeza jurídica y confianza legítima en esta materia, la ley ha establecido un procedimiento de consulta ante este tribunal, el que no puede revisar -ni posteriormente sancionar- conductas que se encuentren acordes con lo resuelto en dicho procedimiento no contencioso, y sólo podrá generar responsabilidades en los agentes ejecutores de dichas conductas, bajo nuevos antecedentes o circunstancias que sean calificados como contrarios a la libre competencia por parte del mismo TDLC⁵⁴.

Además, es preciso recordar que el DL N° 211 en su artículo 3°, con la finalidad de esclarecer qué es lo que se entenderá por ilícito en esta materia, enuncia una serie de ejemplos sobre la materialización del injusto, sirviendo como guía y apoyo al juzgador dada la carga interpretativa que éste ostenta:

“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 expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la

⁵³ “Es tal la multiplicidad y complejidad que pueden adoptar las conductas vulneratorias de la libre competencia que las legislaciones suelen dar lineamientos muy generales.” en VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 246. Sin embargo, y a pesar de ello, se reconoce que, en relación a la importancia de la tipicidad, tanto en “el derecho de la libre competencia nacional como en el extranjero, el grado de desarrollo de los tipos antimonopólicos dista de hallarse en un estadio que pudiese calificarse de satisfactorio.”, *ídem*.

⁵⁴ DL N° 211, art. 32.

producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores, o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.⁵⁵

En lo referente a las conductas materiales que pueden calificarse como prácticas atentatorias a la Libre Competencia y que generan las responsabilidades correspondientes, a partir de lo señalado en el artículo 3° del DL N° 211, es posible encontrar en la doctrina, tanto nacional como comparada, diversas menciones a las prácticas, que posteriormente clasificaremos de acuerdo a los distintos criterios que han utilizado los académicos para referirse a dichos ilícitos:

Primeramente, debemos referirnos a las prácticas que de manera expresa ha consagrado el legislador como ilícitos anticompetitivos, a modo ejemplar, en el literal a del inciso segundo del artículo 3° del DL N° 211, así considerados de forma genérica como *conductas o prácticas restrictivas horizontales*⁵⁶. En este sentido, y de manera amplia podemos señalar que son aquéllas efectuadas de manera *conjunta* o *concertada* por empresas o personas (naturales o jurídicas) competidoras dentro de un mercado relevante dado, tendientes a la eliminación o entorpecimiento de la competencia.

El carácter genérico de la definición entregada intenta incluir las diversas maneras de materializar dichas conductas (que, dicho sea de paso, la ley señala expresamente en su artículo 3° letra "a"), esto es, los acuerdos expresos o tácitos o las prácticas concertadas. Asimismo, la amplitud de la definición que señalamos se subsume en la diversidad de estrategias u objetivos que pueden perseguir las conductas o prácticas que podemos situar y enmarcar dentro de este concepto, a

⁵⁵ *Ibíd.* Art. 3°, inciso 2°.

⁵⁶ Sobre la precisión de dicho concepto nos referiremos más adelante.

saber: fijación de precios, repartición horizontal de cuotas de mercado geográfico (ya sea distribuyéndose porciones de mercado relevante de producto o geográfico), negativa concertada a contratar con determinados competidores, determinación de límite de rendimientos o calidades de los bienes o servicios producidos u otorgados, reparto de clientela, establecimiento de agencia de ventas, o bien, por medio de la combinación de los anteriores.

En lo que respecta al presente estudio, estas últimas serán las prácticas que nos ocuparán especialmente, no porque las restantes resulten irrelevantes, sino porque los elementos cognitivos y volitivos que en aquéllas concurren, repugnan y violentan de forma más flagrante y directa los principios y objetivos del Derecho de la Libre Competencia, siendo en este sentido, de un mayor carácter pluriofensivo y, por tanto, aparecen con un marcado disvalor en la conducta del agente que las realiza.

Luego, en segundo lugar, el DL N° 211 en la letra “b” del inciso segundo de su artículo 3°, señala que la explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante⁵⁷ en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo abusos semejantes, se configura como otra práctica material que atenta contra la Libre Competencia.

Respecto de esta modalidad de ilícito, también conocido como *abuso de posición dominante* o *monopolización* se ha señalado por el profesor WITKER que

⁵⁷ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en el Estados Unidos de Norteamérica. En: Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia (1992, Cámara de Comercio de Santafé, Bogotá). [En línea] <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/documents/ANOTAC.PDF> [consulta: 30 de noviembre de 2010]: “La posición dominante en un mercado se configura cuando una firma tiene un poder de mercado significativo, que se traduce en la posibilidad de reducir la producción con el objeto de incrementar los precios del producto y así obtener ingresos extraordinarios, que de ninguna manera se lograrían en un mercado más participativo.” Para un concepto, con matices y énfasis diferentes a los expuestos, *cfr.* VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 550: “es una situación en la cual existe poder de mercado emanado de un monopolio estructural y que no se agota en la situación de un monopolio puro, resultando aplicable también a los monopolios parciales. (...) debe entenderse que los adjetivos “dominante” o “monopólico” aluden al monopolio estructural y no son privativos de una forma específica de mercado.”

“requiere como primer supuesto la existencia de una empresa con una posición privilegiada de mercado la cual, valiéndose de su poder de mercado, realiza actos tendientes a eliminar la competencia”⁵⁸. Por otra parte, en la medida en que el agente económico, o el conjunto de ellos, no haga abuso del poder de mercado⁵⁹ que posee en el marco de un mercado relevante determinado, no resultaría reprochable ni sancionable la conducta, toda vez que “es una contradicción afirmar la existencia de abusos de posición monopólica que no sean vulneradores de la libre competencia, puesto que en tal caso tales abusos no serían monopólicos”⁶⁰.

Esta perspectiva de análisis rescata lo esencial de la discusión que se dio durante los primeros años de aplicación e interpretación jurisprudencial de la legislación *antitrust* en el Derecho Norteamericano, en cuanto a si sancionar las altas y considerables participaciones y concentraciones de mercado⁶¹, bastando para ello que una persona (natural o jurídica) tuviera una gran poder de mercado, o si por el contrario, había que analizar los antecedentes de hecho y las políticas comerciales y estratégicas de la empresa para, de acuerdo con ello, establecer si se configuraba un efectivo atentado a la libre competencia, por medio del uso y abuso que se hacía de la posición dominante que se tenía dentro de un mercado relevante⁶². Dicho de otro modo, la ilicitud de la conducta reprochable en esta sede se materializa por medio del efectivo abuso que se realiza por parte de un agente económico (sea persona natural o jurídica) que puede estar conformado (tal como lo expresa la ley) por una empresa o

⁵⁸ WITKER, *ob.cit.*, pág. 105.

⁵⁹ Se ha definido *posición dominante* como “La capacidad de una firma (o un grupo de firmas) de aumentar y mantener los precios por encima del nivel que tendrían estando en competencia” [traducción libre], en ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Glossary of industrial organization economics and competition law. 1993. [En línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].

⁶⁰ VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 547.

⁶¹ “En un inicio la jurisprudencia norteamericana se preocupó por otorgar un marco de protección a las empresas pequeñas, ya que la idea era conseguir una economía organizada atomísticamente para de esta forma garantizar el mantenimiento de una forma democrática de gobierno favorable a los consumidores.” En ROMÁN SAAVEDRA, Jorge Antonio. Aspectos jurídicos y económicos del delito de abuso de poder de mercado. Tesis para optar al título de Abogado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú. 2004.

⁶² “Reconocemos dos formas de aproximación jurisprudencial al abuso: la que se califica con abstracción de las condiciones del mercado relevante y la que para su configuración investiga y considera el grado de competencia efectiva en el respectivo mercado relevante.” En VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 547.

un conjunto de ellas que tengan un controlador común, y que tenga una posición dominante en un mercado relevante. Con abuso y sin posición dominante, no hay ilicitud. *Contrario sensu*, es decir, con posición dominante y sin abuso de dicha situación, tampoco se configura el injusto; entonces, en definitiva, ambos elementos deben concretarse de manera copulativa para situarnos ante un atentado a la Libre Competencia.

Una tercera práctica por medio de la cual se materializa un atentado a la Libre Competencia, se configura por medio de lo que señala la letra “c” del artículo tercero del DL N° 211, es decir, las prácticas predatorias, o de competencia desleal, que estén dirigidas a alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante. Las prácticas predatorias se han definido, en términos amplios, como *“aquéllas que, a través del empleo de medios distintos de la competencia basada en los méritos, tienen por finalidad el perjudicar a uno o a varios competidores como forma de mejorar la situación propia en el mercado”*⁶³.

Sin embargo, esta definición resulta demasiado general y no especifica algunos elementos que diferencian a las prácticas predatorias de otras conductas que si bien tienden al mismo objetivo, no pueden ser calificadas de tales. Doctrinariamente, al hablar sobre prácticas predatorias, y como aparece de manifiesto en la definición recién entregada, se hace referencia a un cúmulo de conductas que pueden enmarcarse dentro de dicho concepto, y en este sentido entonces, cabe analizar cuáles serían las características que los señalan como parte de un tipo especial de conductas atentatorias a la Libre Competencia. Así, el profesor HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, señala como elementos diferenciadores –y al mismo tiempo, comunes entre sí– de las prácticas predatorias la existencia de una conducta orientada directamente a perjudicar (o depredar) uno o varios competidores para mejorar la situación propia del “depredador” en el mercado relevante, el empleo de medios distintos de la competencia basada en méritos (eficiencia), la apariencia competitiva de

⁶³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Precios Predatorios y Derecho Antitrust: Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 1997. Pág. 38

los medios señalados (dificultad en descubrir conducta), y el sacrificio de beneficios a corto plazo a cambio de expectativa de mayores ganancias a largo plazo⁶⁴.

Un cuarto tipo de conductas atentatorias a la Libre Competencia, que dicho sea de paso, el DL N° 211 no menciona en la enunciación que realiza en el inciso segundo del artículo 3°, pero que sin embargo, puede desprenderse su ilicitud a partir de lo señalado en la descripción típica que analizábamos al referirnos al tipo universal antimonopólico, son las conductas o prácticas restrictivas verticales, esto es, aquéllas efectuadas de manera conjunta o concertada por empresas o personas (naturales o jurídicas) que participan en segmentos distintos dentro de una cadena productiva o de distribución.

2.2.3. Categorización de las conductas atentatorias a la Libre Competencia

En cuanto a las formas de sistematizar o clasificar las conductas materiales atentatorias a la Libre Competencia, es posible encontrar en la doctrina -tanto nacional como comparada- diversas tipologías, entre las cuales se destacan las que a continuación se indican.

En primer lugar, el profesor WITKER señala una clasificación de lo que denomina *prácticas restrictivas reguladas*, señalando que las legislaciones de las naciones que conforman el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), han seguido en términos generales las corrientes doctrinarias de Estados Unidos de Norteamérica en cuanto a la manera de clasificar las conductas atentatorias a la Libre

⁶⁴ En efecto, el profesor Hernández Rodríguez, refiriéndose de forma más restringida a la estrategia de precios predatorios, las define como aquellas conductas “*distintas de la competencia basada en los méritos, con las que una empresa, para aumentar su poder de mercado, pretende eliminar del mismo, o por lo menos perjudicar, a uno o varios competidores mediante el empleo abusivo de medios generalmente competitivos, renunciando a los beneficios a corto plazo, con la esperanza de obtener mayores ganancias a medio o largo plazo*”. Ídem.

Competencia, sobre la base de dos criterios de análisis, a saber: el criterio *per se* y la regla de lo razonable, o en su concepto original idiomático, *rule of reason*:

“Así, mientras determinados acuerdos han sido considerados inherentemente anticompetitivos (per se unreasonable); bajo la regla de la razón (rule of reason) ciertos acuerdos pueden ser prohibidos sólo si un análisis de sus propósitos y efectos indica que dichos acuerdos restringen la competencia de forma “unreasonable.”⁶⁵

En este sentido, WITKER genera una distinción entre las diversas prácticas anticompetitivas, señalando que algunas se sancionarán bajo el criterio *per se*, y otras desde la óptica de la *rule of reason*:

“El abuso de posición dominante, o monopolización, generalmente es sancionado como per se unreasonable. Los acuerdos horizontales pueden ser tratados bajo el criterio per se unreasonable o bajo el de la rule of reason. La mayoría de los acuerdos verticales no son caracterizados como per se unreasonable. Sólo la han sido la fijación vertical de precios, el mantenimiento de precio de reventa y ciertas formas de tying. Las restricciones verticales que no involucran precios han sido tratadas únicamente bajo la regla de la razón.”⁶⁶

Sobre esta distinción, WITKER indica que el abuso de posición dominante o monopolización *“requiere como primer supuesto la existencia de una empresa con una posición privilegiada de mercado la cual, valiéndose de su poder de mercado, realiza actos tendientes a eliminar la competencia. Para ello, se vale de diversas estrategias, generalmente relacionadas con la fijación y determinación de precios, ya sea mediante precios de exclusión o precios abusivos”⁶⁷*, mientras que los acuerdos restrictivos verticales *“son celebrados comúnmente entre compradores y vendedores en alguna fase de la cadena productiva”⁶⁸* previéndose entre ellos los casos de *“1) distribución exclusiva por zonas geográficas, clientes, tiempos, etc.; 2) fijación de precios o condiciones de reventa; 3) ventas atadas; 4) exclusividad en operaciones de compra o venta; 5) denegación de trato; y 6) boicot”⁶⁹*.

⁶⁵ WITKER, *ob.cit.* pág. 104.

⁶⁶ *Ídem.*

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 105.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 119.

⁶⁹ *Ídem.*

Otra manera de agrupar las prácticas restrictivas de la Libre Competencia, que atiende más bien a un criterio cuantitativo sobre los infractores, es la que plantea la agencia encargada del cumplimiento del Derecho de la Competencia en el Reino Unido, la Office of Fair Trading. Señala este órgano a través de un informe preparado por Charles River Associates⁷⁰, que los atentados a la competencia es posible agruparlos en conductas unilaterales o colectivas, dependiendo de quién o quiénes hayan concurrido a su comisión como ilícito.

Como ya expusimos *supra*, el profesor VALDÉS realiza una clasificación diferente apoyándose en la relación que tiene la práctica o conducta ilícita con la conformación o abuso del monopolio, así señala que “*el injusto monopolístico puede clasificarse en ilícitos de fuente e ilícitos de abuso*”⁷¹. De esta manera, se agrupan los ilícitos en dos grandes conjuntos, siendo el primero de ellos el que reúne a las prácticas que tienen a la conformación de un monopolio por medios o fuentes ilícitos, es decir, no existiendo el monopolio, el agente económico realiza gestiones ilícitas tendientes a la conformación de uno. El segundo grupo en el que pueden situarse las prácticas, es aquél compuesto por las conductas que, una vez configurado e instaurado el monopolio, abusan de dicha situación y posición dominante con el objeto obtener utilidades o beneficios sobre-normales, afectando a los demás agentes económicos o consumidores.

A su vez, dentro de los conjuntos de conductas atentatorias a la Libre Competencia ya delimitados, es posible encontrar una subclasificación, a saber, dentro de los ilícitos de fuente, se sitúa la fuente del monopolio en las condiciones propias del mercado, es decir, por la subaditividad de costos que enfrenta un productor de bienes o servicios en el marco de determinado mercado relevante (*Monopolio Natural*). Asimismo, es posible encontrar la fuente del monopolio en un acto del Estado, esto es, se le entrega la explotación de una actividad de forma monopolística a un agente

⁷⁰ OFFICE OF FAIR TRADING. Innovation and competition policy. 2002. [En línea] <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft377part1.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

⁷¹ VALDÉS 2006a, *ob.cit.*, pág. 395.

económico exclusivo (*Monopolio de Privilegio*). Otra fuente del monopolio se encuentra en la unificación de la competencia, es decir, por medio de la colusión y conspiración que se efectúa entre competidores (*Monopolio por unificación de competencia*). Se menciona una cuarta fuente de monopolio, que no es posible considerarla como ilícita, tal como se define también en la categorización del profesor VALDÉS, y que se presenta como Monopolio por Eficiencia, que surge a partir de las lícitas estrategias por parte de los competidores, por medio de eficiencia productiva, que se refleja a través de menores precios, mejoras en la calidad, etc. Ello, finalmente, redundará en un incremento en la participación de mercado de la empresa que ha seguido dicha conducta lícita para mejorar su participación en el mercado, y de esta forma, por medio de la competencia sana y efectiva (aunque muchas veces pueda resultar agresiva al mismo tiempo) se erige como un monopolista, situación que termina no siendo imputable a ninguna persona, salvo que se comience a abusar de dicha posición de dominio, momento en el cual, dicha conducta se configurará como un ilícito de abuso (en la misma terminología empleada por el profesor VALDÉS).

Por otro lado, dentro de las descripciones que han realizado autores en el marco de nuestra doctrina, podemos señalar la clasificación efectuada por BARROS y URIBE⁷², en la cual agrupan las conductas atentatorias a la libre competencia de acuerdo y en la forma en que señala y expone el artículo 2° del DL N° 211 de 1980, esto es, atendiendo a la materia o sector de la economía sobre la que recaiga la práctica o conducta. Así, consideran que podrán clasificarse según si los hechos, actos o convenciones se refieran a: la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas; al transporte; al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores; a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros; a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos, u otros grupos o asociaciones,

⁷² BARROS y URIBE, 1982. *ob.cit.*

tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entorpecen el legítimo acceso a una actividad o trabajo; y finalmente se hace referencia, en general, a cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

3. LA COLUSIÓN O CONSPIRACIÓN MONOPÓLICA

3.1. Acuerdo, Colusión y Práctica Concertada.

Previo al tratamiento de las prácticas o acuerdos colusorios, así como de las clasificaciones que subyacen entre éstos, conviene precisar las denominaciones y conceptos utilizados en esta materia, dada la dispersión de criterios existente en los textos doctrinarios y positivos acerca de los tópicos que serán tratados en este capítulo.

Primeramente, y como un punto de partida utilizado comúnmente en estudios que versan sobre definiciones de conceptos jurídicos, cabe tener presente lo que señala la Real Academia Española de la Lengua (en adelante, RAE) sobre los términos que se utilizan en esta sede para referirnos a las prácticas o conductas que conllevan un comportamiento conjunto entre competidores.

El término “acuerdo” es definido por la RAE en una de sus acepciones como aquel “convenio entre dos o más partes”⁷³, lo que sumado a la definición de “colusión”, esto es, el “pacto ilícito en daño de tercero”⁷⁴, nos obliga a concluir que el “acuerdo” es el género, y la “colusión” la especie, dentro de estas prácticas restrictivas horizontales atentatorias a la Libre Competencia. Ello porque la colusión se configura como un pacto o acuerdo, con la particularidad de tener dos elementos copulativos que lo califican de manera especial, a saber, el carácter antijurídico, y provocar un perjuicio a un tercero ajeno a dicho pacto, convenio o concierto. De esta manera, *contrario sensu*, puede parecer evidente también el hecho que puedan existir acuerdos que no sean calificados de colusorios, esto es, que pueden no ser ilícitos ni provocar daños a

⁷³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición. Madrid. Espasa Calpe, 2001, [En línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=acuerdo> [Consulta: 30 de noviembre de 2010] Aceptación 3 como nombre masculino.

⁷⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *ob.cit.*, [En línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=colusi%F3n> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

terceros, o bien, configurar sólo uno de los dos elementos, y con ello obstar a la posibilidad de su calificación colusoria:

“En general, se ha entendido que la expresión “acuerdo” tiene un significado amplio, cubriendo tanto los acuerdos legalmente vigentes o no.”⁷⁵

Ahora bien, en cuanto a los elementos que dan especificidad a la “colusión” en relación al “acuerdo”, cabe precisar que el carácter ilícito se configura a partir de la contravención de la norma jurídica -en el caso particular que nos ocupa, del Derecho de la Libre Competencia-, por medio de la conculcación del bien jurídico protegido por esta rama jurídica.

Por otro lado, y en cuanto al daño o perjuicio a terceros referido en la definición de colusión entregada por la RAE, nuestra opinión es que aquél se produce de manera consecencial respecto del pacto ilícito efectuado por dos o más agentes económicos, precisamente porque el objetivo y finalidad de las personas que concurren a la colusión no persiguen necesaria o directamente la afectación de terceros –sean éstos consumidores o competidores-, sino más bien incrementar el margen de utilidades o beneficios por medios ajenos y contrarios al Derecho de la Libre Competencia, que en este caso particular se configuran por medio de la concertación o convenio de voluntades y que, consecencialmente, tendrá como efecto indirecto la afectación de terceros.

Es más, si la intención primigenia de la colusión fuera perjudicar o dañar a un tercero, presenciaríamos la concurrencia de otro ilícito conjuntamente con la colusión, esto es, una práctica predatoria. ¿Por qué una práctica predatoria? Porque la conducta ilícita estaría dirigida –primeramente, y en una perspectiva de corto plazo- a ocasionar un daño o perjuicio a uno o más terceros, para luego –a largo plazo- poder incrementar sus utilidades a través del aprovechamiento de la posición dominante alcanzada, mantenida o incrementada, por medio del perjuicio ocasionado a terceros.

⁷⁵ ROMERO GUZMÁN, Juan José. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? [En línea] <http://www.clcuc.cl/documentos_down/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf> Centro de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

Entonces, en la medida que la conducta ilícita esté dirigida, en un principio, a dañar a un tercero, para luego generar utilidades, estando el perjuicio (o los daños) en una relación de medio a fin con los beneficios esperados en el largo plazo, nos encontraremos frente a una figura que encuadra con una práctica colusoria de forma conjunta a una práctica predatoria. Por otro lado, es posible considerar también que la colusión puede conllevar asimismo, determinadas prácticas predatorias como política de sanciones e incentivos al cumplimiento del pacto acordado entre los competidores coludidos.

De esta manera, rescatamos el hecho que en las conductas colusorias el elemento subyacente y diferenciador no es el daño que se provoca a terceros, que lo asemeja más a una práctica predatoria, sino más bien la característica esencial de la colusión radica en los beneficios y utilidades que se pretenden obtener de manera ilícita, por medio del concierto de voluntades de dos o más competidores, que será dirigido a las estrategias que se persigan, tales como el aumento y fijación de precios de manera concertada, la repartición de cuotas de mercado, la manipulación de licitaciones, etc.

Sin embargo, lo anteriormente expuesto plantea una fundamental interrogante a resolver: ¿Existirían entonces, acuerdos que resulten ser no colusorios, es decir, que no sean ilícitos y/o que no resulten en un daño a terceros? Esta pregunta parece tener una respuesta afirmativa.

Uno de los casos que se plantea en el Derecho de la Libre Competencia como una figura similar o relacionada con los acuerdos que aquí analizamos, y que no resulta contraria a Derecho, es el *joint venture*, que ha sido definido como una “*asociación de firmas o individuos con el objeto de emprender un proyecto de negocios específico*”⁷⁶, o también, considerando lo señalado por LE PERA, como un “*acuerdo*

⁷⁶ Traducción libre del original en inglés: “*A joint venture is an association of firms or individuals formed to undertake a specific business project.*” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). 1993. *ob.cit.* pág. 51.

*empresario para la realización de un proyecto específico, con independencia de la forma jurídica que se adopte*⁷⁷.

Así presentado, el *joint venture* aparecerá como una materia digna de análisis y preocupación para el Derecho de la Libre Competencia en la medida en que sea efectuada por agentes económicos competidores entre sí (horizontalmente), es decir, que afecten un segmento único de la cadena de distribución de un bien o servicio, por oposición a un *joint venture* que se concreta entre empresas que participan en segmentos diversos de una cadena de distribución (verticalmente), en cuyo caso, su evaluación será pertinente si y sólo si una de las etapas *-aguas arriba o abajo-* se configura como una instalación esencial o, por ejemplo, posea determinados derechos de propiedad intelectual, y especialmente industrial, circunstancia en la que dicha figura puede representar una amenaza a la Libre Competencia⁷⁸.

En este sentido, cabe precisar que la determinación del carácter ilícito del *joint venture*, será analizado casuísticamente, sobre la base de los antecedentes y circunstancias particulares que rodeen el caso particular, y en ese caso, se configuraría ya no como un *joint venture* sino más bien como una práctica colusoria, o bien, como una integración horizontal o vertical, dependiendo de las circunstancias.

Un segundo problema que se nos plantea sobre la denominación de las prácticas que analizamos en este apartado, se relaciona con el concepto de “prácticas concertadas”, término que es utilizado por el legislador en el actual DL N° 211 en su artículo tercero, tal como expusimos *supra*: “*Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos*

⁷⁷ LE PERA, S. *Joint Venture y Sociedad. Acuerdos de Coparticipación Empresarial*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1989. Pág. 83. Citado en ERRÁZURIZ GREZ, José Tomás y AGÜERO VARGAS, Francisco. *Tratamiento de los acuerdos de cooperación empresarial ante el derecho de la competencia. ¿Cuándo un joint venture es una concentración?* *En*: Primera Jornada sobre Libre Competencia (2006, Centro de Libre Competencia Pontificia Universidad Católica de Chile). *Revista Anales de Derecho UC: Temas de Libre Competencia*. Santiago, Chile. Pontificia Universidad de Chile, 2006.

⁷⁸ Para un análisis pormenorizado de esta materia, *vid.* ERRÁZURIZ GREZ y AGÜERO VARGAS, *ob.cit.*

*expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores, o afectar el resultado de procesos de licitación*⁷⁹.

La cuestión se suscita porque la expresión “prácticas concertadas”, *prima facie*, tanto en su literalidad como en la expresión que utiliza el legislador en la norma antes citada, nos lleva a pensar que estas prácticas se configuran como una conducta distinta de los acuerdos (expresos o tácitos), y en ese sentido entonces, la utilización del término “acuerdo” se nos hace estrecha para efectos de incluir en él, a los acuerdos –expresos y tácitos- conjuntamente con las prácticas concertadas.

El surgimiento de la sanción a la práctica concertada como ilícito anticompetitivo, nace a partir de las modificaciones introducidas al DL N° 211 por la Ley 19.911/2003, la cual ya en su mensaje manifestaba la expresión práctica concertada de manera conjunta con la referencia a los acuerdos (expresos o tácitos) para tipificar las conductas catalogadas de colusorias⁸⁰. De esta manera, la expresión práctica concertada no había sido considerada ni utilizada por legislación alguna referida al Derecho de la Libre Competencia. Sobre este punto, cabe mencionar que la noción de práctica (o acción) concertada nace legalmente en la legislación europea, pero jurisprudencial y materialmente, es en EE.UU. donde se gesta la utilización de esta expresión, y por ello, para efectos de depurar y comprender la sustancia del concepto, debemos referirnos a lo señalado en estos sistemas legales.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCCE) en su artículo 81.1 realiza la distinción que mencionábamos entre acuerdos y prácticas concertadas⁸¹ que realiza nuestra legislación interna⁸², y a ese respecto, la OFFICE OF

⁷⁹ El énfasis es nuestro.

⁸⁰ Vid. Mensaje de S. E. el Presidente de la República con el que se inicia un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 17 de mayo de 2002, boletín N° 2944.03, pág. 12.

⁸¹ Sobre el particular, cabe mencionar que “*el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea no menciona el término “colusión”, sin embargo es ampliamente aceptado que el objetivo principal de la política del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea es combatir la colusión ilícita.*” En su original

FAIR TRADING⁸³ señala en las directrices dictadas sobre acuerdos y prácticas concertadas que “el límite entre los dos conceptos (Acuerdo y Práctica Concertada) es impreciso. La diferencia clave es que una práctica concertada puede existir donde haya una cooperación informal sin un acuerdo o decisión formal”⁸⁴. Agrega que para la determinación de la existencia de una práctica concertada, dicho ente necesitará establecer que las partes, inclusive si no fueron parte integrante del acuerdo, sustituyeron -con conocimiento o sabiendas- la cooperación entre ellos por los riesgos de la competencia.

Este mismo organismo explicita, a modo ejemplar, que la consideración de ciertos criterios o elementos al momento de determinar la configuración de una práctica concertada, a saber: la entrada de las partes -con conocimiento- en una cooperación práctica; la influencia en el comportamiento de las agentes que participan del mercado, como resultado del contacto directo o indirecto con otras empresas; el comportamiento paralelo como resultado del contacto entre empresas que conllevan condiciones de competencia que no corresponden a condiciones normales del mercado; la estructura

en inglés: “Article 81 EC does not mention the term “collusion”, although it is widely recognized that the main policy objective of article 81 EC is to fight unlawful collusion” En CAPOBIANCO, Antonio. Agreements-concerted practices. Collusion, agreements and concerted practices: An economic and legal perspective. En: AMATO, Giuliano y EHLERMANN, Claus-Dieter (Eds). EC Competition Law. A critical Assessment. Reino Unido. Hart Publishing. 2007. Pág. 25. [Traducción Libre]

⁸² TCCE, art. 81.1: “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los **acuerdos** entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las **prácticas concertadas** que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.” Podrá notarse que el precepto transcrito, además menciona un tercer modo de comisión de acuerdo horizontal: las decisiones de asociaciones de empresas, que por no estar incluidas expresamente dentro del ilícito mencionado en nuestra legislación interna, no lo analizaremos en profundidad. Sin embargo, cabe hacer notar sobre este punto, que a pesar de que el legislador no lo haya expresado manifiestamente en los casos ilustrativos que menciona el artículo 3º del DL N° 211, evidentemente esta modalidad de comisión podría ser subsumida en el injusto universal antimonopolio, al que se refiere el encabezado de dicho precepto, en la medida en que confluyan los requisitos exigidos para configurar el ilícito anticompetitivo genérico.

⁸³ Autoridad de competencia y de protección al consumidor del Reino Unido.

⁸⁴ OFFICE OF FAIR TRADING. Agreement and concerted practices. Understanding competition law. Competition Law Guideline. 2004. [En línea] <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/oft401.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010] Párrafo 2.11. [traducción libre] El paréntesis es nuestro. Texto original en inglés: “The boundary between the two concepts is imprecise. The key difference is that a concerted practice may exist where there is informal co-operation without any formal agreement or decision”.

del mercado relevante y la naturaleza del producto involucrado; y el número de empresas en el mercado, y en el caso de que existan pocas empresas, las estructuras de costos y resultados que aparezcan similares entre ellas.

Teniendo presente los elementos señalados, creemos que aparecen de manifiesto las características que diferencian las prácticas concertadas de la figura del acuerdo, tanto en su dimensión expresa como tácita. Sobre este punto, el profesor ROMERO señala que es el “*consenso mental dirigido a sabiendas o conocidamente a sustituir la competencia por una cooperación práctica*”⁸⁵ lo que se destaca como el elemento esencial de la práctica concertada, y que por tanto, distingue estas dos conductas. Así, el acuerdo –en su vertiente colusoria, que es la que nos interesa– podrá ser expreso o tácito, pero indiscutiblemente conllevará cierta formalización y oficialización del pacto, es decir, expreso o tácito, el convenio existirá y se habrá concretado entre las personas que concurren a dicha colusión.

Por el contrario, en las prácticas concertadas, no existe dicha manifestación ni concreción del pacto, más bien, nos encontramos en presencia de conductas que están dirigidas a evitar la competencia por medio de un curso de acción determinado, que a su vez, indefectiblemente está orientado a eliminar la incertidumbre propia de la competencia, sustituyéndolo por la seguridad y certeza que les otorga la cooperación entre los competidores. En este sentido, este curso de acción determinado se asemeja en la acepción de “ajuste”⁸⁶ a la que se refiere la RAE en la definición que entrega del término “concierto”, en la medida en que ajustar deviene en una acción o efecto de concertar, acomodar algo a otra cosa de modo que no haya discrepancia entre ellas, hacer y poner algo de modo que case con otra cosa. Así comprendida, esta práctica concertada podría erigirse, por ejemplo, como la conducta paralela que realizan dos o más agentes económicos con el afán de seguir al líder dentro de un determinado mercado relevante.

⁸⁵ ROMERO, *ob.cit.*, pág. 11.

⁸⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *ob.cit.*, [En línea] <http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=concierto> [Consulta: 30 de noviembre de 2010] Acepción 2, como nombre masculino.

Sin perjuicio de ello, resulta evidente que esta *disposición mental* se vuelve extremadamente compleja de acreditar y probar en sede jurisdiccional, máxime si consideramos la situación de los mercados oligopólicos, sobre los que existe evidencia y consenso acerca de la interrelación que se genera entre los diversos actores que participan de dicho mercado, y en los que, en ocasiones, sus conductas puedan figurar y aparecer de manera paralela, situación en la que habrá que analizar cuáles son las razones que llevaron a las empresas a actuar de determinada manera, y evaluar si dichos motivos resultan lícitos o no. En efecto, y sobre este último punto, se destacan en la doctrina comparada los denominados “*Plus Factors*”, elementos reseñados por las cortes estadounidenses como los componentes adicionales exigibles al comportamiento paralelo que puede encontrarse entre competidores situados en el marco de un mercado oligopólico⁸⁷.

Una cuestión que subyace a lo expuesto sobre acuerdos y prácticas concertadas es el límite, aún más difuso, que se genera entre éstas últimas y aquéllos acuerdos más similares: los acuerdos tácitos. Lo anterior, porque si bien podemos establecer un cierto límite -que ya se hace complejo de fijar- entre los acuerdos en general y las prácticas concertadas, la frontera que separa a las prácticas concertadas de los acuerdos tácitos se vuelve un punto aún más complejo de abordar. Cuestión sobre la cual se ahondará al referirnos a los modos de comisión de las conductas objeto del presente estudio.

Finalmente, y sobre la base de todo lo expuesto, debemos precisar entonces cuál es el concepto que permite cobijar en él, tanto a las prácticas concertadas como a los acuerdos –en sus dos vertientes extremas-, de manera que, una vez efectuada

⁸⁷ “*In antitrust cases, courts have required that economic circumstantial evidence go beyond parallel movement in price to reach a finding that the conduct of firms has crossed the line into the realm of potentially violating Section 1 of the Sherman Act. This additional economic circumstantial evidence is referred to collectively as “plus factors”.* En KOVACIC, W., MARSHALL, R., MARX, L., WHITE, H. Plus Factors. [En línea] <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=robert_marshall> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

dicha proposición, podamos acercarnos a la descripción típica del ilícito que nos preocupa y a una posterior clasificación de dichas conductas.

Frente a esta tarea, debemos tener presente que, por un lado, el concepto “acuerdo” no podemos utilizarlo para referirnos de manera genérica a estas conductas porque como ya dijimos, incluso el legislador en el DL N° 211, hace una distinción entre ambos términos, señalándolos como conductas independientes, no siendo ninguna parte de la otra. Por otra parte, y para efectos de lo que aquí nos compete, conviene tener en cuenta que en el afán de formular o seleccionar un concepto que englobe las prácticas señaladas *supra*, tampoco podemos incurrir en la imprecisión o extralimitación de referir un concepto que resulte demasiado amplio, y bajo el cual puedan incluirse prácticas que no se condigan con la naturaleza de las conductas objeto del presente estudio.

En este sentido, debemos señalar que las conductas que intentamos precisar han sido conceptuadas de variadas formas por los distintos autores que se han referido a este tema. La OECD ha optado por señalar como colusión, a las combinaciones, conspiraciones o acuerdos entre vendedores para elevar o fijar precios y reducir la producción con el objetivo de incrementar los beneficios⁸⁸. De esta manera, incluye dentro de dicho término los acuerdos, que en su vertiente explícita (o de un acuerdo formal) los denomina carteles⁸⁹. Señala por otro lado, el término “acuerdos”, refiriéndose a los arreglos explícitos o implícitos entre firmas que se encuentran normalmente en competencia entre sí efectuados para su beneficio mutuo. Luego, señala que estos acuerdos son a menudo equiparados con la formación de carteles o colusión, y por tanto, el sentido que le da al término acuerdo, es diferente a estos dos conceptos, ya que entiende que pueden existir acuerdos que no resultan ilícitos y, muy por el contrario, que pueden generar grandes beneficios, especialmente en lo que se refiere a investigación y desarrollo, o en los casos de mercados que requieren altísimos

⁸⁸ Traducción libre del original en inglés: “*Collusion refers to combinations, conspiracies or agreements among sellers to raise or fix prices and to reduce output in order to increase profits.*” En ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). 1993. *ob.cit.* pág. 20

⁸⁹ “*A cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry*”, en ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). 1993. *ob.cit.* pág. 18.

niveles de inversión, en cuyo caso, los acuerdos suelen resultar una figura eficiente para superar estos obstáculos.

Creemos entonces que se desprende del texto de la OECD, que se opta por la denominación de colusión, como término genérico para referirse a este tipo de ilícitos anticompetitivos, y por tanto, es en él donde incluye las diversas manifestaciones que esta conducta puede adoptar, precisamente por la voluntad, intención y finalidad que se persigue con este tipo de conductas.

Una denominación diferente es la que utiliza WITKER, para referirse a estos ilícitos, señalando que:

“Los acuerdos horizontales (o prácticas restrictivas absolutas) son aquellos realizados entre competidores y su efecto es la eliminación de la competencia en una cadena productiva completa.

Se consideran acuerdos horizontales los que pueden permitir a un grupo de empresas actuar conjuntamente para lograr algunos de los atributos del monopolio.”⁹⁰

Podemos vislumbrar de lo citado, que la denominación utilizada por WITKER no resulta funcional para efectos de conceptualizar la conducta dada la falta de concordancia con la forma de referirse a este ilícito que adopta el DL N° 211, en tanto utiliza el concepto de “acuerdos horizontales”, y como vimos, no resultaba apropiado referirse de forma genérica al término “acuerdo” toda vez que el legislador la ha señalado de manera separada de la práctica concertada. Por tanto, podemos descartar desde ya la idoneidad y utilidad de la denominación “acuerdos horizontales” expuesta por el profesor WITKER, por carecer de funcionalidad respecto de lo señalado en el inciso segundo del artículo 3° del DL N° 211.

Sin embargo, es rescatable la mención acerca de los elementos (realizados entre competidores, que forman un grupo de empresas, con actuación conjunta, y para efectos de lograr algunos de los atributos del monopolio) que serían parte y distinguirían a este ilícito especial, referencia que a su vez, coincide con la realizada

⁹⁰ WITKER, *ob.cit.*, pág. 109.

por el profesor VALDÉS, quien señala como elementos peculiares de esta figura, que denomina *colusión o conspiración monopólica*, como subgrupo (distinto de la monopolización de carácter individual) dentro lo que él ha denominado “Monopolio por Unificación de la Competencia”: la estructura plurilateral de la conducta; un acuerdo o convención entre personas que puede exhibir contenidos permanentes o dinámicos en el tiempo en función de las circunstancias que enfrenten las partes del mismo a lo largo del tiempo; la convención entendida en términos amplios⁹¹; los acuerdos expresos, tácitos y las prácticas concertadas que se configuran como tres modalidades diversas de colusiones monopólicas; la finalidad de las colusiones monopólicas descritas por la ley⁹².

En cuanto a la denominación referida, el profesor VALDÉS señala que este ilícito se configura como una *colusión o conspiración monopólica*, apelativo que nos parece adecuado para señalar y circunscribir el ilícito que venimos analizando, dado que como se indica:

“Lo que se busca indicar es que la fuente del monopolio dotado de poder de mercado arranca de las conductas de dos o más competidores que, concertada o en cierta concurrencia conductual, producen el efecto de entorpecer, restringir o eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante.”⁹³

A este respecto, y sobre el concepto de *colusión o conspiración monopólica*, cabe señalar que al igual como veíamos a propósito de lo señalado por la OECD, creemos que resultan pertinentes estas denominaciones, dado que permiten cobijar en su interior las modalidades expresadas por el DL N° 211, es decir, los acuerdos expresos o tácitos y las prácticas concertadas.

⁹¹ A diferencia de la convención en sentido jurídico que hace referencia a un acto jurídico bilateral que genera, modifica o extingue obligaciones para las partes, y que se torna demasiado limitada en el objetivo de sancionar este tipo de conductas que generalmente tendrán un carácter secreto y furtivo, y por lo mismo se llevarán a cabo, por medios informales y dinámicos.

⁹² VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 527 y ss.

⁹³ *Ibíd.*, pág. 517.

3.2. Descripción Típica del Ilícito de Colusión o Conspiración Monopólica

Como hemos mencionado *supra*, en consideración a la gran cantidad de modalidades que puede adoptar un ilícito anticompetitivo, y en especial, teniendo presente la vertiginosidad con la que se desarrolla el tráfico económico, es que el legislador ha optado por una descripción típica genérica o universal en su artículo 3° del DL N° 211 para englobar en ella todas las posibles maneras de contravenir el Derecho de la Libre Competencia. Sin embargo, como también expresamos anteriormente, en este mismo precepto, el legislador con el objetivo de guiar la tarea del intérprete señaló expresamente su sanción a modo ilustrativo, entre las que se encuentra la que motiva el desarrollo del presente estudio.

Ahora bien, la materia a desarrollar en este subcapítulo es la descripción típica de la colusión o conspiración monopólica. Para ello, y teniendo presente la actual naturaleza sancionatoria del Derecho de la Libre Competencia, adoptaremos los elementos de la descripción típica del ilícito propia del Derecho Penal para analizar la colusión desde este punto de vista. Para esta tarea rescatamos fundamentalmente lo señalado por los profesores CURY en cuanto a la descripción típica penal; VALDÉS en lo relacionado al ilícito antimonopólico en general; y GRUNBERG y ROMERO en lo referente al análisis de este ilícito de colusión o conspiración monopólica en especial, con los matices, salvedades y observaciones que señalaremos en su oportunidad.

Distinguiremos primeramente, dentro de los elementos del tipo de colusión, los que corresponden a la faz objetiva y subjetiva del tipo, concordante con su definición del tipo, en el que aparece *“constituido por la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico”*⁹⁴. En este sentido, identificaremos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, analizando entre los primeros la acción típica,

⁹⁴ CURY, *ob.cit.*, pág. 279.

el resultado y el nexo causal, agregando previamente, el análisis de los sujetos activos y pasivos del tipo.

Posteriormente, se hará referencia a las categorías que constituyen los componentes estructurales del hecho punible, esto es, Antijuridicidad y Culpabilidad, elementos fundamentales y necesarios para la configuración del juicio sancionatorio, analizado éste desde la perspectiva administrativo-sancionatoria o penal.

3.2.1. Faz y elementos objetivos del tipo

Como parte integrante del tipo “colusión” o “conspiración monopólica” es posible distinguir, en principio, una faz objetiva del ilícito, dentro de la cual identificaremos distintos elementos, tales como la acción típica, el resultado y el nexo causal. De forma previa al tratamiento de estos elementos, nos referiremos al sujeto activo y pasivo de este ilícito.

3.2.1.1. Sujeto activo

Sobre este punto baste mencionar que este ilícito tiene un carácter similar al señalado a los delitos comunes, esto es, que considerando la calidad del sujeto activo, éste puede ser realizado por cualquier persona. Sin embargo, uno de los requisitos esenciales y que se configura como un elemento adicional a este carácter personal genérico y universal es la pluralidad de personas. Al respecto, el profesor VALDÉS señala que: *“lo que diferencia esta modalidad de injusto monopólico de la monopolización es su estructura plurilateral. Esta consiste en una pluralidad de personas que alcanzan alguna forma de acuerdo, sea éste formal o informal, expreso o tácito, de ejecución instantánea o diferida”*⁹⁵.

En cuanto a la denominación que el DL N° 211 realiza del sujeto activo del ilícito de colusión, GRUNBERG critica la denominación del sujeto activo de “agentes

⁹⁵ VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 527.

económicos” y “empresa” que realizan el DL N° 211 y el TCCE, respectivamente, por carecer ambas de la precisión jurídica necesaria para delimitar de forma precisa al sujeto activo del ilícito.

Sobre la crítica indicada podemos señalar que la denominación “agentes económicos” nos parece acertada, porque evidentemente la intención del legislador era la sanción de estas conductas cuando fueran realizadas por cualquier persona -sea ésta natural o jurídica-, no requiriendo carácter alguno ni calidad especial para ser imputable respecto de este ilícito, precaviendo además, eventuales objeciones que pudieran hacerse valer en juicio fundadas en la falta de calidad de sujeto activo.

Por otra parte, no debemos olvidar la marcada interdisciplinariedad que tiene esta rama jurídica, especialmente en su relación con la ciencia económica, y de la cual se adoptan terminología, fundamentos y visiones que son utilizados en la sistematización, interpretación y aplicación del Derecho de la Libre Competencia, situación que se refleja en la agregación de los fundamentos económicos como parte integrante de la argumentación sobre la que debe estar sustentada la sentencia definitiva que dicte el TDLC⁹⁶, así como también, por el carácter y especialización que deben poseer los miembros de este tribunal⁹⁷. Por ello, no nos parece inadecuada la denominación de agentes económicos que realiza la ley, toda vez que se enmarca en la finalidad de responsabilizar la conducta atentatoria o lesiva de la Libre Competencia, sin posibilidad o espacio de apelar u oponer excepción alguna por falta de legitimidad pasiva del juzgamiento y sanción.

En cuanto a la utilización del término “empresa” por parte de la legislación comunitaria, compartimos la crítica referida, toda vez que podría redundar en una limitación *a priori* de la calidad de sujeto activo que se exigiría para realizar la conducta típica anticompetitiva. Sin embargo, no hay que olvidar que en la generalidad de los casos que han sido juzgados bajo el análisis de la normativa comunitaria europea se

⁹⁶ DL N° 211, art. 26.

⁹⁷ *Ibíd.*, art. 6°

ha responsabilizado a las empresas de dichos ilícitos, por el carácter corporativo del derecho de libre competencia comunitario.

En definitiva, y en vista de la *ratio legis* de esta norma, resulta ser de la mayor amplitud y consideración posible la calidad del sujeto activo de este ilícito, entendiéndose por tal, a cualquier persona, natural o jurídica⁹⁸, lo que se grafica en la utilización del encabezado del artículo 3°. “*El que (...)*”, la cual después se ve ahondada por la utilización del concepto de “*agentes económicos*” que realizara el literal “a” del inciso segundo del mismo artículo, de acuerdo a la Ley 19.911/2003, y que actualmente se encuentra incluida en el literal “b” del inciso segundo del mismo artículo, a partir de la modificación incluida por la Ley 20.361/2009.

Un aspecto que habría que destacar en este punto, sólo para efectos lógicos, es el hecho de que esta conducta podrá ser realizada únicamente por dos o más *agentes económicos*, dado que para la existencia del acuerdo –expreso o tácito- o el concierto de prácticas se requerirá que existan dos o más partes en dicha conspiración.

3.2.1.2. Sujeto pasivo

Respecto de este elemento de la descripción típica rescatamos la distinción realizada por el profesor VALDÉS, en cuanto a diferenciar dos niveles de ofendidos: el inmediato y el mediato, siendo el primero “*aquel a quien va dirigida una práctica*

⁹⁸ En el mismo sentido se plantea que “*este acuerdo o práctica concertada debe ser entre “agentes económicos”, expresión lo suficientemente amplia como para incluir, no sólo a las empresas (en este caso las de oxígeno), sino, en general, a cualquier persona natural o jurídica capaz de llevar a cabo una actividad económica o comercial relacionada con bienes y servicios, cualquiera sea su estatus legal (con lo que no resultaría, a priori, una excusa válida, que se diga que se está ante una persona sin fines de lucro, como podría ocurrir con una corporación, fundación o una asociación gremial)*” en ROMERO, *ob.cit.*, pág. 7.

*monopólica concreta*⁹⁹, y el segundo, “*los integrantes de las sociedad civil o política en cuyos mercados tiene lugar la perpetración de un injusto monopólico*”¹⁰⁰.

En este sentido, los ofendidos inmediatos aparecen como los integrantes del mercado relevante en el que se concretó la conducta colusoria entre competidores participantes de éste, o bien, aquellos participantes en una etapa de la cadena de distribución distinta –*aguas arriba o abajo*- de aquél en el que se realizó la conspiración monopólica. Luego, es evidente que muchas veces podrán verse afectados por este tipo de conductas no sólo otros competidores, sino que también, en la generalidad de los casos, los consumidores finales que también se constituirían como ofendidos inmediatos, situación que podría configurarse en un mercado oligopólico en el que los agentes económicos acuerden la fijación de precios de venta, o bien, disminuyan la cantidad o calidad producida.

Por otro lado, el ofendido mediato es la sociedad en su totalidad, en la medida en que ésta es la interesada en que la Libre Competencia sea el motor del tráfico económico mercantil, y en este sentido, por medio de las conductas colusorias entre competidores, se vulnera y atenta directamente contra esta sana competencia. Se ha señalado que en pos del ansiado desarrollo económico y de la disminución del derroche de los escasos recursos para la satisfacción de las crecientes necesidades de las personas, es indispensable una efectiva competencia, que no sea simulada ni suplantada por acuerdos cooperativos que la lesionen o entorpezcan¹⁰¹ y que hagan que se produzcan bienes o servicios a un mayor costo o en menor cantidad que la

⁹⁹ VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág.256.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pág. 257.

¹⁰¹ Así por ejemplo, se ha expuesto por JIMENEZ LATORRE, Fernando. La persecución de los cárteles: La política de clemencia. En: Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia (noviembre de 2004, Madrid). [En línea] <http://www.nera.com/extImage/La_persecucion_Jimenez_Nov_2004.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010], quien se refiere a los efectos sobre la productividad indicando que “*BROADBERRY y CRAFTS (1996) consideran que, antes de la adopción de la legislación anticártel en Reino Unido, las prácticas colusorias afectaban a las tres cuartas partes de la industria británica, lo que redundaba en un descenso en el crecimiento de la productividad del trabajo de 1 punto porcentual*”.

requerida, especialmente cuando dicha situación se configura por acuerdo y cooperación de competidores¹⁰².

Por ello, es que la ley entrega al TDLC, y particularmente, al Fiscal Nacional Económico la misión de amparar el interés público comprometido que se encuentra en juego en la Libre Competencia. Asimismo, esta finalidad se hace expresa y manifiesta en el sentido de indicar que estos órganos públicos actúan en defensa de dicho bien superior de la sociedad en su conjunto, ya que *“corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”*¹⁰³, y del mismo modo se agrega dentro de la esfera de atribuciones del Fiscal Nacional Económico, el deber de *“actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico”*¹⁰⁴.

3.2.1.3. Acción típica

Señala CURY que *“la acción, desde el punto de vista objetivo, es el movimiento corporal en el que se manifiesta la voluntad final de realización”*¹⁰⁵. Así entendido, este elemento objetivo se encuentra dominado por la conceptualización del *verbo rector* que se adopte para el ilícito, y respecto del cual cabe hacer las precisiones correspondientes por medio de las cuales, dicha acción se convertirá en la acción típica, descrita por la ley para la configuración del ilícito: *“Al derecho no sólo le importa*

¹⁰² A nivel nacional, AGOSTINI expone sucintamente cómo la doctrina ha entendido la importancia de la normativa *antitrust* de cara al desarrollo económico nacional: *“En su libro “Barrera a la Riqueza”, Edward Prescott, Premio Nobel de Economía 2004, junto a Stephen Parente, argumentan que las grandes diferencias de ingreso per cápita entre países se deben, principalmente, a conductas anticompetitivas en las naciones más pobres. (...) El mensaje de Prescott y Parente, avalado sólidamente tanto por la teoría económica como por la evidencia empírica, es claro: Si queremos crecer más rápido para alcanzar antes el nivel de país desarrollado y que dicho crecimiento llegue a todos, debemos aumentar la competencia en nuestros mercados e impedir el uso de prácticas anticompetitivas”*.

¹⁰³ DL N° 211, art. 2°

¹⁰⁴ *Ibíd.* art. 39, letra b.

¹⁰⁵ CURY, *ob.cit.*, pág. 289.

*la acción sino, especialmente, el modo de la acción*¹⁰⁶. Luego, entre las modalidades de la acción que pueden afectar o especificar la acción se encuentran el sujeto activo, objeto material, tiempo, lugar y la forma de comisión.

Algunos de estos elementos han sido revisados anteriormente, como es el caso del sujeto activo, respecto del cual mencionamos que la conducta colusoria que resulte reprobada por el Derecho puede ser realizada por cualquier persona, sea ésta natural o jurídica, no requiriendo especificidad alguna. De los restantes elementos mencionados, y considerando el objeto del presente estudio, sólo nos interesará la forma de comisión de la acción realizada que configura el ilícito de conspiración monopólica.

El verbo rector que da forma al ilícito de colusión o conspiración monopólica, es a nuestro juicio es el de *pactar, concertar o ajustar*¹⁰⁷, desde el más formal al más extremo, en consideración de lo señalado por el DL N° 211 en su artículo tercero, y tal como ha sido entendido por la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada. Debemos recordar que la ley considera como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los acuerdos expresos o tácitos y las prácticas concertadas, que se constituyen como la modalidad de comisión de este verbo rector que es precisamente el de *pactar, concertar o ajustar* abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran a quienes concurren a su celebración o ejecución.

En este sentido, la acción de pactar, concertar o ajustar que se encuentra en el eje central de la acción ilícita de colusión o conspiración monopólica, no está referida a cualquier pacto o concierto, sino al que la ley se refiere, esto es, al expresado en acuerdos –expresos o tácitos- y prácticas concertadas, los que a su vez permitan a las coludidas abusar de un poder de mercado que han obtenido precisamente por la

¹⁰⁶ *Ibíd.*, pág. 290.

¹⁰⁷ Debemos anotar que el Diccionario de la RAE señala que “acordar” significa convenir entre dos o más partes, verbo que al igual como sucede con concertar, se configura como sinónimo de ajustar, que a su vez, implica la acción de concertar, acomodar algo a otra cosa de modo que no haya discrepancia entre ellas o hacer y poner algo de modo que case con otra cosa.

celebración o ejecución de dichos acuerdos o prácticas concertadas, que les confieran poder de mercado, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, objetivos sobre los que volveremos más adelante para referirnos al resultado típico y al nexo causal del ilícito de colusión.

VALDÉS señala que en el caso del injusto universal de monopolio, éste podría configurarse por medio de un hecho jurídico voluntario sin intención de producir efectos jurídicos, un acto jurídico unilateral o una convención. Ello resultaba del análisis que realizaba del artículo tercero inciso primero de la ley, donde se normaba el también denominado “tipo genérico antimonopólico”, y respecto del cual este autor señalaba que la acción podía configurarse por medio de cualquiera de estas modalidades de acción.

Sin embargo, como en este caso el ilícito de colusión es un tipo específico del Derecho de la Libre Competencia, que se refiere a los acuerdos expresos o tácitos y prácticas concertadas, debemos tener presente la descripción hecha por el profesor VALDÉS, y considerar de esta manera que, si bien podemos entender que dicha descripción de la acción también resulta homologable a la colusión, como ilícito especial dentro del Derecho de la Libre Competencia, sobre la conspiración monopólica podemos precisar más aún la acción típica, en el sentido que dentro de los hechos, actos o convenciones, sólo resultan típicos aquéllos que resulten de pactar, concertar o ajustar abusando del poder que dichos pactos o conciertos confieran con el objeto de fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado.

Un elemento que requiere especial mención y que es destacado por GRUNBERG, es la concepción de la vertiente conductual omisiva de la colusión:

“Es dable concebir situaciones en las que el pacto colusorio se deduzca de conductas omisivas, como, por ejemplo, si en un mercado relevante en el que existiendo tres actores dominantes se presenta la evidencia consistente en que

*sucesivamente dos de los tres actores se turnan para abstenerse de participar en las diferentes licitaciones que tengan lugar en diferentes zonas geográficas*¹⁰⁸.

Sin embargo, podría considerarse que la omisión a la que se refiere GRUNBERG, corresponde a un momento o instancia posterior a la acción o conducta positiva que refleja la voluntad de realización de pactar, concertar o ajustar determinada colusión o cooperación. Dicho de otro modo, la omisión de actuar o participar en un proceso de licitación, por ejemplo, es la consecuencia de un acuerdo previo, consensuado por los supuestos oferentes competidores.

Ahora bien, como dichos pactos o conciertos deben manifestar la voluntad final de realización, ya sea en cuanto a *concertar* o *ajustar*, nos encontramos con que, en el caso del ilícito de colusión, este verbo rector se encuentra especificado por dos modalidades de comisión típicas:

- a) Deben ser perpetrados por medio de acuerdos expresos, acuerdos tácitos o prácticas concertadas; y
- b) Deben conferir poder de mercado, respecto del cual, el sujeto activo haga abuso.

3.2.1.3.1. Modalidades de comisión.

3.2.1.3.1.1. Acuerdos expresos

Los acuerdos expresos, son la vertiente explícita del pacto entre dos o más partes, o como se ha optado por denominar, de la colusión o conspiración monopólica, que se configura de manera ilícita o contraria a Derecho y que genera daño a terceros. Así, este tipo de acuerdos manifiestan de manera expresa la voluntad de las partes que concurren al pacto en cuanto a cooperar entre sí, y evitar (simulando o no) la competencia entre ellos. En el caso particular de los acuerdos expresos, éstos se

¹⁰⁸ GRUNBERG PILOWSKI, Jorge David. Ilícito monopólico de colusión: Los acuerdos colusorios entre competidores. Análisis dogmático y jurisprudencial. Memoria de Licenciatura Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2007. Pág. 70.

establecen por medios directos y explícitos. Sobre el particular, y a propósito de la distinción entre acuerdos expresos (explícitos) y tácitos (implícitos), la OECD ha manifestado que:

“Los acuerdos pueden nacer de manera escrita, y sus términos y condiciones estar explícitamente señalados por las partes involucradas; o pueden ser implícitos, y sus límites (estipulaciones), sin embargo serán entendidas y observadas por arreglo entre los diferentes miembros”¹⁰⁹.

Demás está mencionar que este tipo de acuerdos son los menos utilizados para concertar voluntades entre competidores, ello porque dado su carácter ilícito y el grave atentado que configuran a la Libre Competencia, las partes que concurren a su celebración intentarán por todos los medios posibles evitar y aminorar la publicidad, transparencia y conocimiento que los órganos fiscalizadores y la sociedad en su conjunto puedan alcanzar sobre su realización.

En relación a este punto, cabe tener presente una de las observaciones sobre este tema que nace de la Teoría de Juegos, la que entrega criterios y perspectivas muy analizadas en el marco de la Organización Industrial, para el estudio de las interacciones que se configuran en mercados en los que existen pocos competidores, tales como los oligopolios u oligopsonios.

En relación con ello, y con la observación que se realiza de los “juegos” o interacciones que se efectúan entre competidores, para reemplazar la competencia por la cooperación entre ellos, se ha hecho notar un elemento de vital importancia y que redundaría en un escollo para las personas que pretenden conspirar o concertarse, esto es, la exigibilidad del cumplimiento de lo acordado.

Así, resulta que pueden existir acuerdos entre personas con el fin de entorpecer la libre competencia, pero que dada la finalidad de toda empresa de maximizar

¹⁰⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). 1993. *ob.cit.* pág. 11. Traducción del original en inglés: *“Agreements may be arrived at in an extensive formal manner, and their terms and conditions are explicitly written down by the parties involved; or they may be implicit, and their boundaries are nevertheless understood and observed by convention among the different members”*. El paréntesis es nuestro.

utilidades, es que a pesar de pactar determinadas condiciones entre competidores, éstos pueden -primando su interés particular y egoísta por sobre las consideraciones cooperativas- verse incentivados a incumplir el acuerdo, y en la medida que aumente su margen de ganancias, burlar el pacto celebrado, con lo cual se destruirá el convenio en la medida en que la otra u otras partes de él, logren percibir la inobservancia de lo arreglado por parte de este competidor:

“las trampas son una amenaza constante para la colusión, siendo más probables cuando hay dificultad para observar los precios, cuando la demanda del mercado es inestable y cuando hay un gran número de vendedores.”¹¹⁰

Esta situación podría aparecer como un incentivo a los coludidos para plasmar este tipo de acuerdos de forma expresa, con el objetivo de intentar estimular el cumplimiento de lo pactado, o bien, hay algunos autores que postulan que los incentivos al incumplimiento del acuerdo son tan importantes, que asumir el riesgo del incumplimiento del acuerdo por las otras partes, no resulta beneficioso. Sobre este tema, hay autores que opinan que la evidencia empírica resta sustento al riesgo y desventaja que mencionábamos sobre las colusiones:

“Hay quienes creen que perseguir agresivamente la existencia potencial de carteles es innecesario, principalmente porque es muy difícil que las empresas puedan mantener el acuerdo colusivo, ya que tienen incentivos para no respetarlo. Lamentablemente, la evidencia muestra sistemáticamente que estas fuerzas competitivas no son suficientes para impedir la formación y la mantención de carteles por períodos largos.”¹¹¹

En todo caso, y más allá del análisis esbozado, cabe tener presente que los acuerdos expresos se configuran como una modalidad de comisión del verbo rector “pactar” o “concertar” al que hacíamos alusión cuando mencionábamos la acción típica que se adecua al tipo de colusión o conspiración monopólica.

¹¹⁰ HALL, Robert y LIEBERMAN, Marc. Microeconomía. Principios y Aplicaciones. 3ª edición. Estados Unidos. Thomson Learning Ibero. 2006. Pág. 336.

¹¹¹ AGOSTINI, Claudio. Institucionalidad e incentivos para la libre competencia. En: Seminario de Libre Competencia y Regulación (2007, Santiago de Chile). Serie En Foco, Corporación Expansiva, [En línea] <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007114142.pdf> [consulta: 30 de noviembre de 2010]

3.2.1.3.1.2. Acuerdos tácitos

Por oposición a lo señalado respecto de los acuerdos expresos, podemos vislumbrar *prima facie* que este tipo de acuerdos no se presentan en forma explícita ni directa, sino por el contrario, este tipo de pacto entre dos o más partes, se configura de manera tal que formalmente no es posible configurar la existencia del acuerdo, pero sin embargo, a propósitos de los indicios que existen, es posible suponer o inferir la existencia de éste¹¹².

Nuestra opinión es que, en realidad, el carácter tácito que la ley le otorga a este modo de comisión de la colusión o conspiración monopólica, está dado desde el punto de vista de los terceros que se ven afectados por el ilícito, así como por los entes encargados de la fiscalización y juzgamiento de esta rama jurídica y también por la sociedad en su conjunto. Lo que se pretende graficar con esta opinión, es el hecho de que en realidad los acuerdos se configuran como pactos o convenios entre competidores, radicando la única diferencia entre expresos y tácitos, en la manera en que se manifiestan y exteriorizan (cuando llegan a serlo), es decir, en la forma en que dichos pactos pueden ser conocidos por todos los terceros ajenos a dicho convenio:

“La colusión tácita o implícita también está prohibida por la ley (llamada “acuerdo tácito” o “prácticas concertadas”, según el artículo 3° letra a del DL 211) y tiene exactamente las mismas consecuencias económicas que la colusión abierta (o expresa), pero su detección es la opuesta: no tiene nada de pruebas tangibles y todo de argumentos económicos que muestren cómo los resultados del mercado bajo análisis son consecuencia de la colusión y no de la simple interacción estratégica de empresas competidoras.”¹¹³

Sin embargo, a diferencia de lo señalado en la cita transcrita, creemos que los acuerdos tácitos pueden diferenciarse de manera sustancial y esencial de las prácticas concertadas, en las cuales el pacto no está convenido entre las partes, sino más bien,

¹¹² A este respecto, cabe señalar que la definición que nos entrega la RAE del adjetivo “tácito” es la de callado, silencioso, que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone e infiere.

¹¹³ AGOSTINI, Claudio, SAAVEDRA, Eduardo, WELLINGTON, Manuel. Colusión en el mercado de isapres: Modelación y evidencia empírica. [En línea] <<http://economia.uahurtado.cl/pdf/publicaciones/inv190.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010] El paréntesis es nuestro.

existe una mera concurrencia de voluntades que se grafica en el reemplazo de la competencia por un ambiente de cooperación entre los partícipes del mercado que realizan estas prácticas concertadas¹¹⁴.

En definitiva, la modalidad de comisión del verbo rector “*pactar*” o “*concertar*” que aquí analizamos, se erige como el pacto en el que, a pesar de existir el consenso o concurrencia de voluntades entre las partes que participan en él, como acuerdo no es exteriorizado ni plasmado de manera explícita o directa y, por el contrario, debe ser inferido a propósito de los indicios que entregan las circunstancias fácticas y argumentaciones económicas, con las consiguientes dificultades indagatorias y probatorias.

3.2.1.3.1.3. Prácticas concertadas

Esta modalidad de comisión, se presenta como la más novedosa de aquellas introducidas por el DL N° 211, a través de las modificaciones plasmadas en su texto a partir de la reforma introducida por la Ley 19.911/2003, y por lo mismo, su tratamiento en la doctrina nacional es bastante escasa.

Como exponíamos líneas antes, es esta modificación legal la que introduce la práctica concertada como modo de comisión de ilícitos colusorios que atentan, restringen o entorpecen la libre competencia, dentro de los injustos explícitos que el artículo 3° preceptúa en su inciso segundo. Este concepto de prácticas concertadas fue extraído e importado hasta nuestra legislación nacional desde el derecho comparado, y tiene una línea divisoria de sus parientes formales que resulta muy difícil de trazar, dado que el matiz existente entre los acuerdos y las prácticas concertadas resulta de suyo, una tarea ardua de efectuar.

¹¹⁴ “*En general, los precedentes legales recalcan que incluso si las partes no han alcanzado aquella etapa donde un acuerdo propiamente denominado ha sido celebrado, habría práctica concertada si ellos, a sabiendas, sustituyen el riesgo propio de un ambiente competitivo por la cooperación entre ellos*” en ROMERO, *ob.cit.* Pág. 49.

Precisemos de antemano, que el artículo 3° inciso segundo del DL N° 211 en su letra “a” realiza la distinción entre acuerdos y prácticas concertadas, señalando incluso, que aquéllos pueden configurarse de manera expresa y tácita, a partir de lo cual es posible concluir que la distinción que la ley realiza resulta manifiesta en el sentido de señalar diferentes tipos de modos de comisión de los pactos o conciertos que los competidores puedan efectuar entre sí.

Estas prácticas concertadas se asimilan a los acuerdos expresos o tácitos en que, como mencionábamos, se reemplaza el ambiente competitivo que debe existir en un mercado en el que existen varios competidores, por uno en el que prima la cooperación. Sin embargo, en nuestra opinión la diferencia esencial radica en la oficialización y formalización del acuerdo, y coincidiendo con lo señalado por ROMERO: *“la diferencia fundamental entre un acuerdo y una práctica concertada radica en que esta última puede existir donde hay una cooperación informal sin que haya una decisión o acuerdo formal”*¹¹⁵.

Sobre la diferencia existente entre acuerdos y prácticas concertadas, disentimos de lo señalado por GRUNBERG, para quien *“la inclusión del concepto de práctica concertada se habría debido a una copia por parte de nuestro legislador de los medios comisivos establecidos en el artículo 81 párrafo 1° del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, con la salvedad de que el legislador no distinguió entre los acuerdos expresos y los tácitos”*¹¹⁶. El problema con dicha concepción de práctica concertada se suscita por la extralimitación que se realiza del concepto “acuerdo”. En efecto, se señala que: *“en relación con el problema de si el acuerdo para ser colusorio requiere o no de alguna formalidad específica, podemos aseverar categóricamente, que no importa la forma del acuerdo, pudiendo ser reprochados tanto acuerdos consensuales como solemnes. El solo empleo de la voz “acuerdo” y no de otras como “convención” ya denota cierta aceptación de la informalidad”*¹¹⁷.

¹¹⁵ ROMERO, *ob.cit.* Pág. 9.

¹¹⁶ GRUNBERG, *ob.cit.* Pág. 72

¹¹⁷ *Ibíd.*, pág. 67.

Sobre la base de dicha amplitud, se argumenta que como el acuerdo para ser colusorio no requiere formalidad alguna, entonces, es posible subsumir y cobijar las prácticas concertadas bajo la voz “acuerdo”, toda vez que éstas se configuran como sinónimo de acuerdo tácito, en concordancia con lo expuesto por el mismo autor. Sin embargo, la principal consecuencia que se deriva de dicha perspectiva radica en que el “*paralelismo consciente propiamente tal o voluntario*” no será visto como un ilícito por este autor, dado que la exigencia que el sitúa en la acción requerida para configurar las prácticas concertadas, en el sentido de que éstas “*implican un cierto tipo de acuerdo, de concierto de voluntades, que está en la base de tal actuación empresarial*”¹¹⁸, las hace sinónimas de los acuerdos tácitos, y por tanto, el paralelismo consciente voluntario no se volverá ilícito en la medida en que no implique a lo menos este pacto entre dos o más personas.

Sin perjuicio de que podría aparecer como plausible esta opinión, nos parece un poco restrictiva ya que como hemos visto las prácticas concertadas implican tanto un concierto de voluntades entre dos o más competidores, como la concurrencia conductual que redundaría en el reemplazo de la competencia por un ambiente de cooperación entre competidores, con lo cual, en este último supuesto, la voz “acuerdo” nos resulta limitada para incluir bajo su comprensión las prácticas concertadas, resultando entonces que el concepto de prácticas concertadas no es un sinónimo del concepto de acuerdos tácitos.

Retomando la práctica concertada como modalidad de comisión de la acción típica que intentamos desarrollar, podemos señalar que creemos que es lugar común en la doctrina vislumbrar en este concepto, a lo menos, una diferencia de grado respecto de los acuerdos expresos. En este sentido, los autores en general concuerdan en que, como mínimo, las prácticas concertadas se configuran como un modo de comisión distinto del acuerdo expreso, ya sea configurándose como una

¹¹⁸ GALÁN CORONA, Eduardo. Acuerdos Restrictivos de la Competencia. Pág. 324. Citado en GRUNBERG, *ob.cit.* Pág. 70.

modalidad diferente incluso del acuerdo tácito (ROMERO, OFT), o bien, asemejando e identificándolo con éste (VALDÉS, GRUNBERG).

Sobre la base de esta especie de “consenso” en la doctrina podemos señalar, en su “versión sinónima de acuerdo tácito”, que la práctica concertada se configura como una conducta colusoria realizada por dos o más personas (o agentes económicos, en el lenguaje utilizado por el DL N° 211) -competidoras entre sí, en el marco de un mercado relevante- que carece de la formalidad que poseen los acuerdos expresos, pero que sin embargo, mantiene como elemento esencial la coordinación o concierto entre quienes concurren a su ejecución, lo que al mismo tiempo aparece como el *leitmotiv* del pacto celebrado entre los competidores. Entendidas de esta forma, las prácticas concertadas aparecen como una especie dentro del género de los acuerdos.

En este sentido, GRUNBERG nos señala que *“utilizaremos en forma indistinta los conceptos de acuerdo tácito y de práctica concertada cuando hagamos referencia a los medios comisivos del ilícito de colusión tácita”*¹¹⁹. Con un matiz menos tajante, y de forma menos explícita, se plantea el profesor VALDÉS señalando que *“estimamos que la referencia a “acuerdos tácitos” apunta más bien al grado de informalidad que pueden revestir ciertas prácticas conspirativas monopolísticas y en las que la convención resulta adecuadamente inferida de conductas aplicadas por partes diversas con caracteres de reciprocidad”*¹²⁰.

Por otra parte, y en relación al concepto de práctica concertada que puede incluir conductas que no resultan homologables a los acuerdos tácitos, podemos señalar que bajo esta perspectiva las prácticas concertadas se configuran como aquella disposición intelectual y volitiva, dirigida a sabiendas o con conocimiento a reemplazar el ambiente competitivo, por uno de recíproca cooperación práctica entre competidores. Sobre el particular, ROMERO señala, parafraseando el fallo Dyestuffs: *“habría práctica concertada si ellos (los competidores), a sabiendas, sustituyen el*

¹¹⁹ GRUNBERG, *ob.cit.* Pág. 72.

¹²⁰ VALDÉS, *ob.cit.* Pág. 528

*riesgo propio de un ambiente competitivo por la cooperación entre ellos*¹²¹. Como lo hemos señalado previamente, adherimos a esta postura que ve en las prácticas concertadas un modo de comisión diferente e independiente de los acuerdos -tanto expresos como tácitos-, por los argumentos analizados.

En este punto, entonces, debemos referirnos a las conductas paralelas que pueden configurar prácticas concertadas, entendidas éstas en el sentido al que adherimos, es decir, como una modalidad de comisión diferente y autónoma de los acuerdos expresos y tácitos. Sin embargo, cabe tener presente que el paralelismo conductual puede conllevar la concreción y materialización de una conducta colusoria, tal y como veremos más adelante. Ello a propósito de que, como sucede en la generalidad de los casos de colusión, la manera en que éstos se manifestarán será mediante acciones que resultan similares y paralelas por parte de otros competidores, situación que en algunos casos resultará de suyo lícita, pero en otros, se configurará como un atentado al Derecho de la Libre Competencia.

La revisión de las conductas paralelas y la tipología que procederemos a observar, obedece al hecho que dado el carácter subrepticio de las conductas colusorias en general, y en particular de las prácticas concertadas, la única manera de deducir la presencia de este tipo de prácticas se configura a partir de los indicios y consecuencias aún más difusos y difíciles de obtener que en el caso de los acuerdos tácitos. Como es de suponer, estos antecedentes estarán marcados por un paralelismo conductual entre competidores, en el entorno determinado por un mercado relevante, y por tanto, es precisamente sobre estas conductas paralelas donde debemos ahondar para determinar bajo qué circunstancias se configura esta modalidad de comisión de la acción típica de pactar, concertar o ajustar.

3.2.1.3.1.4. Conductas paralelas

¹²¹ ROMERO, *ob.cit.* Pág. 9. El paréntesis es nuestro.

Como mencionábamos, el paralelismo conductual entre competidores que puede vislumbrarse en los mercados, consiste en la similitud de las prácticas adoptadas por diversos agentes económicos en el marco de un determinado mercado relevante, de modo tal que las acciones y respuestas adoptadas por los diversos competidores se manifiestan y configuran de manera similar.

Ahora bien, la similitud existente en las conductas de competidores entre sí, puede deberse a múltiples factores, y es precisamente sobre la base de dicha fuente que clasificaremos las conductas paralelas de manera tal de analizar cuándo nos encontraremos ante un ilícito, o bien, ante una conducta que se ajusta a Derecho. Este análisis implica la revisión de la *“causa eficiente, es decir, al hecho que las genera”*¹²², a las conductas paralelas, y de acuerdo con su licitud, podremos establecer cuándo nos encontraremos ante una práctica reprochable.

Para la realización de esta tipología recogemos la clasificación realizada por GRUNBERG, que es efectuada precisamente sobre la base del criterio antes expuesto y que permite de mejor forma, establecer la configuración de la ilicitud de la conducta. Sobre la base de dicha tarea, realizada con anterioridad por este autor, sólo agregaremos una categoría, que viene a introducir un ligero matiz dentro de una de las fuentes que origina este comportamiento paralelo. En este orden de ideas, agruparemos las conductas paralelas en cinco categorías:

- a) “paralelismo inconsciente o causal”;
- b) “paralelismo consciente por estructura de mercado”;
- c) “paralelismo consciente por cambios en las variables del mercado”;
- d) “paralelismo consciente propiamente tal o voluntario”; y
- e) “paralelismo consciente por colusión o concierto”.

3.2.1.3.1.4.1. Paralelismo inconsciente o casual

¹²² GRUNBERG. *Ob.cit.* Pág. 73

Este comportamiento paralelo tiene su origen en la mera convergencia de acciones o respuestas de los agentes económicos sin ánimo ni consciencia de efectuar una conducta similar ni generar una cooperación ni concierto entre competidores. Como señala GRUNBERG, en este caso, *“el actuar coincidente de los competidores es mero fruto de la casualidad o azar”*¹²³.

Cabe destacar que en este tipo de comportamiento paralelo, las conductas convergen y resultan similares única y exclusivamente producto de la casualidad, y no responden a cambios o variaciones en las circunstancias de producción o consumo de los bienes y servicios involucrados en el mercado, situación que haría que este paralelismo abandone su carácter casual o azaroso.

Creemos que este tipo de comportamiento paralelo carece de toda ilicitud toda vez que en el fondo de dichas conductas no se encuentra la voluntad de realización dirigida a coludirse o actuar cooperativamente por parte de estos competidores. En último término, el sustrato subyacente en estas conductas paralelas refleja únicamente la actuación o ejecución paralela de dos o más competidores fruto exclusivo del azar o acaso.

3.2.1.3.1.4.2. Paralelismo consciente por estructura de mercado o interdependencia

Sobre este tipo de comportamiento paralelo podemos señalar que consiste en la concordancia o similitud en las acciones que adoptan dos o más competidores, que se origina por las circunstancias y características propias del mercado relevante en el cual se encuentran dichos agentes económicos. VALDÉS señala que este tipo de comportamientos son característicos de *“los mercados que presentan una estructura*

¹²³ GRUNBERG. *Ob.cit.* Pág. 73

*oligopolística, una alta homogeneidad en los productos y gran transparencia en los precios*¹²⁴.

Asimismo, otro autor señala que la interdependencia podrá explicar el paralelismo conductual que se configura entre competidores, pero ello no siempre bastará ni será explicación suficiente de la similitud en el comportamiento:

*“En mercados oligopolísticos en donde existe interdependencia entre oferentes, es esperable que los movimientos en precios de una firma sean seguidos en la misma dirección por el resto de las firmas, hecho que es consistente tanto con un comportamiento explícitamente coordinado, como con uno en el cual cada empresa actúa en forma individual.”*¹²⁵

Sobre el particular resultan muy atinentes las aproximaciones que entrega el análisis de la Teoría de Juegos, la que en el marco de la Organización Industrial analiza los comportamientos, decisiones y estrategias ejecutadas o potencialmente adoptadas por parte de los distintos competidores que se encuentran en esta situación de interdependencia. A diferencia de lo que ocurre en un mercado en competencia perfecta donde el precio y la cantidad a producir se encuentran determinados por el libre juego de la oferta y la demanda que se presenta en el mercado en la medida en que existe atomicidad y gran número de oferentes y demandantes, información simétrica, producto homogéneo y libre acceso y movilidad de los factores y agentes económicos, existen otro tipo de mercados donde algunos de estos elementos no se configuran de esta manera, tal y como sucede en el caso de los oligopolios, en los que existen pocos oferentes produciendo bienes o servicios que resultan homogéneos, situación por la cual sus decisiones incluirán el análisis de las potenciales y efectivas acciones y estrategias que puedan adoptar -y que en definitiva ejecuten- los competidores, sobre la base de las estructuras de costos y elasticidad precio de la demanda, entre otros factores a tener presente. Evidentemente, este tipo de

¹²⁴ VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 525.

¹²⁵ GONZÁLEZ, Aldo. Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. En: Seminario de Libre Competencia y Regulación (2007, Santiago de Chile). Serie En Foco, Corporación Expansiva, [En línea] <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007121329.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010] Pág. 4.

situaciones oligopolísticas también pueden resultar de la presencia de pocos competidores vistos desde la demanda, presentándose como un mercado estructurado sobre un oligopsonio o donde existe posición de dominio colectiva, modelo presentado en el caso del “Mercado de la Leche”, que fue resuelto por el TDLC en la sentencia N° 7/2004¹²⁶.

En este caso, la descripción efectuada en relación a esta categoría de conductas, no pueden dar lugar a la declaración o determinación de ilicitud sobre estas conductas paralelas, en la medida en que el comportamiento paralelo se encuentra íntimamente ligado a la estructura del mercado relevante en el que se desempeñan las firmas competidoras.

3.2.1.3.1.4.3. Paralelismo consciente por cambio relevante en las variables del mercado

Existen otro tipo de comportamientos paralelos que pueden configurarse en mercados en los que existe un número considerable de competidores –más atomizado que un mercado oligopólico u oligopsónico-, pero que sin embargo reaccionan de manera similar ante los cambios relevantes que puedan sufrir determinados elementos o circunstancias que hagan que la modificación en el precio o la cantidad producida o consumida resulte de manera evidente, lógica y lícita.

Dicha situación, verbigracia, puede acontecer en mercados en los que se producen determinados bienes o servicios que resultan sustitutos de otros, y que ante una variación en el precio de estos bienes relacionados sustituibles, hacen que la

¹²⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 07/2004, de 05 de agosto de 2006, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico y recursos de reclamación de Soprole y Loncoleche contra el Dictamen 1/96 de la Comisión Preventiva IX Región, rol N° C-01-2004.

demanda de los bienes o servicios producidos por estos agentes económicos se incrementa, con el respectivo aumento en el precio de aquéllos:

“Por ejemplo, el comportamiento paralelo en precios podría explicarse porque las firmas se han concertado para ajustar sus precios simultáneamente o bien porque algunas de las variables fundamentales del mercado, como costos o demanda, han sufrido variaciones.”¹²⁷

Este tipo de conductas paralelas arranca entonces de la conocida maximización de beneficios o utilidades que buscan los agentes económicos que participan y compiten en el mercado, apreciación que deviene en lugar común en el análisis económico de estas situaciones. En este sentido, el óptimo de cada decisión no dependerá de las decisiones de los demás competidores, ya que dada la modificación de alguna de las circunstancias fácticas en el mercado, ya sea en la estructura de costos, en la variación de la demanda o de los precios de los bienes relacionados, *“la decisión de cada una de las firmas es “óptima” independiente de que las otras actúen de manera paralela o no”¹²⁸*, con lo cual carecen de ilicitud a la luz de los elementos ya analizados.

3.2.1.3.1.4.4. Paralelismo consciente propiamente tal o voluntario

A diferencia de lo reseñado en las dos categorías previamente vistas sobre paralelismo consciente, en este caso el comportamiento paralelo no se debe a una interdependencia oligopolística u oligopsonística, como tampoco a un cambio relevante

¹²⁷ GONZÁLEZ, Aldo. Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. En: Seminario de Libre Competencia y Regulación (2007, Santiago de Chile). Serie En Foco, Corporación Expansiva, [En línea] <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007121329.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010] Pág. 4.

¹²⁸ AGOSTINI, Claudio, SAAVEDRA, Eduardo, WELLINGTON, Manuel. Las fallas del fallo de las Isapres. [En línea] Observatorio Económico, Universidad Alberto Hurtado. N° 9 septiembre de 2007. <<http://www.economiaynegocios.uahurtado.cl/observatorio/pdf/pdf%20observatorio%20n9.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

en las circunstancias de producción o consumo de bienes y servicios en un mercado, *“sino que uno o más competidores siguen conscientemente en su actuar a otros, adaptan su conducta a la de los demás, con la finalidad de maximizar sus beneficios, cuestión que no siempre ocurrirá”*¹²⁹.

En este caso, el comportamiento paralelo tiene su fuente, precisamente, en la voluntad de actuar coordinadamente, pero sin la existencia de un pacto o acuerdo en sentido estricto. Este paralelismo en el actuar no se debe, a diferencia de los dos tipos conscientes previos, a la sabida interrelación que se configura entre los agentes económicos que participan en un mercado, cuando existe un número menor de competidores, ni tampoco al lógico y esperado efecto sobre el precio o la cantidad producida o demandada que tiene un cambio relevante en las circunstancias del mercado. En realidad, en este tipo de conductas paralelas, *“los involucrados toman decisiones paralelas, conscientes de que la decisión de cada uno es similar a la del resto y sabiendo que este paralelismo juega un rol fundamental en la decisión de cada firma”*¹³⁰.

Sobre el particular, GRUNBERG considera –de manera coincidente y citando lo señalado por GALÁN CORONA- que *“en modo alguno [esta clase de conductas] puede encuadrarse en las prácticas concertadas, toda vez que falta algún modo de concertación como base de tal actuación”*¹³¹, es decir, resta toda ilicitud a este tipo de comportamiento por medio de la consideración de que este tipo de conductas sólo se deben al *derecho de la empresa de adaptarse con buen sentido a la conducta ya constatada o esperada de sus competidores*¹³².

No podemos sino disentir de dicha posición, y la pregunta que nos surge y que nos conduce inevitablemente a responder afirmativamente a la interrogante sobre la ilicitud de la conducta referida en este punto, es si configurada de la manera en que

¹²⁹ GRUNBERG, *ob.cit.*, pág. 75.

¹³⁰ AGOSTINI, Claudio, SAAVEDRA, Eduardo, WELLINGTON, Manuel. 2007.

¹³¹ GRUNBERG, *ob.cit.*, pág. 75

¹³² *Ídem.*

hemos señalado este tipo de comportamiento paralelo consciente, en el sentido en que competidores ajustan y modifican su actuación a la de otros, que muchas veces estará condicionada a la posición de líder dentro del mercado relevante que posea el *líder* o *piloto* de este paralelismo conductual, reemplazando de esta manera el ambiente competitivo por uno de cooperación, comodidad y respeto del *status quo* existente en el mercado, entonces ¿qué podría configurar –de manera tan extraordinaria- el concepto de prácticas concertadas si no es la conducta aquí caracterizada?

3.2.1.3.1.4.5. Paralelismo por colusión o concierto

Esta categoría, dentro de lo que hemos venido señalando como comportamiento paralelo, se refiere a aquél que nace del pacto o concierto celebrado o consensuado entre competidores con el afán de reemplazar la competencia por la cooperación entre ellos, entorpeciendo, restringiendo o eliminando la libre competencia. Es decir, que este tipo de conductas paralelas va más allá de las prácticas concertadas y se interna más bien, dentro de las hipótesis de acuerdos expresos o tácitos.

Al respecto, en términos similares, se manifiesta GRUNBERG, señalando que este tipo de conductas *“puede explicarse en razón de que los competidores han celebrado un acuerdo colusorio con la finalidad de poner en riesgo o lesionar la libre competencia”*¹³³.

Huelga mencionar que sobre este tipo de conductas paralelas la ilicitud y el consecuencial título justificante del juzgamiento y sanción por parte de la institucionalidad del Derecho de la Libre Competencia, aparecen de manera fehaciente y manifiesta, en tanto se ha consensuado un pacto o arreglo entre competidores. La intención y finalidad que se configuran a partir, tanto del elemento intelectual como

¹³³ GRUNBERG, *ob.cit.* Pág. 76.

volitivo de la conducta, configura un flagrante atentado a la Libre Competencia, dado que se sustituye la competencia entre competidores por la cooperación y arreglo entre éstos, ya sea repartiéndose cuotas de mercado, fijando determinados precios - reduciéndolos en el caso de encontrarnos ante un acuerdo entre competidores demandantes de un bien o servicio-, o por otros medios que conlleven un perjuicio o atentado a la Libre Competencia, como ocurre en el caso de la manipulación de licitaciones.

**3.2.1.3.1.4.6. Consideraciones
entre tipos de conductas
paralelas y elementos
adicionales al análisis**

Como es de suponer, la dificultad que surge de la utilización de las categorías de conductas paralelas radica en la delimitación y determinación de las situaciones ante las cuales nos encontraremos en presencia de una y no de las restantes. Asimismo, y en relación con ello, es dable pensar que los agentes económicos que resulten requeridos y denunciados, utilizarán como defensa y alegación el que su conducta –que ha resultado paralela al de uno o más de sus competidores- se ha configurado en este sentido exclusivamente por motivos y objetivos lícitos, y que en nada dicen relación con algún tipo de pacto, arreglo, convenio, concierto, coordinación o ajuste de sus conductas o decisiones efectuada con ánimo de coludirse o conspirar de manera anticompetitiva. Una tercera consideración que es posible desprender de la categorización efectuada, y que dice relación con los problemas que entraña el configurar que determinado comportamiento paralelo se adecua a una clasificación y no a otra, es la dificultad en los medios probatorios conducentes a acreditar el pacto, concierto o ajuste conductual entre competidores.

De esta forma, el conflicto esencial que se deriva de la tipología tal y como se ha presentado, es la dificultad que entraña el establecer que nos encontramos, ya sea ante conductas paralelas que pueden ser el resultado de un acuerdo, colusión,

concierto o ajuste por parte de los competidores, o bien, si dicha similitud sólo se debe a la interdependencia que se configura entre competidores en mercados oligopolísticos u oligopsonísticos, o a la adecuación de conductas producto de cambios relevantes en las variables del mercado que hagan que los competidores respondan en forma similar. Aquí es donde afloran las dificultades probatorias, para determinar que las fuentes del paralelismo conductual son unas y no las otras, y que por esos medios probatorios se logre convicción de la ilicitud o la conformidad a Derecho del comportamiento o conducta de los competidores.

Como puede apreciarse de lo reseñado en la clasificación de las conductas paralelas, no existe mayor discusión acerca de la ilicitud que entraña este tipo de prácticas cuándo éstas tienen como fuente la colusión o el acuerdo con fines colusorios. Sin embargo, no ocurre lo mismo bajo el supuesto del ajuste de conductas que ocurre en el paralelismo consciente voluntario, es decir, cuando el comportamiento de cada una de las firmas se adecua y ajusta a las de los demás competidores, con conocimiento y a sabiendas de que dicho comportamiento es considerado por los demás agentes económicos competidores en el marco de un mercado relevante.

Bajo la situación descrita, hemos señalado que en nuestra opinión, y en contra de la apreciación de otros autores que hemos analizado¹³⁴, la ilicitud se configura de igual manera, y es precisamente en este tipo de comportamiento, donde se configura la modalidad de comisión de las prácticas concertadas. En efecto, bajo este modo de comisión, que se presenta de manera distinta al de los acuerdos -expresos y tácitos-, la conducta se adecua igualmente a un escenario dentro del mercado en el que se reemplaza la competencia por un ambiente de cooperación, en consideración de la implícita aceptación y voluntad de los competidores de ajustar sus decisiones a las adoptadas y potencialmente seguidas por las demás firmas:

“No puede descartarse la existencia de un cierto paralelismo en los comportamientos tendientes a mantener un beneficioso statu quo como un indicio de la existencia de una acción concertada de las empresas de un determinado rubro, como

¹³⁴ Vid. GRUNBERG, pág. 75; VALDÉS, 2006a, pág. 525.

*podría ocurrir con el mercado del oxígeno vendido a los hospitales públicos de nuestro país.*¹³⁵

Cabe precisar, que bajo ningún punto de vista estamos planteando que el mero paralelismo consciente propiamente tal o voluntario se configurará como ilícito monopólico de colusión, sin consideración de otros elementos y factores adicionales. De hecho, consideramos que éste podrá ser considerado como un ilícito en la medida en que se configuren circunstancias adicionales que hagan presumir que nos encontramos ante la vertiente más frágil del ilícito de colusión o conspiración monopólica, es decir, el ajuste o adecuación de la conducta respecto de aquélla que corresponde a los otros competidores (en especial, cuando se configura la existencia de una especie de líder dentro del mercado) a sabiendas de establecer, mantener o incrementar el ambiente cooperativo en reemplazo del competitivo.

En este sentido, existe un precedente jurisprudencial norteamericano que es comúnmente analizado y visto como referencia fundamental sobre conductas paralelas, y en particular sobre paralelismo consciente, ésta es la decisión de la Corte Suprema estadounidense sobre el caso *Theatre Enterprises* en 1954. En dicha sentencia, se resolvió que *“esta Corte nunca ha sostenido que la prueba de un comportamiento de negocios paralelo establece conclusivamente [la existencia de] un acuerdo (...) el ‘paralelismo consciente’ no puede ser aún leído como conspiración.*¹³⁶

Entonces, es evidente que el paralelismo consciente propiamente tal o voluntario, no hará presumir por sí solo, la existencia de una conducta colusoria ni conspirativa en términos monopólicos, pero podrá servir como indicio para el análisis de la configuración de una conducta colusoria o conspirativa.

Sobre este problema, se han dado diversas respuestas tendientes a entregar herramientas para la correcta delimitación y establecimiento de la conducta a la que nos enfrentamos.

¹³⁵ ROMERO, *ob. Cit.* Pág. 14.

¹³⁶ Citado en ROMERO, pág. 15, y GRUNBERG, pág. 77.

En este sentido, GONZÁLEZ ha esbozado un esquema sobre la manera en que se han enfrentado estos conflictos sobre las conductas paralelas y la colusión –y en consecuencia su ilicitud- que puede configurarse a partir de ellos:

“Históricamente han existido dos tipos de evidencia para probar la colusión: La evidencia circunstancial y la evidencia dura o material. La primera emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume se explicaría solamente por un acuerdo explícito entre las firmas. Generalmente, se considera que conductas paralelas, tanto en precios como tipos de ofertas o bien negativas de venta, serían acciones indicativas de un comportamiento coordinado. La evidencia dura, por su parte, corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones y correos electrónicos, que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado.”¹³⁷

Entendido de esta manera, el análisis del comportamiento de los agentes económicos podrá ser utilizado como fundamento de base para ser considerado como evidencia empírica, que sumado a la evaluación de mayores antecedentes podrá configurar y vislumbrar determinada conducta como colusoria. Luego, entendemos que para la configuración del modo de comisión “prácticas concertadas”, no requeriríamos de la presencia de un pacto o convenio, entendido éste en el sentido de la exigencia de la modalidad de comisión “acuerdo expreso” o “acuerdo tácito”, en cambio, cabría dirigir la evaluación de estos “mayores antecedentes” también conocidos en la jurisprudencia norteamericana como *plus factors*, hacia los elementos señalados por la OFT, que entiende precisamente a las “prácticas concertadas” como un supuesto matizado de los acuerdos tácitos. En este orden de ideas, ha señalado que se considerarán como factores:

“Si las partes entraron o no en una cooperación práctica conscientemente o a sabiendas (knowingly);

Si el comportamiento en el mercado es influenciado como resultado de contactos directos o indirectos entre empresas;

Si el comportamiento paralelo es el resultado de un contacto entre empresas que dé lugar a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado;

La estructura del mercado relevante y la naturaleza del producto involucrado;

¹³⁷ GONZÁLEZ, *ob.cit.*, pág. 3.

*El número de empresas en el mercado y, cuando hay solo pocas empresas, si éstas tienen una estructura de costos y resultados similares.*¹³⁸

De esta manera, y tal como señala este mismo organismo, las prácticas concertadas no requerirán de la existencia de un acuerdo o decisión formal para su configuración, por tanto, y bajo este criterio, que nos aparece acertado en consideración de la enunciación que la ley ha hecho respecto de la sanción de las conductas colusorias o conspirativas, es infructuoso intentar alcanzar la acreditación de la existencia de un pacto, arreglo o acuerdo para efectos de considerar la ilicitud de este comportamiento paralelo, y en este sentido consideramos pertinente el análisis de los elementos señalados y citados, a saber:

1. La voluntad y consciencia de la cooperación.

Sobre este tema VALDÉS, ha señalado que *“toda fórmula colusiva o conspirativa exige conocimiento y voluntad por parte de sus adherentes y no puede bastar ni el mero conocimiento de un cartel ni la mera voluntad desinformada de las características fundamentales de aquel acuerdo contrario a la libre competencia. (...) Más que exigirse un plan común ha de buscarse una exigencia de reciprocidad que acredite una cooperación práctica entre competidores*¹³⁹.

2. La cantidad y repetición de los “juegos” a los que se ven enfrentados los competidores, para efectos de determinar la posibilidad de fijar recompensas y castigos implícitos entre los competidores (o jugadores), que reflejan el intercambio de información entre ellos:

“La prueba de la existencia de contacto puede constituir un elemento importantísimo en la configuración de los indicios dirigidos a probar una práctica concertada. Muchos fallos han considerado la evidencia de contacto (no de un acuerdo, evidentemente) como uno de los factores adicionales más significativos

¹³⁸ OFFICE OF FAIR TRADING. Agreement and concerted practices. Understanding competition law. Competition Law Guideline. 2004. [En línea] <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/offt401.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010] Párrafo 2.11.

¹³⁹ VALDÉS, 2006a, pág. 526.

*(por ejemplo, a un paralelismo consciente – ‘paralelismo plus’). El intercambio o diseminación de información entre los competidores puede ser indicativo de la existencia de un contacto. El vehículo y la instancia en virtud del cual se traspasa información pueden ser diversos. Cuidado deben tener, a este respecto, las asociaciones gremiales. Desde luego, la existencia del testimonio de algún insider puede ser importantísimo como evidencia.*¹⁴⁰

3. Los signos característicos que se manifiestan en el mercado, de manera tal de configurar la presencia de prácticas cooperativas entre los competidores que reflejan condiciones anormales dentro de un mercado que se encuentra en competencia.
4. Las circunstancias del mercado relevante, y la cantidad de empresas que participan en él, con lo cual se está haciendo referencia *“a las características estructurales de la industria (y de las empresas) cuya presencia tendería a favorecer la existencia de una coordinación entre los competidores”*¹⁴¹.

En definitiva, hasta aquí, hemos analizado las diversas modalidades que señala el inciso segundo del artículo 3° del DL N° 211, para la comisión de las conductas colusorias o conspirativas en cuanto al Derecho de la Libre Competencia se refiere.

3.2.1.3.2. Forma de comisión mediante complemento circunstancial

3.2.1.3.2.1. Abuso del poder de mercado que confiere el pacto o concierto.

En este acápite, pasamos a revisar el complemento circunstancial que ha sido incluido en la descripción legal de ilícito de colusión o conspiración monopólica, dado que hasta aquí hemos analizado el verbo rector que da forma a la acción típica de este

¹⁴⁰ ROMERO, *ob.cit.*, pág. 16.

¹⁴¹ *Ídem.*

ilícito en particular, y asimismo, hemos intentado bosquejar los modos de comisión que la ley señala expresamente. Sin embargo, es la propia norma legal la que agrega expresamente un elemento a este ilícito para su juzgamiento y sanción, adicionando a la comisión del ilícito de colusión el requerimiento de que la acción típica de los competidores les confiera poder de mercado, todo ello de acuerdo a la modificación introducida por la Ley 20.361 al artículo 3°, inciso 2°, literal a).

En lo referente a la exigencia expresa que la ley establece para los acuerdos o prácticas concertadas, en cuanto que éstos confieran poder de mercado a quienes concurren a la colusión, el TDLC ha recogido este requisito en el caso de AM Patagonia, estableciendo en la sentencia N° 74/2008 que, por una parte, se requiere que los acuerdos entre competidores tengan la aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, y por otro lado, se fija por este mismo tribunal un estándar para la determinación de este poder de mercado exigible, indicando que si un acuerdo involucra una proporción de un 42% de los competidores en un mercado relevante, no resulta idóneo para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia¹⁴².

Así, la ley señala un elemento que deberá adicionarse al análisis de la acción típica que configura el ilícito, y que para la adecuación de la conducta al tipo descrito deberá ser concretado por la acción del sujeto activo. En caso contrario, y de no existir este abuso del poder que los acuerdos o prácticas concertadas les entregan o confieren a los competidores coludidos, habrá que remitirse a la adecuación del injusto monopólico universal o tipo genérico de imputación, descrito normativamente en el encabezado del 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 (...).”

¹⁴² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 74/2008, de 02 de septiembre de 2008, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra AM Patagonia S.A. y Otros, rol N° C-121-2006, considerandos vigésimo tercero y vigésimo séptimo.

En cuanto a la precisión que cabe realizar sobre esta forma de comisión, expresada mediante este complemento circunstancial, cabe señalar como elemento esencial a éste, el abuso de poder de mercado que pueden y deben realizar los competidores que han concurrido al acuerdo o ejecutado las prácticas concertadas, y que precisamente lo han obtenido a partir de aquél o de éstas.

Cabe agregar que esta consideración acerca del abuso de poder de mercado que debe ser realizado por los competidores que son parte del acuerdo o que ejecutan las prácticas concertadas, fue incluida inicialmente a partir del Segundo Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y de Economía recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 11 de marzo de 2003, en el cual se argumentó que *“dichos acuerdos o prácticas, por sí solos, no pueden entenderse como contrarios a la libre competencia, sino que debe existir un elemento de voluntariedad en el sentido de hacer uso indebido de esos mecanismos”*¹⁴³.

Es evidente la lógica e intención del legislador de incluir este complemento circunstancial en la descripción típica del ilícito de colusión. Se descarta en la ley, como regla general, la sanción *per se* del ilícito de colusión o conspiración monopólica. Se perseguirá y sancionará la colusión monopólica si y sólo si, ésta tiene por objeto la instauración o consolidación de una posición monopólica, a partir de la cual, posteriormente, pueda abusarse de los atributos que dicha posición confiere.

Son los beneficios económicos propios del monopolio, y la forma en que son obtenidos mediante el abuso de la situación cómoda, anticompetitiva e ilícita que confiere la colusión, los que son objeto de reproche por parte de la ley, bajo esta descripción típica.

¹⁴³ COMISIONES UNIDAS DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, Y DE ECONOMÍA DEL SENADO, del Congreso Nacional. Segundo Informe recaído en el Proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Boletín N° 2944-03. 2003. Pág. 10.

3.2.1.3.2.2. Breve referencia a la configuración como ilícito *per se* de ciertas conductas colusorias

Sin perjuicio de lo señalado en relación a la modalidad de comisión de la colusión por complemento circunstancial exigido por el DL 211, cabe señalar que existen determinados casos en que la exigencia de dicho complemento circunstancial debería ser evaluado en lo relativo a su pertinencia y adecuación, especialmente, sobre la base de criterios técnicos, tanto económicos como jurídicos.

La exigencia del abuso del poder de mercado que confiere el pacto o concierto colusorio se sustenta en que dicho acuerdo no necesariamente configurará un atentado o conculcación a la libre competencia. Ello, porque se entiende que podrían existir casos en que a partir de dicho convenio podrían devenir ventajas económicas, como puede ocurrir tanto en la actividad productiva de bienes y servicios, como en el traspaso de tecnología, a partir de las altas exigencias de investigación y desarrollo que se requieran en determinados campos de desarrollo científico y tecnológico. Sin embargo, bajo estas circunstancias se configuraría más bien un caso de *joint venture* o fusión, tal como fuera referido en el subcapítulo 3.1, al momento de referirnos en términos generales a los “Acuerdos, Colusión y Práctica Concertada”, pero en el caso de existir fusión o *joint venture* entre competidores, estas operaciones no serán furtivas e ilícitas como los acuerdos colusorios, sino que su propia naturaleza les otorgará el carácter de expresas, públicas y explícitas.

No obstante, la apreciación anterior no nos debe conducir a la ingenua percepción de que este tipo benevolente de acuerdos colusorios es la regla general. Por el contrario, la experiencia nacional y comparada han demostrado que en la práctica, la generalidad de los casos de colusiones o conspiraciones monopólicas tendrán por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, y son éstos precisamente los objetivos que el DL 211

sanciona en su artículo 3° literal “a”, respecto de los acuerdos o prácticas concertadas que atentan contra la libre competencia.

Sobre el particular resulta cuando menos difícil concebir una colusión o conspiración que teniendo por finalidad las consecuencias anteriormente referidas no resulte atentatorio a la libre competencia, y de este modo pueda eximirse de sanción por no haber efectuado o configurado el complemento circunstancial, antes visto, exigido por la ley, esto es, que les *confieran poder de mercado* que a su vez le permitan a los partícipes de dicho ilícito *fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores, o afectar el resultado de procesos de licitación*.

De esta forma, y para estos casos excepcionalísimos, es discutible la pertinencia de este requerimiento adicional relativo a la modalidad de comisión por parte de la ley, y en este sentido, es posible sugerir que una vez acreditado el resultado al que han tendido este tipo de acuerdos o prácticas concertadas, no se debiera exigir como elemento adicional que éstos *les confieran poder de mercado* a los partícipes de dicha colusión. Luego, recaería en los agentes económicos coludidos la carga procesal y probatoria de acreditar que no se ha efectuado el antedicho abuso, a partir de la posición que les ha conferido la conspiración que han llevado a cabo¹⁴⁴.

Con ello, el abuso del poder que los acuerdos o prácticas les confieran se configuraría más bien como una eximente de responsabilidad, y no como una modalidad de comisión, que exige, por otro lado, que como complemento circunstancial deba ser acreditado por el órgano persecutor o por quienes se vean afectados por la respectiva colusión. A partir de dicha consideración, en definitiva, la colusión o conspiración monopólica que tenga por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, entre otros objetivos que

¹⁴⁴ Vid. MONTT, Santiago. Sistemas legales de menor tamaño y libre competencia. En: Día de la Competencia (8, 4 de noviembre de 2010, Santiago) Fiscalía Nacional Económica, 2010, [En línea] <http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2010/s_montt.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].

cabría determinar, debería ser sancionada bajo la perspectiva *per se*, y no a partir del criterio *rule of reason*, recayendo en quienes se les ha acreditado la participación en el respectivo acuerdo o práctica concertada la carga de acreditar la eximente de responsabilidad por no haberles conferido poder de mercado el respectivo acuerdo o práctica concertada.

3.2.1.4. Resultado

Previamente, se han esbozado los primeros elementos de la descripción típica del ilícito de colusión o conspiración monopólica, señalando que la acción típica requerida para la configuración de este injusto propio de la Libre Competencia, se configura a partir del verbo rector *pactar, concertar o ajustar*.

Continuamos señalando que las modalidades de comisión que dicha acción presentaba para adecuarse a la descripción típica de la conducta podrían manifestarse por medio de acuerdos expresos, tácitos o prácticas concertadas. Sobre estas últimas, señalamos e intentamos distinguir las conductas paralelas que podían estar originadas por un acuerdo o arreglo, aquéllas que podían resultar de prácticas concertadas entre competidores, y aquéllas que podían resultar fruto de conductas lícitas.

Entonces, en este acápite nos compete revisar cuál sería el resultado que surge de la acción típica antes descrita, en alguna de sus modalidades de comisión, que permitiría configurar el ilícito de colusión o conspiración monopólica.

Sobre el concepto “resultado”, entenderemos lo señalado por CURY, quien comprende en este término “*aquel cambio del mundo exterior, causado por una acción, en el que se concreta la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. (...) El resultado que aquí nos interesa es el efecto de la acción incorporado a la descripción típica por el legislador; luego, lo que se ha dado en llamar resultado material*”¹⁴⁵.

¹⁴⁵ CURY, *ob.cit.*, pág. 291-292.

Respecto del resultado en la descripción típica del ilícito de colusión, GRUNBERG ve en la puesta en peligro o lesión de la Libre Competencia, el resultado típico que exige este ilícito para su configuración:

“En cada conflicto que se plantee ante el Tribunal Antimonopólico, éste deberá analizar en el contexto del mercado relevante si las conductas reprochadas ponen en riesgo o lesionan el bien jurídico y, en caso afirmativo, podrá condenar y sancionar a los imputados.”¹⁴⁶

En nuestra opinión y teniendo en especial consideración la definición de “resultado” sobre la cual nos afianzamos, resulta equívoca la referencia al riesgo o lesión de la Libre Competencia como consecuencia de la acción típica. De hecho, si se adopta dicha posición sobre el resultado típico, se configura precisamente lo que CURY menciona como un desconcierto del concepto, a saber:

“Se confunde, en primer lugar, el resultado del tipo (resultado de la acción incorporado a la descripción del hecho) con el resultado jurídico del delito (antijuridicidad). Es claro que este último término no puede faltar en delito alguno, pues no es concebible un hecho punible sin violación del ordenamiento, pero el resultado de que se trata aquí no es el efecto de la valoración, sino el efecto de la acción, que conjuntamente con ella, se constituirá en el objeto de valoración”¹⁴⁷.

Acorde con lo expresado por CURY, nos parece erróneo el señalamiento de la lesión o puesta en peligro del objeto de protección de la rama jurídica en juego, como resultado de la acción típica del ilícito de colusión o conspiración monopólica. A nuestro entender, lo que interesa –al Derecho de la Libre Competencia- para efectos del resultado típico que aquí analizamos, es lo que ha sido denominado como resultado “material” de la acción, versus el resultado “jurídico”, que sería la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma que establece el injusto en cuestión. Una forma de graficar la diferencia entre uno y otro tipo de resultado, es a través de la hipótesis de dar muerte a otro en legítima defensa propia, que el mismo CURY plantea, ya que según lo que él señala, puede presentarse *“el resultado del tipo homicidio (art. 391, N° 2° C.P.) consistente en la cesación de los procesos vitales de la víctima, pero*

¹⁴⁶ GRUNBERG, *ob.cit.*, pág. 107.

¹⁴⁷ CURY, *ob.cit.*, pág. 292.

*falta el resultado del delito homicidio, porque está ausente la antijuridicidad de la conducta (art. 10, N° 4° C.P.), y en consecuencia, no hay violación del orden jurídico*¹⁴⁸.

De esta forma, estimamos que la lesión o puesta en peligro de la Libre Competencia se sitúa en un elemento distinto del resultado de la acción típica, y en este sentido, creemos que la lesión o puesta en peligro de la Libre Competencia es posible reubicarla en el análisis de antijuridicidad del delito. Por su parte, respecto de este último elemento, podrían operar como causales de justificación, por ejemplo, la resolución del TDLC que aprobara determinadas operaciones sometidas a su revisión y aprobación de acuerdo al artículo 18, N° 2, del DL N° 211, ya que en ese sentido, la antijuridicidad se vería atenuada sobre la base del ejercicio legítimo de un derecho que ha sido conferido por una autoridad, en este caso, el TDLC.

A mayor abundamiento, incluimos una consideración adicional. Cabe señalar que para efectos de la consideración de ilícitos de “daño” o “de peligro”, es el resultado jurídico el que será considerado para su denominación en uno u otro sentido, es decir, para la determinación del ilícito en cuanto pertenecer a una categoría o a otra, se analizará la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, es decir, se evaluará la antijuridicidad envuelta en el delito. De hecho, tal como señala CURY, *“no todos los delitos de peligro requieren la producción de un resultado exterior. Entre ellos se encuentran también hipótesis en las que al legislador le basta con la ejecución de una acción a la cual se reconoce eficacia para causar, por lo general, la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En tales casos se habla de delito de peligro abstracto*¹⁴⁹.

Contrario sensu, aquellos delitos en que la norma exige la producción del resultado exterior, son denominados “delito de peligro concreto”. En el caso de los ilícitos de peligro abstracto, que grafican la separación entre acción y resultado dentro de la parte del tipo, podemos vislumbrar el *íter criminis* que se manifiesta en los ilícitos,

¹⁴⁸ *Ídem.*

¹⁴⁹ *Ídem.*

incluidos el de colusión o conspiración monopólica, ya que en el caso de existir una acción sin resultado, nos encontraríamos más bien, ante una tentativa, y en el caso de configurarse un resultado sin acción, podríamos estar en presencia de un caso fortuito.

Ahora bien, una vez delimitado y diferenciado el concepto de resultado, en el marco de la descripción típica de los ilícitos que motivan la presente monografía, debemos centrarnos en la determinación del resultado material de la acción típica que configurará el ilícito de colusión.

Sobre el particular, pensamos que el resultado de la acción típica del ilícito de colusión se configura por el perjuicio o detrimento económico que se erige a partir de los pactos, concertos o ajustes entre competidores. En este sentido, pensamos que el resultado de la acción típica del ilícito de colusión redundará en una evidente y manifiesta reducción de la eficiencia en la asignación de los recursos y una disminución en el bienestar de los consumidores.

Entonces, este perjuicio económico se produce tanto a los demás competidores que no hayan participado del acuerdo o de las prácticas concertadas como a los consumidores en general, y consecuentemente por tanto, a la comunidad en su conjunto. Así, el cambio en el mundo exterior producido por la acción de pactar, concertar o ajustar por medio de acuerdos o prácticas concertadas se materializa y manifiesta en la disminución de la producción de *“más y mejores bienes, a precios más reducidos lo que se logra asegurando la libertad de todos los sujetos participantes en la actividad económica entre los cuales por cierto, destacan los consumidores como especialmente protegidos en el ejercicio de su libertad para adquirir bienes y servicios dentro de un esquema de libre competencia”*¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Considerando 17° de la Resolución N° 90 de la H. Comisión Resolutiva, citada en BARROS TOCORNAL, Fernando. La defensa de la libre competencia. En: La Empresa y el Derecho de la Competencia (septiembre de 1994, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho). Cuadernos Jurídicos. Santiago de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, 1994. Pág. 17.

En modo similar plantea WITKER los resultados de estas prácticas, señalando que *“los arreglos de este tipo, generalmente conocidos como horizontales, pretenden la monopolización del mercado entre los agentes económicos coludidos, lo cual conduce a limitaciones artificiales a la oferta de los bienes o servicios y al establecimiento de precios monopólicos”*¹⁵¹.

Otros autores, en sentido similar, han señalado el resultado que tienen este tipo de conductas, matizando y enfocándose en las nefastas consecuencias que este tipo de prácticas conllevan, y que aparecen como el resultado material fruto de la acción típica que describimos *supra*¹⁵². Así, JIMÉNEZ LATORRE, señala que *“comportan una pérdida neta de bienestar fruto de las ineficiencias que generan, siendo los consumidores los principales perjudicados, ya que compran una menor cantidad de producto a un mayor precio”*¹⁵³.

Sobre el particular, y desde otra perspectiva pero alcanzando conclusiones similares, la OECD ha señalado que este tipo de ilícitos *“representan la violación más grave y perniciosa del derecho de competencia; perjudican a los consumidores aumentando los precios y limitando la oferta, y acarrear poder de mercado, despilfarro e ineficacia en países cuyos mercados serían competitivos si los cárteles no existieran”*¹⁵⁴.

Misma calificación otorga la Corte Suprema de nuestro país a este tipo de ilícitos, indicando al respecto *“que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado*

¹⁵¹ WITKER, *ob.cit.*, pág. 114.

¹⁵² *“La operación pueda disminuir la riqueza total o agregada del consumidor (de esto se deriva la decisiva importancia del triángulo de bienestar que exhibe la reducción de la producción)”*, en FOX, Eleanor. ¿Qué es un atentado contra la competencia? Prácticas de exclusión y efecto anticompetitivo. Revista de Derecho Universidad de Concepción. 72(215-216):289-338, 2004. Pág. 290.

¹⁵³ JIMÉNEZ LATORRE, Fernando. *ob.cit.*, pág. 2.

¹⁵⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Overview. Hard Core Cartels. Harm and Effective Sanctions. 2002. [En línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/11/34/1935141.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

*probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen los participantes*¹⁵⁵.

Es posible notar que a diferencia de la postura de GRUNBERG -concordante con la del profesor VALDÉS-, establecer el resultado en los términos que lo hemos señalado, nos aleja del carácter normativo y de valoración realizado por medio de la denominación de “lesión o puesta en peligro de la Libre Competencia”, tal y como había sido señalado por estos dos autores, análisis que por cierto -y como hemos advertido sobre la base de doctrina autorizada en la materia-, sería objeto de estudio en otro elemento de la teoría del delito.

Por otro lado, la mención del resultado en los términos en que aquí adherimos, nos deja a resguardo respecto del tratamiento de las diversas etapas del *íter criminis* en la comisión este ilícito, dado que la concreción de este efecto material podría efectivamente existir –en cuyo caso, estaremos en presencia del ilícito en su vertiente lesiva- como también podría configurarse sólo en grado de tentativa.

Sobre este mismo tema, y graficando lo señalado, el DL N° 211 señala en su artículo 26, inciso final, que para efectos de la determinación de las multas, se considerará como elemento de juicio, entre otros, conjuntamente con la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, lo que nos llevaría a concluir que si la sanción que puede ser determinada por el TDLC considera elementos económicos, podría resultar lógico pensar que el conocimiento y juzgamiento de los ilícitos anticompetitivos debería incluir aspectos de esta índole también para efectos de determinar cuándo éstos van a ser real y efectivamente atentatorios del interés público comprometido en el Derecho de la Libre Competencia, situación que se configura con mayor iniquidad en los ilícitos de colusión o conspiración monopólica.

¹⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución de 29 de diciembre de 2010, en causa rol I.C.S. N° 1746-2010, sobre Sentencia N° 94/2010 del TDLC sobre Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Transportes Central Ltda. y Otros, rol N° C-165-2008, considerando duodécimo.

3.2.1.5. Nexo o relación causal

El último elemento integrante de la descripción típica -en su parte objetiva- del ilícito de colusión que intentamos desarrollar en esta monografía, es el nexo o relación causal. Como explica CURY, “es indispensable, para la realización del tipo, la existencia de un vínculo de causalidad entre acción y resultado. La acción debe ser causa del resultado, y éste, correlativamente, el efecto de aquélla”¹⁵⁶.

Sobre el particular, y sin el afán de resolver ni abarcar en su totalidad la diversa literatura existente sobre el concepto de la relación causal, adoptaremos la delimitación del nexo causal que, nacida a partir de la denominada Teoría de la Relevancia Típica (CURY)¹⁵⁷, Tesis de la Causa Jurídicamente Relevante (GARRIDO MONTT)¹⁵⁸ o Teoría de la Adecuación Típica (BULLEMORE)¹⁵⁹, nos sugiere que la relación causal debe considerarse en medio de la acción típica y el resultado típico, es decir, una vez fijados cuáles serían la acción y resultados –ambos típicos necesariamente- procede establecer cuál será el vínculo causal que eventualmente, pueda reunir ambos términos¹⁶⁰.

En este sentido, y como señalamos *supra*, la acción típica para el ilícito de colusión o conspiración monopólica se configuraba a partir del verbo rector pactar, concertar o ajustar, el que en sus diversas modalidades estaba dirigido a concretar el resultado de pérdida de eficiencia en la producción de bienes o servicios, lo que a su vez provocaba un perjuicio o detrimento económico en los competidores que no hayan participado de dicho acuerdo –expreso o tácito- o práctica concertada. Luego, el vínculo causal entre dicha acción y resultado típicos, se configuraría a partir de la

¹⁵⁶ CURY, *ob.cit.*, pág. 294.

¹⁵⁷ *Íbid.* Pág. 297.

¹⁵⁸ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Vol II. 3ª Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003b. pág. 67.

¹⁵⁹ BULLEMORE, Vivian. Curso de Derecho Penal. Parte General II. Apuntes de clases. Santiago. Universidad de Chile. 2004. Pág. 21

¹⁶⁰ Para mayor análisis del concepto “Nexo Causal”, como elemento de la faz objetiva de la descripción típica del delito, *Vid* CURY, *ob.cit.*, pág. 294 y siguientes. *Cfr.* GARRIDO MONTT, Mario. 2003b.

fijación de precios de venta o de compra, la limitación de la producción o asignación de zonas o cuotas de mercado, que hayan sido el objeto por el cual se hayan efectuado los acuerdos o prácticas concertadas (acción típica), los que a su vez ocasionan o producen como resultado un perjuicio económico directo en los demás competidores situados en el mismo mercado relevante, pero que no han participado de dichos pactos, conciertos o ajustes conductuales, así como también en los agentes económicos que participen *aguas arriba* o *abajo*, especialmente en los consumidores finales, lo que consecuentemente conlleva un perjuicio a la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, y a pesar del hecho que las conductas que hemos mencionado son las que expresamente ha señalado el legislador en el DL N° 211, no debemos concluir por ello, que son los únicos modos por medio de los cuales se unirá lógicamente la acción típica con el resultado visto anteriormente. Los objetivos que pueden perseguir las colusiones o conspiraciones monopólicas pueden ser tantos, como pactos o conciertos puedan existir, y de hecho, en la mención que realizara la ley, previo a la reforma introducida por la Ley 20.361, se omitía una de las finalidades que ha motivado uno de los litigios más importantes en esta materia fallados por el TDLC¹⁶¹, como es el caso de la manipulación de licitaciones¹⁶².

¿En qué consisten cada una de estas estrategias y por qué se configuran como el nexos o relación causal entre la acción y resultado típicos del ilícito de colusión?

Reiteremos una vez más, que estas situaciones que pueden configurar el nexos causal, no se encuentran limitadas ni mencionadas taxativamente por el DL N° 211 en

¹⁶¹ Sentencia N° 43, de 7 de septiembre de 2006, del TDLC, dictada en la causa iniciada por requerimiento deducido por el FNE en contra de las empresas Air Liquide Chile S.A., INDURA S.A., AGA S.A. y Praxair Chile Ltda. en autos rol N° C-74-2005, referida a la supuesta actuación concertada por parte de las empresas participantes del mercado de provisión de oxígeno para efectos de ejercer abusivamente su poder de mercado con el afán de manipular la licitación abierta por la Central Nacional de Abastecimiento, Cenabast, para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública, del año 2004.

¹⁶² Elemento que de hecho es mencionado por WITKER, *ob.cit.*, pág. 118. En el mismo sentido se plantea la OECD, 1993, *ob.cit.*, pág. 16, al referirse al concepto de *bid rigging* que lo asimila a la fijación de precios, o como lo señala en su texto original en inglés: "*Bid rigging is a particular form of collusive price-fixing behaviour by which firms coordinate their bids on procurement or project contracts*".

el artículo 3º, letra “a”. De hecho, en relación a los acuerdos y prácticas concertadas menciona a modo meramente ejemplar algunos objetivos que éstos pueden perseguir.

Entre las estrategias que la ley menciona, y que a nuestro entender se configuran como nexos causales dentro de la descripción típica del ilícito de colusión, se encuentran:

1. Fijación de precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización;
2. Fijación de la producción;
3. Asignación de zonas o cuotas de mercado;
4. Exclusión de competidores; y
5. Afectación del resultado en procesos de licitación.

3.2.1.5.1. Fijación de precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización

Esta estrategia, conocida en su traducción anglosajona como *price fixing*, ha sido definida como aquella que es ejecutada por competidores concertados que tiende a “aumentar, fijar o mantener de otra manera el precio al que son vendidos los bienes o servicios”¹⁶³, o bien, aquella dirigida a “incrementar o fijar los precios en orden a restringir la competencia inter-firmas y lograr mayores utilidades”¹⁶⁴.

Sin embargo, lo que subyace a estas dos definiciones entregadas, es el hecho que en el centro de esta estrategia, a la que puede estar dirigida un acuerdo o práctica concertada entre competidores, se encuentra el objetivo de fijar e incrementar

¹⁶³ ANTITRUST DIVISION OF UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes. What they are and what to look for. [En línea] <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010] Traducción del original en inglés que afirma: “Price fixing is an agreement among competitors to raise, fix, or otherwise maintain the price at which their goods or services are sold”.

¹⁶⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). 1993. *ob.cit.* pág. 69. Traducción libre del original en inglés: “An agreement between sellers to raise or fix prices in order to restrict interfirm competition and earn higher profits”

artificialmente los precios a los que son ofrecidos los bienes o servicios a los consumidores, generando con ello la disminución de la eficiencia asignativa, y el consecuencial perjuicio económico a los consumidores y a la comunidad en general. Se busca, por medio de esta estrategia perseguida por el pacto, concierto o ajuste ilícito, la obtención de mayores utilidades y ganancias por medios contrarios a Derecho, vulnerando la Libre Competencia.

MIRANDA LONDOÑO destaca la carga ilícita de esta práctica de fijación de precios, y pone de manifiesto su directa relación con el resultado típico que reseñábamos más arriba:

“La fijación de precios (en Inglés "price fixing") entre competidores es la más típica violación a las leyes antimonopolísticas. Así mismo, es una de las más perseguidas por el dañino efecto que produce sobre la competencia y el perjuicio que le causa a los consumidores”¹⁶⁵.

Es evidente, por su parte, que lo anteriormente señalado respecto de la fijación de precios de venta, se aplica *ceteris paribus* a la determinación de precios de compra, dándose el supuesto de existencia de dos o más competidores que teniendo poder de mercado puedan dirigir su conducta en contra de los proveedores fijando el precio al que comprarán los insumos, tal y como sucedió en la Sentencia N° 7 del año 2004 dictada por el TDLC en relación al “Mercado de la Leche”, que fuera referida anteriormente.

Por su parte, la fijación de condiciones de comercialización se trata de un elemento incluido en el DL N° 211 a partir de la última modificación introducida por la Ley 20.361, en la que se decidió agregar este nexo causal entre la colusión (acción típica) y la disminución de la eficiencia asignativa o el detrimento económico provocado a los consumidores (resultado del tipo). En efecto, la Comisión de Economía del Senado, en el marco de la discusión sobre el proyecto de ley que posteriormente se transformó en norma legal, modificó la redacción de la iniciativa enviada originalmente, y se analizó una nueva redacción del artículo 3°, letra a), del DL N° 211, señalando que

¹⁶⁵ MIRANDA LONDOÑO, *ob.cit.*, pág. 17.

“el poder de mercado alude a la capacidad de este conjunto de competidores de fijar las condiciones de comercialización, de manera independiente al resto, con la posibilidad de abusar”¹⁶⁶.

3.2.1.5.2. Fijación de la producción

Sobre la estrategia de limitación o fijación de la producción, íntimamente vinculada a la anterior sobre fijación de precios o de condiciones de comercialización, cabe señalar que ésta se configura como nexo causal toda vez que por medio de la determinación de la producción efectuada entre competidores, de manera coordinadamente ilícita, se han concertado o pactado la limitación de la producción de manera de incrementar el precio de los bienes o servicios.

En este mismo sentido se ha manifestado también la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea:

“Los acuerdos de cooperación horizontal pueden causar problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción, repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y ello causa efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la diversidad y calidad de los productos”¹⁶⁷.

3.2.1.5.3. Asignación de zonas o cuotas de mercado

¹⁶⁶ COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO, del Congreso Nacional. Segundo Informe recaído en el Proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Boletín N° 4234-03. 2009. Pág. 15.

¹⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie C, 2001. [En línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:003:0002:0030:ES:PDF>] [Consulta: 30 de noviembre de 2010].

Similar a la anterior, pero con matices que la distinguen, la asignación de zonas o cuotas de mercado, práctica que se enmarca en el reparto de mercado que puede surgir del pacto consensuado por 2 o más competidores y que genera el resultado típico anotado más arriba, en términos generales, consiste en la determinación mediante la restricción o limitación cuantitativa de la cantidad a producir por parte de los competidores partícipes del acuerdo.

En el primer caso, esto es, en la asignación de zonas de mercado, *“lo que ocurre es que un mercado mayor e inicialmente más competitivo se transforma en un conjunto de monopolios o monopsonios menores, en los que sólo opera una empresa”*¹⁶⁸. Por otra parte, en la asignación de cuotas de mercado ocurre que los agentes económicos involucrados en la colusión *“acuerdan no competir entre ellas y producir ciertas cantidades menores que las que regirían en ausencia del acuerdo”*¹⁶⁹.

Dicho de otro modo, en la asignación de zonas de mercado el reparto entre los agentes coludidos puede, por ejemplo, recaer en áreas geográficas en las que se reemplazará la competencia que potencialmente pudiera existir entre ellos por la creación artificial de un monopolio o monopsonio, y en cambio, en la asignación de cuotas de mercado la colusión radicará en la determinación convencional y ficticia de las participaciones de mercado que a cada uno de los agentes coludidos corresponderá.

3.2.1.5.4. Exclusión de competidores

Estrategias como la exclusión de competidores (también denominada como “actos de boicot”) o la amenaza de ella, ejercidas por medio del poder de mercado que pueden alcanzar los competidores que han concurrido al acuerdo o ejecutado las

¹⁶⁸ D'AMORE, Marcelo. Poder de mercado y análisis antitrust: con especial referencia a la ley argentina de defensa de la competencia (Ley 25.156). En: XXVIIa Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política (2002, Buenos Aires). [En línea] <http://www.aaep.org.ar/espa/anales/PDF_02/damore.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]. Pág. 16.

¹⁶⁹ *Ídem*.

prácticas concertadas, se configuran como otro nexo causal entre la conducta colusoria y el perjuicio económico que ésta produce.

La exclusión de competidores concretada a partir del acuerdo o de la práctica concertada se transforma en una estrategia que puede estar íntimamente ligada a los demás nexos causales referidos. En efecto, la exclusión de competidores desde un mercado determinado puede desarrollarse a partir de la fijación de ciertas condiciones de comercialización realizada a través del concierto o del acuerdo, o también, mediante la fijación de la producción. En ambos casos, por ejemplo, la exclusión de competidores se transforma en el lógico y directo efecto predatorio de la estrategia principal utilizada por los agentes coludidos, de modo de incrementar sus respectivas participaciones y poder de mercado, mediante la afectación de la que es objeto el competidor excluido del mercado relevante determinado.

Del mismo modo, estos actos de boicot pueden estar dirigidos tanto a la exclusión de competidores, como al establecimiento de barreras a la entrada artificiales que redunden en la imposibilidad o mayor dificultad de ingreso de nuevos competidores al mercado.

A su vez, la exclusión de competidores se presenta como el elemento que une consecuentemente al acuerdo o práctica concertada con el perjuicio o detrimento económico correspondiente, dado que en este caso el mecanismo ilícito utilizado por las empresas coludidas tendrá como objetivo –también contrario a Derecho- la supresión de los agentes económicos que no fueron parte del acuerdo o práctica concertada, y de ese modo, incrementar por medios ilegítimos su participación y poder de mercado.

3.2.1.5.5. Afectación del resultado de procesos de licitación

La afectación del resultado de procesos de licitación fue incluida por la Ley N° 20.361/2009 en el literal b) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211 como objetivo al que podrán estar dirigidos los acuerdos o prácticas concertadas sancionadas como práctica anticompetitiva.

Esta afectación del resultado de licitaciones es también denominada “manipulación de licitaciones” y consiste en una especie dentro del género de estrategias o instrumentos que pueden ser buscados por competidores coludidos. La OCDE ha establecido *guidelines* para enfrentar los eventuales acuerdos o colusiones entre oferentes que participan de procesos de licitaciones públicas, y al mismo tiempo ha señalado que esta manipulación de licitaciones “*se presenta cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que busca adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación*”¹⁷⁰.

La OCDE profundiza en los efectos negativos y perjudiciales que este tipo de estrategias desarrolladas por competidores coludidos puede tener frente a procesos de licitación para adquisiciones o servicios públicos, aseverando que “*este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo*”¹⁷¹.

En este mismo sentido, cabe destacar los mecanismos utilizados para el desarrollo de las estrategias de manipulación de licitaciones, dentro de los cuales la OCDE identifica¹⁷²:

- “Ofertas de resguardo”, en las que competidores concertados acuerdan presentar una oferta demasiado alta para ser adjudicada, o a lo menos, más alta que la del ganador escogido, o un oferente participa de la licitación sin

¹⁷⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. Febrero, 2009. [En línea] < <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf> > [Consulta: 30 de noviembre de 2010]. Pág. 2.

¹⁷¹ *Ídem*.

¹⁷² *Ibíd.*, pág. 3.

cumplir los requisitos o términos especificados y exigidos por la entidad licitante;

- “Supresión de Ofertas”, situación en la que los agentes coludidos acuerdan abstenerse de participar o retirarse del proceso de licitación, de modo que otro de los competidores escogidos resulte adjudicado en ausencia de otras posturas u ofertas;
- “Rotación de Ofertas”, mecanismo en el que los competidores aplican un sistema de turnos para la adjudicación de las diversas licitaciones; y
- “Asignación de Mercado”, que resulta ser la aplicación a procesos de licitación, de la estrategia referida más arriba, de Asignación de zonas o cuotas de mercado.

Conviene agregar también, que existen características de las licitaciones consideradas en términos dinámicos, que otorgarán facilidades para la concreción de colusiones o manipulación de licitaciones, como por ejemplo la repetición de los procesos de licitación o la existencia de registros especiales y previos que facultan a los oferentes para participar de los procesos de licitación correspondientes.

3.2.2. Faz y elementos subjetivos del tipo

La segunda parte integrante de la estructura del tipo “colusión” o “conspiración monopólica” es la faz subjetiva del ilícito, tratándose de los delitos dolosos, que *“se caracteriza por una rigurosa coincidencia entre la finalidad y el hecho típico objetivo, es decir, entre la faz subjetiva y objetiva de la acción. La finalidad adecuada al tipo es el dolo del delito”*¹⁷³.

En este mismo sentido, el profesor CURY continúa señalando que el dolo *“es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o,*

¹⁷³ CURY, *ob.cit.*, pág. 303.

*al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria*¹⁷⁴.

Luego, como premisa preliminar se señala que la faz subjetiva del tipo de esta clase de ilícitos descansa en la existencia e íntima relación entre conocimiento, voluntad de realización y requisitos objetivos del hecho típico, lo que a su vez reitera la idea de que la parte integrante subjetiva del tipo, está compuesta por el dolo.

Por su parte, y considerando que escapa al ámbito de desarrollo del presente trabajo el análisis pormenorizado de cada uno de los elementos y de las riquísimas posiciones en torno a las discusiones doctrinarias que existen en el Derecho Penal, en la presente memoria sólo nos referiremos brevemente a los elementos que dan forma a la estructura del dolo.

En este sentido, nuevamente recogemos lo señalado por el profesor CURY, quien clarifica que *“para el dolo se requiere la concurrencia de un elemento intelectual (el conocimiento del hecho que integra el tipo legal) y de otro volitivo (la voluntad de realizarlo o, al menos, la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria)”*¹⁷⁵.

De esta manera, el elemento intelectual del dolo implica que el sujeto activo del ilícito debe tener conocimiento de la totalidad del tipo, lo que dicho de otro modo, conlleva el conocimiento de los elementos objetivos arriba mencionados, esto es, la acción, sus modalidades de comisión, el resultado y vínculo o nexo causal. Como contrapartida de ello, el error de tipo es el que recae sobre un elemento integrante del tipo, y que se presenta precisamente, ante la falta de conocimiento de todas las circunstancias de la descripción típica del ilícito.

El elemento volitivo que forma parte de la estructura del dolo dice relación con que el agente debe querer la realización de todo el hecho típico, distinguiéndose

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 305.

cuando el objetivo perseguido por el agente es la realización del hecho típico (en cuyo caso, se trata de Dolo Directo), o bien, cuando el sujeto activo ejecuta la acción, representándose la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, y pese a ello, acepta en su voluntad las consecuencias de esa alternativa (tratándose este último del Dolo Eventual).

En el caso particular de la colusión o conspiración monopólica, considerando la estructura dicotómica del dolo y las circunstancias que rodean la comisión de este ilícito, los agentes económicos que participan de estos acuerdos o prácticas concertadas no pueden actuar sino con pleno conocimiento de los hechos que configuran el ilícito.

Al referirnos a las modalidades de comisión de la acción típica de la colusión, se distinguió entre los acuerdos y prácticas concertadas, reconociendo dentro de estas últimas dos clases que podían ser objeto de sanción como infracción al Derecho de Libre Competencia: “paralelismo consciente propiamente tal o voluntario” y “paralelismo consciente por colusión o concierto”. En cualquier caso, y sea cual fuere la forma o modo de la expresión de la acción típica, esto es, a través de acuerdos expresos o tácitos, o prácticas concertadas, la sanción de este tipo de ilícitos requerirá la existencia del dolo, ya sea directo o eventual.

Ello resulta especialmente evidente si se tiene en cuenta que este tipo de atentados a la libre competencia se realizan con un marcado carácter furtivo, secreto y confidencial de las actuaciones que permiten la coordinación entre los agentes coludidos. Lo anterior se ve reafirmado por el hecho de que este tipo de acuerdos o prácticas concertadas se desenvuelven mediante complejas acciones, gestiones y ejecuciones, tendientes al desarrollo de la colusión o conspiración monopólica, que se presentan desde el establecimiento o definición del concierto o ajuste de estrategias y que se mantienen durante el tiempo en que se pretenda sostener el acuerdo o práctica concertada.

Asimismo, la conducta que configura la colusión y coordinación entre competidores se efectúa y desarrolla con pleno conocimiento de los efectos que ésta tendrá, adquiriendo un carácter predatorio sobre los demás competidores, o perjudicial al bienestar de los consumidores, por ejemplo, a través de la fijación y eventual alza artificial de precios.

En atención a las condiciones que deben presentarse para la concreción de este ilícito, y teniendo presente además que la colusión no puede configurarse sino mediando acciones complejas que permitan el ajuste, concierto o pacto de acciones entre competidores, la faz subjetiva del tipo colusión o conspiración monopólica requiere la concurrencia de, a lo menos, dolo eventual, esto es, el conocimiento de los hechos que integran el tipo colusión o conspiración monopólica por parte de los agentes coludidos o concertados, los que se representan como posible el perjuicio o detrimento económico como resultado de su acción, lo que a su vez genera una evidente y manifiesta reducción de la eficiencia en la asignación de los recursos y una disminución en el bienestar de los consumidores, pero pese a ello aceptan en su voluntad las consecuencias de esa alternativa, configurando y concretando el ajuste, pacto o concierto doloso.

3.3. Antijuridicidad

Lo referido hasta aquí se relaciona con la descripción típica del más grave atentado al Derecho de la Libre Competencia consistente en el ilícito de colusión monopólica. Un elemento adicional que corresponde analizar brevemente dentro del análisis de la estructura de este ilícito consiste en la antijuridicidad, que corresponde a *“aquel disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico”*¹⁷⁶.

¹⁷⁶ CURY, *ob.cit.*, pág. 353.

Continúa señalando el profesor CURY que la *“Antijuridicidad es disvalor. Esto significa que la afirmación de la ilicitud es el resultado de un juicio en virtud del cual se declara que la conducta típica es contraria a los valores reconocidos por la norma”*¹⁷⁷. Así, la juridicidad o antijuridicidad de la conducta se sitúa en la valoración objetiva o abstracta que la norma realiza sobre la acción y el resultado material que con ella se efectúa.

A partir de ello se reafirma lo que se indicara más arriba al momento de señalar nuestra apreciación sobre el resultado material típico del ilícito colusorio que motiva el presente estudio. En efecto, indicamos al respecto que la lesión o puesta en peligro de la Libre Competencia se situaba en un elemento distinto del resultado de la acción típica, y en este sentido, creemos que la lesión o puesta en peligro de la Libre Competencia se radica precisamente en el análisis de antijuridicidad del delito, teniendo presente la forma cómo el profesor WITKER concibe a la Libre Competencia, esto es, la rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia.

Por su parte, una vez efectuado el análisis judicial respecto de los elementos del tipo de colusión o conspiración monopólica, la antijuridicidad se considera en principio configurada también, ya que el tipo describe todos los elementos de la conducta que quebranta una norma de actuación o de prohibición, y por ello, observándose los elementos del tipo no se hace necesaria ni obligatoria la aseveración de una fundamentación positiva que dé cuenta del quebrantamiento de la norma general o de la presencia de antijuridicidad en el injusto analizado.

En este sentido, y frente a la configuración del tipo, se hace necesario no la afirmación de la antijuridicidad de la conducta, sino más bien, la ausencia de causales de justificación que vuelvan la actuación típica conforme y consistente con el ordenamiento jurídico. De este modo, entonces, cabe retomar lo señalado por CURY

¹⁷⁷ *Ídem.*

toda vez que señala que *“las causales de justificación son situaciones reconocidas por el derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida o, incluso, exigida, y es, por consiguiente lícita”*¹⁷⁸.

Del mismo modo, las causales de justificación se clasifican generalmente como aquellas fundadas en ausencia de interés, y aquéllas que se fundan en el principio del interés preponderante, distinguiendo dentro de estas últimas las que persiguen la preservación de un derecho, y las que tienen por objeto la actuación de un derecho.

Sobre estas últimas causales de justificación, aplicadas a la materia de estudio, es posible señalar que podrían operar como tales, por ejemplo, la resolución del TDLC que aprueba determinadas operaciones sometidas a su revisión y aprobación de acuerdo al artículo 18, N° 2, del DL N° 211, ya que en ese sentido, la antijuridicidad se vería atenuada sobre la base del ejercicio legítimo de un derecho que ha sido conferido por una autoridad, en este caso, el TDLC.

Al respecto, y confirmando lo señalado, cabe anotar lo señalado por el TDLC en la dictación de su Sentencia N° 94/2010, dentro de la cual incluyó una consideración acerca de la juridicidad de la colusión que fuera requerida por la FNE, señalando al respecto que *“la juridicidad o antijuridicidad de un hecho, acto o convención desde la perspectiva de la Libre Competencia, no depende de que cuente o no con la aprobación o el aval de una autoridad pública, sino que emana directamente de la ley y no encuentra otra excepción que la consignada en el artículo 4° del decreto Ley N° 211, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32° del mismo”*¹⁷⁹.

Las excepciones especificadas por el TDLC en la sentencia citada, ratifican el hecho de que sólo operan como causales de justificación, y por consiguiente quitan antijuridicidad a la actuación típica, la autorización que la ley efectúe tendiente al

¹⁷⁸ *Ibíd.*, pág. 363.

¹⁷⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 94/2010, de 7 de enero de 2010, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Central Ltda. y otros, rol N° C-149-2007, Considerando Sexagésimo Cuarto.

otorgamiento de concesiones, autorizaciones o actos que impliquen la configuración de monopolios para el ejercicio de actividades económicas (art. 4° del DL N° 211), así como también, los actos o contratos que sean ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del TDLC (primera parte del inciso primero, del art. 32° del DL N° 211).

3.4. Culpabilidad

Otro elemento que forma parte del análisis para la aplicación de sanciones a la colusión radica en la afirmación de la culpabilidad del agente económico que concreta el acuerdo o práctica concertada atentatoria de la Libre Competencia.

De acuerdo a lo señalado por el profesor CURY, *“la culpabilidad es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho. Por consiguiente, significa que el disvalor del acto injusto se extiende también a la persona del agente, porque puede serle atribuido como obra suya”*¹⁸⁰.

Desde esta perspectiva, la culpabilidad se mira como juicio de reprochabilidad, en la medida en que es perfectamente exigible al autor una conducta distinta a la ejecutada y que configura el tipo correspondiente. En este sentido, el profesor JAÉN VALLEJO indica que *“la esencia de la culpabilidad reside en la culpabilidad por el hecho, esto es, ¿en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto, no en la peligrosidad del delincuente!”*¹⁸¹.

Específicamente, en relación al injusto monopólico, el profesor VALDÉS confirma lo referido indicando, en términos negativos, que *“el concepto de culpabilidad fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido que éste no omitió la acción típica y antijurídica aun cuando podía omitirla. En otras palabras, la esencia de*

¹⁸⁰ CURY, *ob.cit.*, pág. 385.

¹⁸¹ JAÉN VALLEJO, Manuel. Estudios Penales. Santiago de Chile. Lexis Nexis. 2006. Pág. 20.

la culpabilidad –en un sentido jurídico- es la reprochabilidad a la persona humana de haber realizado, como verdadero autor o dueño, una conducta típica y antijurídica¹⁸².

Al respecto, importante es destacar la resolución dictada por la Corte Suprema en relación al requerimiento de la FNE en contra de Empresas Sanitarias que concluyera en la Sentencia N° 85/2009 del TDLC, que fuera confirmada parcial y posteriormente por dicho Tribunal Superior de Justicia en la causa Rol N° 5443-2009, indicándose en su considerando séptimo, en relación al tipo infraccional establecido en la letra b) del artículo 3° del DL 211, *“respecto a la concurrencia de culpa o dolo, ello no constituye un requisito del tipo infraccional establecido en autos, ya que la norma de la letra b) del artículo 3° del DL 211 no alude ni exige la concurrencia de ese elemento subjetivo, ya que basta la infracción a la norma para que el actuar se estime culposo, lo que constituye culpa infraccional o normativa. Por tanto, no se configura la falta que se atribuye al fallo¹⁸³.*

La resolución citada, aunque tangencialmente, aborda la discusión acerca de las reglas de imputación y determinación de la pena, mediante las cuales se atribuye, radica y cuantifica la responsabilidad de determinado ilícito en un agente en particular. En efecto, entre la exigencia o prescindencia de la culpa o dolo para efectos de configurar el ilícito antimonopólico de abuso de posición dominante en este caso particular, la Corte Suprema opta por esta última alternativa, afirmando que la ley no exige la presencia de este elemento subjetivo, presumiéndose ésta a partir de la infracción a la norma, lo que equivale a aseverar que en este caso, la acción típica y antijurídica hace presumir la culpabilidad.

Por otro lado, el TDLC en la Sentencia N° 94/2010, sobre el requerimiento de la “FNE en contra de Sociedad de Transportes Central Ltda. y Otras” por haberse concertado para uniformar las tarifas de transporte público mayor de pasajeros,

¹⁸² VALDÉS, 2006a, pág. 326.

¹⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución de 18 de mayo de 2010, en causa rol I.C.S. N° 5443-2009, sobre Sentencia N° 85/2009 del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, de 02 de julio de 2009, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Empresas Sanitarias, rol N° C-79-2005.

establece una regla de culpabilidad aplicable a la colusión o concertación que dista, o a lo menos matiza, aquélla determinada por la Corte Suprema para el caso del abuso de posición dominante, toda vez que se indica en los considerandos nonagésimo noveno y centésimo de dicho fallo que:

“Este Tribunal tendrá presente que el actuar de la Secretaria Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de los Lagos, descrito en las consideraciones nonagésima a nonagésimo segunda, razonablemente debió tener efectos en la percepción de los requeridos respecto de la ilicitud de sus actuaciones, lo que evidentemente disminuye en forma muy importante su responsabilidad en los hechos constitutivos de infracción descritos en la presente sentencia, aunque no los exculpa completamente de los mismos. Por esta razón, este Tribunal impondrá a las requeridas una multa sustancialmente menor a la que habría correspondido sin mediar esta circunstancia; Centésimo: Que, adicionalmente, el hecho de que durante el paro del transporte público de la ciudad de Osorno de los días 26 y 27 de noviembre de 2007 se hayan producido desordenes y hechos de violencia que hayan razonablemente podido atemorizar a algunos de los representantes de algunas empresas requeridas, específicamente, a los de Sociedad de Transportes Frankol Ltda., Sociedad de Transportes Líneas Nueve Ltda., Transportes Veinte Blanco Azul Ltda., Administradora Francke Ltda. y Sindicato de Trabajadores Independientes Taxis Colectivos Línea 17, 17-A, 18 de Osorno, si bien no puede a juicio de este Tribunal constituir una eximente de culpabilidad, toda vez que no está acreditado que fueran de una entidad suficiente como para hacer imposible la exigencia de otra conducta, si atenúa la responsabilidad de dichas empresas”¹⁸⁴.

Con ello, el TDLC reafirma lo que fuera señalado por el profesor VALDÉS como requisito esencial para la configuración del injusto monopólico, en cuanto recoge como elemento indispensable el principio del “nulla poena sine culpa”. Sin perjuicio de ello, debemos destacar que en este caso en particular, la culpabilidad a que se refiere el TDLC en el fallo citado radica específicamente en un elemento externo al tipo, tal como se analiza en este trabajo, lo que ubica el análisis de este concepto en una sede distinta a la faz subjetiva del ilícito, ya que la culpa o dolo referido más arriba, se encontraba íntimamente ligado a la voluntariedad de la conducta, y no así a la reprochabilidad de ésta, que está vinculada más bien a la posibilidad efectiva de ajuste de la conducta propia a lo dictaminado por la norma, tal como lo indica el profesor

¹⁸⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 94/2010, *Ibíd.* Considerando nonagésimo noveno y centésimo.

VALDÉS: “No obstante esta voluntariedad, puede acontecer que la conducta típica y antijurídica no sea reprochable; por ejemplo, acontece esto si quien realiza una conducta monopólica, la ejecuta bajo amenaza o fuerza moral irresistible”¹⁸⁵.

De este modo, y conforme los estándares de imputación utilizados en la doctrina comparada para efectos de juzgar los ilícitos anticompetitivos en los que se identifican dos criterios principales, el *per se approach* por un lado, y la *rule of reason* por otro, es posible asimilar a estas reglas la prescindencia del análisis de culpabilidad en el primer caso, y la exigencia como requisito esencial en el segundo criterio.

Dicho de otro modo, el criterio *per se* presentará como sancionable la conducta sin evaluar eximentes de culpabilidad fundadas en la imposibilidad de actuación de un modo alternativo al que fuera ejecutado, esto es, se prescinde del juicio de reprochabilidad. *Contrario sensu*, la *rule of reason* volverá necesario y esencial que la conducta sea reprochable, para lo cual será fundamental revisar la posibilidad de actuación en cumplimiento del Derecho por parte del agente económico, actuación que pese a ser típica y antijurídica, podrá ser eximida o atenuada en su pena aplicable, por haberse justificado su actuación sobre la base de criterios de razonabilidad económica, situación que imposibilita la exigencia de un comportamiento ajustado a Derecho.

Esta última apreciación relacionada al análisis de juzgamiento de este tipo de ilícitos parece ser la más aceptada por la doctrina nacional y comparada, aplicando sólo excepcionalmente el criterio *per se*, lo que dicho de otro modo equivale a indicar que sólo bajo situaciones especialísimas se prescindirá del análisis de culpabilidad tal como lo hemos indicado. Esta regla excepcional de imputación y gradación de la sanción, en la que se descarta el juicio de reprochabilidad, podrá ser aplicada como en el fallo de la Corte Suprema citado previamente, bajo supuestos fácticos en los que resulta bastante compleja la justificación de eximentes que vuelvan *razonable* la actuación típica y antijurídica, como por ejemplo en el caso de colusión o prácticas

¹⁸⁵ VALDÉS, 2006a, pág. 326.

concertadas que tengan por objeto la afectación del resultado de procesos de licitación, o bien, que tengan por finalidad la fijación de precios de venta.

4. DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y EL IUS PUNIENDI: PENALIZACIÓN DEL ILÍCITO DE COLUSIÓN.

Bastante se ha discutido en el Derecho Penal acerca de la existencia y justificación de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o sociales que justifican la actuación del Estado a través de la aplicación de sanciones de carácter penal. La modernización, liberalización y globalización de las relaciones comerciales y económicas ha mermado la vigencia de las sanciones penales, y más aún, la estructura, características y requisitos de los estándares aplicables a los juicios de reproche penal.

La definición como *ultima ratio* del Derecho Penal, y su aplicación e intervención en materias propias del Derecho Económico, hace necesario indagar acerca de la justificación que ramas como el Derecho de la Libre Competencia puedan entregar al Derecho Penal en carácter de justificación para la aplicación de sanciones de carácter penal bajo circunstancias específicas y excepcionales.

En la doctrina más actual, desde el punto de vista tanto penal como económico, se discute la inclusión de nuevos bienes jurídicos dentro del catálogo de aquéllos que históricamente han sido utilizados para justificar la actuación del Estado en materia sancionatoria, tanto administrativa como penal. Al efecto, la profesora SZCZARANSKI afirma que:

“En el presente, entre los bienes jurídicos merecedores de distintas tutelas, incluida la penal, se encuentra la confianza depositada por la colectividad en el tráfico económico, como bien jurídico colectivo, que puede ser lesionado como ordenamiento mismo. Tiedemann, en relación con los llamados delitos económicos, considera entre otros bienes jurídicos, y como tales, “el orden económico estatal”, o “el flujo de la economía en su organicidad”¹⁸⁶.

Más aún, la dificultad que entraña la sistematización, diseño y delimitación de tipos penales aplicables a materias anticompetitivas, consecuentemente genera objeciones y reparos desde un punto de vista estrictamente penal: *“Si a ello se suman*

¹⁸⁶ SZCZARANSKI CERDA, *ob.cit.*, Pág. 21.

*las tradicionales resistencias del penalismo más conservador al uso de las leyes penales en blanco impropias o las normas de interpretación o reenvío al orden administrativo, el problema es mayúsculo*¹⁸⁷.

Teniendo en consideración este escenario, y sobre la base de los argumentos existentes en el marco del debate acerca de la penalización de ilícitos propios del Derecho de Libre Competencia, en el presente capítulo intentaremos aportar y exponer algunos elementos y perspectivas que permitan ahondar en la discusión acerca de la penalización de la colusión o conspiración monopólica, sin ánimo de agotar el intenso debate que es posible encontrar sobre este tema.

De este modo, y como primer punto, nos referiremos brevemente sobre los principales argumentos que derivaron en la eliminación del carácter penal de la normativa de libre competencia, de manera de exponer las razones y fundamentos que dan sustento a la actual normativa aplicable.

En segundo lugar, nos abocaremos al tratamiento de la eficacia y aplicabilidad normativa, y efectivo cumplimiento del Derecho de Libre Competencia en lo que a colusión se refiere. El *enforcement* de esta rama jurídica desde un punto de vista estrictamente nacional y, comparativamente, con el cumplimiento efectivo que alcanza en el plano internacional, puede otorgar nuevas luces acerca del efectivo respeto y aplicación que logran las normas sobre colusión o conspiración monopólica aplicables en nuestro país.

Finalmente, en este capítulo referiremos las medidas y modificaciones que han sido incorporadas a la normativa de Libre Competencia Nacional que dan cuenta de la importancia y relevancia que ha ido asimilando esta disciplina, con la consiguiente ampliación e incorporación de facultades a la FNE, que han sido extrapoladas desde sistemas normativos que dan carácter penal a las sanciones aplicables a los ilícitos

¹⁸⁷ MANRÍQUEZ, Juan Carlos. Prácticas monopólicas. La experiencia en América del Sur: Argentina y Chile. ¿Sanción administrativa o sanción penal? El caso de Chile. Revista de Derecho de la Empresa. (13):133-166. 2008. Pág. 140.

que contravienen la normativa *antitrust*. Asimismo, en este último apartado analizaremos los proyectos de ley que actualmente se encuentran en tramitación en el Congreso Nacional, referidos a la penalización de ilícitos *antitrust* en su hipótesis colusoria, con las especificaciones y características que observaremos.

4.1. *Administrativización del Ilícito de Colusión a partir de la Ley N° 19.911.*

4.1.1. Antecedentes generales.

El año 2002, se inició el primer trámite constitucional, mediante mensaje presidencial dirigido al Senado del Congreso Nacional, del proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Entre los antecedentes del mensaje, se precisaron los objetivos principales del contenido del proyecto de ley, indicándose entre éstos:

- a) La elección de los integrantes del Tribunal mediante concurso público de antecedentes;
- b) Los integrantes sean remunerados y con dedicación significativa al Tribunal;
- c) La separación de funciones entre el Tribunal y la Fiscalía;
- d) Mayor independencia del Tribunal frente al Poder Ejecutivo;
- e) Clarificación del bien jurídico protegido; y
- f) Supresión de la actual estructura organizativa.

En términos generales, el mensaje del proyecto de ley destaca el continuo mejoramiento que ha desarrollado la institucionalidad de protección de la competencia dentro de los 30 años de vigencia del DL 211, desde su dictación en 1973. Se manifiesta *“la necesidad del país de adecuarse de una economía con importantes grados de intervención pública, hacia un esquema más abierto, en el cual el mercado*

*sería el principal asignador de los recursos*¹⁸⁸ finalidad que, según se indica entre los antecedentes de esta iniciativa legal, este cuerpo normativo habría cumplido satisfactoriamente, pese a las limitaciones sustantivas y orgánicas que consideraba en la estructura de protección de la libre competencia.

En este sentido, se indica que resultan sorprendentes los resultados obtenidos con la regulación efectuada por el Decreto Ley 211 original y sus modificaciones posteriores, previas a la dictación de la Ley 19.911, que fueran referidas al inicio de esta memoria.

Esta perspectiva, sin embargo, al momento de presentarse el proyecto de ley que dio origen a la ley que modificó el Decreto Ley 211, coexistía con la apreciación de otros sectores académicos que sostenían la existencia de una opinión común *“tanto en el Gobierno cuanto en los sectores empresariales y académicos, sobre la necesidad de efectuar cambios y disponer mejoramientos en los organismos encargados de velar por la libre competencia. La importancia de éstos y la trascendencia de sus decisiones en el mundo de los negocios es innegable”*¹⁸⁹.

En relación a la descripción y sanción de las conductas sancionables en el marco del Decreto Ley 211, existían incluso algunas opiniones más críticas. En efecto, el Jefe de la División Jurídico Legislativa del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, ENRIQUE SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, refiriéndose al proyecto de ley en cuestión, y su importancia para el sector eléctrico, indicaba el año 2004 que *“el proyecto sí ha procedido a efectuar una limpieza y actualización de las conductas contenidas en el vigente DL N° 211 que, al cabo de treinta años, ya poco o nada tienen*

¹⁸⁸ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el tribunal de defensa de la libre competencia. Boletín N° 2.944-03. 2002.

¹⁸⁹ FELIÚ DE ORTÚZAR, *ob.cit.*, pág. 195.

*de atentados a la libre competencia y que algunos estudios han calificado como una de las disposiciones más gravemente ambiguas de todo el derecho chileno*¹⁹⁰.

4.1.2. Derogación de la sanción penal a los ilícitos de libre competencia.

En este contexto, y a partir de la “Clarificación del bien jurídico protegido”, definido como objetivo del proyecto de ley individualizado anteriormente, dentro de la estructura de éste se indica expresamente como uno de sus puntos angulares la eliminación del carácter penal de los ilícitos de libre competencia contemplados por el Decreto Ley 211 vigente a esa fecha.

Se indica en el Mensaje con que se inicia el proyecto de ley en análisis que *“el escenario actual en el que se desenvuelven los agentes económicos es complejo, por lo que es importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia. (...) Por estos motivos, resulta aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del organismo encargados de conocer las causas decida, de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia”*¹⁹¹.

Sobre la base de estas consideraciones se argumenta que resulta inconsistente la definición y aplicación de sanciones de carácter penal, toda vez que el *“tipo penal debe describir las conductas que sanciona de manera precisa, de forma que los sujetos a los cuales se dirige la norma tengan la certeza de aquello que está prohibido por el legislador”*¹⁹².

¹⁹⁰ SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, Enrique. Nuevo tribunal de defensa de la libre competencia y su importancia para el sector eléctrico. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. (12):145-153. 2004. Pág. 146.

¹⁹¹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el tribunal de defensa de la libre competencia. Boletín N° 2.944-03. 2002.

¹⁹² *Ídem*.

En este mismo orden de ideas, en el marco de la discusión sobre este proyecto de ley, el entonces Subfiscal Nacional Económico, don Enrique Vergara agregó que esta iniciativa legal tenía por objetivo principal la modernización de la legislación antimonopolios a través, entre otros aspectos, de la eliminación de *“las penas privativas de libertad que consagra la actual legislación, por dos razones, la primera, jurídica, ya que se ha estimado que esta norma contenía una ley penal en blanco, y otra práctica, puesto que en los últimos treinta años nunca se ha aplicado esta norma. Para ello se aumentaron sustancialmente las multas, acordándose, finalmente, que el monto máximo sería de veinte mil unidades tributarias anuales”*¹⁹³.

Ahora bien, cabe precisar que este proyecto de ley concluye en la promulgación de la Ley 19.911 la que, en lo tocante a la eliminación del carácter penal de la sanción al ilícito anticompetitivo en general, y sin perjuicio del mejoramiento de su descripción típica, efectúa la derogación de las penas corporales que hasta antes de la dictación de esta norma legal, consistían en la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, aumentándose en un grado, cuando este delito incidiera en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud¹⁹⁴.

El profesor VALDÉS, indica al respecto que *“resulta claro que lo que el principal cuerpo normativo antimonopólico ha denominado “infracciones” no pueden ser penales, puesto que en tal caso carecería de sentido la modificación legal que introdujo la Ley 19.911 al texto del Decreto Ley 211. Luego, la única alternativa disponible es la de que tales injustos exhiban una naturaleza administrativa contravencional”*¹⁹⁵. En este sentido, también se reconoce la dificultad para determinar la línea divisoria entre lo penal y lo administrativo, teniendo en especial consideración, además, las particularidades funcionales, sustantivas y orgánicas del ilícito antimonopólico.

¹⁹³ COMISIÓN DE HACIENDA DEL SENADO, del Congreso Nacional. Primer Informe recaído en el Proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Boletín N° 2944-03. 2003.

¹⁹⁴ DL N° 211 de 1973, Art. 1°.

¹⁹⁵ VALDÉS, 2006a, *ob.cit.*, pág. 228.

En síntesis, con la Ley 19.911 se eliminan las referencias a las sanciones de carácter típicamente penal como son las que corresponden a *penas* corporales, viéndose incrementadas las *penas* pecuniarias –o de multas-, que en adelante serían competencia exclusiva y excluyente de un órgano jurisdiccional y no de la Administración del Estado. Con ello, y partir de los argumentos que sustentan esta modificación en la normativa aplicable, se evidencia que la eliminación del carácter *penal* del ilícito no obedece a un análisis que concluyera en la falta o ausencia de relevancia jurídica atribuible al ilícito genérico de libre competencia, sino que dicha derogación obedeció únicamente a fundamentos de carácter práctico, tal como fue expuesto anteriormente, ya que *“la principal razón, es que aquellas (sanciones de carácter penal) resultaban ineficaces como factor disuasivo, pues tenían escasa aplicación práctica”*¹⁹⁶.

4.2. Eficacia en el Cumplimiento de las Normas Sustantivas sobre Colusión del Derecho de Libre Competencia

4.2.1. *Enforcement* en el Derecho de la Competencia a nivel nacional

Tal como fuera revisado más arriba, la derogación del carácter penal de las sanciones aplicables a los ilícitos *antitrust* obedeció, principalmente, a motivaciones de orden jurídico y práctico, en el marco de la discusión legislativa que concluyó en la promulgación de la Ley 19.911.

Primeramente, se criticó la vaguedad e imprecisión de la descripción típica del ilícito, argumentándose que ésta se configuraba como un tipo penal en blanco,

¹⁹⁶ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN. ¿Se justifican las sanciones penales por delitos contra la libre competencia? [En línea] < www.figuzman.cl/put_document.php?file=file_4bf54442bfca.pdf > [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

contraviniendo las exigencias de tipicidad propias de los delitos *penales*. En segundo lugar, se transformó en “lugar común” por parte de los distintos actores que participaron del debate, la afirmación de escasa utilidad y aplicación que tuvo el carácter penal del ilícito antimonopólico tal como se encontraba configurado hasta antes de las modificaciones introducidas por la ley N° 19.911 al Decreto Ley 211. En este último punto nos detendremos en este subcapítulo.

El concepto de *enforcement* tiene su fuente en el Derecho Anglosajón o *Common Law*, para describir la capacidad del ordenamiento jurídico para hacer efectivo el cumplimiento de sus normas. El *enforcement*, concebido de esta manera, y aplicable al Derecho de la Competencia, dice relación con la fuerza, vigencia y aplicación que tienen las normas de un sistema jurídico determinado para ser efectivas y hacerse exigidas y cumplidas por parte de los órganos fiscalizadores y por parte de las personas –naturales o jurídicas- que deben observar su cumplimiento en su actuación.

El *enforcement* en el Derecho de la Competencia ha sido definido como el proceso mediante el cual se crea un ambiente o entorno más competitivo a través de la prohibición de ciertas prácticas determinadas como ilegales por las normas de protección de la libre competencia¹⁹⁷. A partir de este concepto, entonces, cabe inquirir acerca del *enforcement* de las normas de protección de la competencia, y de forma especial, considerando la finalidad de esta memoria, en lo que dice relación con los ilícitos de colusión o conspiración monopólica en los términos descritos en el segundo capítulo de este estudio.

Al respecto, y como primera apreciación, cabe indicar que el análisis y perspectiva sobre la nula –o prácticamente inexistente- aplicación del ilícito antimonopólico como delito *penal*, no considera en su totalidad otro aspecto fundamental que fue modificado por la Ley 19.911, toda vez que la estructura orgánica

¹⁹⁷ HARRINGTON, Joseph E.. Antitrust Enforcement. [En línea] Baltimore, Estados Unidos. Johns Hopkins University. <<http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/np05.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

e institucional de las instituciones responsables del cumplimiento de la normativa de protección de la competencia fue sustancialmente modificada por este cuerpo legal en el Decreto Ley 211, así como por la Ley N° 19.610 que introdujo reformas a la institucionalidad encargada de la protección de la libre competencia, todo lo cual tuvo por objeto otorgar mayor autonomía, independencia y efectividad en la persecución y sanción de los ilícitos anticompetitivos.

En efecto, tal como fue indicado más arriba, junto a la opinión prácticamente unánime de la doctrina en cuanto a ser necesaria la derogación del carácter penal del ilícito antimonopólico genérico, también se percibía la necesidad de reformar sustancialmente el sistema orgánico encargado de velar por el cumplimiento de la normativa de libre competencia. En otros términos, puede concebirse como una causa –quizás no suficiente pero sí necesaria- de la escasísima aplicación del carácter penal del ilícito anticompetitivo, la presencia de importantes limitaciones en la institucionalidad fiscalizadora encargada de su ejecución, que hicieron en la práctica, escabrosa la aplicación de estos criterios penales en la fiscalización, persecución y sanción de los ilícitos.

Por su parte, y como también fuera indicado en el marco de la discusión del proyecto de ley que derivó en la promulgación de la Ley 19.911, el crecimiento económico sostenido de la economía nacional, así como la apertura y globalización que ésta ha experimentado en los últimos años, con la consiguiente y sostenida instauración y creación de conglomerados empresariales, comerciales y económicos, no han hecho más que justificar la dictación de un cuerpo legal que actualizara y modificara de forma sustancial la norma fundamental del Derecho de Libre Competencia a nivel nacional.

Estos argumentos, manifestados hace algunos años atrás en la discusión legislativa indicada, resultan de la más absoluta aplicación en la actualidad, a partir de las situaciones y hechos evidentes y notorios que han sido conocidos por la sociedad civil en el último tiempo. En efecto, el reconocimiento expreso efectuado por Farmacias Ahumada S.A., una de las 3 principales cadenas de farmacias a nivel nacional, que en

conjunto con Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A. agrupan más del 90% de participación del mercado de venta minorista de productos farmacéuticos en Chile, la que aceptó y reconoció haberse coordinado y coludido con las otras 2 supuestas competidoras desde fines del año 2007 en la comercialización de medicamentos notorios y éticos¹⁹⁸, no hacen sino evidente y urgente la necesidad de indagar en el efectivo desincentivo que nuestra legislación actual considera para que este tipo de agentes económicos incurran en colusiones o conspiraciones monopólicas.

Al mismo tiempo, puede resultar importante la discusión acerca de cuán efectivas son las normas sustantivas y adjetivas para prevenir y sancionar este tipo de ilícitos, que se configuran como el más grave y evidente atentado al Derecho de Libre Competencia. En este sentido, y teniendo en cuenta que la generalidad de estos ilícitos son cometidos por agentes económicos dotados de medios, estructuras y posibilidades para calcular, analizar y considerar, por una parte, el riesgo de ser sancionado -y el costo de esa sanción- versus la rentabilidad probable de la operación de colusión, resulta necesario revisar cuán efectivas son nuestras normas de protección de la libre y sana competencia para, no sólo prevenir y sancionar, sino también desincentivar la comisión de este tipo de ilícitos por parte de los agentes económicos que, tal como ha quedado en evidencia en otros países, ocupan todos sus recursos y tecnologías para llevar a efecto este tipo de conspiraciones monopólicas, incluyendo dentro de su análisis detallado y racional, la posibilidad de ser descubiertos y asimismo, el costo de la sanción que potencial y eventualmente resultará aplicable.

En efecto, y tal como lo manifiesta el actual Fiscal Nacional Económico, Felipe Irrarrázabal, en Chile, cada vez con más frecuencia nos enfrentaremos a mayores situaciones de colusión, tal y como sucede en las demás economías de libre mercado como la nuestra¹⁹⁹. Por ello, el *enforcement* que las normas sobre competencia deben

¹⁹⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Requerimiento en contra farmacias Ahumada (FASA), Cruz Verde y Salcobrand. [En línea] <[http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/f81156e731dc3a808425733e005de0c3/3799FB327616C30A8425751B005ED42C/\\$FILE/Farmacias.pdf](http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/f81156e731dc3a808425733e005de0c3/3799FB327616C30A8425751B005ED42C/$FILE/Farmacias.pdf)> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].

¹⁹⁹ DÍA DE LA COMPETENCIA (8º, 2010, Santiago de Chile). Discurso Inaugural. [En línea] <http://www.fne.cl/?content=dia_competencia2010> [consulta: 30 de noviembre de 2010]

cumplir debe desarrollarse acorde con las necesidades y la realidad que intenta regular y sancionar, de modo de hacer más efectivo el cumplimiento del estatuto de protección de la competencia.

En este punto, cabe tener presente también la importancia de la “cultura de la competencia” que paulatinamente ha ido asentándose en nuestro país. La también denominada “abogacía de la competencia” envuelve la idea de que una de las herramientas más eficaces para dar cumplimiento al Derecho de la Competencia radica en que los destinatarios de estas normas interioricen y asimilen que la competencia resulta ser el medio fundamental para la mejor producción y asignación de bienes y servicios en el desarrollo de la economía de una sociedad.

La cultura de la competencia dice relación con la construcción de sensibilidad entre las personas –agentes económicos, consumidores y fiscalizadores en sentido amplio- sobre la importancia de proteger la libre competencia, de modo tal que las empresas optimicen sus actuaciones en el marco de estas reglas, los consumidores internalicen las ventajas de éstas y vean en las infracciones a estas normas un atentado directo a su propio bienestar, y los órganos encargados de la regulación pro competencia no sólo se aboquen a la fiscalización y sanción de las infracciones sino que también desarrollen actividades de promoción de un ambiente competitivo que sea debidamente relevado por la opinión pública.

La discusión acerca de la mejor y mayor aplicación de sanciones a las infracciones *antitrust*, en especial a sus hipótesis colusorias, presupone la existencia de un reproche social que debe manifestarse desde la opinión pública. En definitiva, la valoración moral respecto de los ilícitos anticompetitivos debe ser construida a partir de la promoción de esta cultura de la competencia, en la que los ciudadanos en general se enfrenten a las infracciones al Derecho de la Competencia reprobándolas en términos similares a lo que ocurre con una estafa o un robo.

4.2.2. Modificaciones introducidas por la ley N° 20.361 tendientes a dar mayor eficacia al cumplimiento de normas sobre colusión

Tanto la abogacía pro competencia como la socialización de los beneficios de ésta han tenido importantes impactos, principalmente, en los últimos años en nuestro país, toda vez que después de la modificación estructural de la normativa e institucionalidad de la protección de la libre competencia introducida por la Ley N° 19911, y a pesar de los avances fundamentales que este cuerpo legal introdujo al estatuto de protección de la competencia nacional radicado esencialmente en el DL 211, se evidenció que estas reformas representaron un avance importante pero, sin embargo, sigue resultando necesario profundizar estas modificaciones.

En este sentido, el Mensaje Presidencial con que se origina la iniciativa legal que concluirá en la publicación de la Ley 20.361 en el Diario Oficial del 13 de julio de 2009, en relación con las modificaciones introducidas por la Ley 19.911, reconoce que *“el funcionamiento en régimen, eficiente y validado por la comunidad y sus usuarios a raíz de la jurisprudencia que ha emanado del Tribunal, ha demostrado que la reforma legal referida era necesaria”*²⁰⁰, agregando al mismo tiempo que, *“sin embargo, como sucede con todas las leyes, es la práctica la que determina qué disposiciones han sido más eficaces para resguardar los bienes jurídicos protegidos y cuáles han devenido en trabas u obstáculos que, de perpetuarse en el tiempo, pueden afectar las cualidades que hoy en día se perciben en nuestro sistema de defensa de la libre competencia”*²⁰¹.

En relación al tema de la presente memoria, y sin perjuicio de las demás modificaciones, como por ejemplo, aquéllas vinculadas a cuestiones orgánicas y de composición del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esta iniciativa legal profundiza en puntos que resulta relevante destacar.

²⁰⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004. Boletín N° 4234-03. 2006.

²⁰¹ *Ídem.*

En este sentido, el proyecto de ley Boletín N° 4234-03, tiene como contenido fundamental, en primer lugar, el otorgamiento de nuevas facultades para investigar sujetas a control jurisdiccional preventivo a la Fiscalía Nacional Económica, *“de manera que este servicio pueda cumplir adecuadamente sus labores como órgano investigador, particularmente en lo que dice relación con la detección y comprobación de conductas colusivas”*²⁰². Estas facultades “duras” se materializaron en la inclusión del literal “n” del artículo 39 del DL 211, el cual faculta a la Fiscalía Nacional Económica para, en casos graves y calificados de colusión, y previa aprobación del TDLC y del Ministro de la Corte de Apelaciones de turno, solicitar que Carabineros de Chile o la Policía de Investigaciones proceda a ingresar a recintos públicos o privados, allanar, descerrajar, registrar o incautar toda clase de objetos y documentos, autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones y ordenar a cualquier empresa de telecomunicaciones que facilite copias y registro de éstas, todo lo cual tienda a esclarecer o acreditar la existencia de la infracción.

En segundo lugar, fundamental es la introducción de la “Delación Compensada” para incentivar la revelación y aportación de antecedentes sustanciales para la investigación o acreditación de los ilícitos contrarios a la libre competencia, resultando aplicable principalmente a los casos de colusión, teniendo en consideración las graves consecuencias de éstos y las dificultades prácticas y jurídicas para investigarlos y sancionarlos. De este modo, el que forme parte de una conspiración o colusión monopólica puede acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de la colusión o práctica concertada y a la determinación de los responsables, tal como lo indica el artículo 39 bis. Para optar a la exención de multa, sea en un 100% si es el primero en ocupar este beneficio, o en un 50% si es el segundo, debe tratarse de antecedentes precisos, veraces y comprobables que represente un aporte efectivo a la investigación, abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios y poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

²⁰² *Ídem.*

Como corolario de las modificaciones anteriores, se aumenta a 5 años el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones para perseguir conductas sobre conspiración o colusión monopólica, agregándose la suspensión de la prescripción mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción, y al mismo tiempo, se elevan las multas aplicables a infracciones de colusión en un 50%, tal como lo indican los artículos 20 inciso 4° y 26, letra c), respectivamente.

Estas modificaciones dan cuenta de la especial relevancia que en los últimos años ha adquirido el Derecho de la Competencia en nuestro país, pero especialmente, ponen de manifiesto la gravedad e importancia que la sociedad civil y las autoridades reconocen específicamente en los ilícitos de colusión o conspiración monopólica, toda vez que en éstos radican las principales modificaciones tendientes a incrementar el nivel de *enforcement* que tienen las normas pro competencia.

De este modo, resulta evidente el cambio en el entorno relativo al Derecho de la Competencia, en el cual se incrementan y endurecen las sanciones respecto de los ilícitos más graves atentatorios a la libre competencia. El otorgamiento de mayores facultades relativas a la fiscalización y persecución de la colusión y de las prácticas concertadas da cuenta de la asimilación de los efectos perjudiciales para la economía de un país como el nuestro, en el cual se hace necesario introducir figuras como la delación compensada, que son usualmente utilizadas para delitos tan graves como el narcotráfico. Se atiende a un criterio realista y práctico dadas las dificultades que se observan en la realidad para investigar, perseguir, acreditar y sancionar este tipo de ilícitos.

De esta manera, se recogen las experiencias comparadas “importando” herramientas exitosas de fiscalización para los órganos encargados de la persecución de estos ilícitos, tales como la referida delación compensada que tiene su origen en el Derecho Norteamericano, ya que en Estados Unidos este programa o mecanismo de persecución, nacido originalmente en 1978, fue revisado y aplicado fuertemente desde

el año 1993, para el caso de los carteles²⁰³. En efecto, la *Leniency Policy* como es conocida en el mundo anglosajón, se encuentra incorporada en todos los países de la OECD como una herramienta eficaz en la persecución de la colusión, por diversos motivos, entre los cuales se encuentra la evidente facilitación en la obtención de información y antecedentes, además de la contraposición de intereses de las empresas involucradas en una conspiración monopólica que dificulta los eventuales acuerdos y prácticas concertadas entre éstas, así como también, genera incertidumbre entre estas mismas, en cuanto existe el riesgo de que uno de los “jugadores” que “colaboran” en el acuerdo, se vea incentivado a “bajarse” de éste, delatando la práctica ilícita y obteniendo las exenciones respectivas, destruyendo a su competencia, en la medida en que existan sanciones lo suficientemente poderosas como para generar un cambio sustancial en el mercado respectivo²⁰⁴.

Sobre este tipo de mecanismos exitosos de investigación y persecución de ilícitos antitrust, como los programas de inmunidad (*Leniency programs*), en el Derecho Comparado incluso se propone su profundización, de modo tal que se plantea el que un conspirador coludido que entrega o aporta antecedentes no sólo debería ser eximido de las sanciones, sino que también debería recibir beneficios adicionales²⁰⁵.

Por otro lado, la incorporación de mecanismos y procedimientos originados en tradiciones jurídicas que sancionan incluso penalmente a los responsables de

²⁰³ RILEY, Alan. Editorial – Developing Criminal Cartel Law: Dealing with the Growing Pains. *The Competition Law Review*. 4(1):1-6. Octubre, 2007. “*In addition, modern economics suggested that, as the optimal strategy for all cartelists was to cheat, most cartels would rapidly fall apart. As a consequence, it was thought that in fact price-fixing, although technically serious, was, in practice, not much of a problem. The development, in August 1993, by the Antitrust Division of the US Department of Justice of an effective Corporate Leniency Programme for cartels proved a significant number of regulators and economists wrong*”.

²⁰⁴ GONZÁLEZ, Aldo. Reformas a la Ley de Competencia en Chile. Delación Compensada y Colusión. *En: DÍA DE LA COMPETENCIA* (7ª, 2009, Santiago de Chile). Fiscalía Nacional Económica. 2009. [En línea] <http://www.lcuc.cl/documentos_down/ReformasalaLeydeCompetenciaenChile_AldoGonzalez.pdf> [Consulta: 15 de noviembre de 2010].

²⁰⁵ AUBERT, Cécile, REY, Patrick, Kovacic, William E. The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels. *International Journal of Industrial Organization*. 24:1241-1266, 2006. “*Yet reduced fines may not be sufficiently attractive to fully deter collusion. One might therefore contemplate giving informants not only favorable treatment (partial or full amnesty) as in a leniency program, but also positive rewards*”.

atentados a la libre competencia mediante acuerdos o prácticas concertadas, hace necesario analizar la consistencia entre las herramientas y las sanciones que se contemplan y emplean por dichos sistemas jurídicos en la protección y defensa de la libre competencia.

4.2.3. Mecanismos y criterios de persecución y sanción de la colusión en la experiencia comparada.

Tal como fue indicado anteriormente, herramientas de investigación y persecución incorporadas a la Defensa de la Libre Competencia a partir de la Ley 20.361 como la Delación Compensada, son incluidas en nuestra realidad nacional desde el derecho anglosajón por el éxito que el *Leniency Programme (Program)*²⁰⁶ ha evidenciado. En efecto, tal como indica el profesor RILEY, en Estados Unidos este tipo de programas *“ha sido responsable de “cazar” más de 40 carteles, con multas que superan los 2 billones de dólares y con el encarcelamiento de docenas de ejecutivos por su participación en fijaciones de precios”*²⁰⁷.

Por cierto, nuestra legislación nacional no es la única que ha internalizado la Delación Compensada a su regulación, especialmente en su variante corporativa más que en aquella que resulta aplicable a personas naturales. En efecto, este mecanismo ha sido incluido por la Comisión Europea, la que *“ha sido muy exitosa con un ingreso de 167 solicitudes de inmunidad en sólo alrededor de 3 años y más de 50 carteles actualmente bajo investigación. El éxito de Estados Unidos y de la Unión Europea, en el combate de los carteles ha estimulado una “infección de delación compensada” entre los reguladores alrededor del planeta. Los programas de delación compensada*

²⁰⁶ Según se atiende a su versión inglesa (*Programme*) o norteamericana (*Program*).

²⁰⁷ RILEY, *ob. Cit.*, pág.1, *“The US CLP has been responsible for “busting” over 40 cartels, with fines amounting to more than \$2 billion and the jailing of dozens of executives for participation in price-fixing”*.

*pueden ahora ser encontrados en los sitios web de reguladores antitrust desde Brasil a Corea del Sur*²⁰⁸.

Por otro lado, de forma paralela a la internacionalización de estas figuras que permiten una mejor fiscalización y acreditación de los ilícitos de colusión, a nivel mundial, la tendencia que se visualiza es hacia el endurecimiento de las sanciones y penas aplicables a los responsables de colusión o conspiración monopólica. En efecto, y considerando el criterio aplicado por parte del Departamento de Justicia de Estados Unidos, que a partir de la *Sherman Antitrust Act* persigue desde una perspectiva penal especialmente a los responsables de colusión, a nivel internacional, las sanciones aplicables a los carteles se han modificado en dirección hacia la penalización.

Esta tendencia a la penalización tiene su correlato en la lógica de producción de perjudiciales, costosos y concretos daños que afectan a la generalidad de los consumidores, produciéndose la conocida transferencia de excedentes o beneficios desde los consumidores a los productores, a partir del incremento en los precios que aquéllos pagan por los bienes y servicios que éstos producen. Sobre la base de estos efectos anticompetitivos, que cada día resultan más evidentes para la opinión pública por el impacto directo que los acuerdos o prácticas concertadas pueden tener sobre los precios, y considerando las experiencias de los sistemas de protección de la competencia en Estados Unidos y la Unión Europea, se han señalado ciertos requisitos como condiciones necesarias para una eficaz y eficiente persecución de la colusión, destacándose la clara tipificación, el otorgamiento de facultades adecuadas a las agencias fiscalizadoras, facultar la racionalización de los recursos de los fiscalizadores, permitiendo enfocarse en los acuerdos o prácticas concertadas que resulten más

²⁰⁸ *Idem.* “The EU Leniency Programme, in particular, has been very successful with 167 incoming leniency applications in just over three years and over 50 cartels now under investigation. The success of the US, and EU, in combating cartels has encouraged a ‘leniency infection’ amongst regulators across the planet. Leniency programmes can now be found on the websites of antitrust regulators from Brazil to South Korea”.

perjudiciales a la sociedad civil, conferir la gravedad que corresponda a este tipo de ilícitos y a quienes los cometen, y aplicar programas de inmunidad²⁰⁹.

Por su parte, el otorgamiento del carácter penal a las sanciones aplicables a los ilícitos de colusión o conspiración monopólica se encuentra radicado fundamentalmente en las tradiciones jurídicas anglosajonas como Estados Unidos y el Reino Unido. En ambos casos, la criminalización se ha centrado en los denominados *Hard Core Cartels*, traducidos como “Carteles Duros” o simplemente “Carteles”. En el caso del Reino Unido, la sanción penal recae únicamente sobre estas colusiones por expreso mandato de la ley, y en el caso de Estados Unidos, esta focalización en la aplicación de privaciones de libertad se ha desarrollado en la práctica, por criterios determinados por el mismo Departamento de Justicia, quien ha dejado a las sanciones administrativas el reproche de las demás conductas anticompetitivas.

Sin perjuicio de lo anterior, también en el marco del Derecho Continental es posible encontrar en la legislación francesa normas relativas a carteles con un marcado carácter penal, incluso siendo aplicables estas sanciones punitivas tanto a la persona jurídica que interviene en el acuerdo o práctica concertada, como a los ejecutivos o personas naturales responsables y culpables: *“El hecho de lograr o intentar lograr el alza o la baja artificial del precio de bienes o servicios o de efectos públicos o privados, difundiendo, por cualquier medio, informaciones falsas o calumniosas, lanzando al mercado ofertas destinadas a perturbar las cotizaciones o sobreofertas realizadas al precio solicitado por los vendedores, o utilizando cualquier otro medio fraudulento, será castigado con dos años de prisión y multa de 30.000 euros. Cuando el alza o la baja artificial de los precios afecte a productos alimentarios, la pena se elevará a tres años de prisión y 45.000 euros de multa. Las personas físicas culpables de las infracciones previstas en el presente artículo incurrirán igualmente en las penas siguientes: 1º La prohibición del ejercicio de derechos cívicos, civiles y de familia, conforme a lo previsto*

²⁰⁹ DEPOLO RAZMILIC, Radoslav. Investigación efectiva de carteles. Justificación, requisitos & Instrumentos: una visión comparada. En: DÍA DE LA COMPETENCIA (5ª, 2007, Santiago de Chile). Fiscalía Nacional Económica. 2007. [En línea] <http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2007/ddlc_2007_rd.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].

en el artículo 131-26; 2º La publicación o la difusión de la resolución adoptada en las condiciones previstas en el artículo 131-35²¹⁰.

En este contexto las interrogantes que han sido objeto de discusión en el derecho comparado pueden resumirse en las preguntas acerca del Qué, Para Qué y Cómo se deben penalizar este tipo de ilícitos²¹¹. En efecto, se han formulado estudios tendientes a aportar elementos de juicio que permitan sustentar la estructuración de un marco normativo pro competencia que genere espacios de discusión tendientes a la criminalización de los ilícitos de colusión o conspiración monopólica, y a sus respectivos responsables y culpables²¹².

Acerca de la interrogante sobre Qué penalizar dentro del Derecho de Libre Competencia, se debe destacar que en España, por ejemplo, al igual que en nuestro país, se ha generado la necesidad de establecer los límites entre el Derecho Penal y el Administrativo Sancionador en relación a la generalidad de los ilícitos anticompetitivos, y más aún respecto de las colusiones, toda vez que el Código Penal Español considera la tipificación de algunas conductas que pueden identificarse como objeto del Derecho de la Competencia, de forma similar a lo que ocurre con nuestro Código Penal:

“En realidad, el objeto del debate es la posible extensión de los comportamientos contrarios a la competencia penalmente relevantes, de forma que, aparte de los tipos ya establecidos, queden criminalizadas acciones u omisiones que hoy no lo están, a pesar de ser actos ilegales, para los que el ordenamiento prevé únicamente sanciones administrativas”²¹³.

En este sentido, se debe rescatar el hecho de que en los países donde se sanciona más drásticamente los ilícitos a la Libre Competencia, este mayor reproche recae en los hechos más graves, que generalmente se identifican con la colusión o conspiración monopólica. Dicho de otro modo, *“conforme al principio de intervención*

²¹⁰ Código Penal Francés, Artículo 717-2.

²¹¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal. En: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico. 2008. España. Pág. 75 a 100.

²¹² WHELAN, Peter. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment under EC Cartel Law. The Competition Law Review. 4(1):7-40. Octubre, 2007.

²¹³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *ob.cit.*, pág. 76.

mínima del Derecho penal, sólo los comportamientos más perjudiciales deberían ser sancionados penalmente y los de menor lesividad por la Administración. De forma consecuente con dicho principio, en los países donde se ha criminalizado más ampliamente el Derecho de la Competencia, las sanciones penales, recaen únicamente sobre los carteles en sentido estricto (hard core cartels)²¹⁴.

Esta apreciación se confirma con la perspectiva que ya fuera referida más arriba, relativa a la aplicación de las sanciones penales en Estados Unidos, donde *“la participación en un cartel se considera un delito penal y los gestores de las empresas culpables de fijación de precios se enfrentan a sentencias de prisión, además de sanciones y frecuentes reclamaciones de daños por vía privada que pueden alcanzar el triple del perjuicio ocasionado a clientes y consumidores”²¹⁵*. Es decir, ya sea por el hecho de estar expresamente establecido en la norma, o bien, por una aplicación práctica o de criterios establecidos por las agencias responsables de la persecución de los ilícitos anticompetitivos, los ilícitos *antitrust* son perseguidos criminalmente sobre las personas naturales.

La interrogante sobre Para Qué penalizar estos ilícitos específicos de colusión se refiere al ámbito del fin de la norma que criminaliza la conspiración monopólica, tema que se aborda en el Derecho comparado desde una perspectiva que intenta disuadir este tipo de conductas, como una forma en la que la ley asigna *“el papel de significar ante la ciudadanía el valor del bien que tutela y se le atribuye a la norma una función primaria de carácter pedagógico”²¹⁶*, con el objetivo de dar mayor eficacia en la persecución de estos ilícitos alentando las denuncias o la delación compensada que incentivan la detección e investigación de los acuerdos o prácticas concertadas, o bien, con la finalidad de que los agentes económicos infractores internalicen los perjuicios generados.

²¹⁴ *Ibíd.*, pág. 77.

²¹⁵ PADILLA, Jorge y ZOIDO, Elena. El papel disuasorio de las sanciones: Una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias. *En*: Seminario de Derecho y Economía de la Competencia de la Fundación Rafael del Pino (Cuarto, 2007, Madrid). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, España. Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons. 2008. Pág. 38.

²¹⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *ob.cit.*, pág. 82.

Desde otro punto de vista, WHELAN destaca dos principales justificaciones o razones que justifican el castigo criminal en el caso de colusiones o carteles, y que por tanto responden a la pregunta acerca del para qué criminalizar, identificando la respuesta de fundamento moral de dar a cada uno lo que se merece (*just deserts*) y la teoría de la disuasión (*deterrence theory*).

Respecto de esta última se destaca su origen utilitarista, que en su variante económica (Becker) ubica la maximización de los beneficios como el objetivo al cual orientan sus actos los individuos o empresas, que son actores económicamente racionales. De esta forma, y con el objeto de maximizar sus beneficios, los agentes económicos se verán disuadidos de incurrir en determinadas conductas si el costo de realizarla es más alto que el beneficio que se obtendrá por ella. Asimismo, se intenta alcanzar un mayor nivel de eficiencia económica, en orden a maximizar los beneficios totales de la sociedad, de modo tal que una conducta se incentiva si los beneficios sociales son más altos que los costos. Luego, una sanción es eficiente y en consecuencia, una disuasión es óptima maximizándose los beneficios, y se maximizan los beneficios, si el beneficio marginal del castigo es igual al costo marginal de los recursos gastados en su prevención²¹⁷.

Este análisis económico se hace más relevante en el caso particular de la colusión o de las prácticas concertadas, toda vez que *“los ejecutivos están sin duda más proclives realizar un análisis de costo-beneficio de su comportamiento (de mercado) –especialmente si se considera el impacto económico sobre la firma para la cual trabajan- que, digamos un ciudadano ordinario desconectado en forma directa con la dinámica de los negocios”*²¹⁸.

²¹⁷ COOTER, Robert y ULLEN, Thomas. Derecho y Economía. 1ª reimpresión en español. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1999. Pág. 565.

²¹⁸ WHELAN, *ob. Cit.*, pág. 17: “executives are no doubt likelier to undertake a cost-benefit analysis of their (market) behaviour -especially concerning its economic impact on the firm they work for - than, let's say, the ordinary citizen unconnected in a direct way with the dynamics of business”.

Desde esta óptica, se ha abordado la finalidad de la criminalización de las colusiones indicando que las sanciones pecuniarias deberían ser de tal envergadura que su aplicación haga compleja su continuidad en la vida jurídica y comercial, con las consiguientes consecuencias perjudiciales indirectas. *“En efecto, desde la perspectiva de las repercusiones en el patrimonio social de las infracciones y las sanciones, del cálculo del riesgo de la conducta y del análisis de beneficios (seguros) y costes (tan sólo posibles), para que las multas fueran verdaderamente desalentadoras de comportamientos anticompetitivos, sumamente lucrativos a la par que difíciles de detectar, sus cuantías habrían de incrementarse en cifras que harían peligrar la supervivencia de las compañías afectadas, con daño para los trabajadores, terceros, consumidores y de la propia competencia”*²¹⁹.

Consecuente con esta aproximación, se ha estimado la cuantía determinable de una multa adecuada, refiriéndose a las multas en el ámbito de la Unión Europea: *“La multa a un cartel debería ser a lo menos igual a la ganancia ilícita obtenida por el cartelista. Ha sido estimado por Wils que la multa requerida para asegurar una disuasión efectiva es, como mínimo absoluto, igual al menos a un 150% de los retornos anuales de los productos involucrados en la violación de la ley”*²²⁰.

Estos elementos demuestran la dificultad de establecer en la ley, y en los casos particulares sometidos a la jurisdicción de defensa de la competencia, los montos eficientes o que resulten idóneos para disuadir las colusiones o conspiraciones monopólicas. Dicho de otro modo, fijar de manera *ex ante* o *ex post* el monto eficiente de la multa que deba ser aplicada, bajo los criterios señalados, se torna una tarea cuando menos compleja para legisladores y jueces.

²¹⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *ob.cit.*, pág. 82.

²²⁰ WHELAN, *ob. Cit.*, pág. 25: *“the cartel fine should be set at least equal to the unlawful gain secured by the cartelist. It has been estimated by Wils that the fine required to ensure effective deterrence is, at its absolute minimum, equal to at least 150% of the annual turnover in the products affected by the violation”*. WILS, Wouter. *Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: A study in Law and Economics*. Kluwer Law international, London, 2002.

Por otro lado, cabe destacar que la multa que resulta aplicable a las personas jurídicas o empresas involucradas en las colusiones o carteles, y que no se materializan o concretan en los ejecutivos que se desempeñan para estas mismas organizaciones no genera el efecto “disciplinador” que se encuentra supuesto en la aplicación de las multas. Este último efecto pedagógico consiste en las medidas y sanciones que las empresas multadas aplicarán a sus ejecutivos por haber adoptado las decisiones que llevaron al reproche del Derecho de la Competencia.

Sin embargo, se ha cuestionado la efectividad de que realmente este efecto se lleve a cabo, o si por el contrario, la posibilidad de los agentes económicos multados, de “traspasar” sanciones a sus empleados o ejecutivos simplemente se reduce al despido, el cual a su vez en algunas ocasiones se verá subordinado a la existencia de otros ejecutivos igualmente calificados. Por otro lado, estas sanciones pecuniarias aplicadas a las empresas coludidas pueden representar únicamente un elemento financiero que se asume como parte de la estructura de costos de la operación empresarial que representó el cartel formado por dichas empresas.

Todo lo anterior pone de relieve la eventual falta de sanciones individuales que se traduce en la posible necesidad de relevar la discusión criminalización de los ilícitos de colusión o conspiración monopólica. Ello, además, puede sustentarse en argumentos que pueden ser sistematizados de acuerdo a lo destacado por GONZÁLEZ-CUÉLLAR:

- 1) Que la libertad es un valor máspreciado por las personas que el patrimonio o el desarrollo de la profesión;
- 2) Que el presidio o reclusión son penas cuya aplicación es más complejo de evitar, a diferencia de lo que ocurre con las intrincadas y subrepticias estructuras jurídicas, societarias, tributarias, etc.; utilizadas para esconder y simular la real situación patrimonial, con el objeto de aparentar un estado de insolvencia para evitar el pago de las multas o sanciones pecuniarias correspondientes;
- 3) Que las penas de presidio o reclusión únicamente pueden ser cumplidas por quien es el responsable y condenado respectivo, y no puede ser cubierto su

pago por un tercero, a diferencia de lo que ocurre con las multas y la eventual restitución que realice la empresa empleadora del ejecutivo sancionado; y

- 4) Que la pena de prisión es más disuasoria por la gravísima afección de derechos e intereses personales y familiares que la cárcel ocasiona, entre los cuales el prestigio social y el honor ocupan un lugar muy significativo (en especial para las personas involucradas en la delincuencia económica o “de cuello blanco”), ejemplificándose esta apreciación con el hecho de que en Estados Unidos muchos acusados de conductas anticompetitivas que confiesan su culpabilidad aceptan penas de multa para evitar penas de prisión y por cierto que no se conoce caso alguno en el que un individuo haya propuesto cumplir una pena de prisión en lugar de la imposición de una sanción pecuniaria.

La última cuestión pendiente acerca de Cómo penalizar los acuerdos expresos tácitos y las prácticas concertadas, se refiere evidentemente a la estructuración normativa de la descripción típica del ilícito y su correlato con la sanción. Por cierto que de cara a la criminalización de los agentes económicos que fraguan la colusión, se requiere un mayor nivel de precisión y especificidad en la configuración y descripción del ilícito, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, tal como fuera indicado en el Capítulo II de este estudio.

Al respecto, algunas consideraciones que conviene destacar radican, por ejemplo, en que la pena corporal (prisión o reclusión) que se aplique a las personas naturales que tienen la calidad de autores o coautores de este ilícito, se considere de forma conjunta con la eventual sanción pecuniaria a las empresas que han participado del ilícito y se han beneficiado de la conspiración monopólica:

“Además, junto con la exigencia de responsabilidad penal a los individuos involucrados en los carteles, su criminalización llevaría aparejada la aplicabilidad a las empresas de las consecuencias accesorias establecidas por el art. 129 del CP, precepto que habría que repensar, entre otros aspectos, en cuanto a la posibilidad de prever en él la imposición de sanciones pecuniarias a las sociedades y demás entidades contempladas por el mismo, de forma que sea posible que el hecho punible

*sea enjuiciado en su conjunto en relación todas las consecuencias sancionatorias reguladas por el ordenamiento*²²¹.

Sobre esta concurrencia de responsabilidad personal y corporativa cabe hacer presente que la criminalización debe ir aparejada con este reproche conjunto, ya que en caso contrario las empresas tendrían incentivos para deslindar responsabilidades en sus empleados o ejecutivos al momento de ser perseguida o investigadas por esta clase de ilícitos, o bien, para reducir los controles y fiscalizaciones internas que le permiten controlar la ejecución de ilícitos *antitrust* por parte de sus agentes o dependientes.

Por otro lado, teniendo en cuenta que en Estados Unidos la pena de prisión se sitúa en un máximo de 10 años, o que en el Reino Unido y en Canadá las penas aplicables a los casos de colusión se han establecido con un máximo de 5 años de privación de libertad, no está demás considerar que las cuantías de las multas y de las penas de prisión se fijan teniendo a la vista que el pago de éstas no pueden concebirse como un costo cualquiera que pueda ser internalizado o asumido por el agente económico coludido o concertado.

Directamente relacionado con lo anterior, se encuentra el hecho de que en la medida en que se establecen penas menores o sanciones de menor envergadura que las que resultan aplicables a otros ilícitos de cuello blanco, ligados al ámbito empresarial, se entrega una señal equívoca sobre la valoración que como sociedad se asigna a las graves infracciones cometidas a las normas de protección e la competencia:

*“Mediante el rechazo al uso de sanciones criminales a la actividad de los carteles, las autoridades invitan a la crítica de que no se aplica el mismo nivel de condena a la actividad de los carteles que aquel que sí se aplica para otros (comparablemente dañinos) delitos de cuello blanco tal como ocurre con las conspiraciones para defraudar o desfalcar*²²².

²²¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR, *ob.cit.*, pág. 96

²²² WHELAN, *ob. Cit.*, pág. 28: “By refusing to use criminal sanctions for cartel activity, the authorities invite the criticism that they do not seek the same level of condemnation for cartel activity as they do for other (comparably harmful) white-collar crimes such as conspiracy to defraud or embezzlement”.

4.3. Proyectos de Ley que otorgan Carácter Penal a las Sanciones Aplicables a la Colusión

4.3.1. Tramitación de las iniciativas legales

Tal como fuera indicado más arriba, en el marco del caso de la colusión de la venta minorista de productos farmacéuticos, Farmacias Ahumada S.A., una de las 3 principales cadenas de farmacias a nivel nacional, reconoció expresamente que, en conjunto con Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A., con quienes agrupan más del 90% de participación de mercado, se habían coordinado y coludido desde fines del año 2007 en la comercialización de medicamentos notorios y éticos. A partir del gran impacto generado en la opinión pública por este caso y el reconocimiento efectuado por una de las empresas que comercializaba productos de absoluta sensibilidad para la sociedad civil, durante el mes de abril del año 2009, se dio inicio a la tramitación de 4 proyectos de ley en el Congreso Nacional.

Las dos primeras iniciativas legales presentadas el día jueves 02 de abril de 2009, fueron iniciadas por mociones originadas en la Cámara de Diputados, boletines N° 6438-03 y 6439-07, respecto de las cuales la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados acordó refundirlos y estudiarlos en conjunto, por cuanto se refieren a materias afines.

La tercera iniciativa legal fue presentada el miércoles 08 de abril de 2009, iniciada por moción originada en el Senado, boletín N° 6454-07, y el cuarto proyecto de ley se inició por moción originada en la Cámara de Diputados, el día 28 de abril de 2009, boletín N° 6471-03.

Este último proyecto, en lo relacionado directamente con el objeto de estudio de la presente memoria, propone elevar las multas en materia de libre competencia hasta por el “equivalente al doble del beneficio efectivamente reportado por la infractora, la

que en caso de reincidencia se elevará al triple, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que corresponden”. Esta moción, a la fecha, no ha tenido mayor tramitación motivo por el cual no resulta necesario ahondar mayormente en su desarrollo.

Sobre los proyectos de ley boletines N° 6438-03 y 6439-07 cabe reseñar que, en lo tocante al presente estudio, tienen por objeto introducir la sanción consistente en pena privativa de libertad respecto de los ilícitos de colusión, estableciendo un tipo penal que sancione corporalmente a quienes ejecuten estos acuerdos o prácticas concertadas. Esta modificación, que agrega al reproche de la colusión existente la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, en el caso del Boletín N° 6438-03 se introduce mediante la modificación directa del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, y en el caso del Boletín N° 6439-07, se introduce la pena de presidio menor en su grado máximo en el Párrafo 7° relativo a “Crímenes y Simples Delitos relativos a la Industria, al Comercio y a las Subastas Públicas”, del Título VI del Código Penal.

Adicionalmente, se profundiza en la delación compensada y la forma en que ésta operaría en el marco de un proceso de carácter penal, de modo tal que el partícipe de la colusión pueda verse eximido de la aplicación de la pena en la medida en que aporte antecedentes que permitan evitar la ejecución del acuerdo o práctica concertada, o bien, a lo menos vea atenuada su pena. Asimismo, en términos procesales introduce la limitación de aplicar el principio de oportunidad establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal, así como también, limita la posibilidad de querellarse radicándola exclusivamente en el Fiscal Nacional Económico.

En la fundamentación de las mociones de estos proyectos se encuentra la necesidad *“de castigar a quienes pudieren urdir engaños masivos a la población por medio de la vulneración a las normas que regulen la libre competencia, ya que hoy sólo se pueden aplicar multas o modificaciones a las empresas, y los ejecutivos, a lo más,*

*serán responsables del pago de las multas*²²³. Asimismo, se destaca la necesidad de revisar las leyes pertinentes de modo de determinar sanciones penales propiamente tales, con el objeto de delimitar las zonas que puedan generar confusión, separando aquellos graves atentados de aquéllos que muestran menor grado de lesión.

En este contexto, además, desde el Ejecutivo se formuló una indicación sustitutiva con fecha 10 de junio de 2009, en la que se establece una sanción penal exclusivamente para el ilícito de colusión bajo determinados supuestos de especial gravedad, y la regulación especial de ciertos aspectos de carácter procesal que se consideran indispensables para la eficacia de la sanción.

En el marco del Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados corresponde destacar algunas consideraciones vertidas en la discusión de esta iniciativa legal. Primeramente, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, Sabas Chahuán, comentó algunos temas críticos en relación al proyecto de ley, señalando al respecto que la inclusión de esta nueva figura penal, en los términos propuestos por la referida indicación sustitutiva, puede llevar a la configuración de un concurso aparente de delitos, ya que una misma conducta puede ser sancionada mediante dos tipos penales diferentes, sugiriendo como solución al respecto la aplicación de los principios de especialidad y consunción, motivo por el cual en este caso particular, primaría el nuevo artículo 285 bis al actual 285 del Código Penal²²⁴, ya que en este último se sanciona cualquier medio fraudulento mediante el cual se consiga alterar el precio natural del trabajo, las mercaderías, etc., a diferencia de aquél en que sancionan específicamente las convenciones, acuerdos o prácticas concertadas. Con este comentario, se hace hincapié en la necesaria definición y delimitación del ámbito de aplicación que corresponderá a cada norma.

²²³ COMISIÓN DE ECONOMÍA, FOMENTO Y DESARROLLO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe recaído en los Proyectos, en primer trámite constitucional, que tipifican el delito de colusión y otros atentatorios del derecho del consumidor. Boletín N° 6438-03 y 6439-07.

²²⁴ Art. 285, Código Penal Chileno: *“Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.*

Asimismo, y destacándose la intención de hacer coexistir el ilícito administrativo sancionador actualmente contemplado en el literal a) del artículo 3° del DL 211, se destaca la ausencia de un criterio que permita diferenciar las condiciones de aplicación de una y otra descripción típica del ilícito o delito de colusión. Sobre el particular, el Fiscal Nacional propone, por ejemplo, aplicar el reproche penal únicamente cuando el atentado al bien jurídico protegido se haya ejecutado efectivamente, afectando actividades económicas de carácter esencial. Se destaca también la necesidad de determinar las actividades que serán consideradas como esenciales, de manera de evitar los problemas que ello sugeriría para el intérprete.

Por su parte, doña María Elina Cruz, profesora de Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, insiste en que no pueden coexistir 2 tipos penales, y sugiere que la definición de la conducta penal debe ser más exigente que aquella de carácter administrativo, debiendo excluirse la colusión tácita dentro de esta descripción típica del ilícito. En definitiva, se propone la definición de un tipo penal autónomo y con redacción propia, que a pesar de coexistir con el ilícito de carácter administrativo contemplado en el Decreto Ley N° 211, no se remita a este último para la descripción la figura penal.

En relación a los aspectos procesales de la iniciativa, el Fiscal Nacional propuso que el ejercicio de la acción penal estuviera supeditado a la querrela de la Fiscalía Nacional Económica o a la denuncia que ésta pudiera realizar, como una manera de precaver la exposición de una investigación que pudiera quedar en evidencia a través de la interposición de una querrela. En este mismo orden de ideas, destaca que se requiere una norma que resuelva las objeciones de *non bis in ídem* o de *litis pendencia* que pudieran suscitarse en el supuesto en que se encuentren desarrollando de forma paralela el procedimiento administrativo y el de carácter penal. Sobre este último punto, se propuso como ejemplo la solución que se encuentra en la legislación tributaria y aduanera, en cuyo caso el procedimiento administrativo se suspende mientras se ventila el procedimiento penal iniciado a instancias del mismo órgano fiscalizador, iniciativa que en este caso le correspondería a la Fiscalía Nacional Económica.

Sobre la base de la discusión y votaciones generadas en el seno de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, se recomendó aprobar el siguiente texto del proyecto de ley:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

- 1) *Reemplázase el nombre del párrafo VII del título VI del Libro II del Código Penal, por el siguiente:*

“De los delitos relativos a la industria, al comercio, a la libre competencia y las subastas públicas.”.

- 2) *Intercálanse los siguientes artículos 286 bis, 286, ter y 286 quáter, nuevos:*

“Art. 286 bis. El que ejecutare las conductas, actos o convenciones a los que se refiere la letra a) del inciso segundo del artículo 3º, del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, y a consecuencia de lo cual se afecten bienes o servicios esenciales, entendiendo por tales aquellos que ponen en riesgo la vida, la salud y la seguridad física de las personas o un servicio de utilidad pública, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

Art. 286 ter. El que realice alguna de las conductas establecidas en el artículo anterior podrá acceder a una exención de responsabilidad criminal 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 este beneficio se deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) *Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar una querrela ante los tribunales con competencia en lo penal;*
- b) *Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía Nacional Económica haya formulado la querrela u ordenado archivar los antecedentes de la solicitud, y*
- c) *Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente de presentar su solicitud.*

Sólo podrá acceder a esta exención de responsabilidad, el primero que solicitare este beneficio y hubiere cumplido con los requisitos del inciso anterior. El Fiscal Nacional Económico en su querrela individualizará a quien haya cumplido los requisitos para acceder al beneficio. Si el solicitante ratificara los antecedentes a que hace referencia la letra a) de este artículo ante el tribunal, éste dará por acreditados los requisitos de procedencia declarando la exención de responsabilidad criminal.

Lo anterior no obstará la aplicación de la circunstancia novena del artículo 11, a quienes con posterioridad a la declaración de exención, presten su colaboración en los términos señalados en este artículo.

Art. 286 quáter. El Ministerio Público iniciará la investigación por el delito establecido en el artículo 286 bis, únicamente previa querrela del Fiscal Nacional Económico, presentada ante el juez de garantía competente, y cumpliendo con los requisitos del artículo 113 del Código Procesal Penal.”

Actualmente, desde el día 21 de diciembre de 2009, este proyecto de ley se encuentra sin urgencia, enviado a la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, la que solicitó prórroga para analizar el proyecto, con fecha 25 de marzo de 2010.

Por su parte, el proyecto de ley individualizado con el Boletín N° 6454-07 que sanciona penalmente la colusión, iniciado por moción del Senado con fecha 08 de abril de 2009, introduce directamente modificaciones al Decreto Ley N° 211 y al Código Orgánico de Tribunales, de modo tal que las conductas descritas en el literal a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211 pasan a ser castigadas, mediante la introducción de un artículo 3° bis, con pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, debiendo remitirse por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia los antecedentes al Ministerio Público, en caso de que los hechos en que se fundamenta la demanda o el requerimiento sean constitutivos del delito señalado en el artículo 3° bis del mismo cuerpo legal. Asimismo, y atendiendo a un principio de realidad de la persecución de estos ilícitos, se contempla la extraterritorialidad de la ley para los casos de colusión sancionados de conformidad a lo establecido por el nuevo artículo 3° bis.

Dentro de los antecedentes fácticos que sustentan el referido proyecto de ley, cabe destacar la concordancia y complementación que se intenta otorgar a la normativa de protección de la competencia, de modo que las nuevas atribuciones y facultades otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica encuentren su debido correlato en la aplicación de sanciones coherentes y que resulten más eficaces en la persecución y reproche de los ilícitos de colusión.

En el marco de la discusión de este proyecto de ley, el 3 de agosto de 2009, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado procedió a emitir su informe relativo a esta iniciativa. En dicho documento, se expuso la situación de las sanciones aplicables a la colusión en la experiencia comparada, especificándose las penas y multas que resultan procedentes en Francia, Unión Europea, España, Reino Unido, Canadá, Estados Unidos de Norteamérica, México y Perú, pudiendo destacarse la aplicación de penas de presidio en la mayor parte de las legislaciones analizadas.

La proporcionalidad entre el ilícito y la sanción aplicable, la eventual vulneración del principio *non bis in ídem*, la potencial discordancia o incoherencia que podría generar la radicación del ejercicio de la acción penal en el Ministerio Público mientras la Ley 20.361 introdujo atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica para la persecución de estos ilícitos, y la ausencia de pronunciamiento sobre la delación compensada, son algunas de las observaciones manifestadas por el entonces Fiscal Nacional Económico, señor Enrique Vergara.

Por su parte, las abogadas representantes del Ministerio Público, señoras Rosenblut y Navarro, hicieron presente el renacimiento y potencial aplicación del artículo 285 del Código Penal surgido a partir del referido caso de la colusión en el mercado de la venta de productos farmacéuticos. Al igual que como se expuso en el marco de la discusión de los proyectos de ley Boletines N° 6438-03 y 6439-07, en esta iniciativa senatorial se manifestó la necesidad de complementar y afinar la descripción típica, para lo cual se indicó la importancia de establecer un tipo penal específico e independiente, que se distinga del referido artículo 285 y del ilícito administrativo considerado actualmente en el Decreto Ley N° 211, de modo de resolver el concurso aparente de leyes, mediante la los principios de especialidad y consunción.

Un tema que cabe destacar es la observación acerca de la determinación de la pena aplicable, ya que se indicó que *“por las características de los probables imputados, normalmente la pena se impondrá en su rango inferior al de presidio menor en su grado mínimo, considerando que por regla general tendrán irreprochable*

*conducta anterior. Adicionalmente, la amplitud del rango de la pena posibilita la adopción de salidas alternativas, lo que también sostiene la conveniencia de revisar la sanción que se propone, con el objeto de no diluir el efecto disuasivo que la iniciativa persigue*²²⁵. Concordante con ello, se destacaron las sanciones contempladas por la normativa sobre Mercado de Valores, en los artículos 59 y 60 de la Ley N° 18.045 vigente a esa fecha, en la que las sanciones administrativas concurren con aquéllas de carácter penal.

En el mismo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se solicitó la opinión de especialistas en Derecho Penal y Procesal Penal con el objeto de contar con mayores antecedentes en la discusión de la iniciativa legal, para lo cual se resolvió solicitar informes a los profesores señores Juan Ignacio Piña, Héctor Hernández y Julián López.

Teniendo en consideración los diversos argumentos y opiniones expuestas, así como las votaciones generales y particulares efectuadas, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recomendó aprobar el siguiente texto del proyecto de ley:

“Artículo 1°. Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973:

- 1) Intercálanse, a continuación del artículo 3°, los siguientes artículos 3° bis, y 3° ter, nuevos:*

Artículo 3° bis. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, los que ejecutaren acuerdos expresos o tácitos celebrados entre agentes económicos, o prácticas concertadas entre ellos, mediante los cuales se fijen precios de venta o de compra de bienes o servicios de primera necesidad, se limite su producción o se asignen zonas o cuotas de mercado, o hubieren ordenado dicha ejecución, serán castigados con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa a beneficio fiscal de hasta treinta mil unidades tributarias anuales.

²²⁵ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, del Congreso Nacional. Informe recaído en el Proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, que creó sanciona penalmente la colusión. Boletín N° 6.454-07. 2009.

Si dichas conductas se cometen mediante un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde el territorio nacional, aun cuando se hubieren iniciado en el extranjero, se entenderán ejecutadas en Chile. El mismo principio se aplicará a las actuaciones realizadas en el extranjero por medio de sistemas de telecomunicaciones o de tratamiento de datos que contribuyan a la comisión de las conductas señaladas en el inciso anterior o faciliten los medios intelectuales o materiales para concretarlas.

Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero, sólo podrán ser iniciadas por el Ministerio Público previa denuncia o querrela de la Fiscalía Nacional Económica. Habiéndose iniciado con anterioridad una investigación administrativa por los mismos hechos, el Fiscal Nacional Económico se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querrela o efectuado la denuncia, sin perjuicio de poder continuar la investigación de aquellos hechos que involucrando a los mismos agentes económicos, constituyan otro tipo de atentado en contra de la libre competencia.

La sentencia penal condenatoria pronunciada en contra de un imputado pondrá fin a la responsabilidad administrativa que en base a los mismos hechos pudiere a éste corresponderle.

Se considerará como eximente de responsabilidad penal la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos que haya prestado el imputado en el proceso, cuando éste hubiere accedido previamente a una reducción o exención de la multa de acuerdo con el artículo 39 bis.

Artículo 3° ter. Para la investigación del delito sancionado en el artículo anterior, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que ordene la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación en que intervengan personas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de haber participado o estar participando en la ejecución de los acuerdos o prácticas concertadas a los que dicho artículo se refiere.”.

- 2) *Intercálase, en el inciso cuarto del artículo 20, entre la expresión “artículo 3°” y el vocable “prescribirán”, la frase “y en el artículo 3° bis”.*

Artículo 2°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales:

- 1) *Sustitúyese, en el numeral 9°, la letra “y”, y la coma (,) que le precede, por un punto aparte.*
- 2) *Reemplázase al final del numeral 10, el punto aparte por una letra “y” precedida de una coma (,).*
- 3) *Agrégase el siguiente numeral 11, nuevo:*
“11. Los sancionados en el artículo 3° bis del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, que fija el texto

refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, cuando atenten contra la libre competencia en los mercados chilenos.”

En la actualidad, desde la Sesión N° 57, fechada el martes 13 de octubre de 2009, este proyecto de ley se encuentra aprobado en general, sin urgencia, fijándose como último plazo para presentar indicaciones el día 28 de diciembre de 2009.

4.3.2. Consideraciones y observaciones sobre los proyectos de ley que sancionan penalmente la colusión

Sobre la base de lo expuesto sobre los proyectos de ley actualmente en tramitación, se precisa destacar la existencia de algunas opiniones de centros de estudio tales como Libertad y Desarrollo o la Fundación Jaime Guzmán que plantean la inutilidad de la introducción de sanciones penales por atentados a la libre competencia.

El primero de estos *think tanks* recuerda que *“la despenalización de las conductas contrarias a la libre competencia fue debatida no hace mucho con ocasión de la dictación de la ley N° 19.911 (Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003)”*²²⁶. Libertad y Desarrollo continúa argumentando que las mismas opiniones del entonces Presidente Ricardo Lagos, así como la del Profesor de Derecho de la Universidad de Chile, don Jorge Streeter Prieto, expresadas en el marco de estas discusiones legislativas, concuerdan con la eliminación del carácter penal de las sanciones aplicables.

Sin embargo, en el mismo documento de comentario sobre la iniciativa legislativa, se reconoce que actualmente es diferente el contexto en el cual se discutió la Ley 19.911, mediante la cual se quitó el carácter penal a las sanciones aplicables a todos los ilícitos anticompetitivos, ya que en la actualidad el referido proyecto de ley

²²⁶ LIBERTAD Y DESARROLLO. Boletines 6438-03 y 6439-07. [En línea] <
http://www.lyd.com/lyd/centro_doc/documents/rl-937-6438-03%20y%206439-07-sancion%20penal%20por%20el%20delito%20de%20colusion.pdf [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

intenta penalizar única y exclusivamente la colusión o conspiración monopólica, a través de la aplicación de penas corporales.

Se profundiza en la crítica al proyecto de ley recomendado aprobar por la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, individualizado con el boletín N° 6438-03, destacando las dificultades que pese a la indicación acordada en el seno de esta Comisión, se identifican en la descripción típica del delito, ya que ésta considera que para la aplicación de la sanción penal la infracción del literal a) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 211 debe afectar “bienes o servicios esenciales, entendiendo por tales aquellos que ponen en riesgo la vida, la salud y la seguridad física de las personas o un servicio de utilidad pública”. En efecto, se cuestiona “¿desde qué momento existe riesgo para la vida de una persona como consecuencia de una conducta monopólica?; ¿o para la salud o la seguridad física de las personas?”²²⁷. Al respecto, corresponde precisar que tal como quedó determinado el texto de este proyecto de ley, la afectación o puesta en riesgo de la vida, la salud y la seguridad física de las personas o un servicio de utilidad pública, está indicado únicamente para efectos de la determinación de cuáles bienes o servicios son considerados esenciales, y en consecuencia, únicamente los acuerdos o prácticas concertadas que afecten este tipo de bienes o servicios podrán ser motivo de persecución penal.

Esta perspectiva difiere levemente del enfoque que se evidencia en las interrogantes que plantea Libertad y Desarrollo, en la medida en que la afectación de la colusión no surte efectos de forma directa sobre la vida o salud de las personas, sino que estos atentados anticompetitivos siempre tendrán sus efectos inmediatos sobre la producción de bienes y servicios que, a su vez, en la medida en que sean el objeto del ilícito, podrían producir el consiguiente perjuicio para la vida, salud y seguridad de las personas. De este modo, con la inclusión de estos criterios adicionales en la descripción típica del delito, se intenta subsanar el ejercicio interpretativo de

²²⁷ Ídem.

integración del vacío de la norma que ya fuera destacado por el Fiscal Nacional ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados.

Por otro lado, y considerando los elementos y consideraciones incluidas en el Subcapítulo 3.2 de la presente Memoria, no podemos sino disentir de la apreciación que se realiza sobre el tipo penal que se propone introducir, ya que de acuerdo a Libertad y Desarrollo, *“sigue quedando en pie que las sanciones pecuniarias por infracciones a la libre competencia son suficientemente disuasivas, por dos razones: a) porque su monto es suficientemente alto (hasta 30 mil UTA), y b) porque no solo se puede sancionar a la empresa, sino también a la persona natural que incurrió en la infracción”*²²⁸.

Ambas apreciaciones son respondidas y argumentadas en contrario por los profesores citados más arriba. No queda fuera de discusión la suficiencia de la envergadura de la multa aplicable, ya que tal como fuera indicado por el profesor WHELAN, eventualmente, y para efectos de cumplir el efecto disuasorio buscado, debería considerarse una multa que alcance el 150% de los ingresos obtenidos por el infractor durante todo el período de duración de la colusión o cartel. Por otro lado, no son menores los espacios existentes en el ordenamiento jurídico para disimular la eventual restitución que la empresa infractora pueda realizar a sus gerentes por las multas pagadas a título supuestamente personal. Más aún, resulta ilógico concebir que un agente económico infractor realice y ejecute este efecto pedagógico y “disciplinador” sobre sus ejecutivos o administradores que han actuado en contra de la ley, y que se verían obligados al pago de las multas correspondientes.

Al respecto, un punto formal que cabe destacar respecto del análisis efectuado por Libertad y Desarrollo, se refiere a la utilización de la conjunción copulativa “y”, empleada en la enumeración de las circunstancias expresadas para efectos de la determinación del carácter esencial de los bienes y servicios afectados por la colusión. En este caso, y como una forma de evitar confusiones sobre su aplicación, se debería

²²⁸ *Ídem.*

incluir una conjunción disyuntiva “o”, de modo tal que no resulte necesario discutir la existencia de las tres circunstancias para efectos de determinar la esencialidad en los bienes y servicios afectados.

Por su parte, la Fundación Jaime Guzmán cita la opinión del profesor Jorge Streeter expresada en el marco de la discusión legislativa que concluyó en la dictación de la Ley N° 19.911, para argumentar que resulta inadecuado legislar sobre el establecimiento de penas de cárcel para estos ilícitos, tal como lo manifiestan las iniciativas legales referidas más arriba: *“En el caso chileno y desde el punto de vista penal, el llamado delito de monopolio ha sido enteramente ineficaz y nunca nadie ha sido castigado por cometerlo. Ello no se debe a que jamás se hubiera incurrido en una conducta monopólica o en una colusión ilícita, sino que al hecho de que los órganos del Estado llamados a aplicar la ley, nunca han estimado del caso tratarla como una verdadera ley penal, considerándola como propia del ámbito económico, en que incluso las infracciones más graves, no merecen la sanción prevista en la ley”*²²⁹.

Se hace presente además, exponiendo un supuesto obstáculo insalvable que deberá ser resuelto por la norma en discusión, la esencia dinámica de la actividad mercantil en general, lo que *“hace muy difícil establecer de manera precisa un tipo penal a sancionar, requisito básico en materia criminal para castigar una conducta, sin correr el riesgo de crear una “ley penal en blanco”*²³⁰. Se indica también la inutilidad de contar con sanciones de carácter penal para la sanción de estos ilícitos, ya que, en concordancia con lo indicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, se *“respetar la incorporación de un tipo penal para casos de colusión, pero no necesariamente la recomienda. Sí recomienda tener sanciones individuales, como son las pecuniarias, que aumentan la disuasión en el delito”*²³¹.

²²⁹ Informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el Proyecto de Ley que Crea el Tribunal de Libre Competencia, Boletín N° 2944-03, mayo de 2002, página 10. Opinión de Jorge Streeter Prieto, abogado, profesor de derecho Económico de la Universidad de Chile, citado en FUNDACIÓN JAIME GUZMAN. ¿Se justifican las sanciones penales por delitos contra la libre competencia? [En línea] <www.fjguzman.cl/put_document.php?file=file_4bf54442bfcfa.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

²³⁰ FUNDACIÓN JAIME GUZMAN, *ob. cit.*

²³¹ *Ídem.*

Sobre las observaciones referidas, es posible señalar que en este proyecto de ley no se encuentra en discusión la penalización del ilícito genérico anticompetitivo, situación que acontecía con el antiguo Decreto Ley N° 211, de 1973. En efecto, las iniciativas en comento tienen por objeto la criminalización mediante la aplicación de penas corporales exclusivamente para el caso de los ilícitos de colusión o conspiración monopólica, que en este proyecto en particular, se adicionó como complemento circunstancial el que estos acuerdos o prácticas concertadas afecten bienes o servicios de carácter esencial. Esta delimitación de la descripción típica penal, aplicable únicamente a los casos de colusión, se encuentra acorde con la experiencia comparada tal como fuera indicado en el subcapítulo anterior, tanto a nivel *ex ante*, como a través de los criterios incluidos por las agencias responsables de su interpretación y aplicación.

Del mismo modo, el hecho de restringir la aplicación de penas corporales únicamente a los acuerdos o prácticas concertadas permite y faculta una mejor delimitación y descripción típica, que permita cumplir y configurar las distintas exigencias contempladas por la ley y doctrina penal, previendo las objeciones relativas a la inclusión de una eventual “ley penal en blanco”.

Sobre las apreciaciones y reparos fundados en la opinión de la OCDE, corresponde precisar que si bien es cierto que este organismo no recomienda expresamente la inclusión de penas corporales para la sanción de los casos de colusión, no es menos cierto que el mismo ahonda y profundiza en la importancia que las sanciones particulares y personales tienen sobre el *enforcement* y la eficiencia del sistema de protección de la competencia, en especial, respecto de las colusiones.

En este sentido, la OCDE expresa que *“la multa óptima podría simplemente ser demasiado alta de soportar para una entidad, causando la quiebra y la posible salida del mercado, con lo cual se disminuiría la competencia. De este modo, hay un espacio para las sanciones contra las personas naturales, ubicándolas en el riesgo individual por sus conductas. Estas sanciones pueden complementar las multas a las*

*organizaciones y provocar un incremento en la disuasión. (...) La posibilidad de pasar tiempo en la cárcel puede ser un poderosa fuerza de disuasión para que los hombres de negocios consideren ingresar en un acuerdo o cartel*²³².

En este sentido, parece evidente que la abogacía pro competencia y la importancia que la ciudadanía identifica en una sana y libre competencia en los mercados, paulatinamente han ido generando las condiciones para asimilar y comprender los graves daños y perjuicios mediatos e inmediatos que la colusión genera sobre la economía y los consumidores, con lo cual se pone de manifiesta la necesidad de generar la disuasión suficiente para desincentivar estos ilícitos, sancionándolos de forma coherente. Al respecto, la OCDE ejemplifica que han existido situaciones en que los miembros de un cartel han generado sus encuentros fuera de Estados Unidos en el entendido erróneo de que podrían escapar a la aplicación de sanciones criminales bajo la aplicación de la ley norteamericana²³³. Asimismo, se destaca la conclusión que fuera indicada más arriba acerca de que en Estados Unidos los acusados en casos de colusión ofrecen pagar altas sumas de multa si con ello evitan la prisión, y al mismo tiempo, no se ha presentado caso alguno en que alguien proponga estar recluido evitando así el pago de una multa²³⁴.

²³² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation. 2005. [En línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/58/1/35863307.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]. Pág. 26: *"The optimal fine could simply be too large for the entity to bear, causing bankruptcy and possible exit from the market, which itself could diminish competition. Thus, there is a place for sanctions against natural persons, placing them at risk individually for their conduct. Such sanctions can complement organisational fines and provide an enhancement to deterrence. (...) The prospect of spending time in jail can be a powerful deterrent for businesspeople considering entering into a cartel agreement."*

²³³ *Ibid.*, pág. 27: *"there have been instances of cartel members locating cartel meetings outside the United States in the (mistaken) belief that they could escape the threat of criminal sanctions under US antitrust law"*.

²³⁴ *Ídem.* *"That the threat of criminal sanctions weighs much heavier than financial sanctions is further evidenced by the experience of the United States where individuals repeatedly offered to pay high financial fines if they could avoid jail time, but nobody has ever offered to go to jail in order to avoid paying a fine"*.

5. CONCLUSIÓN

En el desarrollo del cuerpo de esta investigación se ha analizado la orgánica e institucionalidad del Derecho de la Libre Competencia en nuestro país, para luego dar paso a la revisión del ilícito anticompetitivo genérico, contemplado por nuestra normativa. Todo ello, con el objeto de establecer y delinear el marco teórico y jurídico en el cual se desenvuelve nuestro objeto central de estudio.

Posteriormente, para efectos del análisis pormenorizado de la colusión o conspiración monopólica, se tuvo en consideración la perspectiva de análisis que entrega el Derecho Penal a partir del reconocimiento del *quantum* que une al Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. Esta forma de describir el ilícito de colusión, además, resulta útil e idónea teniendo presente los actuales esfuerzos tendientes a la penalización de este ilícito en particular, ya que redundaría en un aporte a la futura discusión sobre la forma en que se analizará su descripción típica en la medida en que se aprueben las modificaciones legales que tiene por objeto la criminalización de estas conductas específicas.

Posteriormente, se revisaron algunas consideraciones y elementos referidos y tendientes a la penalización de la colusión, argumentos que son aportados por la experiencia comparada y que pueden ser extrapolados a nuestra realidad interna, tal como se desarrolla posteriormente en las iniciativas legales que se encuentran actualmente en tramitación en el Congreso Nacional.

Todas estas consideraciones intentan aportar luces sobre la discusión relativa a la penalización de la colusión, que como se ha indicado, se vieron fuertemente impulsadas por los hechos expuestos a la opinión pública relativos al supuesto cartel constituido por las cadenas de farmacias nacionales, que pueden haber afectado a gran parte de la población de nuestro país, por el alza sostenida en el precio de los medicamentos denominados crónicos.

Desde nuestra perspectiva, sólo puede concluirse que las modificaciones introducidas a la normativa de protección de la competencia en nuestro país, fundamentalmente radicadas en la Ley 19.911 y 20.361 resultan lógicas y consistentes, en cuanto han significado la construcción de un marco jurídico tanto sustantivo como orgánico, que ha establecido el Derecho de la Libre Competencia como una rama jurídica independiente y autónoma, no sólo en su naturaleza jurídica, sino también desde un punto de vista de eficacia en la aplicación de sus normas y en la institucionalidad que le resulta aplicable.

Sin perjuicio de notar los avances sustanciales que ha significado la inclusión de mayores facultades para la Fiscalía Nacional Económica, así como la de figuras fundamentales como la delación compensada, no podemos soslayar el hecho de que estas reformas deben ser integradas y complementadas por sanciones que resulten consistentes y coherentes con los hechos que se intenta normar y reprochar, según sea el caso. En palabras del ex Fiscal Nacional Económico, don Enrique Vergara, con las medidas referidas el Derecho de la Libre Competencia nacional “se ha vestido con pantalones largos”²³⁵ para ingresar al círculo de los países del mundo que asumen de forma seria y responsable la protección de la competencia. Por tanto, las sanciones que se contemplen en este contexto deben encontrarse en la misma lógica de generar los desincentivos a empresas y ejecutivos a coludirse.

Desde este punto de vista, y tal como ha sido indicado en los capítulos anteriores, sólo se puede concluir que la penalización de la colusión resulta ya no una opción en nuestro Derecho interno, sino más bien un requerimiento fundamental para generar la disuasión necesaria y suficiente para la realización de este tipo de ilícitos. Sobre el particular, la formación y construcción de una opinión pública preocupada por la competencia y sus beneficios, apreciación generada a partir de los esfuerzos de la

²³⁵ VERGARA VIAL, Enrique. La transparencia y el problema de incentivos en la lucha contra la colusión entre oferentes en la contratación pública. En: Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile (2, 02 de diciembre de 2009, Santiago) Contraloría General de la República, 2009, [En línea] <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Contenidos/Htm/Foro_Corrupcion/EnriqueVergara.pdf> [Consulta: 07 de julio de 2011]

abogacía pro competencia desarrollada por autoridades, académicos y abogados, ha concluido en la existencia de una sociedad civil que asemeja los cárteles bastante más a una estafa o a una asociación ilícita, que a un legítimo acuerdo empresarial.

La consideración sobre los nefastos y perjudiciales efectos que los carteles tienen sobre la economía de un país, así como los directos e inevitables perjuicios que acarrearán para los consumidores, no pueden llevar a una conclusión distinta que la criminalización de estos ilícitos, de forma similar a lo que ocurre con otros delitos considerados como parte del Derecho Penal Económico, tal y como es posible encontrar los delitos de falsedad del artículo 59 o de uso de información privilegiada del artículo 60 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores. El endurecimiento de las sanciones aplicables y efectivamente ejecutadas a los casos de colusión resultan de suyo necesarias para la efectiva disuasión que se intente, teniendo presente el análisis económico y financiero que, por cierto, llevan adelante los agentes económicos que realizan estos ilícitos.

En este orden de ideas, y tal como fuera indicado al referirnos a las sanciones aplicadas en otros países sobre los casos de colusión, es posible considerar dentro del esquema de penas que se discute actualmente en el Legislativo, la aplicación de sanciones de carácter administrativo a los agentes económicos involucrados, y adicionalmente, de reproche penal para las personas involucradas que sean executoras y directamente relacionadas con el acuerdo expreso o tácito, o la configuración de las prácticas concertadas.

De este modo, el esquema sancionatorio de la colusión en nuestro país estará condicionado por un fuerte desincentivo a la colusión, tanto desde un punto de vista corporativo o empresarial, como desde una perspectiva personal de los ejecutivos o profesionales que puedan concretar o materializar la colusión. Con ello, se limitarían los espacios que actualmente deja nuestra normativa para sancionar la colusión, ya que hoy en día los agentes económicos coludidos pueden considerar como parte de su estructura de costos las multas o sanciones que les puedan ser aplicables, y que más

aún, resultan del todo eventuales por las dificultades probatorias en sede judicial que entraña la colusión.

Frente a esta situación, no resulta ilógico sugerir la importancia de contemplar sanciones de carácter personal para los ejecutivos involucrados, que incluso, en una etapa posterior, y frente a las sanciones aplicadas a las personas jurídicas correspondientes, pudieran ser objeto de investigación, judicialización y condena, sometidos posteriormente al proceso penal correspondiente.

Una vez determinada la decisión de penalizar la colusión, corresponde la definición de estas sanciones penales, por cierto, teniendo en consideración algunos de los elementos destacados en el capítulo tercero de esta Memoria. En efecto, la descripción del ilícito penal de colusión exigirá determinar la forma del reproche, de modo de evitar las objeciones y reparos relacionados con la eventual vulneración del principio *non bis in ídem*. En este sentido, una forma de precaver esta alegación radica en la forma en que son enfrentados estos ilícitos en la experiencia comparada, específicamente en el caso de Estados Unidos, donde la responsabilidad por estos delitos es ejecutada penalmente sobre los ejecutivos de las compañías, y las sanciones pecuniarias son asumidas directamente por las empresas coludidas.

De esta forma, y desde un punto de vista orgánico, la tarea desarrollada a un especialísimo nivel técnico por parte de la Fiscalía Nacional Económica no se vería desechada por la decisión de investigar penalmente un determinado ilícito, para lo cual, necesariamente se exigirá la actuación coordinada con el Ministerio Público.

Asimismo, diseñar el esquema de sanciones aplicables a las situaciones de colusión en el sentido indicado, permite estimular la delación compensada que podrá verse desarrollada por un mayor peso de las sanciones que vuelve atractiva la denuncia y agregación de antecedentes para el éxito de la investigación y juzgamiento, ya que con ellas se evitan las sanciones aplicables, tanto de carácter administrativo como penal, en la medida en que se aporten antecedentes en ambos procedimientos.

En definitiva, sólo cabe concluir el presente estudio haciendo presente la necesidad de contemplar sanciones de carácter penal efectivas para el caso de las colusiones normadas en el DL 211, con el objeto de generar el efecto disuasivo buscado con las continuas modificaciones y mejoras introducidas a la normativa de libre competencia, de manera de generar lógica y consistencia entre éstas y aquéllas. En este sentido, los proyectos de ley que intentan penalizar únicamente los casos de colusión representan un avance en esta materia, en la medida en que se rescata la constatación del absoluto desincentivo que las actuales sanciones significan para empresas como las que actúan en nuestro país, teniendo en cuenta los niveles de utilidad y ganancia que es posible obtener de este tipo de estrategias aplicadas en el marco de una economía fundamentalmente desregulada como la nuestra.

Así, la forma más idónea de generar los desincentivos a la colusión en un ordenamiento jurídico como el nuestro, que protege la libre iniciativa y radica en los particulares y el mercado la asignación de los recursos, es a través de sanciones vigorosas que signifiquen un real incentivo al cumplimiento de las normas de protección de la competencia, para lo cual puede resultar de suyo interesante la incorporación desde el derecho comparado, no sólo de los mecanismos de investigación, sino también de las sanciones que estos mismos sistemas contemplan.

De este modo, es posible constatar que las multas o sanciones pecuniarias en general, no han logrado erigirse como un efectivo desincentivo a la colusión o a la configuración de carteles por parte de supuestos competidores. Luego, y tal como fuera recogido en los capítulos anteriores de la presente memoria, cabe considerar y evaluar la introducción de sanciones de carácter penal que sí se constituyan en una eficiente herramienta de disuasión para este estos ilícitos de colusión.

6. BIBLIOGRAFÍA

- 1) AGOSTINI, Claudio. Institucionalidad e incentivos para la libre competencia. En: Seminario de Libre Competencia y Regulación (2007, Santiago de Chile). Serie En Foco, Corporación Expansiva, [En línea] <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007114142.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 2) AGOSTINI, Claudio, SAAVEDRA, Eduardo, WELLINGTON, Manuel. Las fallas del fallo de las Isapres. [En línea] Observatorio Económico, Universidad Alberto Hurtado. N° 9 septiembre de 2007. <<http://www.economiaynegocios.uahurtado.cl/observatorio/pdf/pdf%20observatorio%20n9.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 3) AGOSTINI, Claudio, SAAVEDRA, Eduardo, WELLINGTON, Manuel. Colusión en el mercado de isapres: Modelación y evidencia empírica. [En línea] <<http://economia.uahurtado.cl/pdf/publicaciones/inv190.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 4) AGÜERO VARGAS, Francisco. Tarifas de Empresas de Utilidad Pública. Santiago, Lexis Nexis Chile, 2003. 487p.
- 5) AGÜERO VARGAS, Francisco. Nuevos Elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia. (19):124-34, Noviembre de 2004. [En línea] <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/boletin_19_2.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 6) AIMONE GIBSON, Enrique. Libre competencia, competencia perfecta y competencia eficiente como objeto de protección legal. En: Concurso Nacional Premio Price Waterhouse (1985). Santiago. 63p.
- 7) ANTITRUST DIVISION OF UNITED OF STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes. What they are and what to look for. [En línea] <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 8) AUBERT, Cécile, REY, Patrick, Kovacic, William E. The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels. International Journal of Industrial Organization. 24:1241-1266, 2006.
- 9) AVILÉS HERNÁNDEZ, Victor. Orden público económico y derecho penal. Santiago, Jurídica Conosur, 1998. 353p.
- 10) BARÓN ALSINA, Ignacio. Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea. [En línea] <

http://www.lcuc.cl/documentos_down/Referencia%20al%20Derecho%20Comparado.pdf > Centro de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile [Consulta: 30 de noviembre de 2010]

- 11) BARROS TOCORNAL, Fernando y URIBE CASASBELLAS, Enrique. Estudio práctico de las normas sobre defensa de la libre competencia. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1982. 224p.
- 12) BARROS TOCORNAL, Fernando. La defensa de la libre competencia. En: La Empresa y el Derecho de la Competencia (septiembre de 1994, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho). Cuadernos Jurídicos. Santiago de Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, 1994. 46p.
- 13) BLANCK, Pinkas F. Tratado de defensa de la libre competencia: Estudio exegético del D.l. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia. Lima, Fondo Editorial, 2002. 1485 págs.
- 14) BORINSKY, Mariano H. Derecho Penal Económico y de la Empresa. Buenos Aires, Editorial AdHoc, 2004. 368p.
- 15) BULLEMORE, Vivian. Curso de Derecho Penal. Parte General. Apuntes de clases. Santiago. Universidad de Chile. 2004.
- 16) CAPOBIANCO, Antonio. Agreements-concerted practices. Collusion, agreements and concerted practices: An economic and legal perspective. En: AMATO, Giuliano y EHLERMANN, Claus-Dieter (Eds). EC Competition Law. A critical Assessment. Reino Unido. Hart Publishing. 2007. pp. 25-80.
- 17) CARVALLO HEDERRA, Sergio. Manual de legislación económica. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1983. 277p.
- 18) COOTER, Robert y ULLEN, Thomas. Derecho y Economía. 1ª reimpresión en español. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1999. 686p.
- 19) COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO DEL SENADO, del Congreso Nacional. Informe recaído en el Proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, que creó sanciona penalmente la colusión. Boletín N° 6.454-07. 2009.
- 20) COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO, del Congreso Nacional. Segundo Informe recaído en el Proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Boletín N° 4234-03. 2009.
- 21) COMISIÓN DE ECONOMÍA, FOMENTO Y DESARROLLO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe recaído en los Proyectos, en primer trámite constitucional, que tipifican el delito de colusión y otros atentatorios del derecho del consumidor. Boletín N° 6438-03 y 6439-07.

- 22) COMISIÓN DE HACIENDA DEL SENADO, del Congreso Nacional. Primer Informe recaído en el Proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Boletín N° 2944-03. 2003.
- 23) COMISIÓN EUROPEA. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie C, 2001. [En línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:003:0002:0030:ES:PDF>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].
- 24) COMISIONES UNIDAS DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, Y DE ECONOMÍA DEL SENADO, del Congreso Nacional. Segundo Informe recaído en el Proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Boletín N° 2944-03. 2003.
- 25) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución de 18 de mayo de 2010, en causa rol I.C.S. N° 5443-2009, sobre Sentencia N° 85/2009 del TDLC sobre Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Empresas Sanitarias, rol N° C-79-2005.
- 26) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución de 29 de diciembre de 2010, en causa rol I.C.S. N° 1746-2010, sobre Sentencia N° 94/2010 del TDLC sobre Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Transportes Central Ltda. y Otros, rol N° C-165-2008.
- 27) CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal: Parte General. Octava edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005. 812p.
- 28) D'AMORE, Marcelo. Poder de mercado y análisis antitrust: con especial referencia a la ley argentina de defensa de la competencia (Ley 25.156). En: XXVIIa Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política (2002, Buenos Aires). [En línea] <http://www.aaep.org.ar/espa/anales/PDF_02/damore.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 29) DEPOLO RAZMILIC, Radoslav. El régimen jurídico de defensa de la competencia en Chile. Algunas proposiciones para su despenalización. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 18:435-41.
- 30) DEPOLO RAZMILIC, Radoslav. Investigación efectiva de carteles. Justificación, requisitos & Instrumentos: una visión comparada. En: DÍA DE LA COMPETENCIA (5ª, 2007, Santiago de Chile). Fiscalía Nacional Económica. 2007. [En línea] <http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2007/ddlc_2007_rd.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 31) DÍA DE LA COMPETENCIA (8º, 2010, Santiago de Chile). Discurso Inaugural. [En línea] <http://www.fne.cl/?content=dia_competencia2010> [consulta: 30 de noviembre de 2010]

- 32) DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola. Societas delinquere potest. Hacia un cambio de paradigma en el derecho penal económico. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. (17):79-114. octubre-diciembre, 2006.
- 33) DUFEU ABELIUK, Sebastian y VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo. Tipo de injusto monopólico: Ubicación sistemática y constitucionalidad. Revista de Derecho y Humanidades. (10): 307-316. 2004.
- 34) ECONOMÍA Industrial por Germa Bel, María Callejón, María Teresa Costa, Agustí Segarra. Madrid, Civitas Ediciones, 2001. 286p.
- 35) ERRÁZURIZ GREZ, José Tomás y AGÜERO VARGAS, Francisco. Tratamiento de los acuerdos de cooperación empresarial ante el derecho de la competencia. ¿Cuándo un joint venture es una concentración? En: Primera Jornada sobre Libre Competencia (2006, Centro de Libre Competencia Pontificia Universidad Católica de Chile). Revista Anales de Derecho UC: Temas de Libre Competencia. Santiago, Chile. Pontificia Universidad de Chile, 2006.
- 36) ESPINOZA MARTY, Rodrigo. Ley Antimonopolios. Análisis y estudio crítico. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980. 178p.
- 37) FAUS, Jordi. Evolución histórica y caracteres básicos del derecho de la competencia. [en línea] <http://www.faus-moliner.com/publica_pdf/DC08.pdf> [consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 38) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre la “administrativización” del derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. (19):101-152, abril-junio, 2007.
- 39) FELIÚ DE ORTUZAR, Olga. Los organismos de la defensa de la competencia. Revista Actualidad Jurídica. (5):187-202. Enero, 2002.
- 40) FISCALÍA NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO. Oficio N° 503. Orientaciones sobre la investigación de los delitos contenidos en el Decreto Ley N° 211, de 1973, Ley Antimonopolios. Santiago, 22 de noviembre de 2000. 22p.
- 41) FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Texto comparado de la nueva normativa sobre libre competencia. [En línea] <http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2003/text_comparado.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 42) FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Requerimiento en contra farmacias Ahumada (FASA), Cruz Verde y Salcobrand. [En línea] <[http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/f81156e731dc3a808425733e005de0c3/3799FB327616C30A8425751B005ED42C/\\$FILE/Farmacias.pdf](http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/f81156e731dc3a808425733e005de0c3/3799FB327616C30A8425751B005ED42C/$FILE/Farmacias.pdf)> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 43) FOX, Eleanor. ¿Qué es un atentado contra la competencia? Prácticas de exclusión y efecto anticompetitivo. Revista de Derecho Universidad de Concepción. 72(215-216):289-338, 2004.

- 44) FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN. ¿Se justifican las sanciones penales por delitos contra la libre competencia? [En línea] <www.fjuzman.cl/put_document.php?file=file_4bf54442bfcfa.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 45) GACHARNÁ, María Consuelo. La Competencia Desleal. Bogotá, Colombia. Editorial Temis Librería. 1982. 115p.
- 46) GAMBARDELLA, Mauricio y SALERNO, Francesco Maria. Treatment of vertical agreements. Vertical agreements: Was the Commission's response adequate? On the Commission's ability to reform long-standing policies. En: AMATO, Giuliano y EHLERMANN, Claus-Dieter (Eds). EC Competition Law. A critical Assessment. Reino Unido. Hart Publishing. 2007. pp. 175-207
- 47) GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte General. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003a. 447p.
- 48) GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. Vol II. 3ª Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003. 355p.
- 49) GONZÁLEZ, Aldo. Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. En: Seminario de Libre Competencia y Regulación (2007, Santiago de Chile). Serie En Foco, Corporación Expansiva, [En línea] <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007121329.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 50) GONZÁLEZ, Aldo. Reformas a la Ley de Competencia en Chile. Delación Compensada y Colusión. En: DÍA DE LA COMPETENCIA (7ª, 2009, Santiago de Chile). Fiscalía Nacional Económica. 2009. [En línea] <http://www.lcuc.cl/documentos_down/ReformasalaLeydeCompetenciaenChile_AldoGonzalez.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 51) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal. En: SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico. 2008. España. Pág. 75 a 100.
- 52) GREBE LIRA, Benjamín. Los objetivos del derecho de la defensa de la libre competencia y el sistema creado por la ley 19.911. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. 9(9):247-75. 2005.
- 53) GRUNBERG PILOWSKI, Jorge David. Ilícito monopólico de colusión: Los acuerdos colusorios entre competidores. Análisis dogmático y jurisprudencial. Memoria de Licenciatura Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago, 2007. 139p.
- 54) GUTIERREZ RODRIGUEZ, Juan David. El régimen de defensa de competencia de Panamá: Estructura, aplicación y reformas recientes. Boletín Latinoamericano de Competencia. (22):84-106, 2006

- 55) GUTIERREZ SAMOHOD, Alfredo. Principios de derecho económico. La regulación jurídica del mercado. Revista de Derecho Económico. (60):63-75. Enero-Marzo, 1983.
- 56) HALL, Robert y LIEBERMAN, Marc. Microeconomía. Principios y Aplicaciones. 3ª edición. Estados Unidos. Thomson Learning Ibero. 2006. 625p.
- 57) HARRINGTON, Joseph E.. Antitrust Enforcement. [En línea] Baltimore, Estados Unidos. Johns Hopkins University. <<http://www.econ.jhu.edu/People/Harrington/np05.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 58) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Precios Predatorios y Derecho Antitrust: Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 1997. 254p.
- 59) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. 14:125-34, julio, 2003.
- 60) IVALDI, M., JULIEN, B., REY P., SEABRIGHT P. y TIROLE J. The economics of tacit collusion. Final Report for DG Competition, European Commission. [En línea] Toulouse, Francia, Institut D'Économie Industrielle. <http://idei.fr/doc/wp/2003/tacit_collusion.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 61) JAÉN VALLEJO, Manuel. Estudios Penales. 1ª edición. Santiago de Chile. Lexis Nexis. 2006. 456p.
- 62) JIMÉNEZ LATORRE, Fernando. La persecución de los cárteles: La política de clemencia. En: Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia (noviembre de 2004, Madrid). [En línea] <http://www.nera.com/extlimage/La_persecucion_Jimenez_Nov_2004.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 63) JOACHIM RUDOLPHI, Hans. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Revista Nuevo Pensamiento Penal. (5):329-47. Traducción de Enrique Bacigalupo. 1975.
- 64) KAMEOKA, Etsuko. Leniency Policy in EU and Japan –A step towards a globally harmonised leniency policy?- Boletín Latinoamericano de Competencia. (22):79-83, 2006. [En línea] <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/boletin_22.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 65) KRZYSZTOF, Kuik. Treatment of horizontal agreements. The queso for legal certainty – The EC Competition Law approach to horizontal co-operation agreements. En: AMATO, Giuliano y EHLERMANN, Claus-Dieter (Eds). EC Competition Law. A critical Assessment. Reino Unido. Hart Publishing. 2007. pp. 143-74

- 66) KOVACIC, W., MARSHALL, R., MARX, L., WHITE, H. Plus Factors. [En línea] <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=robert_marshall> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 67) LIBERTAD Y DESARROLLO. Boletines 6438-03 y 6439-07. [En línea] <http://www.lyd.com/lyd/centro_doc/documents/rl-937-6438-03%20y%206439-07-sancion%20penal%20por%20el%20delito%20de%20colusion.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 68) MAGALDI, María Antonieta. Política de competencia y legislación antimonopolio en Japón: Estudio comparativo. [En línea] Venezuela, Superintendencia para la promoción y protección de la competencia. <[http://www.globalcompetitionforum.org/regions/s_america/Venezuela/LEY%20ANTIMONOPOLIO%20Y%20POLITICA%20DE%20COMPETENCIA%20EN%20JAPON%20\(1\).pdf](http://www.globalcompetitionforum.org/regions/s_america/Venezuela/LEY%20ANTIMONOPOLIO%20Y%20POLITICA%20DE%20COMPETENCIA%20EN%20JAPON%20(1).pdf)> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 69) MANRÍQUEZ, Juan Carlos. Prácticas monopólicas. La experiencia en América del Sur: Argentina y Chile. ¿Sanción administrativa o sanción penal? El caso de Chile. Revista de Derecho de la Empresa. (13):133-166. 2008.
- 70) MASSEY, Patrick. Criminal sanctions for competition law: A review of irish experience. The Competition Law Review. 1(1):23-40, 2004.
- 71) MATTAR PORCILE, Pedro. Un Nuevo tribunal para la defensa de la libre competencia. En: Día de la Competencia (1, 30 de octubre de 2003, Santiago) Fiscalía Nacional Económica, 2003, 73p. [En línea] <http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2003/disc_ddlc_2003_pmp.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 72) MATTAR PORCILE, Pedro. La representación del interés general en el sistema de libre competencia: su significado y alcance. En: Día de la Competencia (1, 30 de octubre de 2004, Santiago) Fiscalía Nacional Económica, 2004, 73p. [En línea] <http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2004/disc_ddlc_2004_pmp.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 73) MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en el Estados Unidos de Norteamérica. En: Hacia un nuevo régimen de promoción de la competencia (1992, Cámara de Comercio de Santafé, Bogotá). [En línea] <http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/documents/ANO_TAC.PDF> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 74) MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo. Peripecias político-criminales de la expansión del derecho penal. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. (17):115-70. octubre-diciembre, 2006.
- 75) MONTT, Santiago. Sistemas legales de menor tamaño y libre competencia. En: Día de la Competencia (8, 4 de noviembre de 2010, Santiago) Fiscalía Nacional Económica, 2010, [En línea]

- <http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2010/s_monntt.pdf>
[Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 76) MOTTA, Massimo y POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. International Journal of Industrial Organization. 21(3):347-79. 2003. [En línea] <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=MIimg&_imagekey=B6V8P-47S5MVW-2-96&_cdi=5876&_user=5675083&_orig=search&_coverDate=03%2F31%2F2003&_sk=999789996&_view=c&_wchp=dGLbVtz-zSkzk&_md5=b73d2fb879d0804889d0b4a7c5dc8f49&_ie=/sdarticle.pdf>
[Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 77) NÁQUIRA RIVEROS, Jaime y SALIM-HANNA SEPÚLVEDA, Roberto. Derecho penal económico: Origen, contenido y límites.. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. 9(9):117-27. 2005.
- 78) NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Orden público económico y libre competencia. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. 7(7):67-78. 2003.
- 79) NAVARRO BELTRÁN, Enrique. El recurso de amparo económico (Notas sobre quince años de jurisprudencia). Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. 9(9):19-42. 2005.
- 80) OFFICE OF FAIR TRADING. Innovation and competition policy. 2002. [En línea] <http://www.oft.gov.uk/shared_ofr/reports/comp_policy/oft377part1.pdf>
[Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 81) OFFICE OF FAIR TRADING. Agreement and concerted practices. Competition Law Guideline. 2004. [En línea] <http://www.oft.gov.uk/shared_ofr/business_leaflets/ca98_guidelines/oft401.pdf>
[Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 82) OPAZO BRULL, Ernesto. La comisión antimonopolio y estudio del título V de la Ley N° 13.305. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1962. 129p.
- 83) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). Glossary of industrial organization economics and competition law. 1993. [En línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 84) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). Overview. Hard Core Cartels. Harm and Effective Sanctions. 2002. [En línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/11/34/1935141.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].
- 85) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). Competition Law and Policy in Chile. A peer review. 2004. [En línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/60/34823239.pdf>>
[Consulta: 30 de noviembre de 2010].

- 86) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation. 2005. [En línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/58/1/35863307.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].
- 87) ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. Febrero, 2009. [En línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].
- 88) PADILLA, Jorge y ZOIDO, Elena. El papel disuasorio de las sanciones: Una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias. En: Seminario de Derecho y Economía de la Competencia de la Fundación Rafael del Pino (Cuarto, 2007, Madrid). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, España. Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons. 2008. Pág. 37-56.
- 89) PESQUEIRA BANDERAS, Manuel. El derecho frente a la competencia: Una visión retrospectiva. Revista Temas de Derecho. (18):123-69 [En línea] <<http://www.scribd.com/doc/29372653/Derecho-y-Libre-cia>> [Consulta: 30 de noviembre de 2010].
- 90) PINO AROSTEGUY, Jaime. Problemas de tipicidad en los delitos económicos chilenos. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Católica de Valparaíso. 1994. 131p.
- 91) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el tribunal de defensa de la libre competencia. Boletín N° 2.944-03. 2002.
- 92) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Mensaje de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004. Boletín N° 4234-03. 2006.
- 93) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición. Madrid. Espasa Calpe, 2001.
- 94) RILEY, Alan. Editorial – Developing Criminal Cartel Law: Dealing with the Growing Pains. The Competition Law Review. 4(1):1-6. Octubre, 2007.
- 95) ROMÁN SAAVEDRA, Jorge Antonio. Aspectos jurídicos y económicos del delito de abuso de poder de mercado. Tesis para optar al título de Abogado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú. 2004. 110p.
- 96) ROMERO GUZMÁN, Juan José. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? [En línea] <http://www.lcuc.cl/documentos_down/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf>

Centro de Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile
[Consulta: 30 de noviembre de 2010]

- 97) SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros. Revista de Derecho (Valdivia). 18(1):213-237, julio, 2005. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502005000100009&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 98) SOLANA G., Gonzalo. La defensa de la competencia en España y su relación con la política de competencia de la Comisión Europea. En: Día de la Competencia (1, 30 de octubre de 2003, Santiago) Fiscalía Nacional Económica, 2003, 73p. [En línea] <http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2003/disc_ddlc_2003_jcg.pdf> [Consulta: 30 de noviembre de 2010]
- 99) SOTO PIÑEIRO, Miguel. El bien jurídico protegido en los llamados delitos económicos... ¿Una falsificación conceptual? Revista de Derecho Económico. (71):73-89, junio, 1989.
- 100) SOUTO SOUBRIER, Luis F. Agreements (Vertical Side). The concept of an agreement and beyond: How to block parallel imports of pharmaceuticals to protect the heart of competition. En: AMATO, Giuliano y EHLERMANN, Claus-Dieter (Eds). EC Competition Law. A critical Assessment. Reino Unido. Hart Publishing. 2007. pp. 81-142.
- 101) SZCZARANSKI CERDA, Clara Leonora. Un asunto criminal contemporáneo. Rol de las empresas, responsabilidad penal de las personas jurídicas y corrupción. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010. 418p.
- 102) SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, Enrique. Nuevo tribunal de defensa de la libre competencia y su importancia para el sector eléctrico. Revista de Derecho Administrativo Económico. (12):145-153. 2004.
- 103) TIEDEMANN, Klaus. Poder económico y delito. Traducido por Amelia Montilla Villegas. Barcelona, Editorial Ariel, 1985. 235p.
- 104) TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 07/2004, de 05 de agosto de 2006, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico y recursos de reclamación de Soprole y Loncoleche contra el Dictamen 1/96 de la Comisión Preventiva IX Región, rol N° C-01-2004.
- 105) TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 43/2006, de 7 de septiembre de 2006, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Empresas Air Liquide Chile S.A., INDURA S.A., AGA S.A. y Praxair Chile Ltda., rol N° C-74-2005.
- 106) TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 74/2008, de 02 de septiembre de 2008, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra AM Patagonia S.A. y Otros, rol N° C-121-2006.

- 107) TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 85/2009, de 02 de julio de 2009, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico contra Empresas Sanitarias, rol N° C-79-2005.
- 108) TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 94/2010, de 7 de enero de 2010, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Transportes Central Ltda. y otros, rol N° C-149-2007.
- 109) TRIVELLI DÍAZ, Rafael Hugo. Los objetivos de la política de libre competencia en Chile. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago. 2005. 286p
- 110) TRUCCO BURROWS, Eduardo. Principios de derecho económico. Delitos económicos específicos. Revista de Derecho Económico. (60):77-84. Enero-Marzo, 1983.
- 111) VALDÉS PRIETO, Domingo. La paradoja del monopolio de privilegio contemplado en el decreto ley 211 de 1973. Ius Publicum. (8):125-159. 2002.
- 112) VALDÉS PRIETO, Domingo. Monopolio y justicia. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. (9):11-18. 2005.
- 113) VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006a. 751p.
- 114) VALDÉS PRIETO, Domingo. El injusto monopólico (I). Revista de Derecho de la Empresa. (5):39-55. 2006b.
- 115) VERGARA VIAL, Enrique. El injusto monopólico (II) ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva? Revista de Derecho de la Empresa. (5):57-86. 2006b.
- 116) VERGARA VIAL, Enrique. La transparencia y el problema de incentivos en la lucha contra la colusión entre oferentes en la contratación pública. En: Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, desafíos para su aplicación en Chile (2, 02 de diciembre de 2009, Santiago) Contraloría General de la República, 2009, [En línea] < http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/Contenidos/Html/Foro_Corrupcion/EnriqueVergara.pdf > [Consulta: 07 de julio de 2011].
- 117) WHELAN, Peter. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment under EC Cartel Law. The Competition Law Review. 4(1):7-40. Octubre, 2007.
- 118) WITKER, Jorge. Derecho de la Competencia en América. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2000. 344p.
- 119) ZALDÍVAR PERALTA, José Ignacio. Delitos económicos: Consideraciones acerca del bien jurídico. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Santiago. 1988. 286p.
- 120) ZAVALA ORTIZ, José Luis. y MORALES GODOY, Joaquín. Derecho Económico. 4ª edición Santiago, Lexis Nexis Chile, 2006. 259p.