



**Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Económico**

**ASPECTOS PROBATORIOS DE LA COLUSIÓN MEDIANTE MEDIOS  
INDIRECTOS EN EL DECRETO LEY 211**

**Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas**

**DANIEL LÓPEZ LIZAMA**

**PROFESOR GUÍA: FRANCISCO AGÜERO VARGAS**

Santiago, Chile  
2012

## INDICE

<b>I. PREFACIO</b> .....	5
<b>Capítulo I: Introducción</b> .....	12
1. Libre competencia y prácticas anticompetitivas .....	12
2. Conflicto y Libre Competencia .....	18
3. Sujetos procesales y Libre Competencia .....	21
3.1. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia .....	22
3.4. La Fiscalía Nacional Económica .....	28
3.5. El denunciante particular .....	42
3.4. El demandante particular .....	45
3.5. El afectado por una investigación seguida por infracción al D.L. 211.....	47
<b>Capítulo II: El ilícito anticompetitivo de colusión</b> .....	54
1. Concepto de colusión.....	54
2. Factores que facilitan la colusión .....	58
3. Objetivos perseguidos por la colusión y factores que la sostienen....	61
4. Elementos de la colusión.....	63
<b>Capítulo III: Prueba y Libre Competencia</b> .....	67
1. Prueba de la Colusión en el D.L. 211 .....	67
1.1. Planteamiento del problema .....	67
1.2. Estándar de prueba de la colusión en el D.L. 211 .....	72

2. Sistema probatorio contenido en el D.L. 211.....	84
2.1. Valoración de la prueba en el D.L. 211 .....	85
2.2. La carga de la prueba en el D.L. 211 .....	97
3. Medios de prueba admitidos por el DL 211 .....	106
3.1. Medios mencionados y su relación con los contenidos en el CPC .....	108
a) Prueba instrumental .....	108
b) Prueba testimonial .....	111
c) La Confesión .....	114
d) La inspección personal del Tribunal .....	125
e) Informe de peritos .....	127
f) Presunciones e indicios .....	131
g) Facultad contenida en el inciso 2º del Art. 26 del DL 211.....	148
<b>Capítulo IV: La prueba de la colusión ante el TDLC .....</b>	<b>151</b>
1. Los elementos de la colusión en la jurisprudencia del TDLC .....	152
2. La prueba de la colusión mediante medios indirectos en la jurisprudencia del TDLC .....	156
<b>II. Conclusiones.....</b>	<b>164</b>
<b>III. Bibliografía.....</b>	<b>167</b>
A. Recursos Bibliográficos .....	167
B. Normas Jurídicas .....	174

C. Recursos Jurisprudenciales ..... 176

## **I. PREFACIO.-**

En materia de competencia, la colusión es la ofensa de mayor gravedad que puede darse dentro de un mercado y, por tanto, su combate representa –desde una óptica de políticas públicas– uno de los pilares fundamentales de protección a la libre competencia.

La gravedad que se le asigna a esta práctica queda de manifiesto al revisar que es la única acción anticompetitiva que además de contemplar importantes sanciones administrativas para su sanción (fundamentalmente multas), es castigada además, en algunos sistemas, con sanciones penales privativas de libertad (como es el caso de Australia, Brasil, Canadá, Corea, Estados Unidos, Inglaterra y Japón)<sup>1/2</sup>.

Dicha preocupación, al decir de GONZALEZ, se debe a que *se considera que la colusión suprime los beneficios propios de la competencia entre empresas, como son el disfrutar de menores precios y de mayor variedad y calidad de*

---

<sup>1</sup> GONZALEZ Aldo, "Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles", EN FOCO 100, Santiago, 2007, p. 1.

<sup>2</sup> Se encuentra en actual tramitación en el Congreso –en su primer trámite constitucional– el proyecto Bolefín N° 6454-07 por medio del cual se pretende sancionar penalmente la colusión en nuestro sistema. Para un detalle del estado de tramitación del proyecto, véase [http://sil.senado.cl/cgi-bin/index\\_eleg.pl?6454-07](http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?6454-07) [fecha de última consulta 14 de octubre de 2011]

*bienes y servicios*, sustituyéndola por alzas de precios, repartos de mercado o bloqueo de nuevos y más eficientes entrantes<sup>3</sup>.

No obstante, el efectivo combate a los acuerdos colusivos entre competidores a lo largo de la historia de nuestro sistema protector de la libre competencia no ha sido del todo fácil.

Esto, debido a la larga indefinición práctica del estándar de convicción probatoria que exigen los tribunales que intervienen en materia de competencia, a fin de dar por acreditada la existencia de un acuerdo colusivo, cosa del todo anómala, si consideramos que en virtud de ello se ha perjudicado la utilización de medios probatorios aceptados por nuestra legislación pero que carecen de la potencialidad de provocar un grado de certeza suficiente para satisfacer estándares de convicción –incluso– tan exigentes como el penal en el Derecho comparado.

Por esto, y con el objeto de analizar cómo esta situación se vio afectada con la modificación legal introducida por la Ley N° 20.361, que incorpora al sistema chileno de libre competencia una serie de instrumentos y mecanismos que buscan fortalecer a la Fiscalía Nacional Económica y prevenir y detectar de

---

<sup>3</sup> GONZALEZ Aldo, "Prácticas colusivas", Santiago, 2011. p. 143. En: TDLC. La libre competencia en el Chile del Bicentenario, Santiago, 2011, p. 159.

manera más efectiva las conductas constitutivas de los ilícitos de colusión<sup>4</sup>, en este trabajo nos abocaremos al examen de cómo se encuentra tratada la prueba de dicho ilícito anticompetitivo, mediante medios indirectos, en el Decreto Ley 211 –por medio del cual se establecen normas para la protección de la libre competencia en nuestro país– y como ha resultado ésta frente a nuestros tribunales de justicia, deteniéndonos en el estudio y análisis de los distintos problemas que tanto la doctrina como la jurisprudencia han identificado en el proceso de su acreditación.

La mencionada Ley N° 20.361, nació producto del concienzudo análisis realizado por los distintos actores intervinientes en materia de competencia los que, transcurridos varios años desde la modificación introducida por la ley N° 19.911 al Decreto Ley 211 de 1973<sup>5</sup>, concluyeron sobre la necesaria modernización y adecuación de las normas protectoras de la libre competencia de nuestro ordenamiento jurídico a fin de otorgar más y mejores herramientas a la agencia gubernamental encargada de velar por la libre competencia en los mercados, en particular, en materia de combate de la colusión. Esto, tal como lo expresara el Ejecutivo en su Mensaje al Congreso, por cuanto dichos actores detectaron que ciertos obstáculos entorpecían *las buenas cualidades que en*

---

<sup>4</sup> Guía Interna Sobre Beneficios y Reducción de Multas en Casos de Colusión de la Fiscalía Nacional Económica, p. 2. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/marco-normativo/guias/> [fecha de última consulta: 14 de octubre de 2011].

<sup>5</sup> Publicada en el Diario Oficial el día 14 de Noviembre del año 2003.

dicho momento se percibían *en nuestro sistema de protección a la libre competencia*<sup>6</sup>.

Dicha discusión se hizo más evidente al analizar los importantes problemas probatorios acaecidos en la persecución de los acuerdos colusivos entre competidores o carteles, a propósito de un conocido caso de colusión –aún hoy en actual tramitación– de las tres mayores cadenas de farmacias de nuestro país<sup>7</sup>.

Producto de ello, y del alto grado de conmoción pública suscitado a propósito de dicho caso, se reforzó en nuestro sistema la íntima convicción existente de lo beneficioso que significa el contar con mercados que funcionen sobre la bases de una libre y sana competencia.

Es así que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de forma prácticamente unánime, que el resguardo a la libre competencia en los mercados no sólo promueve y estimula el emprendimiento y la responsabilidad dentro de nuestra economía, sino que además, asegura a los individuos un

---

<sup>6</sup> Mensaje N° 134-354 de S.E. el Presidente de la República a la Honorable Cámara de Diputados, con el que se inicia la tramitación del proyecto de ley que buscó modificar el DL 211.

<sup>7</sup> Para una revisión de los hechos relativos al denominado “caso farmacias” véase <http://www.capital.cl/especiales/colusi-n-de-las-farmacias-2.html> [fecha de última consulta: 15 de octubre de 2011].



determinado ámbito de libertad frente al Estado, sus organismos, y sus potenciales competidores<sup>8</sup>. Todos valores que desde la óptica del poder público, son deseables de fomentar y resguardar.

Sin perjuicio de ello, y a pesar de las importantes herramientas con las que cuenta hoy la Fiscalía Nacional Económica, persiste cierta dificultad para que ésta acredite la comisión de acuerdos colusivos en aquellos casos en donde no cuenta con prueba *dura* o directa para ello.

Es por ello que mediante este trabajo se pretende desarrollar un análisis de cómo se encuentra tratada la prueba de la colusión en el Decreto Ley 211, poniendo especial énfasis en la forma que dicho cuerpo legal trata la forma en que dicho ilícito debe ser acreditado ante los órganos jurisdiccionales respectivos, en la ausencia de prueba directa para ello.

El objetivo planteado se pretende llevar a cabo mediante la revisión jurisprudencial de las sentencias y resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y de la Excma. Corte Suprema, desde su fecha de instalación a la fecha, y su contraste con elementos doctrinarios y económicos presentes en el análisis del ilícito contemplado en el artículo artículo 3° letra a) del DL 211, y el análisis del razonamiento desplegado por parte de los órganos

---

<sup>8</sup> VALDES Domingo, "Libre Competencia y Monopolio", Editorial Jurídica, Santiago, 2007, p. 199.

jurisdiccionales a la hora de ponderar y considerar ciertos elementos probatorios en la revisión de la existencia de atentados colusivos en contra de la libre competencia, detectando sus fortalezas y eventuales debilidades

En este empeño, el presente trabajo se estructura sobre la base de una primera parte general introductoria (**capítulo I**), en donde se pretende dar un marco general teórico al desarrollo posterior, precisando la noción de libre competencia y prácticas anticompetitivas, y desarrollando ciertos aspectos procesales que tienen relación con dicho bien jurídico.

En la segunda parte (**capítulo II**), nos introduciremos en la colusión como ilícito, previsto y sancionado en la letra a) del artículo 3° del DL 211 de nuestra legislación, sus elementos y características. Todas cuestiones de particular relevancia a la hora de determinar los esfuerzos probatorios que habrán de desplegar los actores a fin de dar por acreditado dicho ilícito en sede jurisdiccional.

En la tercera parte de este trabajo (**capítulo III**) se tratarán cuestiones relativas a la teoría general de la prueba y su relación e importancia en materia de libre competencia, valoración de la prueba y debido proceso.

Y, finalmente, en la cuarta parte de este trabajo (**capítulo IV**) se abordaran cuestiones relativas a los medios de prueba contenidos en el DL 211 y como estos deben ser y en la práctica han sido desplegados a fin de hacerlos eficaces a la hora de pretender acreditar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y nuestra Excma. Corte Suprema, el ilícito anticompetitivo de colusión.

## **CAPITULO I: INTRODUCCIÓN**

### **1. LIBRE COMPETENCIA Y PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.-**

La protección de la libre competencia y el desarrollo del derecho antimonopolios han tenido un importante desarrollo en nuestro sistema a partir del impulso que significó la promulgación de las leyes 19.911<sup>9</sup> y 20.361<sup>10</sup>, las que –hace ya algunos años– introdujeron importantes modificaciones al Decreto Ley 211 de 1973 (DL 211), cuerpo legal que conforma la más importante norma de defensa de la competencia en nuestro sistema.

Éste tiene por objeto promover y establecer competencias para la defensa de la libre competencia en los mercados, estableciendo los medios con que las infracciones a dicho bien jurídico deben ser corregidas, prohibidas o reprimidas, según sea el caso<sup>11</sup>, asignando facultades a los distintos órganos intervinientes en la promoción y protección de dicho bien jurídico.

---

<sup>9</sup> Publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de Noviembre del año 2003.

<sup>10</sup> Publicada en el Diario Oficial con fecha 19 de Julio del año 2009.

<sup>11</sup> Art. 1° DL 211.

Dicha tutela no es casual. La importancia y protección de la libre competencia, ha experimentado un importante crecimiento y desarrollo, en respuesta a los enormes cambios acontecidos en el comportamiento de los mercados a lo largo del mundo<sup>12</sup>. Hoy, prácticamente la totalidad de los sistemas jurídicos desarrollados poseen un marco protector de la libre competencia, aplicable incluso en aquellos en donde el libre mercado tradicionalmente se ha encontrado restringido y/o fuertemente regulado<sup>13</sup>.

Hoy, la libre competencia posee como objeto no sólo la protección del bienestar de los consumidores –entendida en términos económicos<sup>14</sup>– en un determinado mercado, sino que junto con ello, de manera preponderante, fomentar la eficiencia económica en el desarrollo de éste<sup>15/16</sup>.

---

<sup>12</sup> Para un análisis respecto al papel de la Libre Competencia en la crisis financiera ver GERARD, Damien, "Managing the financial crisis in Europe: Why Competition Law is part of the solution, not of the problema", disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1330326](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1330326) [fecha de última consulta: 7 de octubre de 2011].

<sup>13</sup> Ejemplo de esto lo representa la Ley Antimonopolios de la República Popular China, adoptada en por la 10ª Asamblea Nacional Popular, promulgada con fecha 30 de Agosto del año 2007 y que comenzó a regir con fecha 1º de Agosto del año 2008.

<sup>14</sup> Así, se señala que dicho bienestar se encuentra determinado por aquella medida monetaria del grado en que beneficia al consumidor una participación en la transacción. Dicha medida es lo que se conoce como el *excedente del consumidor*. Al respecto, véase FRANK Robert H., "Microeconomía y conducta", Quinta Edición, McGraw Hill, 2005, Madrid, p. 146.

<sup>15</sup> MOTTA, Massimo, "Competition Policy. Theory and Practice", 2009, Cap. 1, p.18.

<sup>16</sup> Para una completa perspectiva de la discusión relativa en torno a la determinación del objeto de protección del bien jurídico libre competencia ver AGÜERO, Francisco. 2004, "Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia",

En dicho empeño, se ha hecho necesario combatir un sinnúmero de comportamientos y prácticas que atentan en contra del bien jurídico protegido libre competencia.

En este sentido, constituyen prácticas anticompetitivas un amplio margen de conductas en donde uno o varios agentes económicos buscan incrementar o mantener su posición relativa y sus beneficios dentro de un mercado específico, sin necesariamente proporcionar bienes o servicios a un menor precio o de mejor calidad a los consumidores<sup>17</sup>.

Es de la esencia de la competencia que los participantes del mercado incurran en esfuerzos para ganar ciertas ventajas por sobre sus competidores. Sin embargo, el límite permitido para aquellas prácticas o políticas de negocios lícitas es traspasado si junto con ellas se construyen límites u obstáculos ilegítimos a la competencia, explotando una determinada posición de mercado, en perjuicio o menoscabo de competidores y/o proveedores.

---

Boletín Latinoamericano de Competencia N° 19, pp. 124 y ss.; y, VALDES Domingo, "Libre Competencia y Monopolio", Santiago, Editorial Jurídica, 2007, pp. 78 y ss.

<sup>17</sup> OECD, "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law", disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf> [fecha de última consulta: 7 de octubre de de 2011].

Ahora bien, la determinación sobre qué tipo de prácticas se consideran anticompetitivas, y por ende, contrarias a la libre competencia, varía dependiendo de la jurisdicción de que se trate y del análisis que hagan los organismos tutelares de la libre competencia en el caso a caso. Así, ciertas prácticas pueden ser consideradas ilegales *per se* en ciertas jurisdicciones, mientras otras son reprimidas en virtud de un análisis en donde sólo son objeto de acciones y medidas correctivas en la medida de que establezcan restricciones poco razonables a la libre competencia, con independencia del tamaño y posesión de poder monopólico que tenga el actor que las comete.

En este sentido, algunas legislaciones se estructuran sobre la base del combate a situaciones más bien estructurales de los mercados que regulan, como los monopolios y el uso de una posición de dominio, o bien, sobre la base del control y represión de prácticas que poseen la potencialidad eventual de ser lesivas para la libre competencia, como lo son las fusiones, las concentraciones, la colusión, la fijación de precios y las prácticas predatorias.

Con todo, y no obstante las lógicas y naturales diferencias que estos poseen, entre ellos se observa que la inmensa mayoría de las legislaciones comparadas dirigen sus esfuerzos a lidiar con situaciones más bien similares o equivalentes, siendo la colusión la infracción más grave y, por lo tanto, la que concentra los mayores esfuerzos en su prevención, detección y represión.

En nuestro sistema, la tipificación de aquellas prácticas consideradas anticompetitivas se encuentra en el artículo 3° del DL 211, el cual establece que *aquel 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.*

Esta tipificación, de gran amplitud, busca incluir aquellas conductas que pongan en riesgo o atenten efectivamente contra la libre competencia, abarcando todas aquellas formas de ilícitos sancionables y susceptibles de ser corregidos y sancionados<sup>18</sup>.

Acto seguido, y a título meramente ejemplar, el artículo 3° del referido DL señala prácticas que pueden lesionar la libre competencia. Así, dicho artículo agrega que se *considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones*

---

<sup>18</sup> Cabe mencionar que la tipificación hecha por el Art. 3° del DL211 ha sido objeto de importantes críticas, todas las cuales apuntan a la necesidad de perfeccionar el tipo infraccional contemplado en él. Un mayor desarrollo, en el Informe de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados de Chile A.G., disponible en [http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/archivo.html&bri=colegioabogados&tab=art\\_1&campo=c\\_archivo&id=419](http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/archivo.html&bri=colegioabogados&tab=art_1&campo=c_archivo&id=419) [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012].



*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 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.

No es objeto de este trabajo hacernos cargo de la formulación de la norma en comento, pero como se observa de la sola regulación sobre lo que se entienden como prácticas anticompetitivas en nuestra legislación, un importante número de prácticas y actitudes pueden ser *prima facie* calificadas como tal. Así, el ofrecer un determinado producto a un precio menor que los observados por los restantes competidores puede ser visto bajo el prisma de los precios predatorios; o precios similares puede ser perseguido por ser estos indicativos de un comportamiento concertado o colusivo.

La sola posibilidad que poseen los actores del mercado que se trate de ver actuaciones particulares de sus competidores bajo el prisma de una infracción a la libre competencia, sin que dicha situación sea por sí sola suficiente para dar por establecidas dicha infracciones, significa un foco importante de conflictos que requieren de prueba y solución jurídica por parte del órgano jurisdiccional.

## **2. CONFLICTO Y LIBRE COMPETENCIA.-**

La vida en sociedad y el desarrollo económico de los mercados supone la existencia y convivencia de actores con múltiples y diversos intereses, los cuales, eventualmente, pueden verse contrapuestos y colisionar con aquellos de otros actores del mismo mercado.

Dicha situación posee una importante potencialidad de generación de conflictos entre particulares o entre la autoridad y los particulares que esta fiscaliza. Estos conflictos se encuentran sustentados en la presencia de intereses discrepantes, entre dos o más personas, los que, en definitiva, se manifiestan mediante la realización de una acción o una omisión que produce una alteración del ordenamiento jurídico o la infracción de una norma reguladora de una conducta determinada<sup>19</sup>.

Dicho conflicto genera el *litigio*, el cual, en materia de libre competencia, está llamado a ser resuelto mediante un juicio de autoridad de carácter especial, a la cual las partes acuden en busca de solución, y que se encuentra comprometida y obligada en razón de sus funciones a emitir una decisión para la resolución del conflicto de manera vinculante para las partes<sup>20</sup>.

Con todo, cada mercado posee particularidades que le son propias y, en tal sentido, el órgano jurisdiccional tiene la responsabilidad de interpretar las normas protectoras de la libre competencia, según sean las particularidades del caso concreto que se encuentre conociendo. Esto genera una importante jurisprudencia que, necesariamente, no sólo evolucionará de acuerdo al

---

<sup>19</sup> MATURANA Cristian, "Separata de clases: Derecho Procesal Orgánico", Tomo I, Santiago. pp. 1 y 2.

<sup>20</sup> Art. 2° y Art. 5° del DL 211.

desarrollo que cada uno de los diversos mercados presente, sino que, en gran medida, modelará dicho desarrollo a partir de la definición de criterios y normas que los particulares habrán de tener en cuenta a la hora de desarrollar sus políticas comerciales.

Esta situación no es trivial. La jurisprudencia generada en materia de libre competencia tiene enormes repercusiones en términos del desarrollo económico de los mercados y el hecho de que los fallos vayan en una dirección o en otra no es irrelevante<sup>21</sup>.

Esto refuerza la opinión de aquella parte de la doctrina que señala que en materia de libre competencia, el órgano jurisdiccional tutelar de dicho bien jurídico –en la especie, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) –es un verdadero *ente regulador de carácter jurisdiccional*<sup>22</sup> y que en dicha calidad *debe tener una aproximación al caso sometido a su consideración casuística pero a la vez sistémica*.

---

<sup>21</sup> BÜCHI Hernán, "Economía y Derecho. Análisis Económico de los Fallos Judiciales", Serie Informe Económico N° 148, p. 29. Disponible en <http://www.lyd.com/lyd/index.aspx?channel=4270> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012].

<sup>22</sup> MONTT Santiago, "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas", Santiago, 2010, p. 5. Disponible en <http://www.regcom.uchile.cl> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012].

Esto, toda vez que, al decir de MONTT, el TDLC *resuelve el caso no sólo de cara a las partes, sino de cara a todos los demás miembros de la comunidad económica que leerán la decisión judicial como la regla en concreto que regula el comercio*<sup>23</sup>.

### **3. SUJETOS PROCESALES Y LIBRE COMPETENCIA.-**

De manera general, la doctrina ha estimado que los sujetos procesales son aquellas personas que intervienen regularmente dentro del trámite del procedimiento, representando, o bien al Estado, o bien a los diferentes intereses particulares comprometidos en él.

En dicho sentido, su actuación es regular, permanente y no específica en actos individualizados del procedimiento<sup>24</sup>.

En materia de libre competencia encontramos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Fiscalía Nacional Económica, el demandante y el demandado o requerido por cometer una presunta infracción a las normas contenidas en el DL 211, según corresponda.

---

<sup>23</sup> *Ídem*, p. 6.

<sup>24</sup> MATURANA Cristian, *Ibíd.*

### **3.1 EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE**

#### **COMPETENCIA.-**

Una de las más importantes reformas introducidas por la Ley 19.911 al DL 211 fue la creación de un órgano jurisdiccional especial encargado de conocer y juzgar todas aquellas infracciones que atenten contra la libre competencia en los mercados.

El TDLC es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excelentísima Corte Suprema (Corte Suprema), y cuya principal función es la prevención, corrección y sanción de los atentados a la libre competencia<sup>25</sup>.

Sus miembros son profesionales e independientes de la administración del Estado<sup>26</sup>, por lo que posee una mayor independencia de la autoridad política de turno e imparcialidad. Asimismo, vale destacar que su integración es mixta, vale decir, se encuentra compuesto por cinco miembros, de los cuales tres son de profesión abogado y dos de profesión economista.

---

<sup>25</sup> Art. 5° DL 211.

<sup>26</sup> Cabe recordar que con anterioridad a la reforma legal, dos de los cinco miembros de la Comisión Resolutiva eran designados por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Economía.

Dicha particularidad es de especial relevancia, toda vez que son estos últimos miembros los llamados a aportar, desde la óptica de la ciencia económica, herramientas técnicas que le permiten al TDLC contar con útiles instrumentos a la hora de determinar y darle contenido a la determinación de importantes materias –como lo son el mercado relevante, el poder de mercado de un determinado agente económico o los efectos que una determinada conducta u operación tiene en el bienestar de los consumidores<sup>27</sup>– o, como se señalará más adelante, para darle soporte científico a los razonamientos que el órgano jurisdiccional plasma en sus decisiones.

La incorporación de dichos profesionales no es más que el reflejo de la importancia e influencia que ha ido adquiriendo la economía dentro del Derecho, y en especial en el derecho de la libre competencia. Esto, por cuanto éste necesariamente se refiere a materias y comportamientos económicos. Por ello, y tal como lo sostiene la doctrina preponderante en la materia, cualquiera que se encuentre relacionado con el tema, ya sea como abogado, regulador o juez, se le hace fundamental contar con cierto conocimiento económico<sup>28</sup>. En palabras de BUCCIROSSI, la ciencia económica yace en el corazón del

---

<sup>27</sup> BAKER Jonathan y BRESNAHAN Timothy, “Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power” En: BUCCIROSSI Paolo (ed.), “Handbook of Antitrust Economics”, The MIT Press, London, 2007, pp. 1 y ss.

<sup>28</sup> WHISH Richard, Op. Cit., p. 1.

derecho de la libre competencia y su desarrollo ha obedecido a una larga y sostenida colaboración entre dicha disciplina y el Derecho<sup>29</sup>.

Ahora bien, la institucionalidad protectora de la libre competencia no sólo se encuentra compuesta por el tribunal en comento, sino que este, a su vez, coexiste con un órgano persecutor que posee como función principal el investigar las conductas que puedan atentar en contra de la libre competencia<sup>30</sup>. Con todo, dicho órgano no se encuentra facultado para imponer sanciones si es que los resultados de sus investigaciones así lo ameritan. La aplicación de dichas sanciones habrá de solicitarlas al TDLC, el cual, si lo estima procedente, y luego de un acucioso examen de los hechos y las pruebas que los sustenta, se encuentra facultado para modificar o poner término a actos o contratos, ordenar la disolución o modificación de personas jurídicas e imponer multas<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> En este sentido BUCCIROSSI Paolo, "Introduction en Handbook of Antitrust Economics", The MIT Press, London, 3007, pp. ix y ss.

<sup>30</sup> Art. 39 letra a) DL 211.

<sup>31</sup>Al respecto, el artículo 26 del D.L. 211 establece que la sentencia definitiva que emane del TDLC podrá adoptar las siguientes medidas sancionatorias: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las



En nuestro sistema observamos que se reserva a la autoridad administrativa (en la especie, la Fiscalía Nacional Económica) sólo una función investigativa y acusadora de los ilícitos que atenten contra la libre competencia, excluyéndola de la labor sancionatoria, la que se encuentra radicada en el TDLC y a la Corte Suprema, según sea el caso. En materia sancionatoria, sede donde se despliegan los esfuerzos probatorios en materia de colusión, la función del TDLC se traduce en *conocer las situaciones que pudieren constituir infracciones a las normas contenidas en el DL 211*<sup>32/33</sup>:

Esta potestad, de carácter jurisdiccional, la encontramos señalada en el artículo 18 número 1 del DL 211<sup>34</sup>, el cual establece la facultad del TDLC para conocer

---

multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquier otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

<sup>32</sup> Art. 18 D.L. 211.

<sup>33</sup> Para un completo desarrollo de la totalidad de las facultades y potestades entregadas al TDLC véase VALDES Domingo, "Libre Competencia y Monopolio", Santiago, Editorial Jurídica, 2007, pp. 585 y ss.

<sup>34</sup> Cabe hacer presente a este nivel que, a pesar de la atribución de facultades que expresamente el DL 211 en su artículo 18, el TDLC ha expandido su competencia para conocer, a más de lo que dicha norma señala, procedimientos que se encuentran

–a solicitud de algún particular o la Fiscalía Nacional Económica– de aquellas situaciones que pudiesen constituir una infracción a las normas tutelares de la libre competencia.

Dicha norma debe necesariamente entenderse complementada por los artículos 5 y 28 del mismo cuerpo legal, los cuales incluyen en la definición de las atribuciones que conlleva esta potestad todos aquellos momentos jurisdiccionales<sup>35</sup> descritos por la doctrina procesal, y que caracterizan al ejercicio de la jurisdicción<sup>36</sup>.

---

fuera del catálogo mencionado. Así, el TDLC ha señalado de forma reciente que *en cuanto a la competencia que el artículo 697 del Código de Procedimiento Civil entrega para efectos de conocer de los juicios sobre pago de honorarios, este Tribunal es, sin lugar a dudas, la primera instancia del juicio principal en el que se originó la obligación que se pretende cobrar, dado lo preceptuado en el artículo 27 del D.L. N° 211; y, en consecuencia, que una correcta y armónica interpretación del D.L. N° 211 y del artículo 697 del Código de Procedimiento Civil permite concluir que dicha disposición otorga sin duda alguna competencia a este Tribunal para conocer de la materia allí señalada y que, dado que el propio artículo 697 ordena dar tramitación incidental a la reclamación deducida ante el tribunal que haya conocido del asunto, ha de estarse, respecto de dicha tramitación incidental, a lo dispuesto por el artículo 24 del D.L. N° 211 en materia de incidentes.*En: Considerandos tercero y séptimo de resolución intermedia dictada en proceso contencioso Rol 184-08 de fecha 27 de septiembre de 2011.

<sup>35</sup> Para la doctrina procesal se distinguen claramente tres momentos jurisdiccionales que corresponden a las etapas que se deben contemplar en un procedimiento a fin de que este obedezca a un debido proceso. Estos momentos son el de conocimiento, juzgamiento y de ejecución de lo juzgado, los cuales se extraen en nuestra legislación a partir del artículo 73 de la Constitución Política de la República y 1 del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>36</sup> Así, el Art. 5 del D.L. 211 establece la facultad que posee el TDLC de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia y el Art. 28 establece que la ejecución de las resoluciones pronunciadas en virtud del procedimiento contencioso,

Doctrinariamente, se define *jurisdicción* como el *poder deber del Estado, radicado exclusivamente en los tribunales establecidos en la ley, para que estos dentro de la esfera de sus atribuciones y como órganos imparciales, por medio de un debido proceso, iniciado generalmente a requerimiento de parte, y a desarrollarse según las normas de un justo y racional procedimiento, resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal y dentro del territorio de la República*<sup>37</sup>.

En este sentido, el legislador ha investido al TDLC con la facultad de resolver los conflictos de intereses surgidos como consecuencia del ataque o vulneración de la libre competencia, cosa que hace mediante la emisión de un juicio de autoridad, el cual debe ser fundado, enunciando los fundamentos de hecho, de Derecho y económicos en virtud de los cuales se pronuncia de una u otra forma<sup>38</sup>.

En cuanto al procedimiento al cual ha de sujetarse la actividad jurisdiccional del TDLC, este se encuentra regulado por las normas contenidas desde el artículo

---

corresponderá directamente al TDLC el que contará, para tales efectos, con todas las facultades propias de un Tribunal de Justicia.

<sup>37</sup> MATURANA Cristian, *Op Cit.* p. 118.

<sup>38</sup> Art. 26 D.L. 211

19 al 29 del DL 211, pudiendo este imponer las sanciones contempladas en el artículo 26º, letras a), b) y c) del mismo cuerpo legal.

Asimismo, cabe señalar que, salvo la sentencia definitiva, las resoluciones pronunciadas por el TDLC sólo son susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso de reposición, el que se rige por las normas ordinarias procesales civiles<sup>39</sup>.

Sólo es susceptible de recurso de reclamación, cuyo conocimiento se encuentra radicado de forma exclusiva ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga o absuelva de alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26 antes señalado.

### **3.2 LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.-**

---

<sup>39</sup> Al respecto, cabe señalar que con fecha 27 de septiembre de 2011, el TDLC señaló, ante un requerimiento de parte, que aún cuando no se trate de procedimientos contemplados en el D.L. 211 –en la especie, se trataba de la tramitación de una demanda incidental de cobro de honorarios periciales– no corresponde interponer al TDLC recursos que no sean de aquellos contemplados en el DL 211. En la especie, el TDLC señaló que, *el hecho de otorgar siempre y en toda circunstancia el acceso al recurso de apelación -que parece ser la cuestión que veladamente plantea la demandada en estos autos-, no es sinónimo de garantía de debido proceso. Corresponde al legislador establecer su procedencia y causales. Dicho recurso, en esta sede y atendidas las disposiciones del D.L. N° 211, ya citadas, se encuentra vedado. En:* Considerando octavo de resolución intermedia dictada en proceso contencioso Rol 184-08.

En una economía de mercado, la libre competencia es una garantía para que los ciudadanos puedan elegir productos y servicios que mejor se adecuen a la satisfacción de sus necesidades, a precios razonables y de una calidad adecuada. Así, en condiciones de competencia efectiva, los mercados tienden a funcionar de forma más eficiente para el consumidor, que encuentra una mayor variedad y calidad de productos y a mejores precios, con el consiguiente incremento del bienestar económico y social dentro de dicho mercado.

Pero para que esto sea efectivo, los agentes económicos que intervienen en los mercados deben cumplir una serie de normas y condiciones previamente establecidas a fin de evitar que éstos no posean la capacidad para crear distorsiones que les permitan influir en los precios o generar barreras a la entrada de otros competidores, radicándose en el poder público la obligación de asegurar un mínimo grado de libertad para competir a los agentes económicos entre sí.

La FNE es un servicio público, descentralizado, con personalidad jurídica, patrimonio propio e independiente de todo organismo o servicio<sup>40/41</sup> y cuya función principal es la de investigar todo hecho, acto o convención que tienda a impedir, eliminar, restringir o entorpecer la competencia económica en los

---

<sup>40</sup> Art. 33 D.L. 211.

<sup>41</sup> Señala el Art. 39 del D.L. 211 que el Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

mercados y, cuando lo estime procedente, someter el resultado de sus investigaciones al conocimiento del TDLC, a fin de que éste, en el ejercicio de sus atribuciones, adopte las medidas o sanciones adecuadas para evitar o reparar los efectos anticompetitivos de las conductas o hechos investigados<sup>42</sup>.

Asimismo, de acuerdo a lo señalado en el artículo primero del DL 211 se le entrega a la FNE la importante función de promover la libre competencia en los mercados. Dicha tarea –conocida doctrinariamente como *advocacy*– se traduce en un importante esfuerzo que realiza la agencia de competencia para crear una verdadera *cultura de la competencia*<sup>43/44</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 39 letra a) D.L. 211.

<sup>43</sup> Esto es de particular importancia, toda vez que en materia de persecución de carteles la OECD ha constatado que cuando las agencias protectoras de la libre competencia se están iniciando la aplicación de leyes contra carteles o tienen escasa experiencia en la materia, encuentran más complicado probar un caso de este tipo basándose solamente en evidencia circunstancial, especialmente si en el país no existe una fuerte cultura de competencia, lo cual incide en la efectividad de la agencia reguladora. Al respecto ver OECD, "Policy Roundtables – Prosecuting Cartels without Direct Evidence", disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012].

<sup>44</sup> Al respecto el ex Fiscal Nacional don Enrique Vergara ha señalado que "el tema de libre competencia ha adquirido una innegable importancia a nivel de opinión pública. Los medios escritos y orales cubren periódicamente los casos e investigaciones más importantes, alguno de los cuales, incluso, son cubiertos por la televisión. Del mismo modo, la comunidad de la libre competencia, si se puede hablar de ella, escribe en forma permanente artículos sobre el tema en distintas revistas y medios. Se ha creado el Centro de Libre Competencia en la Universidad Católica. Muchos diplomados y magisteres contemplan el derecho de la libre competencia dentro de sus mallas. Vale decir, poco a poco se va a creando una cultura de la competencia, que fue uno de los principales objetivos que se tuvieron a la vista cuando se decidió organizar este foro". En Discurso Inaugural 6º Día de la Competencia año 2008, disponible en [http://fne.cl/descargas/dia\\_competencia/data/2008/discurso\\_ev.pdf](http://fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2008/discurso_ev.pdf) [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012].

Las funciones de la FNE, radicadas en el Fiscal Nacional Económico, son las siguientes<sup>45</sup>:

**1. Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones al DL 211<sup>46</sup>.-**

La principal función que posee la FNE es la de tomar conocimiento e investigar aquellos hechos que pudiesen constituir eventuales atentados en contra de la libre competencia. Esto lo puede realizar de oficio o recibiendo la denuncia que al respecto haga algún particular.

Ante ello, la FNE debe informar del inicio de la investigación al afectado por ella. No obstante, previa autorización del TDLC, y con el único objeto de salvaguardar el éxito de la investigación en curso, la FNE puede disponer que la investigación se lleve a *cabo sin previa noticia al afectado*<sup>47</sup>.

A este respecto, esencial es tener presente que el procedimiento de investigación instruido por la FNE debe ajustarse estrictamente a las exigencias del artículo 19º N° 3 de la Constitución, en el sentido que las investigaciones

---

<sup>45</sup> Art. 39 D.L. 211

<sup>46</sup> Art. 39 letra a) D.L. 211

<sup>47</sup> Art. 39 letra a) inciso final D.L. 211

(en este caso, administrativo-sancionadoras) deben respetar los más mínimos criterios de racionalidad y justicia.

Lo anterior implica que debe *velarse siempre e irrenunciablemente por no afectar ni lesionar los derechos fundamentales de los inculpados, como tampoco de quien se vea afectado por la investigación*<sup>48</sup>.

En el mismo sentido, nuestra jurisprudencia ha señalado que:

[...] “resulta de la esencia de un proceso racional y justo el tener derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa pues, de lo contrario, esa defensa no sería posible al negarse el derecho a traer al proceso los medios justificativos o demostrativos de las propias alegaciones o los que desvirtúan a la parte contraria, lo que naturalmente incluye el contenido de la investigación que en su momento llevó adelante la Fiscalía. Lo anterior, por lo demás, es un principio general de nuestra legislación, reconocido, por ejemplo, en el Estatuto

---

<sup>48</sup> CEA EGAÑA José Luis, “Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías”, Tomo II, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2004, p. 159. Citado en: AGÜERO Francisco y TORO Luis Eduardo, “Límites a la potestad inspectora de la administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica”, Revista de Derecho Económico, N° 75, Universidad de Chile, Santiago, 2010, p. 23.



Administrativo, La Ley N° 20.000, y el Código Procesal Penal; expresamente recogido también por el Tribunal Constitucional, quien ha señalado que, para salvaguardar “siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, los afectados deben estar en conocimiento de las investigaciones administrativas que realiza el Estado, sujetas a controles jurisdiccionales, pues de lo contrario se violenta la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 de la Constitución” [...] <sup>49</sup>

Consecuencia de ello es que la investigación deba llevarse de tal modo de que se consigne y asegure no sólo todo cuanto condujere a la comprobación del hecho, acto o convención y a la identificación de los partícipes, sino que además todo cuanto pueda desvirtuar o modificar la responsabilidad infraccional

---

<sup>49</sup> Considerando 16° de resolución intermedia de fecha 13 de abril de 2006 dictada en proceso contencioso Rol C 77/2005. Transcrita en: AGÜERO Francisco y TORO Luis Eduardo, *Idem*.

que pudiera imputársele a los investigados<sup>50</sup>. Esto, es lo que en materia procesal penal se denomina el principio de objetividad<sup>51/52</sup>.

Con todo, y no obstante su semejanza funcional con el Ministerio Público, al respecto no se aprecia, tanto en la regulación que hace el propio DL 211 de la función investigadora de la FNE, como en las propias directivas que la misma fiscalía ha dictado (denominadas “guías”), la obligación por parte de la agencia de adecuar sus criterios de investigación a un criterio objetivo. En función de él, la agencia de competencia nacional debería adecuar sus procesos de investigación a fin de indagar con el mismo rigor no sólo los hechos y circunstancias que acreditarían la comisión de los ilícitos anticompetitivos

---

<sup>50</sup> Por ejemplo, el punto IV numeral 16 de la *Guía interna para el desarrollo de las investigaciones y para las actuaciones judiciales* de la FNE señala que las denuncia que se presentaren ante la agencia serán objeto de un examen de admisibilidad, luego del cual serán declaradas inadmisibles aquellas denuncias en donde la eventual responsabilidad se encuentre prescrita.

<sup>51</sup> Al respecto ver Art. 80 A de la Constitución Política de la República, Art. 3° de la LOC del Ministerio Público y el art. 77 del Código Procesal Penal, en donde se consagra normativamente el principio de objetividad.

<sup>52</sup> Al respecto, el Art. 3° de la Ley 19.640, por medio de la cual se establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, señala que *en el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuaran sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, **deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o atenúen*** (énfasis agregado).

investigados, sino que también, los hechos y circunstancias que justificarían la conducta<sup>53</sup>.

No vemos motivo para que dicho principio no se haya extendido para las actuaciones de la FNE. Así, y siguiendo a parte importante de la doctrina procesal penal<sup>54</sup>, creemos que dicho principio cumple una importante función en un sistema en que la defensa por parte de los afectados por una investigación administrativa –orientada a la imposición de sanciones– no se encuentra en pie de igualdad respecto de la FNE. Dicha desigualdad es evidente, más aún si constatamos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 del DL 211 los particulares *que entorpezcan las investigaciones que instruya la Fiscalía Nacional Económica en el ámbito de sus funciones, podrán ser apremiados con arresto hasta por quince días.*

En este sentido, al igual que en la esfera procesal penal, la FNE posee el poder unilateral para decidir qué y cómo investigar, ya que, no obstante la posibilidad que se le entrega, tanto al afectado como los demás intervinientes en el

---

<sup>53</sup> Esto, más allá de la obligación de imparcialidad que pesa sobre la FNE –en su calidad de servicio público– en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 19.880 que establece las Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

<sup>54</sup> HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, "Derecho Procesal Penal Chileno", Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica, 2003, pp. 152 y ss.

proceso para solicitar a la FNE todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, la agencia cuenta con la atribución, toda vez que actúa *ex parte*<sup>55</sup>, para ordenar que se lleven a efecto sólo aquellas que estimare conducentes a la comprobación de la teoría del caso que se encuentre sustentando<sup>56</sup>.

Asimismo, creemos que la sujeción a dicho principio no sólo cumple la importante función arriba anotada, sino que constituye una importante herramienta en la acreditación de alguno de los ilícitos contemplados en el artículo 3 del DL 211. En particular, el de colusión. Esto, por cuanto la aplicación de dicho principio en la investigación supone el contrastar la veracidad de los argumentos esgrimidos por la defensa del afectado por una investigación, para verificar si esta avanza en la dirección que la agencia de la competencia pretende darle.

Y dicho asunto no es trivial. Si consideramos que para poder acreditar la comisión de un ilícito colusivo, y en particular cuando la comisión de dicho ilícito

---

<sup>55</sup> Al respecto, el Art. 39 letra b) del D.L. 211 establece que dentro de las funciones y atribuciones del Fiscal Nacional Económico se encuentra el *actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad.*

<sup>56</sup> Punto V numeral 19 de la Guía interna para el desarrollo de las investigaciones y para las actuaciones judiciales de la Fiscalía Nacional Económica. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/marco-normativo/guias/> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012].

no es posible de ser probado por medio directos o explícitos a fin de darle solidez a su caso, la FNE deberá contrastar su hipótesis de trabajo con todas aquellas situaciones posibles que le den una justificación alternativa al comportamiento anticompetitivo por parte de los agentes económicos<sup>57</sup>.

Misma situación creemos que es posible apreciar con respecto a los principios de transparencia y responsabilidad respecto de los cuales el Ministerio Público ha de informar su actuar en materia procesal penal<sup>58</sup> y que entendemos, en virtud de la semejanza funcional que posee la FNE con dicho organismo y de lo dispuesto en los artículos 16 de la Ley de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado y 3 inciso 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, deberían ser exigibles respecto del actuar investigativo de la agencia nacional de la competencia.

En el mismo sentido, AGÜERO y TORO señalan que *el ejercicio de la potestad inspectora de la FNE también debe enmarcarse dentro de un procedimiento*

---

<sup>57</sup> Como lo señalan HORVITZ y LOPEZ, en materia procesal penal, en los Estados Unidos de Norteamérica, lugar en donde no rige el principio de objetividad, los fiscales suelen someter a revisión su hipótesis de trabajo con los argumentos expuestos por la defensa de los imputados, toda vez que son reacios a llevar a juicio casos en que existe una importante probabilidad de absolución. En HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, *Op cit*, p. 154.

<sup>58</sup> HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, *Op cit*, pp. 158 y ss.

*administrativo, el cual debe regirse por la ley 19.880, de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración Pública*<sup>59</sup> [...] *Ello, implica establecer un mecanismo de garantía de certeza, seguridad y resguardo para todos los sujetos, especialmente a la hora de ingresar a su esfera privada y soportar una intervención. De este modo, la potestad inspectora no puede vulnerar las normas de procedimiento administrativo general ni especial, en este caso, del DL 211*<sup>60</sup>.

Esto, ha sido claramente reconocido por el propio TDLC, para quien el procedimiento de investigación seguido por la FNE se rige, en todo lo no dispuesto por el DL 211, por lo contenido en la Ley de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración Pública:

[...] “la Fiscalía Nacional Económica es un órgano del Estado, y más específicamente un servicio público que ejerce un cometido público en el ámbito de la libre competencia. Para ello, dispone de todas las facultades que señala el artículo 39 del Decreto Ley N° 211, las que se encuentran sujetas y deben ejercerse, a falta de un procedimiento de investigación expresamente establecido

---

<sup>59</sup> AGÜERO Francisco y TORO Luis Eduardo, *Op cit.*

<sup>60</sup> *Ídem.*

por dicho texto legal, a la Ley de Procedimiento Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 19.880”. [...] <sup>61</sup>

Dicha conclusión no puede ser otra. Esto, por cuanto las normas y principios prescritos por el legislador para la adecuada tramitación por parte de la administración de los procedimientos administrativos que por ella se sustancien, actúan como presupuesto necesario para el control por parte de los individuos de la actividad de la FNE, verificando el modo en que se ejerce el poder público radicado en dicha institución.

Misma situación sucede en torno al principio de responsabilidad, en virtud del cual la FNE debe hacerse responsable, no sólo políticamente, sino que también administrativa y civilmente de los perjuicios que provoque mediante el ejercicio ilegítimo de las facultades que la ley le entrega.

Como parámetro de comparación, el Ministerio Público, titular de herramientas de investigación que poseen la potencialidad análoga de vulnerar los derechos de los particulares, se encuentra sujeto a un importante sistema de control institucional, el cual va desde el mecanismo de designación de sus autoridades

---

<sup>61</sup> Considerando 8° de resolución intermedia de fecha 13 de abril de 2006 dictada en proceso contencioso Rol C 77-2005. Transcrita en: AGÜERO Francisco y TORO Luis Eduardo, *Op cit.* p. 24

hasta la regulación de su responsabilidad política, administrativa y civil, que puede resultar en su remoción por eventual abuso de las potestades que la ley le ha entregado.

Con todo, una vez agotadas las diligencias de la investigación, la FNE deberá decidir sobre el resultado de la misma, disponiendo la interposición de un requerimiento cuando haya alcanzado la convicción de que se ha ejecutado o celebrado un hecho, acto o convención constitutivo de infracción al DL 211 o, de lo contrario, el archivo de los antecedentes cuando estime que no se ha comprobado el hecho, acto o convención investigado o la participación en el mismo de una o más personas.

Esta última decisión la FNE debe siempre comunicara la mayor brevedad posible a los afectados y al denunciante. Con todo, si la decisión de la agencia conllevara el ejercicio de una acción ante el TDLC, su comunicación a los afectados se hará judicialmente y sólo una vez puesta así en conocimiento de aquellos, puede ser comunicada al denunciante y demás intervinientes<sup>62</sup>.

## **2. Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico.-**

---

<sup>62</sup> Punto V numerales 34 y 45 de la Guía interna para el desarrollo de las investigaciones y para las actuaciones judiciales de la Fiscalía Nacional Económica.



Para dicho fin, la FNE se encuentra facultada para actuar ante el TDLC y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad.

Con todo, se encuentran exceptuadas las investigaciones criminales y causas de esa naturaleza<sup>63</sup>. No obstante, y siguiendo a VALDES al respecto, consideramos un error el que se haya prohibido que el FNE actúe ante los Tribunales con competencia penal, porque si bien es cierto que los ilícitos contenidos en el artículo 3° del DL 211 posee una naturaleza administrativa, aún existen delitos penales especiales conexos a la libre competencia (como los contemplados en los artículos 285 y 286 del Código Penal). En tales procesos penales debería la FNE estar habilitada para intervenir y aportar su experiencia y conocimiento en asuntos relativos a la libre competencia<sup>64</sup>.

**3. Otras facultades contempladas en las letras c), d), e), f), g), h) i), j) k) l), m) n) ñ) del DL 211 o en cuerpos legales especiales<sup>65</sup>.**

---

<sup>63</sup> Art. 39° letra b) D.L. 211

<sup>64</sup> VALDES Domingo, *Op. Cit*, pp. 3 y siguiente.

<sup>65</sup> Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 de la ley N° 18.525 que establece normas sobre la internación de mercaderías a nuestro país, el

### **3.3 EL DENUNCIANTE PARTICULAR.-**

En virtud de lo dispuesto por los artículos 18 y 20 inciso 2° del DL 211, no cabe la posibilidad de que cualquier particular dé inicio al procedimiento seguido ante el TDLC, ante la infracción de algunas de las normas contenidas en dicho cuerpo legal, sin adquirir la calidad de parte del respectivo procedimiento jurisdiccional al que se dé inicio<sup>66</sup>.

Esto, toda vez que el artículo 20 inciso 2° del DL 211 establece que el procedimiento –seguido ante el TDLC– puede iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía.

---

Fiscal Nacional Económico, preside la Comisión Nacional Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones de Precios de las Mercaderías Importadas y, según lo dispuesto en el artículo 26 del D.F.L N° 30/2004 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ordenanza de Aduanas, el Fiscal Nacional Económico integra la Junta Nacional de Aduanas, tribunal de segunda instancia que conoce de las reclamaciones que se interpongan en contra del Director Nacional de Aduanas por sus resoluciones de carácter administrativo que denieguen el trámite de una destinación aduanera.

<sup>66</sup> Con ocasión de la interposición de una denuncia por parte de la Asociación Chilena de Servicios de Carga y Logística A.G. ante el TDLC, con fecha 13 de julio del año 2004, este desestimó proseguir con el procedimiento contencioso contemplado en el D.L. 211 toda vez que –al tenor de lo establecido por el entonces Art. 17 E (de similar formulación, en lo pertinente, que el actual Art. 20)– *este Tribunal no tiene facultades para investigar de oficio.*

No obstante, y de acuerdo a lo señalado por el artículo 41 del DL 211, cualquier particular se encuentra facultado para denunciar ante la FNE hechos que en su concepto revistan características de infracción a la libre competencia.

En este contexto, la denuncia puede efectuarla cualquier persona, comunicando el conocimiento que tuviere de la ejecución o celebración de un hecho, acto o convención que revistiere caracteres de infracción de forma directa a la FNE, y, en regiones diversas de la Metropolitana, en las Intendencias, Gobernaciones y Direcciones Regionales del SERNAC<sup>67</sup>.

La denuncia puede efectuarse por cualquier medio, teniendo como único requisito el señalar la identificación del denunciante, su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, acto o convención que atente contra la libre competencia, la designación de quienes lo hubieren ejecutado o celebrado y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieran noticia de él. En el caso de la denuncia verbal, la FNE debe levantar un registro con el contenido de esta, en presencia del denunciante<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Punto IV numeral 14 de la Guía interna para el desarrollo de las investigaciones y para las actuaciones judiciales de la Fiscalía Nacional Económica.

<sup>68</sup> Art. 40 D.L. 211 complementado con el Punto IV numeral 15 de la Guía interna para el desarrollo de las investigaciones y para las actuaciones judiciales de la Fiscalía Nacional Económica.

Luego de recibida, la denuncia es objeto de un examen de admisibilidad a fin de verificar que los hechos, actos o convenciones denunciados sean efectivamente constitutivos de infracciones al DL 211. De lo contrario, la denuncia será declarada inadmisibile.

Asimismo, la FNE declarará inadmisibles aquellas denuncias en que la eventual responsabilidad se encuentre prescrita y aquellas denuncias en las que no aparezcan antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos señalados en ellas.

Con todo, la declaración de inadmisibilidad es puesta en conocimiento del denunciante<sup>69</sup> a fin de que haga uso de los recursos legales que, en virtud de la calidad de *acto administrativo* que posee la declaración de inadmisibilidad posee, estime pertinente.

Asimismo, la FNE posee la atribución de solicitar, dentro del plazo de 60 días de recibida la denuncia, tanto antecedentes a particulares como también llamar a declarar a cualquier persona que pudiese tener conocimiento del hecho denunciado. La entrega de antecedentes y la prestación de declaración señaladas previamente son siempre voluntarias, no pudiendo ejercer

---

<sup>69</sup> Punto IV numerales 16 y 17 de la Guía interna para el desarrollo de las investigaciones y para las actuaciones judiciales de la Fiscalía Nacional Económica.

apercibimiento alguno respecto de dichas personas mientras no se haya iniciado formalmente una investigación<sup>70</sup>.

Una vez iniciada formalmente la investigación, se adquiere la calidad de *afectado* por una investigación de la FNE, calidad que analizaremos más adelante.

Con todo, el denunciante ante la Fiscalía Nacional Económica posee, en cualquier momento del procedimiento, el derecho de aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que sean conducentes a apoyar la denuncia interpuesta ante la agencia<sup>71</sup>.

### **3.4 EL DEMANDANTE PARTICULAR.-**

De acuerdo a lo señalado por el artículo 20 inciso 2° del DL 211 en procedimiento ante el TDLC puede iniciarse –sin perjuicio de las facultades entregadas por el ordenamiento jurídico a la FNE– por la demanda que un particular interpone en contra de una o más personas –naturales o jurídicas, de Derecho Público o Privado– por la comisión de hechos o actos o la celebración

---

<sup>70</sup> Art. 41 D.L. 211

<sup>71</sup> Arts. 10 y 17 f) Ley 19.880 de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.

de convenciones que atenten contra la libre competencia dentro del mercado en donde el primero es un competidor –actual o potencial.

Dicha demanda, posee idénticas características que aquellas presentadas dentro del marco de un procedimiento ordinario civil y, por expreso mandato del artículo 20 del DL 211 debe contener los requisitos y respetar las formalidades que el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil le impone a cualquier presentación de naturaleza análoga.

Adicionalmente, la demanda debe contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían el DL 211 e indicar el o los mercados en que incidiría la presunta infracción.

En el evento que la demanda no contenga las indicaciones señaladas previamente, el TDLC –previo a proveerla derechamente– dará un plazo de tres días hábiles para que el demandante subsane las omisiones que en concepto del tribunal incurre el escrito. Vencido el plazo anterior sin haber sido subsanadas las omisiones, el TDLC se encuentra facultado para no admitir la demanda a tramitación, mediante resolución fundada.

Admitida la demanda a tramitación, el TDLC pone en conocimiento de ella a la FNE –quien posee la más completa libertad para hacerse parte en el proceso

requiriendo de forma directa o no– y de aquellas personas que se ven afectadas por ellas. Esto, para que dentro del plazo de quince días hábiles o el término mayor que el tribunal les señale –que no puede exceder de 30 días–, contesten la demanda y controviertan los hechos y fundamentos señalados en ella, haciendo valer los argumentos que estimen pertinentes.

Vencido el plazo señalado precedentemente, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 del DL 211, sea que se hubiere evacuado o no traslado otorgado por el TDLC a los interesados, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación. De no considerarlo pertinente o habiendo fracasado dicho trámite, recibirá la causa a prueba por un término fatal y común de 20 días hábiles.

Con todo, acordada una conciliación entre las partes intervinientes en el proceso, el Tribunal se deberá pronunciar sobre ella a fin de darle su aprobación, siempre y cuando los términos contenidos en ella no atenten contra la libre competencia.

### **3.5. AFECTADO POR UNA INVESTIGACIÓN SEGUIDA POR INFRACCIÓN AL D.L. 211.-**

Según lo señalado por el artículo 3° del DL 211, 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 que la misma ley señala. El sujeto señalado por la ley no requiere de la concurrencia de ninguna calificación especial para reflejarse en el tipo establecido por ésta. Así, como lo señala VALDES, *dicha fórmula comprende a toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, sea que obre personalmente, a través de órganos, mandatarios o agentes oficiosos, ya sea que se trate de un simple particular, de una persona pública no comportándose como autoridad sino como competidor, de una autoridad privada o de una autoridad pública en ejercicio de potestades normativas infralegales*<sup>72</sup>.

En consecuencia, cualquiera puede ser objeto de investigación por atentar en contra de la libre competencia, y por lo tanto, verse afectado por la serie de medidas y herramientas con las que cuenta la FNE para la investigación de dichos atentados.

Dicha calidad, en nuestro concepto, se adquiere al momento en que el particular es informado de que se ha instruido una investigación sobre presuntos hechos o conductas anticompetitivos dentro de un determinado mercado.

---

<sup>72</sup> VALDES Domingo, "Libre Competencia y Monopolio", Santiago, Editorial Jurídica, 2007, pp. 251.



Esto, toda vez que a partir de dicho momento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del DL 211, la FNE posee la facultad de apercibir a los particulares investigados ante la renuencia de estos para aportar antecedentes o prestar declaraciones. Con anterioridad, la prerrogativa de aportar o no antecedentes o prestar declaraciones ante la Fiscalía Nacional Económica, es siempre voluntaria.

Por ello es que, comunicado que sea el inicio de una proceso de investigación, y en virtud que sólo a partir de dicho momento los particulares se encuentran jurídicamente vinculados con el proceso indagatorio, es que estos cuentan con la posibilidad de ejercer de manera amplia la facultad de intervenir en el procedimiento investigativo que se dirige en su contra, para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión de la FNE o de cualquier circunstancia que la desvirtúe o atenúe.

En este sentido, el artículo 17 de la Ley 19.880 –aplicable de forma íntegra a los procedimientos de investigación llevados a cabo por parte de la FNE, como ya se señaló– señala con toda claridad que los particulares poseen en todo momento a:

- a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la

condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa<sup>73</sup>;

b) Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos;

c) Eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración;

d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley;

e) Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el

---

<sup>73</sup> Esto, sin perjuicio de la facultad que posee la FNE de declarar la reserva –de oficio o a solicitud de parte interesada– de todo o parte del contenido de la carpeta investigativas. En este sentido, el art. 39 letra a) incisos 2º y 3º del DL 211 señalan que la FNE, con conocimiento del Presidente del TDLC, podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas. Asimismo, podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía.

ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales;

f) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución;

g) Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente;

h) Obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, e

i) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.

Con todo, creemos que los derechos más relevantes que poseen los afectados por un proceso de investigación seguido ante la FNE son aquellos que dicen relación con la posibilidad que estos poseen de *conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados* y, en dicha calidad, *formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento* los que, por expreso mandato legal, *deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente*<sup>74</sup>.

Dichos derechos, en nuestro concepto, y al igual que lo entiende la doctrina procesal penal, comprenden no sólo el derecho que posee el afectado a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes en que se fundan, a objeto de ejercer adecuadamente sus derechos a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa, sino que además comprende el derecho a controlar, valorar y controvertir la prueba de cargo y a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la acusación<sup>75</sup>, tarea que comienza incluso antes del conocimiento de los hechos por parte del órgano jurisdiccional.

Es por esto que preferimos el uso de la expresión “afectado” por una investigación de la FNE en vez del vocablo “requerido”, por cuanto entendemos

---

<sup>74</sup> Arts. 17 letras a) y f) Ley 19.880.

<sup>75</sup> HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, *Op cit.* pp. 226 y ss.

que la posibilidad de defensa del sujeto sometido a escrutinio comienza con anterioridad al momento del requerimiento judicial hecho ante el TDLC.

Ésta comienza junto con las posibilidad por parte del órgano persecutor de ejercer medidas y facultades que signifiquen una vulneración, aún cuando legítimas, de sus derechos<sup>76</sup> y respecto de las cuales los afectados han de tener la posibilidad de controlar su ejercicio ilegítimo o abusivo.

---

<sup>76</sup> Ejemplo de esto, es la posibilidad de solicitar, por parte de la FNE la aplicación de las facultades contempladas en Art. 39 letra n) del D.L 211, no siendo requisito para ello el previo requerimiento imputando cargos al afectado por una investigación ante el TDLC.

## **CAPITULO II: EL ILICITO ANTICOMPETITIVO DE COLUSIÓN**

### **1. CONCEPTO DE COLUSIÓN.-**

La colusión es una práctica en la que ciertos agentes económicos – competidores de un determinado mercado– acuerdan, de manera ilegítima, subir precios, repartirse el mercado, bloquear el ingreso de nuevos competidores y/o afectar el resultado de procesos licitatorios<sup>77</sup>. Asimismo, dichos agentes, en virtud del acuerdo, pueden perseguir entorpecer la innovación o la introducción de nuevas y más competitivas tecnologías dentro de un determinado mercado.

Dada dicha amplitud de objetivos es que, en términos generales, se sostiene que, sin perjuicio de hacer esta práctica referencia a un actuar coordinado entre agentes competidores de un determinado mercado, *resulta complejo ir más allá de éste intento de definición más bien general, pues se trata de un fenómeno amplio que puede adoptar las más variadas formas*<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> TAPIA Javier, "Carácter Anticompetitivo de los acuerdos restrictivos de la competencia en el sector retail". En: MONTT, Paulo y NEHME, Nicole (eds.), "Libre Competencia y Retail", Legal Publishig, Santiago, 2010. p. 121.

<sup>78</sup> *Ibíd.*

Sin perjuicio de esto, y más allá de la dificultad práctica que envuelve definir un ilícito que posee tan variadas manifestaciones, para parte de la doctrina nacional el término colusión denota un *acuerdo entre dos personas destinado a perjudicar a un tercero. En el ámbito de la libre competencia, semejante acuerdo está destinado a conculcar este bien jurídico, por la vía de que se lesione o bien se le coloque en riesgo y sea que ello entrañe un perjuicio civil concreto o no*<sup>79/80</sup>.

En nuestro sistema, el artículo 3º letra a) del D.L. 211 define lo que se entiende por colusión, sin perjuicio de que ciertas prácticas colusorias “residuales” –que no encuentren lugar en la descripción realizada por la mencionada norma legal– pueden encuadrarse dentro de la tipificación realizada por el inciso primero del artículo 3º del DL 211

---

<sup>79</sup> VALDES Domingo, *Op. Cit.*, pp. 516 y 517.

<sup>80</sup> En relación con la tipificación legal de la colusión, agrega dicho autor que “[...] el concepto legal de colusión no cubre completamente el concepto económico, que sí incluye hipótesis de coordinación tácita en situaciones de interdependencia estratégica en mercados oligopólicos. En gran medida, este problema proviene del apego de las legislaciones al concepto de “acuerdo”. En líneas generales, no obstante la interpretación amplia que se le ha dado, referirse a acuerdos tiene escaso sentido en un contexto de comportamiento estratégico entre firmas rivales, lo que produce que el derecho de la competencia está en una posición “incómoda” para enfrentar estos mercados [...]” En: TAPIA Javier, *Op. Cit.*, p. 163.

Con todo, la mencionada letra a) del artículo 3º señala que colusión es todo acuerdo, expreso o tácito entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado.

Asimismo, dichos acuerdos deben consistir 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<sup>81</sup>.

De dicha definición legal, se sigue que, tal como lo hace la doctrina, la distinción más común que se hace dentro de este tipo de ilícito, depende principalmente de la forma que tome este tipo de coordinación.

Así, se distingue tradicionalmente entre lo que se conoce como **hardcore cartel**, colusión explícita o expresa, en donde las firmas participantes acuerdan explícitamente restringir la competencia a través de la fijación de precios, la restricción de la producción del bien de que se trate, el reparto geográfico del mercado relevante o la coordinación de ofertas en licitaciones y subastas, y entre lo que se conoce como **softcore cartel** o colusión tácita, situación en que los agentes económicos, como resultado de su interacción en el mercado, se

---

<sup>81</sup> Art. 3 letra a) D.L. 211



coordinan en forma tácita y pueden obtener resultados semejantes a los de la colusión explícita<sup>82</sup>.

Sin embargo, no existe desde el punto de vista económico, diferencia entre los efectos de la colusión tácita y expresa. Al decir de TAPIA, ambos casos llevan a un incremento de los precios y producen ineficiencias distributivas y/o productivas. No obstante, legalmente las jurisdicciones tienden a diferenciar el tratamiento de ambas, privilegiando la autoridad en materia de competencia el combate de carteles y acuerdos explícitos entre competidores<sup>83</sup>.

Por ello, de un tiempo a esta parte, si bien la FNE ha focalizado sus actuaciones en la detección, investigación y persecución de las conductas colusorias, esto no se ha traducido en un aumento en el número de condenas por este ilícito. Creemos que esto se debe a la reticencia que ha existido dentro de nuestro sistema a la utilización y/o ponderación de evidencia indirecta que dé cuenta de un acuerdo entre los agentes imputados y a los elevados estándares de convicción exigidos por los tribunales<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> OECD, "Reports: Hard Corte Cartel", disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012]

<sup>83</sup> TAPIA Javier, *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>84</sup> En este sentido, ROMERO Juan José, "Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?", Disponible en [http://www.lcuc.cl/?page\\_id=708](http://www.lcuc.cl/?page_id=708), Santiago, 2007 [fecha de última consulta: 17 de julio 2012]

## **2. FACTORES QUE FACILITAN LA COLUSIÓN<sup>85</sup>.-**

Doctrinariamente se señala que los factores que facilitan y sostienen la colusión de agentes competidores dentro de un determinado mercado están determinados por una serie de factores, todos los cuales, analizados en conjunto, pueden ser indicativos –o, como se verá más adelante, aportar indicios– de la existencia de acuerdos colusivos en un determinado mercado.

Dichos factores deben necesariamente ser detectados, al decir de MOTTA, toda vez que de dicha manera las autoridades de competencia de las diversas jurisdicciones pueden –a través de intervenciones estructurales de los mercados– eliminarlas, en aquellos casos que dicha eliminación sea posible y, asimismo, evaluar si una determinada industria es más proclive o no a generar resultados colusivos<sup>86</sup>.

De acuerdo a la categorización que dicho autor realiza, los factores que facilitan la colusión pueden clasificarse en tres grandes grupos.

---

<sup>85</sup> En este acápite, seguimos MOTTA, quien desarrolla en detalle los factores mencionados en: MOTTA Massimo, "Competition Policy. Theory and Practice", Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 142 y ss.

<sup>86</sup> *Ibíd.*

El **primero**, agrupa a aquellos factores estructurales existentes en los mercados que propenden a la generación o mantenimiento de acuerdos colusivos. Entre dichos factores MOTTA señala:

- La concentración del mercado de que se trate. A mayor grado de concentración, agrega, mayores los incentivos que tendrán las empresas incumbentes a generar acuerdos colusivos.
- La existencia de barreras de entrada a dicho mercado (mientras más altas, más incentivos colusorios tendrían los agentes incumbentes).
- La propiedad cruzada de las compañías existentes en el mercado de que se trate.
- Un elevado poder de compra de los incumbentes de un determinado mercado.
- La comercialización de productos homogéneos en un determinado mercado.
- El contactos multi-mercados entre los agentes incumbentes de dichos mercados<sup>87</sup>.

El **segundo** grupo donde MOTTA agrupa dichos factores, dice relación con aquel en donde el autor enfatiza el rol que juega el monitoreo de precios y

---

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p. 143.

cantidades de bienes ofrecidas por los competidores en un determinado mercado, como factores que no sólo facilitan la colusión, sino que además, permiten su mantención.

En este sentido, MOTTA señala la transparencia de precios existente en un determinado mercado y las posibilidades de que los agentes incumbentes en él intercambien información de ellos no sólo crea incentivos para coludirse, sino que, además, facilita la coordinación entre firmas que pretenden un resultado común particular.

Finalmente, el **tercer** grupo de factores, es aquel en donde se incluye la imposición de cláusulas contractuales que facilitan la coordinación entre distintos agentes que se encuentran en distintos niveles de la cadena productiva. Así, acá se incluyen todas aquellas cláusulas que dicen relación con la imposición –por vía contractual– de reglas de fijación de precios entre proveedores y distribuidores, como lo son, por ejemplo, las cláusulas conocidas como *Meeting Competition Clause*<sup>88</sup> –que facilita la colusión ayudando a los agentes a obtener información de sus competidores, desincentivando con esto

---

<sup>88</sup> Cláusula en virtud de la cual una empresa proveedora de un bien o servicio pacta con otra que le sirve de distribuidora una opción para mantener el negocio con ésta última mediante el cumplimiento o equiparamiento de cualquier oferta que ésta posea de alguna empresa competidora de la primera.

la desviación de un eventual acuerdo— o *Resale Price Maintenance Clause*<sup>89</sup> —la que facilita la colusión al darle estabilidad a eventuales acuerdos, eliminando la variación de precios en la venta al detalle<sup>90/91</sup>.

### **3. OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LA COLUSIÓN Y FACTORES LA SOSTIENEN.-**

Actuando de forma concertada, las firmas pueden obtener beneficios por sobre lo que obtendrían en un escenario de competencia, pues los mayores precios fijados por el cartel les permitirían percibir mayores ingresos.

No obstante, si bien a las empresas les resulta beneficioso establecer acuerdos colusorios, estos suelen ser inestables, ya que si una firma prevé que se dará cumplimiento al acuerdo, tendrá el incentivo para desviarse unilateralmente del mismo, ofreciendo precios menores a los acordados. Esto, con el objetivo de

---

<sup>89</sup> Cláusula en virtud de la cual una empresa proveedora de un bien o servicio acuerda con sus distribuidores que estos últimos comercialicen sus productos a un precio determinado (precio de reventa), igual o superior a un precio mínimo (de mantenimiento de precios mínimos de reventa) o por debajo de un precio máximo (precio máximo de reventa de mantenimiento). Si un distribuidor se niega a mantener los precios, ya sea abierta o encubiertamente el proveedor se reserva la facultad para terminar el contrato de provisión entre ambos con el distribuidor que se aleja del pacto.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 156.

<sup>91</sup> Una sistematización adicional de aquellos factores que facilitan la coordinación ilegítima de competidores la encontramos en: TAPIA Javier, *Op. Cit.*, pp. 131 y ss.

capturar una mayor parte del mercado y así obtener ganancias superiores a las que les reportaría respetar el acuerdo. Si cada firma utilizara el mismo razonamiento, la colusión no debería llegar a materializarse de no establecerse mecanismos, al interior de ella, para garantizar que cada miembro cumpla lo acordado<sup>92</sup>.

De lo anterior, se desprende que la sostenibilidad del cartel se basa en la existencia de la amenaza creíble de un castigo severo que elimine el incentivo a traicionar<sup>93</sup>.

Al respecto, STIGLER determinó que para que el castigo sea efectivo deben cumplirse las siguientes condiciones<sup>94</sup>:

- Las firmas miembros deben tener la capacidad de monitorear el comportamiento de los otros miembros e identificar cuando estos hayan faltado al acuerdo, ya sea a través de una modificación de precios o de las cantidades producidas, pues esto aumenta las probabilidades de que los traidores reciban el castigo al desviarse.

---

<sup>92</sup> ECHEVERRIA Elisa, "Estrategias para detectar colusión: lecciones para el caso chileno", Memoria conducente para obtener el grado de magíster en gestión y políticas públicas, Universidad de Chile, Departamento de Ingeniería Industrial, Santiago, 2007, pp. 5 y ss.

<sup>93</sup> GONZALEZ Aldo, "Prácticas colusivas", *Op. Cit.* p. 144

<sup>94</sup> Citado por ECHEVERRIA Elisa, *Op. Cit.*, pp. 7 y 8.

- Los miembros del cartel deben tener la capacidad de detectar las desviaciones con rapidez, para que las firmas que se desvíen unilateralmente no puedan disfrutar de los beneficios de traicionar por un periodo prolongado.
- El castigo debe ser lo suficientemente severo como para que los beneficios de traicionar se reduzcan, y junto con ellos, los incentivos a desviarse del acuerdo

#### **4. ELEMENTOS DE LA COLUSION.-**

Tal como se señalara con anterioridad, no obstante que para parte de la doctrina, la colusión –como ilícito anticompetitivo– resulta compleja de definir<sup>95</sup>, dada la multiplicidad de formas que puede adoptar, esta ha sido tradicionalmente conceptualizada como aquella práctica en la que ciertos agentes económicos –competidores de un determinado mercado– acuerdan, de manera ilegítima, subir precios, repartirse el mercado, bloquear el ingreso de nuevos competidores y/o afectar el resultado de procesos licitatorios.

---

<sup>95</sup> TAPIA Javier, *Op. Cit.*, p. 121

Con dicho concepto como base, la doctrina ha señalado los elementos que necesariamente han de acreditarse a fin de probar la existencia del ilícito de colusión, los que, según la esquematización que nos plantea VALDES son: **a)** la existencia de determinados sujetos activos; **b)** la existencia de una convención cuya finalidad sea disciplinar o regular una determinada fase productiva de un mercado relevante; **c)** un resultado de riesgo o lesión de la libre competencia provocado por una convención colusoria; **d)** la presencia de elementos subjetivos, tales como la imputabilidad e intencionalidad<sup>96</sup>.

Con todo, y sin perjuicio de que dicha esquematización presenta una evidente utilidad teórica y práctica, en el actuar cotidiano ante los órganos que intervienen en materia de libre competencia, lo que debe acreditarse en concreto es una multiplicidad de hechos, prácticas o comportamientos, tales como la participación de mercado de los agentes involucrados en el ilícito, o los objetivos pretendidos por estos y su impacto en la libre competencia del respectivo mercado relevante, a efectos de probar la comisión del ilícito anticompetitivo de colusión.

Por ello, estimamos que, a efectos de ilustrar los elementos que han de ser acreditados ante el órgano jurisdiccional respectivo, presenta mayor utilidad

---

<sup>96</sup> VALDES Domingo, "Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales", *Op. Cit.* pp. 83 y ss.



práctica atender a los criterios que el propio TDLC ha señalado. En dicho sentido, conviene tener presente que, al respecto, el tribunal ha señalado de manera reciente:

“Que de la lectura de dicha norma [el artículo 3 letra a) del DL 211] y según doctrina reiterada de este Tribunal, los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado”<sup>97</sup>.

Dado ello, es posible sostener que, a efectos de acreditar la comisión de colusión en sede jurisdiccional, es necesario acreditar ante el TDLC: **a)** el acuerdo colusivo; **b)** el objeto de acuerdo, el cual debe ser restringir, afectar o eliminar la competencia en un determinado mercado (o a lo menos que tienda a

---

<sup>97</sup> TDLC, Sentencia N° 112, Santiago, 2011, Considerando 66°, p. 42.

producir tales efectos)<sup>98</sup>; y, **c)** la aptitud del acuerdo para conferir poder de mercado suficiente para producir los efectos señalados<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Al respecto la Corte Suprema ha señalado recientemente que no es necesario que se produzcan los efectos contemplados por la norma a efectos de sancionar por prácticas colusivas. Así, el máximo tribunal señaló: *Que de otro lado, el artículo tercero del Decreto Ley 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionadas en el considerando tercero en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta de autos no produjeron efectos.* En: Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1746-2010, 29 de diciembre de 2010, Santiago, Considerando 8°, p. 5

<sup>99</sup> TDLC, Sentencia N° 112, Santiago, 2011, Considerando 66°, p. 42.

## **CAPITULO III: PRUEBA Y LIBRE COMPETENCIA**

### **1. LA PRUEBA DE LA COLUSIÓN EN EL DECRETO LEY**

#### **211.-**

#### **1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-**

Todo proceso jurisdiccional tiene por objeto darle término a un conflicto determinado a través de la emisión de un juicio de autoridad que le dé efectiva y pronta solución. Esto, en palabras de COLOMBO, conlleva que el proceso jurisdiccional se encuentre destinado a resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica, a través de una sentencia o mediante el uso de sus equivalentes legitimados<sup>100</sup>.

Para ello, la prueba de los hechos que sustentan las pretensiones de las partes se hace fundamental. El derecho, como ordenamiento de las relaciones de los individuos entre sí, se refiere a hechos y acontecimientos respecto de los cuales su materialización sólo se imagina por parte del órgano jurisdiccional y, por ello, requieren de constatación o prueba.

---

<sup>100</sup> COLOMBO Juan, "El debido proceso constitucional", Santiago, 2003, p. 157. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012]

La importancia de la prueba radica entonces en dar eficacia a los derechos materiales detentados por los particulares, constituyendo un adecuado instrumento a través del cual el juez, dentro del marco de un procedimiento, entra en contacto con una realidad extraprocesal.

Por ello, su finalidad última radica en ser un mecanismo que coadyuve a la formación del convencimiento o certeza subjetiva del juez acerca de los hechos materia del proceso<sup>101</sup>. De ahí que se sostenga que los *medios de prueba son un medio por medio del cual las partes verifican ante el órgano jurisdiccional las proposiciones de hecho que estas han formulado en el juicio*<sup>102</sup>.

Doctrinariamente se ha definido prueba como *el conjunto de actos procesales que se realizan para los efectos de permitir al tribunal alcanzar la convicción acerca de la existencia de ciertos hechos necesarios para la solución de un conflicto*<sup>103</sup>. En sede de libre competencia, dichos actos procesales se verifican ante el TDLC quien los pondera con el objeto de arribar a una determinada decisión.

---

<sup>101</sup> DOHRING Eric, "La prueba. Su práctica y apreciación", Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1989, pp. 1 y 2.

<sup>102</sup> HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, "Derecho Procesal Penal Chileno", Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, 2003, p. 131.

<sup>103</sup> MATURANA Cristian, "Separata de clases: Teoría General de la Prueba", Santiago, 2002, p. 11.

No obstante, en sede de libre competencia, cuando nos referimos a la prueba de los hechos que configuran la comisión de un acuerdo colusivo entre competidores, constatamos que esta posee múltiples dificultades.

La principal, viene dada por la dificultad que posee la agencia para probar el acuerdo colusivo cuando este es tácito o se está en presencia de lo que se denomina como práctica concertada –en virtud de la cual se evidencia un *entendimiento cooperativo o de coordinación entre firmas competidoras dirigido a reducir la rivalidad existente o potencial entre ellas*<sup>104</sup>– toda vez que no se cuenta con evidencia conclusiva y/o concluyente para acreditar los elementos constitutivos de este tipo de infracciones a la libre competencia – fundamentalmente el acuerdo– ante el órgano jurisdiccional<sup>105</sup>.

A dicha dificultad debemos agregar una de orden material. Con anterioridad a la reforma introducida por la ley N° 20.361, uno de los principales mecanismos

---

<sup>104</sup> GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, "Informe en Derecho: Prueba de la Colusión", Santiago, 2011, p. 42. Disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1829&GUID> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012].

<sup>105</sup> Como lo señalan GRUNBERG y MONTT, en los casos clásicos de colusión que son llevados ante los tribunales de justicia no hay "pistolas calientes" (*smoking guns*) o "salas llenas de humo" (*smoke-filled rooms*) sino un complejo conjunto de indicios que el sentenciador debe sopesar para concluir si la hipótesis de colusión es más probable que la hipótesis de paralelismo en los términos exigidos por el estándar de prueba aplicable. En: *ídem.*, p. 54.

con que contaba la Fiscalía Nacional Económica a la hora de acreditar la existencia de un acuerdo colusivo era recurrir a aquella evidencia circunstancial o indirecta, es decir, aquella que emplea el comportamiento de los agentes del mercado a fin de justificar un determinado resultado que sólo se explicaría por un actuar anticompetitivo. En este último término, la prueba indiciaria le era útil a la FNE si ayudaba a *excluir la posibilidad de acción independiente de parte de los demandados* en el mercado relevante de que se trate<sup>106</sup>.

En contraposición, la evidencia dura corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones y correos electrónicos, entre otras, las que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para atentar contra la libre competencia (por ejemplo, acordar precios o repartirse el mercado).

Con todo, los tribunales que intervienen en materias de libre competencia tienden a conceder mayor poder probatorio a las evidencias materiales que a las circunstanciales o indiciarias<sup>107</sup>. Esto, por cuanto las primeras despejan de manera más eficaz todas aquellas dudas que se tienen respecto de la

---

<sup>106</sup> Monsanto Co. V. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752,768 (1984), citado en: GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 72.

<sup>107</sup> Esto reviste especial importancia, si consideramos que el tribunal llamado a revisar las decisiones del TDLC no obedece a la misma composición mixta que posee el tribunal antimonopolios. Con esto, pierde fuerza o sustento la argumentación indiciaria basada en la teoría económica al momento de dejar a firme una decisión del tribunal.

existencia de un comportamiento anticompetitivo, mientras que con las segundas siempre queda lugar a dudas sobre que la conducta supuestamente ilegítima se deba a un comportamiento legítimo.

Adicionalmente, se sostiene que la evidencia “dura”, por su parte, no adolece de dicho problema de ambigüedad en la interpretación<sup>108</sup>, lo cual facilita el peso o valor persuasivo que posee, de cara al órgano jurisdiccional.

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado, a propósito de la revisión de una sentencia del TDLC, que *los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible luego deducir otros. En este caso no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente. La sentencia lo concluye del único hecho acreditado, cual es, que en las primeras etapas de la licitación las empresas de autos ofrecieron precios muy superiores al precio que cobraban a los hospitales antes de dicho proceso, y por cierto mayor que el precio de referencia, que fue por el que finalmente se adjudicaron los contratos, agregando que, a juicio de los sentenciadores, no existe justificación económica para la falta de competencia en dicha etapa. Comienza entonces un análisis de*

---

<sup>108</sup> Al respecto, la OECD en su documento “Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement” señala que la evidencia circunstancial, especialmente la evidencia económica, puede ser ambigua. Esta debe ser correctamente interpretada por los investigadores, las agencias de competencia y los tribunales. Importantemente, la evidencia circunstancial puede ser, y a menudo lo es, usada junto a evidencia directa.

*las distintas hipótesis posibles, y concluye que la más plausible es la teoría de la colusión, lo que por cierto es del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia [...] <sup>109</sup>.*

Lo anterior, nos lleva a preguntarnos como han de desplegarse los esfuerzos probatorios de los intervinientes en un proceso seguido por colusión, y cuál es el estándar mínimo de convencimiento a que deberán llegar los sentenciadores a fin de que la prueba aportada al proceso sea eficaz y suficiente para dar por acreditado el acuerdo y sus efectos, prohibidos por nuestra legislación.

## **1.2            ESTÁNDAR DE PRUEBA DE LA COLUSIÓN EN EL DECRETO LEY 211.-**

El respeto al debido proceso, institución de origen y desarrollo anglosajón, encuentra su desarrollo en nuestro sistema a partir del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República (CPR), supone, en materia probatoria, el aseguramiento y tutela del derecho que le asiste a los particulares a contar con un adecuado mecanismo que les permita un eficaz y expedito procedimiento de rendición de prueba, contemplando, asimismo, la igualdad de tratamiento de las partes dentro de él, un adecuado sistema de contradicción de la misma y

---

<sup>109</sup> Considerando N° 13 de la Sentencia N° 5057- 2006 que revoca la Sentencia N° 43-2006 del TDLC.



asegurando el acceso a un recurso eficaz que permita impugnar las sentencias que no emanen de un debido proceso<sup>110</sup>.

No obstante, el principio más importante que debe cautelar todo sistema probatorio es el principio de presunción de inocencia, a partir del cual ninguna persona puede ser considerada culpable de infracción alguna mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

En éste sentido, se señala que el respeto al principio de presunción de inocencia posee dos consecuencias importantes<sup>111</sup>:

- a)** En primer término, como regla de tratamiento del imputado por una infracción, impone la obligación de proporcionarle trato de inocente hasta su efectiva condena.
- b)** En segundo término, como regla de enjuiciamiento, impone la carga de la prueba de los hechos imputados al Estado, lo que significa que si éste no

---

<sup>110</sup> Al respecto, y atendido que el recurso de reclamación constituye el único recurso ante un superior jerárquico que se contempla en el procedimiento, debiera contemplarse la posibilidad de interponerlo sustentado en vicios de tramitación que vulneren el debido proceso, siempre y cuando la vulneración de dichas garantías hayan afectado en lo resolutivo de la sentencia, toda vez que representaría un mecanismo eficaz de control de la convicción de los jueces tutelares de la libre competencia.

<sup>111</sup> HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, *Op. Cit.*, p. 154.

logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga es su absolución.

Por esto, dada la importancia que significa la determinación del estándar y su relación con el principio de inocencia, previo al análisis de la regulación que se hace de la prueba en el DL 211, conviene analizar los distintos estándares que se observan doctrinariamente a fin de determinar el grado de convicción necesario para arribar a una determinada conclusión por parte del órgano jurisdiccional.

Nos estamos refiriendo a lo que se denomina por parte de la doctrina como estándar formal de prueba o *standard of proof*, según su denominación anglosajona, y que está íntimamente vinculado con el nivel de prueba requerido por el tribunal para lograr su convencimiento de que una determinada proposición es verdadera. De ahí que su adecuada determinación nos permitirá con posterioridad resolver con un mayor grado de precisión el grado de esfuerzo necesario a desplegar frente al TDLC, a fin de lograr su convencimiento.

Sobre el particular es posible distinguir tres tipos de estándares, los cuales constituyen criterios utilizados tanto en Estados Unidos como en la Comunidad

Europea no sólo en materias relativas a la libre competencia, sino que en materias probatorias en general<sup>112</sup>.

- a) El primero de ellos, es el criterio basado en el balance de las probabilidades, que corresponde al estándar conocido como *preponderance of the evidence* en EE.UU. y es el estándar usualmente exigido en material civil a efectos de determinar la convicción necesaria para decidir en uno u otro sentido.

De su aplicación resulta que los atentados a la libre competencia se encontrarían acreditados si la evidencia desplegada indicara que es más probable que el atentado al bien jurídico tutelado haya sucedido a que no haya ocurrido, sobre la base de un argumento más convincente. En otras palabras, el estándar se entiende satisfecho si hay una probabilidad de más de un 50% de que la afirmación de la lesión sea verdadera.

- b) El segundo de ellos, es aquel criterio basado en la obligación de ir más allá de toda duda razonable –*beyond a reasonable doubt*– y es aquel exigido típicamente en la esfera penal por cuanto contiene una exigencia mayor en el grado de convicción que la que opera en materia civil.

---

<sup>112</sup> Al respecto, véase ROMERO Juan José, *Op. Cit.*; y, GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 33.

Ello, por cuanto en palabras de ALLEN, *el objetivo de un juicio criminal no es elegir entre las historias de las partes. Antes bien, es determinar si la única explicación plausible del evento en cuestión es o no que el acusado es culpable en los términos en que ha sido acusado*<sup>113</sup>. Por ello el grado de seguridad en la convicción que deben tener los jueces para condenar a un individuo debe ser tal, que sólo es superado por el estándar exigido por la legislación de los Estados Unidos a efectos de dar aplicación a la pena de muerte, en aquellos estados de la unión en donde aún es aplicada<sup>114</sup>.

- c) Finalmente, existe un criterio que viene a moderar los dos anteriormente señalados. Este es el caracterizado por la existencia de una evidencia clara y convincente –*clear and convincing evidence*– de que una determinada proposición es verdadera y, para satisfacerlo, no basta que hayan más probabilidades de que exista una lesión al bien jurídico protegido a que no las hayan de acuerdo a la evidencia desplegada y a la apreciación de la misma. Lo exigido en este caso es que exista una

---

<sup>113</sup> ALLEN Roland, "A reconceptualization of civil trials", B.U.L Rev 66, 1986, pp. 401 – 436. Citado en: HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián, 2003, *Op. Cit.* p. 155.

<sup>114</sup> En este caso se habla del estándar denominado como *beyond a shadow of a doubt*, en virtud del cual no puede haber duda alguna (la convicción alcanzada por parte de los jueces debe ser absoluta) respecto de la culpabilidad del imputado por los cargos que se le condena.

evidencia bastante clara y convincente respecto a la veracidad de una determinada afirmación y no una mayor probabilidad de su ocurrencia.

Pues bien, en opinión de cierta parte de nuestra doctrina<sup>115</sup>, en virtud de la naturaleza administrativa de la sanción impuesta por el TDLC, en materia de colusión el estándar de apreciación de la prueba por parte de éste no debiera ser inferior al tercero de los estándares mencionados, esto es, que exista una evidencia clara y convincente.

Así, autores como ROMERO señalan *debe existir un estándar mayor que para casos puramente civiles en donde, por ejemplo, el tipo de sanción que pudiera estar involucrada es una de carácter básicamente compensatoria. Es decir, no basta, desde luego, con argüir que la tesis del TDLC es simplemente plausible (posible, pero no probable) [...] pero tampoco sería suficiente admitir que la tesis avalada por el TDLC es más probable que improbable de acuerdo a un balance de probabilidades (balance of probabilities). No debiera perderse de vista que lo que está en juego aquí es la imposición de una sanción reflejo de la acción punitiva del Estado. Ciertamente la infracción imputada no es aún una de carácter penal (como en otras jurisdicciones) lo que implicaría un estándar de prueba altísimo (beyond reasonable doubt). Sin embargo, y dada la naturaleza administrativa (y por ende, punitiva) de la sanción, la apreciación de la prueba*

---

<sup>115</sup> ROMERO Juan José, *Op. Cit.*, pp. 34 y 35.

*no debiera ser inferior al tercero de los estándares mencionados, esto es, que exista una evidencia clara y convincente (clear and convincing evidence)*<sup>116</sup>.

En este mismo sentido, GRUNBERG y MONTT señalan que *el estándar de prueba en Chile –para casos de colusión– es uno intermedio –entre el utilizado en esferas puramente civiles y el puramente penales– aunque más próximo a “más probable que no” que a “duda razonable”. Esto significa que la prueba existente en el expediente debe ser razonable y “concluyente” [...] en el sentido de que la hipótesis de colusión debe resultar más factible que la hipótesis de paralelismo consciente*<sup>117</sup>.

Mismo razonamiento se desprende de alguna jurisprudencia del TDLC<sup>118</sup>, el cual en forma reciente –y despejando gran parte de las dudas existentes al respecto– señaló<sup>119</sup>:

---

<sup>116</sup> *Ibíd.*

<sup>117</sup> GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 40.

<sup>118</sup> Al respecto, el TDLC ha señalado que (el destacado es nuestro) “ciertas explicaciones alternativas al comportamiento anticompetitivo presentada por las partes intervinientes, **no han sido justificadas con evidencia ni indicios suficientes** para desvirtuar la presencia del comportamiento anticompetitivo imputado por la FNE”. En: Considerando 88° de la sentencia N° 43-2006 del TDLC.

<sup>119</sup> TDLC, Sentencia N° 119-2012, considerando 167, p. 107.

“Que, sin embargo, este Tribunal, con el fin de descartar cualquier duda que aún pueda existir respecto de la existencia del acuerdo colusorio objeto del requerimiento, analizará a continuación -con antecedentes adicionales- si el comportamiento observado en el mercado es compatible con la hipótesis de una mera interdependencia oligopolística o sólo puede explicarse con la hipótesis de colusión. De concluirse esto último, se habría logrado acreditar más allá de toda duda razonable la existencia de la colusión denunciada, es decir, **con un nivel de convicción propio de un estándar de prueba superior al que se exige en esta sede**” (énfasis agregado).

En contraposición a ello, dada la evidente afectación de derechos que supone la imposición de una sanción por parte del TDLC, parte de la doctrina sostiene que el estándar exigido para la formación de la convicción de los sentenciadores debe ser un estándar que se asemeje al estándar exigido en un proceso penal<sup>120</sup>, donde la existencia de los hechos materiales debe ser probada de manera clara, llegando en algunos casos, cuando la entidad de la

---

<sup>120</sup> Al respecto véase SAMUEL Graeme, “The ACCC approach to the detection, investigation & prosecution of cartels”, Economics Society of Australia Detection of cartels symposium. Citado en: ROMERO, *Op cit*, p. 35

sanción así lo amerite, llegar a exigir por parte de la convicción del TDLC que esta vaya más allá de toda duda razonable<sup>121</sup>.

Esto, señala esta posición, se justifica en que el derecho de la libre competencia es un derecho eminentemente sancionatorio, lo que implica que en virtud de su carácter infraccional le son aplicables los mismos principios y las mismas garantías –de forma matizada<sup>122</sup>– que aquellas que son aplicables respecto de la aplicación de la responsabilidad penal. En este sentido, señala VALDES que *existe un continuo de naturaleza entre el ámbito penal y el ámbito administrativo sancionatorio*<sup>123</sup> *misma postura que ha adoptado en términos generales nuestro Tribunal Constitucional, quien ha señalado en reiteradas oportunidades que los principios ordenadores del orden penal han de regir en el derecho administrativo sancionatorio, puesto que ambas son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> *Ibíd.*

<sup>122</sup> Al respecto, con fecha 27 de julio del año 2006 el H. Tribunal Constitucional señaló que el principio de legalidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado *ius puniendi*– y están, **con matices**, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19 (énfasis agregado). En: Tribunal Constitucional, Sentencia N° 480-2006, considerando 5º.

<sup>123</sup> VALDES Domingo, *Op. Cit.*, p. 216.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, p. 220.



Con todo, a este respecto, desde ya hacemos presente que, sin perjuicio de lo señalado por aquella parte de la doctrina que sostiene que el estándar exigido para la formación de la convicción del TDLC y la Corte Suprema, en esta materia, debe ser un estándar que se asemeje al estándar exigido en un proceso penal en virtud de la naturaleza infraccional que posee el derecho de la libre competencia, adherimos a la idea de que *el Derecho y Política de la Competencia no tienen ni la misma naturaleza –aún cuando semejante– ni la misma vocación que el Derecho Penal*. Esto, por cuanto *su preocupación fundamental radica en la eficiencia y disuasión* [de comisión de conductas que se estiman socialmente como perjudiciales]. Por ello, al igual que lo sostienen GRUNBERG y MONTT, creemos que en materia de libre competencia, necesariamente debe adoptarse un estándar de prueba que no sólo permita se aseguren los más mínimos derechos y garantías que los particulares poseen en contra de la imposición de sanciones por parte del poder público, sino que además, dada la posición en que regulatoriamente se ha colocado al TDLC, permita enviar señales a fin de que los particulares que intervengan en los mercados, anticipen los criterios de los órganos jurisdiccionales y, en virtud de ello, *procedan de manera de no realizar ninguna conducta que pueda llegar a ser considerada como indicio de colusión por los tribunales conforme a una estándar probatorio laxo*<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 36.

Sin perjuicio de ello, desde ya hacemos presente que no concordamos con lo planteado por GRUNBERG, quien critica la introducción de las categorías señaladas anteriormente, en donde los estándares *debalance de las probabilidades* o el de *clear and convincing evidence* son sólo unos más de ellos, toda vez que supone el desconocimiento de la reglamentación del proceso de formación de convicción del TDLC, situación que inhibiría la posibilidad de utilizarlas por ser estas incompatibles con el sistema probatorio elegido por el legislador para el TDLC<sup>126</sup>.

En sus palabras, *la introducción de categorías anglosajonas a nuestro Derecho de la Libre Competencia yerra, en nuestra opinión, por soslayar que el proceso de formación de la convicción del Tribunal Antimonopólico se encuentra reglado por nuestra Ley de Defensa de la Libre Competencia desde su generación hasta su expresión en la sentencia definitiva*<sup>127</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, no concordamos plenamente con lo expuesto por dicho autor. Ello, por los siguientes motivos:

- a) Creemos que el autor confunde el sistema de apreciación de la prueba designado por el legislador para el TDLC, en el inciso final del artículo 22

---

<sup>126</sup> GRUNBERG Jorge, "Ilícito monopolístico de colusión. Los acuerdos colusorios entre competidores. Análisis dogmático y jurisprudencial", Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2007, pp. 97 – 100.

<sup>127</sup> *Ibíd.* p. 99

del DL 211 y que analizaremos con posterioridad, con el estándar formal de formación de la convicción al cual cualquier órgano jurisdiccional se encuentra sujeto, y respecto del cual se carece de definición en nuestra legislación tutelar de la libre competencia.

El primero de ellos apunta al análisis crítico que hace el tribunal de las pruebas rendidas durante el proceso, con el objeto de decidir si se han verificado o no las afirmaciones en las cuales se basa un determinado requerimiento y la defensa, y adoptar la decisión de absolución o condena<sup>128</sup>. En cambio, el segundo, apunta a determinar el umbral que han de sobrepasar los litigantes, a fin de generar en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria para adoptar una determinada decisión.

En otras palabras, dicho umbral, representa el nivel de prueba que es necesario sobrepasar a fin de cumplir con la carga de la prueba, generando la convicción necesaria en el tribunal respecto de la veracidad de una determinada proposición<sup>129</sup>. Y ésta no es una situación que encuentre solución dentro del DL 211.

---

<sup>128</sup> HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, *Op. Cit.*, pp. 144 - 145.

<sup>129</sup> Dicha diferencia la podemos apreciar claramente dentro de nuestro sistema procesal penal, al contrastar lo dispuesto en el Art. 297 del Código Procesal Penal con lo dispuesto en el Art. 340 del mismo cuerpo legal.

- b) En este último sentido, nuestro DL 211 no contempla regulación alguna del estándar necesario de satisfacer a fin de dar por acreditado no sólo la existencia de un acuerdo colusivo entre competidores, sino que no hay determinación alguna respecto de todas aquellas infracciones contempladas en el artículo 3° del DL 211.

Así, nuestro legislador no siguió la práctica adoptada en nuestra legislación procesal penal en donde dicho estándar se encuentra perfectamente determinado<sup>130</sup>, estableciendo de forma expresa el umbral que ha de sobrepasar el Ministerio Público a fin de lograr una sentencia condenatoria en su favor. Al respecto, creemos que una definición legal – mas allá de los esfuerzos que haga el Tribunal al efecto– sería de gran utilidad a fin de orientar los esfuerzos probatorios de los intervinientes en un procedimiento seguido ante el TDLC.

## **2. SISTEMA PROBATORIO CONTENIDO EN EL DECRETO**

### **LEY 211.-**

---

<sup>130</sup> En este sentido, el Art. 340 del Código Procesal Penal señala (el destacado es nuestro) que “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, **más allá de toda duda razonable**, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.”

Al referirnos al sistema probatorio contenido en el DL 211 nos estamos refiriendo a aquel sistema elegido por el legislador destinado a determinar la eficacia probatoria de los diversos medios de pruebas permitidos dentro de un determinado procedimiento, señalando en concreto la determinación del valor probatorio que estos poseen y el sistema en virtud del cual el tribunal realizará un análisis crítico de su valoración.

Importante es no confundir esto con el estándar de prueba formal señalado en el punto anterior, toda vez que este se refiere al grado de convicción requerido por el tribunal para arribar a una determinada decisión y no, como en este caso, al mecanismo elegido por el legislador para la valoración de la prueba de parte del órgano jurisdiccional.

## **2.1 VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL DECRETO LEY**

### **211.-**

El sistema de valoración de la prueba contenido en nuestra legislación protectora de la libre competencia se encuentra señalado en el inciso final del artículo 22 del DL 211, el cual establece que el TDLC *apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica*, imponiéndole con esto al TDLC la obligación de basar sus decisiones en la aplicación de las reglas de la lógica,

las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados<sup>131</sup>, parámetros que ya nuestra legislación contempla, por ejemplo, en la legislación procesal laboral y en la apreciación de la prueba en virtud de las normas contenidas dentro del código procesal penal.

Dicho sistema viene a establecer un adecuado balance entre la libertad que con anterioridad nuestra institucionalidad protectora de la libre competencia podía valorar la prueba que le era presentada –quienes apreciaban la prueba en conciencia – evitando asimismo la arbitrariedad a la que puede conducir un sistema caracterizado por la libertad absoluta que poseen los jueces para analizarla.

Con ello se morigera la rigidez que se le atribuye al sistema de la prueba legal tasada, contemplado para la generalidad de los procedimientos civiles, y se establece como mecanismo de control de la valoración la obligación de fundamentación que poseen los jueces de su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Con anterioridad a la modificación legal introducida por la ley N° 19.911, en virtud de la cual se crea el TDLC y se le asigna como sistema de valoración de la prueba el de sana crítica, la Comisión Resolutiva Antimonopolios y las Comisiones Preventivas Central y Regionales resolvían y valoraban la prueba rendida ante ellos en conciencia.

<sup>132</sup> HORVITZ María Inés y LOPEZ Julián, *Op. Cit.*, p. 150.

En relación con esto, el TDLC ha señalado:

[...] “Que con el objeto de abordar y ponderar los hechos en el orden señalado, es preciso manifestar que, atendido lo dispuesto expresamente por el legislador en el artículo 22, inciso final, del Decreto Ley N° 211, este Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es, utilizando aquel “conjunto de reglas jurídicas, lógicas, científicas, técnicas y de experiencia que el juez debe emplear para apreciar la prueba, tomando en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que lo convence” (Juan Agustín Castellón, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Santiago, 2004, pág. 167)” [...] <sup>133</sup>.

Asimismo, continúa señalando el TDLC, ahora citando la jurisprudencia de la Corte Suprema que:

---

<sup>133</sup> Considerando 17° de la sentencia del TDLC número 26-2005.

[...] “resulta evidente que las reglas de la sana crítica importan una valorización de las probanzas de acuerdo a las razones jurídicas, simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia y ellas no podrían en caso alguno relacionarse con las reglas de ponderación de la prueba del Código de Procedimiento Civil”, razón por la cual no se aplicará a los elementos reunidos en el expediente el sistema de prueba tasada que establece dicho Código. Cabe señalar, por lo demás, que la aplicación de las reglas de la sana crítica no disminuye -ni menos impide- las facultades que la ley ha otorgado a este Tribunal para imponer al infractor, en caso de formarse la correspondiente convicción, las sanciones y medidas que fueren procedentes, toda vez que las reglas antes referidas son tan conducentes para establecer los hechos de una causa y su reprochabilidad, como lo son las de la prueba tasada o legal” [...] <sup>134</sup>.

Por lo tanto, de las propias palabras de nuestro máximo tribunal cabe concluir que la aplicación de la sana crítica importa un proceso intelectual, interno y

---

<sup>134</sup> *Ibíd.*



subjetivo por parte del juez, en virtud del cual arriba a una determinada conclusión de relevancia jurídica. No obstante, dicho proceso puede ser arbitrario, toda vez que pesa respecto del TDLC la obligación de fundamentar su decisión, haciéndose cargo, ya sea aprobando o rechazando, de cada una de las pretensiones y probanzas esgrimidas y aportadas por las partes. En palabras de STREETER, *“lo importante es que la decisión, una vez ofrecida a las partes y al público, se muestre como razonablemente fundada, esto es, que ella contenga argumentos que constituyan una justificación fundada y comunicable de los motivos expresos de la decisión”*<sup>135</sup>.

Cabe destacar que dicha obligación no es puramente legal<sup>136</sup> sino que además representa un imperativo de carácter constitucional en nuestro sistema. En este sentido, se señala que a partir de los artículos 19 N° 3 inciso 5° y 76 de la CPR se deduce la voluntad del constituyente en cuanto a elevar a nivel constitucional la obligación que recae sobre los jueces de fundamentar sus fallos<sup>137</sup>, cosa que se extiende, como es lógico, a aquellos fallos dictados conforme a las reglas de la sana crítica.

---

<sup>135</sup> STREETER Jorge, “El razonamiento jurídico”. En: “Interpretación, integración y razonamiento jurídicos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 104.

<sup>136</sup> Al respecto véanse el artículo 170 N° 4 y N° 5 del CPC y los numerales 5° al 10° del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la forma de las sentencias.

<sup>137</sup> GUZMAN TAPIA Juan, “La sentencia”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 92 – 94.

Así las cosas, la sana crítica restringe al tribunal al establecerle el deber de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico, fundado en las pruebas rendidas en el proceso, y de exponer en la sentencia ese proceso racional que lo llevó a la convicción. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha ratificado esta opinión al establecer que:

[...] “la apreciación de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica no implica arbitrariedad ni discriminación de los elementos de prueba reunidos en el curso de la investigación, sino que en el establecimiento de la verdad por medios que aconsejan la prudencia, la recta razón, la lógica, experiencia y el criterio racional” [...] <sup>138</sup>.

No obstante lo anterior, la forma en que la sana crítica ha sido empleada por parte de nuestro TDLC ha sido en algunos casos deficiente, haciéndose acreedora de más de algún comentario de parte de la doctrina especializada en materia de libre competencia.

Esto, por cuanto muchas veces amparado en la libertad que dicho sistema supone, ha eludido el deber de fundamentación y análisis que pesa sobre sus decisiones.

---

<sup>138</sup> Corte Suprema, 31 de enero de 1999, fallos del Mes N° 486, 1999, p. 712.

En este sentido, algunos autores han señalado que es necesario que el TDLC *falle efectivamente de acuerdo a las normas de la sana crítica, respondiendo explícitamente a todas las pruebas y argumentos utilizados en el caso [sic] utilizando análisis económico que refleje el estado del arte en el conocimiento de la ciencia económica (y no contradiga sus teorías más básicas) y justificando de manera consistente con la lógica sus sentencias*<sup>139</sup>, lo que refleja una grave falta cometida por el tribunal en el análisis y justificación de una de sus decisiones.

Tanto es así, que el mismo Tribunal ha constatado la falta de consistencia y rigor en el análisis y desarrollo de la fundamentación de sus decisiones en algunos fallos. Esto queda plenamente reflejado en el voto de minoría de uno de los más emblemáticos fallos que el TDLC ha emitido en materia de colusión<sup>140</sup>. En dicho voto de minoría se señala (énfasis agregado):

---

<sup>139</sup> AGOSTINI Claudio, SAAVEDRA Eduardo y WILLINGTON Manuel, "Las fallas del fallo Isapres", Observatorio Económico Universidad Alberto Hurtado N° 9, 2007. Disponible en [http://fen.uahurtado.cl/wp/?page\\_id=593](http://fen.uahurtado.cl/wp/?page_id=593) [fecha de última consulta: 13 de octubre de 2011]

<sup>140</sup> Sentencia N° 43-2006, de fecha 7 de Septiembre del año 2006, recaída sobre el requerimiento deducido por la FNE en contra de las empresas AIR LIQUIDE CHILE S.A., INDURA S.A., AGA S.A. y PRAXAIR CHILE LIMITADA, fundamentando su acción en que dichas empresas habrían incurrido en actuaciones concertadas con el propósito de restringir la competencia y de discriminar a sus clientes, particularmente los hospitales públicos, en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211.

[...] “Que si bien respecto de cada uno de los hechos precedentemente enumerados, por sí solo, no sería suficiente para revelar que hubo colusión –tal como expresa la sentencia–, pues para cada uno de ellos podría existir una explicación teórica alternativa, a juicio de estos sentenciadores de minoría, esos mismos hechos, analizados como un todo, sólo pueden explicarse por la existencia de un acuerdo entre las Isapres requeridas. En otras palabras, el fallo de mayoría **no presenta una única explicación alternativa de la colusión que se haga cargo de todos estos elementos y los justifique en un ambiente concreto de competencia**; [...] en efecto, la sentencia justifica los hechos acreditados y listados precedentemente, proponiendo para cada uno de ellos hipótesis diferentes que, a juicio de estos ministros de minoría, no son plausibles y, además, son inconsistentes unas con otras, en el sentido de que **no se expone en el fallo una explicación competitiva única que se haga cargo globalmente de toda la evidencia que existe en el proceso** [...]” (énfasis agregado)<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> Considerandos N° 20 y 21 del voto de minoría de la sentencia N° 57-2007 del TDLC.

Lo anterior reviste especial gravedad, máxime si consideramos que dicha situación ha sido constatada por la Corte Suprema, la cual argumentó, al momento de hacer el examen de las consideraciones en que fundamentó su fallo el TDLC, que:

[...] “las disquisiciones citadas en los cuatro fundamentos que anteceden, aparecen revestidas de una imprecisión y de una falta de certeza impropia de los razonamientos que deben fundar las resoluciones que adopten jueces de la República. En efecto, tales declaraciones resultan vagas, equívocas, contradictorias y poco esclarecedoras al momento de definir si, efectivamente, existe el acuerdo colusorio denunciado en autos. No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia” [...] <sup>142</sup>.

Consecuencia de esto, y del sistema contemplado en el DL 211, el TDLC al analizar la prueba rendida en el proceso, necesariamente debe realizar un examen previo de todos los hechos que son objeto de discusión (introducidos

---

<sup>142</sup> Considerando N° 11 de la sentencia N° 4052-2007 de la Excma. Corte Suprema.

por los respectivos requerimientos, demandas, contestaciones y fijados por el TDLC en la resolución que recibe la causa a prueba y sus respectivas observaciones), a fin de verificar si estos han sido suficiente y debidamente probados, expresando las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud se asigna valor a las probanzas rendidas, o se desestiman.

Por esto, se hace fundamental el máximo rigor y precisión en el análisis jurídico y económico que se hace de cada caso sometido a conocimiento del TDLC.

Esto es consecuencia de que a dichos casos, les subyace una teoría del comportamiento económico que permite prever y/o explicar las conductas de los agentes al interior de un determinado mercado, por lo que dicha teoría debe necesariamente ser utilizada tanto en el razonamiento del TDLC como en la argumentación de caso que hace la FNE. En este sentido, la economía posee un método de análisis científico que permite respaldar los postulados jurídicos en materia de libre competencia a través de múltiples herramientas que permiten un razonamiento más acabado y desarrollado que el esbozado muchas veces por el tribunal.

Este punto es central, toda vez que, por regla general, el establecimiento de la jurisprudencia en esta materia requiere de razonamientos altamente

sofisticados y elaborados, en donde convergen de manera importante el razonamiento jurídico y el económico.

Dichos razonamientos se encuentran llamados a resolver conflictos particulares a partir de la evaluación de conductas de los agentes de un determinado mercado, por lo que el desarrollo y fortalecimiento continuo de la justificación técnica de la jurisprudencia en materia de libre competencia, es una obligación permanente que el TDLC no puede dejar de lado<sup>143</sup>.

Esto último, no sólo pasa por el hecho de que el tribunal, al analizar los casos sometidos a su consideración, se haga cargo de establecer una doctrina clara y precisa acerca de sobre quién debe probar que cosa ante una infracción a las normas contenidas en el DL 211. Sino que además, de estimarlo necesario, traslade la carga de la prueba al demandante a fin de que acredite el perjuicio sufrido por parte de la conducta reprochada, si es que se demuestra la eficiencia de la práctica que se imputa lesiva de la libre competencia, prestando para ello especial atención en la justificación de los hechos que se presentan como indicios o evidencia de una determinada conducta, y justificando como

---

<sup>143</sup> Máxime si consideramos que, tal como lo señalan GRUNBERG y MONTT, en virtud del sistema de la sana crítica establecido por el legislador al TDLC, el control que aplique la Corte Suprema para revisar los hechos dados por probados por este debe ser deferente. En: GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 41.

estos son coherentes con una determinada hipótesis pero incoherentes con otras explicaciones alternativas<sup>144/145/146</sup>.

---

<sup>144</sup> Al respecto los Ministros Andrea Butelmann y Radoslav Depolo han señalado que el análisis de las pruebas presentadas en una causa debe complementarse con el análisis de las explicaciones alternativas a la colusión que las requeridas han alegado en autos, para lo cual, a juicio de estos disidentes, no basta con establecer que la explicación o discurso argumental de las requeridas sea teóricamente susceptible de haber ocurrido en los hechos, **sino que es necesario además que existan en el expediente antecedentes e indicios suficientes para que el Tribunal pueda contrastar estas explicaciones alternativas, ponderarlas y decidir en definitiva cuál de ellas –si es que existe alguna – es la más plausible y robusta desde el punto de vista económico y jurídico, en relación con los hechos tal como han sido acreditados. De no ser así, bastaría a cualquier demandado argumentar acerca de un hecho teórico que podría haber ocurrido en vez de la colusión –incluso en el extremo hipotético más remoto – para desvirtuar la acusación** (Considerando N° 10 del voto de minoría de la Sentencia N° 57/2007. El destacado es nuestro).

<sup>145</sup> Al respecto, la Corte Suprema ha dicho que en estas condiciones, sólo cabe afirmar que la concurrencia de más de una hipótesis para explicar la conducta reprochada impide a esta Corte arribar a una conclusión indubitada en cuanto a la colusión que, se dice, habría regido la sustitución de la cobertura de carátula de los planes de salud; motivo por el cual, al no haberse adquirido la plena convicción de que tal situación legalmente reprochable se produjo, el recurso de reclamación no puede prosperar y debe ser rechazado (Considerando N° 16 de la sentencia 4052-2007 que revisa la sentencia N° 57-2007 del TDLC)

<sup>146</sup> En este sentido, la Corte Suprema ha señalado, al analizar las potestades que le otorga la sana crítica al TDLC, *que la facultad ésta que por supuesto es necesario utilizar en materias tan complejas como es la de determinar conductas ilícitas en desmedro de la libre competencia y, por ello, es que se ha creado un tribunal de alto nivel profesional y experto en materias que trata el D.L. 211, para que los jueces de la instancia de investigación y de juzgamiento puedan, describir y sancionar los actos que reprueba tal legislación, creando para ello estas posibilidades de aceptar cualquier indicio o antecedente que le produzca fe y ponderarlos con la libertad última de la sana crítica.* (Considerando vigésimo quinto de la sentencia de la Excm. Corte Suprema N° 4332-2005)



## **2.2 LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DECRETO LEY 211.-**

Tradicionalmente se ha definido a la carga de la prueba como aquella en virtud de la cual incumbe a una parte el suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso. En palabras de COUTURE *el reconocimiento de la carga de la prueba implica poner de cargo de uno de los litigantes la demostración de la veracidad de sus proposiciones de hecho, con la posibilidad de no hacerlo, sin que de ello se derive responsabilidad que lo haga acreedor de una sanción. El único gravamen que pesa en su perjuicio consiste en que no habiéndose producido la prueba respectiva, las proposiciones de hecho por él afirmadas no serán admitidas como exactas o verdaderas*<sup>147</sup>.

No obstante, conviene resaltar que ésta no determina quién debe llevar la prueba al proceso, sino que establece quien debe asumir el riesgo de que no se produzca la prueba. En este sentido, tal como sostiene DEVIS ECHANDÍA, la carga de la prueba se trata *esencialmente de una regla de juicio dirigida al juez,*

---

<sup>147</sup> COUTURE Eduardo, "Vocabulario Jurídico", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 133.

*que le señala el modo de decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamenta las pretensiones y excepciones en cada proceso*<sup>148</sup>.

En nuestro sistema, la carga de la prueba se encuentra regulada en el inciso primero del artículo 1.698 del Código Civil, el cual establece *que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*.

No obstante, dicha disposición ha sido fuertemente criticada por cuanto, sin perjuicio de reflejar un concepto de carga de la prueba, su formulación es incompleta y deficiente, toda vez que no contempla una serie de situaciones que pueden presentarse dentro de un proceso respecto a la carga de la prueba,<sup>149</sup> lo que reviste particular relevancia en torno a un proceso seguido ante el TDLC, en donde la norma contenida en el artículo 1.698 no despeja las dudas que pudiesen tener tanto las partes como el propio tribunal respecto a quien debe probar que en un proceso seguido por infracción al DL 211.

Una de las mayores dificultades que en materia probatoria se observa es la diferente y equivocada concepción que poseen –en ocasiones– los actores intervinientes respecto de cómo han de aplicarse las normas reguladoras de la carga de la prueba.

---

<sup>148</sup> DEVIS ECHANDÍA Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Vol. I, Víctor P. de Zavalia Ediciones, Buenos Aires, 1970, p. 425.

<sup>149</sup> Esta norma sólo se refiere a la existencia o extinción de la obligación (hechos constitutivos y hechos extintivos)

Esto, por cuanto se ha detectado que hay ocasiones en que la FNE, una vez presentado un requerimiento por infracción al DL 211, ha entendido que corresponde a los agentes imputados como infractores de la libre competencia probar los diversos factores que entregarían una explicación diversa –al comportamiento anticompetitivo– de aquella a la que arriba la Fiscalía<sup>150</sup>.

Dicha consideración pareciera apoyada en el hecho, aparente, de que el TDLC poseería la misma concepción al señalar que ciertas explicaciones alternativas al comportamiento anticompetitivo presentada por las partes intervinientes, no han sido justificadas con evidencia ni indicios suficientes para desvirtuar la presencia del comportamiento anticompetitivo imputado por la FNE<sup>151</sup> situación que, para algunos, sería indicativo de la adopción de un criterio erróneo por parte del órgano jurisdiccional tutelar de la libre competencia, que evidenciaría un traslado de la carga de probar los hechos imputados por la FNE a aquellos particulares que son objeto de su requerimiento.

No obstante, y así lo ha señalado la doctrina, lo que ha hecho el TDLC no es alterar o trasladar la carga de la prueba, sino que lo que hace es analizar y evaluar las hipótesis o tesis alternativas presentadas por las partes,

---

<sup>150</sup> Considerando 7° de la sentencia rol N° 5057-2006 de la Excma. Corte Suprema.

<sup>151</sup> Al respecto ver el considerando 88° de la sentencia N° 43-2006 del TDLC.

sometiéndolas a verificación en relación con la hipótesis argumental desarrollada por el mismo tribunal sin que por esto importe una necesaria alteración del *onus probandi*<sup>152</sup>, haciendo explícitas las razones que han motivado su decisión, haciéndose cargo de cada una de las proposiciones de hecho esgrimidas por las partes, ejercicio necesario a fin de dar cumplimiento a la obligación de fundamentación que el tribunal posee.

Con todo, la Corte Suprema ha señalado que conforme las normas generales que regulan la carga de la prueba, el requirente y/o el demandante posee la carga de probar los hechos que sustentan sus respectivas acciones. En este sentido, el máximo tribunal de nuestro país ha señalado que, *bajo este orden de ideas, correspondería a la FNE demostrar las imputaciones que efectuara al formular el requerimiento*<sup>153</sup>, no dando la posibilidad a una distribución distinta de la carga probatoria entre las partes.

Mismo racionamiento ha sido señalado en forma más reciente:

“Que en cuanto a la absolución de Aguas Andinas S.A. y ESSAL, en su reclamación la Fiscalía Nacional Económica solicita que no sólo ESSBIO S.A. y Aguas

---

<sup>152</sup> ROMERO Juan José, *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>153</sup> Considerando 10° de la sentencia rol N° 5057-2006 de la Excma. Corte Suprema.

Nuevo Sur Maule S.A. sean sancionadas en autos a partir de la serie de hechos e irregularidades reconocidas en la sentencia, sino también ESSAL y AGUAS ANDINAS. Estima que las cuatro empresas sanitarias infringieron, además, el artículo 3 del DL 211 en su letra b), pero sin que se precise objetivamente en la reclamación los yerros que visualizaría en la sentencia atacada por el recurso. Sobre el particular es necesario tener presente que el peso de la prueba recae en la Fiscalía, la que debe suministrar las probanzas suficientes para adquirir la convicción de que las empresas sanitarias absueltas han incurrido en la conducta anticompetitiva imputada, por lo que no existe la infracción atribuida al fallo en el sentido que habría liberado a las absueltas del cargo de probar que los cobros no serían justificados. Con la prueba aportada la Fiscalía Nacional Económica no demostró que esos cobros fueran atentatorios a la libre competencia, lo cual era de su cargo probar<sup>154</sup>.

Creemos, al igual que señala ROMERO, que esta evidente disparidad de criterios proviene de la adopción de la distinción que la doctrina hace entre lo

---

<sup>154</sup> Considerando 6° de la sentencia rol N° 5443-2009 de la Excm. Corte Suprema.

que entiende como carga legal de la prueba, o *burden of persuasion*, según su denominación anglosajona, y entre lo que entiende como *evidentiary burden* o *burden of leading evidence*, según la misma denominación<sup>155</sup>.

La primera de ellas consistente en la obligación que pesa sobre el demandante o requirente del proceso de ser él quien tenga que probar la infracción de los demandados o imputados hasta satisfacer el estándar de evidencia requerido por el órgano jurisdiccional para formarse una convicción en uno u otro sentido. En este sentido se entiende la plena aplicación lo dispuesto en el artículo 1.698 del Código Civil y lo señalado por la Corte Suprema de cara a la actividad probatoria de la FNE.

Lo anterior, la doctrina lo diferencia de lo que denomina como *evidentiary burden* o *burden of leading evidence*, que se caracteriza por el hecho de que la obligación probatoria cambia a la parte que soporta la afirmación de una determinada infracción (en este caso los demandados y/o requeridos) una vez que la evidencia proporcionada por el demandante es considerada por el tribunal o por la ley, en principio, evidencia plausible o suficiente de algún punto controvertido. En tal caso, se dice que la carga de la prueba se traslada a la parte imputada por la afirmación hecha por el requirente o demandante a fin de

---

<sup>155</sup> ATIYAS Ízak y GÜRKAINAK Gönenk, "Presumption of Concerted Practice: a Legal and Economic Analysis", 4th Symposium on Recent Development in Competition Law, 2006, citado en: ROMERO. *Op. Cit.*, p. 32.

que sea esta quien se haga cargo de desvirtuar lo provisoriamente establecido por el tribunal (o la ley)<sup>156</sup>.

Dicho análisis, se asemeja a lo que en derecho comparado se denomina como el *quick look analysis*, en virtud del cual *se evita que el demandante deba realizar un análisis completo del mercado relevante y que deba argumentar y probar efectos anticompetitivos*<sup>157</sup>.

La mayor flexibilidad de esta regla, señalan GRUNBERG y MONTT, *se debe a que su aplicación se centra en conductas que, si bien son casi siempre anticompetitivas, pueden, bajo ciertas circunstancias, llegar a tener una explicación basada en la eficiencia. [...] Probado el acuerdo anticompetitivo, el demandante no se ve en la obligación de demostrar poder de mercado y, el demandado tiene la carga de argumentar y probar que la conducta se justifica conforme a razones legítima de negocios (eficiencia)*<sup>158</sup>.

Esta pareciera ser la visión sostenida por la FNE al momento de plantear alguno de sus casos ante el TDLC, quien en definitiva, no ha dado señales

---

<sup>156</sup> ROMERO Juan José, *Op. Cit.*, pp. 32 - 35

<sup>157</sup> GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 31.

<sup>158</sup> *Ibíd.*

claras a través de su jurisprudencia de adoptar, en uno u otro sentido, algunos de los criterios anteriormente señalados.

No obstante, creemos que, en virtud del estándar probatorio que creemos adecuado exigirle al TDLC, la carga de la prueba debiera distribuirse entre las partes intervinientes en virtud del principio de solidaridad probatoria, el cual le impone necesariamente la obligación al órgano jurisdiccional de analizar de manera profunda el caso sometido a su conocimiento a fin de determinar quién se encuentra en mejor posición para producir la prueba de los hechos controvertidos, haciendo recaer la carga de su prueba sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

Esta concepción resulta de la adopción de tendencias modernas en torno al derecho procesal y el *onus probandi*, en virtud de las cuales se entiende que la carga de la prueba al interior del proceso debe distribuirse entre las partes intervinientes en el, toda vez que estas reglas se encuentran dirigidas al juez, para los efectos de tenerlos presentes en caso de insuficiencia de las pruebas rendidas en el proceso al momento de fallar (no olvidemos que las normas relativas a la carga de la prueba lo que buscan, más que determinar que parte habrá de introducir la prueba al proceso, es prescribirle al juez una regla de



juicio que le señale la forma en que este ha de fallar en caso de falta de prueba, sin perjuicio de que parte la presenta en juicio)<sup>159</sup>.

De esta manera, en términos generales, podría señalarse que el peso de la prueba respecto a los efectos anticompetitivos de una operación o actividad de los agentes debería recaer en la FNE o en quien se oponga a ellas, según corresponda, pero respecto a las ganancias de eficiencia que entrega la operación y/o actitud, el peso de la prueba debería caer en los agentes que deseen legitimarla, toda vez que son ellas las interesadas en que dichas operaciones no sean objetadas<sup>160</sup>.

Dicho “reparto” de la carga de la prueba, debiera ser carga del propio TDLC, quien se encuentra facultado para hacerlo a través de la resolución que recibe la causa a prueba o decretando, en cualquier estado de la causa, la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos según expreso mandato del artículo 22 del DL 211.

---

<sup>159</sup> Cabe mencionar que estas consideraciones no son ajenas a nuestro derecho, toda vez que en este adoptaría el principio de solidaridad en la carga de la prueba a propósito de la regulación de esta dentro del juicio de mínima cuantía. Al respecto ver artículo 724 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>160</sup> NEHME Nicole, “Comentarios a la Guía para el análisis de operaciones de concentración de la Fiscalía Nacional Económica”, 2006, p. 16. Disponible en [http://www.cepchile.cl/dms/lang\\_1/doc\\_3789.html](http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3789.html). [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012]

### **3. MEDIOS DE PRUEBA ADMITIDOS POR EL DECRETO**

#### **LEY 211.-**

Como ya se señalara, con la reforma introducida por la ley 19.911 al DL 211 se transformó fuertemente desde un punto de vista orgánico la institucionalidad protectora de la libre competencia. Sin embargo, desde un punto de vista funcional, es decir, respecto del procedimiento, la reforma también fue de gran importancia.

Dicho cambio no sólo introdujo cambios respecto a las ritualidades a seguir frente a una infracción al DL 211, sino que además introdujo importantes cambios en materia probatoria al procedimiento seguido a fin de castigar los atentados a la libre competencia. Dicha reforma fue complementada con la reforma introducida por la Ley N° 20.361, que modificó sustancialmente las facultades de investigación que posee la FNE y, con esto, su forma de hacerse de elementos probatorios para acreditar acuerdos colusivos.

El catálogo de medios de prueba mencionados en el DL 211 se encuentra contenido en el inciso 2º del artículo 22 de dicho cuerpo legal, el cual establece que *serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes. El Tribunal podrá*

*decretar, en cualquier estado de la causa y aún después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes.*

En este sentido, y al tenor de lo establecido en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, referido por el propio DL 211, los medios de prueba que puede hacerse uso en juicio son los instrumentos, los testigos, la confesión de parte, la inspección personal del tribunal, los informes de peritos y las presunciones.

A estos hemos de agregar los indicios como medio probatorio independiente, por expresa mención del legislador, al señalarnos que también servirán como medio de prueba *todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes*, expresión que refleja un reconocimiento expreso por parte del legislador de medios de prueba adicionales a los que contempla nuestro ordenamiento procesal civil y que resulta plenamente coherente tanto con la naturaleza de los injustos a que está llamado a conocer el TDLC como con el sistema de apreciación de la prueba que el legislador ha establecido para ponderarlos.

**3.1 MEDIOS MENCIONADOS Y SU RELACIÓN CON LOS**  
**CONTENIDOS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO**  
**CIVIL.-**

**a) La prueba Instrumental.-**

Como medio de prueba, la prueba instrumental se encuentra regulada en una serie de cuerpos legales. Así, los instrumentos como medios de prueba se encuentran regulados en una serie de artículos del Código Civil<sup>161</sup>, del Código de Procedimiento Civil<sup>162</sup> y el Código Orgánico de Tribunales<sup>163/164</sup>.

Este medio de prueba es ampliamente utilizado por las partes y aceptado por parte de la jurisprudencia del TDLC, quien ya no estima necesario que los

---

<sup>161</sup> Arts. 17, 1699, 1700, 1706, 1701, 1702, 1703, 1704, 1705, 1706, 1707, 1708 y 1709

<sup>162</sup> Arts. 341 a 355, 168 N° 9 en relación

<sup>163</sup>Arts. 403 a 414, 415 a 420, 421 a 425, 426 a 428, 429 a 439 y 440 a 445

<sup>164</sup> No obstante lo anterior, no agota su regulación en dichos cuerpos legales, toda vez que también encuentra una profusa regulación en el Código de Procedimiento Penal, en el Código Procesal Penal y en leyes especiales (como por ejemplo la ley del Registro Civil)

documentos acompañados al proceso deban ser ingresados con igual número de copias a cuantas partes se haya de notificar en el proceso<sup>165</sup>.

La prueba instrumental puede presentarse hasta diez días antes de la fecha fijada para la vista de la causa<sup>166</sup>. A solicitud de parte, el TDLC puede decretar la reserva de los documentos presentados en juicio respecto de terceros ajenos al proceso o confidencialidad incluso respecto de las demás partes, de aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular<sup>167</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, de oficio o a petición de parte, el TDLC puede ordenar a la parte que corresponda, en cualquier etapa del proceso e incluso como medida para mejor resolver, que prepare una versión pública del instrumento acompañado bajo confidencialidad o reserva para que las otras partes ejerzan su derecho a objetarlo u observarlo si así lo estiman pertinente. Si la referida versión pública fuere insuficiente como antecedente válido para

---

<sup>165</sup> Requisito contenido en el numeral 2º del Auto Acordado N° 3 de fecha 19 de Mayo de 2004 del TDLC, el cual fue dejado sin efecto mediante el Auto Acordado N° 14 de fecha 12 de Enero de 2010.

<sup>166</sup> Art. 22 inciso 6º del D.L. 211.

<sup>167</sup> Auto Acordado N° 11 del TDLC, Sobre Reserva o Confidencialidad de la información en los Procesos, modificado por el Auto Acordado N° 15 de fecha 15 de marzo del año 2012.

fallar la causa, el TDLC se encuentra facultado para decretar de oficio y por resolución fundada, el término de la reserva o confidencialidad del instrumento, y ordenar ponerlo en conocimiento de las demás partes intervinientes<sup>168</sup>.

A lo largo de los 8 años de vida del TDLC, ha sido un medio probatorio profusamente utilizado por la Fiscalía Nacional Económica y los particulares para acreditar un sin fin de circunstancias ante el órgano jurisdiccional, ya sea mediante instrumentos públicos o privados. Una especial variante de instrumento lo representan los informes en Derecho o económicos que los intervinientes aportan en juicio a fin de introducir una particular forma de interpretación de alguna norma jurídica o el análisis de datos económicos que justifiquen un determinado comportamiento.

Estos informes, privados, aportados de manera particular y sin mediar procedimiento alguno –por lo que jurídicamente malamente pueden ser considerados como informes periciales– sólo cabe clasificarlos como instrumentos, debiendo el TDLC pronunciarse sobre el grado de persuasión que estos poseen en su sentencia definitiva<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> Art. 22 D.L. 211

<sup>169</sup> Un listado de la totalidad de los informes presentados al TDLC –a Enero del año 2011– se encuentra disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=341> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012].

**b) La prueba testimonial.-**

Como medio de prueba, en materia de libre competencia, la prueba testimonial se encuentra regulada en el inciso tercero del artículo 22 del DL 211. Dicho inciso debe entenderse concordado con lo dispuesto en los artículos 1708 a 1711 del Código Civil y lo dispuesto en los artículos 356 a 384 del Código de Procedimiento Civil, salvos las excepciones que el mismo DL 211 establece.

El medio de prueba en comento ha sido ampliamente aceptado por parte de nuestro TDLC, quien ha dado amplia cabida a la prueba de los hechos sometidos a su consideración a través de este medio.

Asimismo, cabe hacer presente que, sin perjuicio del examen de credibilidad y/o verosimilitud que tanto el TDLC como las partes pueden hacer de los testigos previo a que estos depongan en la audiencia decretada al efecto por el Tribunal, no procede respecto de ellos el sistema de inhabilidades relativas –establecidas en función de la imparcialidad que pudiera derivarse de relaciones de subordinación, amistad o parentesco– y tachas contemplado de forma ordinaria por el Código de Procedimiento Civil en los artículos 358, 360 N° 2, 373, 374, 376, 377 y 378 de dicho cuerpo legal<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> Art. 22 inciso 3° D.L. 211.

Sin perjuicio de ello, cabe hacer presente que el sistema de inhabilidades absolutas contempladas en nuestro Código de Procedimiento Civil sigue plenamente vigente dentro del DL 211.

Estas, se encuentran reguladas por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, el que señala aquellas inhabilidades que han sido establecidas por el legislador en razón de la falta de capacidad mental para percibir los hechos sobre los cuales recae el testimonio o de comunicar estos al tribunal y la concurrencia de antecedentes que hagan dudar de la buena fe u honestidad del testigo, y por lo tanto invalidan su testimonio. No obstante, dada la expresa eliminación que el legislador realizó del procedimiento de oposición de tachas dentro del marco de la rendición de prueba testimonial en materia de libre competencia, creemos que la oportunidad para hacer ver este tipo de inhabilidades al Tribunal, es al momento de realizar el examen de credibilidad y/o verosimilitud del testigo previo a su declaración.

Dicho examen, se traduce en la interrogación del testigo –por parte del Tribunal o las partes– con el objeto de evaluar su capacidad para declarar y su aptitud e independencia. Dicho examen es tenido en cuenta por el TDLC a la hora de ponderar el peso que le atribuye a la declaración de que se trate, en virtud del sistema de apreciación de la prueba que el legislador le ha impuesto.



Las partes que deseen rendir prueba mediante la utilización de testigos deben presentar al TDLC una lista de estos dentro del quinto día hábil contado desde que la resolución que recibe la causa a prueba queda ejecutoriada. No obstante, el TDLC sólo admite por punto de prueba, declaraciones de tres testigos por cada parte, salvo que accediendo a una solicitud fundada de la parte que presenta la lista de testigos, amplíe dicho número.

Con respecto al valor probatorio de la prueba testimonial, el Tribunal ha señalado de forma reciente que:

[...] “el valor probatorio de la prueba testimonial depende de los caracteres de **gravedad y precisión** que ésta tenga para determinar si puede, por si sola o unida a la restante prueba rendida, formar convicción del Tribunal, aplicando para ello las reglas de la sana crítica. Hay que recordar al respecto que, si incluso en los casos de prueba tasada la declaración de un solo testigo puede revestir el carácter de plena prueba, según lo dispuesto en el artículo 384 N° 1 en relación con el artículo 426 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, **con mucho mayor razón ello podría ocurrir cuando la prueba debe apreciarse de acuerdo a**

**las reglas de la sana crítica, como ocurre en esta sede”**

[...] (énfasis agregado)<sup>171</sup>.

**c) La confesión.-**

La confesión se encuentra regulada en una serie de cuerpos legales. Así, la prueba confesional se encuentra regulada en una serie de artículos del Código Civil, del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal. En materia de libre competencia, su aplicabilidad viene dada por la remisión que hace el DL 211 al artículo 341 del Código de Procedimiento Civil lo que hace plenamente posible su utilización como medio de prueba.

La confesión constituye un medio de prueba, *que consiste en la declaración judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por interrogatorio de la parte o del juez) mediante la cual una parte, capaz de obligarse a sí mismo y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos*<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> TDLC, Sentencia N° 119-2012, considerando 65, p. 54.

<sup>172</sup> RODRIGUEZ Ignacio, "Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía", 7ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica, 2006, pp. 198 y 199.

Así, la declaración contenida en una confesión debe necesariamente ser formulada con la intención consiente del confesante de reconocer un determinado hecho que le perjudica y favorece al su contendor.

En relación con la colusión, el TDLC –de forma reiterada– ha señalado de forma expresa que *“la confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo”* por lo que representaría prueba suficiente del mismo<sup>173</sup>.

[...] “Que este Tribunal ha sostenido con anterioridad, y más precisamente en su Sentencia N° 119/2012, que la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa del acuerdo” [...] <sup>174</sup>.

A mayor abundamiento, ha agregado que aquellos hechos “confesados” dentro del marco de un acuerdo conciliatorio, producen plena prueba respecto de los hechos allí señalados relevando de la prueba de ellos a quien los imputa.

“Que, en consecuencia, respecto de las requeridas CRV, Transco, Santa Ignacia, Cristián Wagner Muñoz, Claudio Toro Arancibia, Altronix, Duplex, San José y Radio Corporación, **no será necesario acreditar los hechos del**

---

<sup>173</sup> TDLC, Sentencia N° 119-2012, considerando 64, p. 54.

<sup>174</sup> TDLC, Sentencia N° 122-2012, considerando 25, p. 23.

**requerimiento**, debiendo este Tribunal establecer su calificación y, eventualmente, su reprochabilidad a la luz del Decreto Ley N° 211, a fin de imponer en ese caso las sanciones propuestas por la FNE y aceptadas por las requeridas en los acuerdos de conciliación a que se ha venido haciendo referencia<sup>175</sup> (énfasis agregado).

Continúa agregando el Tribunal:

Que este Tribunal estima cumplido el primero de los requisitos antes indicados, al **estar acreditada la celebración, por parte de todas las requeridas**, incluida Bío Bío, de contratos o acuerdos de cesión de derechos de postulación en las licitaciones de concesiones de radiodifusión sonora FM en las localidades de Iquique, Antofagasta, La Serena, Los Vilos, Pichidangui, Llay Llay, Pichilemu, Alerce y Coyhaique, en los concursos llamados por Subtel para el Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestre del año 2007 (énfasis agregado)<sup>176</sup>.

No obstante, cabe preguntarse qué valor posee dicha confesión respecto de los otros miembros de acuerdo colusivo investigado. Ello, dado que la confesión de

---

<sup>175</sup> TDLC, Sentencia N° 112-2011, considerando 24, p. 27

<sup>176</sup> TDLC, Sentencia N° 112-2011, considerando 67, p. 42

uno de ellos, por ejemplo dentro del marco de un acuerdo conciliatorio, no puede ser apta para probar la participación del resto de los participantes del acuerdo.

Ante ello, el Tribunal ha adherido a aquellos quienes sostienen que, *desde un punto de vista procesal, la confesión, cuando es usada contra los demás demandados, es prueba testimonial*<sup>177</sup>. Misma consideración tuvo con ocasión de la revisión y análisis del único caso de confesión que a la fecha se ha realizado dentro del marco de la aplicación del sistema de delación compensada contemplado en nuestro sistema de defensa de la libre competencia<sup>178</sup>.

Evidencia de lo señalado, vienen a ser aquellos casos en donde el Tribunal, aún contando con la confesión de uno o varios de los partícipes del acuerdo, ha determinado la ocurrencia del mismo y su participación mediante medios probatorios diversos a la propia confesión de los partícipes<sup>179</sup>:

[...] “respecto de las requeridas CRV, Transco, Santa Ignacia, Cristián Wagner Muñoz, Claudio Toro Arancibia,

---

<sup>177</sup> TDLC, Sentencia N° 119-2012, considerando 64, p. 54.

<sup>178</sup> Al respecto, véase la Sentencia del TDLC N° 122-2012, de fecha 14 de junio del año 2012.

<sup>179</sup> TDLC, Sentencia N° 119-2012, considerandos 24 y 25, p. 27.

Altronix, Duplex, San José y Radio Corporación, no será necesario acreditar los hechos del requerimiento, debiendo este Tribunal establecer su calificación y, eventualmente, su reprochabilidad a la luz del Decreto Ley N° 211, a fin de imponer en ese caso las sanciones propuestas por la FNE y aceptadas por las requeridas en los acuerdos de conciliación a que se ha venido haciendo referencia. **En el caso de Bío Bío, en cambio, habrá que establecer si los hechos que se le imputan son efectivos o no y, de serlo, serán calificados junto con los demás para los fines anteriormente descritos** [...] (énfasis agregado).

[...] “que, de esta forma, se dan por establecidos y probados, como hechos de la causa, **respeto de todas las requeridas, menos Bío Bío**, los que se describen en el requerimiento de la Fiscalía” [...] (énfasis agregado).

Los acuerdos colusivos son, por regla general, ocultos y cuentan con un sistema de monitoreo periódico de cumplimiento a fin de verificar que los participantes del acuerdo cumplan con lo acordado. Esto genera una serie de información desconocida para la agencia de la competencia, siendo poco

probable que los involucrados entreguen a la autoridad esta información de forma voluntaria, sin los incentivos adecuados para hacerlo.

En este sentido es que se entiende la introducción de la delación compensada – o programas de clemencia o *leniency* de acuerdo a su denominación comparada– en nuestro sistema, institución a partir de la cual se incentiva a los participantes de un cartel a entregar información respecto del mismo, a cambio de la amnistía (total o parcial) de los delatores, instrumento que ha demostrado una gran efectividad en la lucha contra la colusión entre agentes competidores de un mercado.

Dicha institución, introducida en nuestro sistema por la Ley N° 20.361, se encuentra contemplada en el artículo 39 bis del DL 211, el cual establece que:

“El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables”.

Este tipo de herramientas cuentan con un amplio respaldo en el derecho comparado, en donde se utilizan desde el año 1978 en los Estados Unidos y 1996 en la Unión Europea, y poseen un importante papel en la detección y

persecución de acuerdos colusivos<sup>180</sup>, ayudando a las agencias de competencia que cuentan con dicha herramienta en sus legislaciones a usar más eficientemente sus recursos de cara a la persecución en sede jurisdiccional de los casos que llegan a tribunales<sup>181</sup>.

Al decir de ROMERO, un programa de *clemencia* *posibilita que la autoridad administrativa de competencia detecte y persiga judicialmente colusiones de una manera costo-efectiva a través de la obtención de información acerca de la existencia de una cartel secreto directamente de uno de sus miembros. La cooperación a la que se obliga al “delator”–agrega– tiene el precio de que no se ejecute, respecto de él, la señal disuasiva por excelencia de todo sistema de enforcement: una sanción o una que sea lo suficientemente severa*<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Los programas de clemencia han conducido a la detección y desmantelamiento de grandes carteles a lo largo de los Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea, logrando a través de ellos las más altas multas impuestas por dichos sistemas judiciales. Sólo en los estados unidos, entre los años 1997 y 2004, se han cursado multas por sobre los dos billones y medio de dólares en casos por colusión, siendo el 90% de dichos casos conducidos por investigaciones asistidas por compañías acogidas a alguna de las modalidades que permite el programa de clemencia de la DOJ. En: HAMMOND Scott, “Cornerstones of an effective leniency program”, OECD Competition Committee Working Party No. 3 Prosecutors Program, Paris, 2005, p. 1 – 2.

<sup>181</sup> MOTTA Massimo, “Competition Policy. Theory and Practice”, Ed., Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 193 - 195

<sup>182</sup> ROMERO Juan José, “Enforcement, Sanciones y Multas en el sistema de Libre Competencia Chileno”. En: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 514.



En nuestro sistema, de acuerdo a lo señalado por el DL 211<sup>183</sup>, *para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos:*

1. Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el TDLC;
2. Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y
3. Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.
4. El ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.

Como puede apreciarse, el programa de delación compensada con que cuenta la Fiscalía Nacional Económica<sup>184</sup> otorga la posibilidad de eximir del pago de

---

<sup>183</sup> Art. 39 bis inciso 2° D.L. 211.

<sup>184</sup> Para un mayor detalle, véase la Guía Interna Sobre Beneficios y Reducción de Multas en Casos de Colusión de la Fiscalía Nacional Económica, disponible en <http://www.fne.gob.cl/marco-normativo/guias/> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012]

una eventual sanción pecuniaria a aquel agente económico que confiese primero la participación en un acuerdo colusorio. No obstante, a aquellos miembros partícipes del acuerdo que confiesen con posterioridad, pueden acceder a una reducción de la pretensión punitiva de la Fiscalía, siempre y cuando concurren a hacer presente la conducta en la etapa de investigación previa al requerimiento.

Así, para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos prescritos para optar a la exención de la misma, el ejecutor de la conducta debe aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no puede ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios del programa de delación compensada.

Para ello, en su requerimiento la FNE debe individualizar a cada ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa.

Si el Tribunal diere por acreditada la conducta tras la finalización del respectivo procedimiento contencioso, no puede aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por la FNE a quien haya sido individualizado como

acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella<sup>185</sup>.

Con todo, cabe señalar que, a la fecha, la Fiscalía Nacional Económica ha utilizado, de manera imperfecta si se quiere, ciertas herramientas procesales que le han permitido obtener los mismos objetivos perseguidos a través de éste tipo de programas, estableciendo incentivos a aquellos actores que aporten antecedentes que permitan dar por acreditada la comisión de un acuerdo colusivo, beneficiándolos con una disminución de la pretensión sancionatoria que le es reconocida por nuestro ordenamiento jurídico<sup>186</sup>.

En dicho sentido, nuestra Excm. Corte Suprema ha señalado:

---

<sup>185</sup>A la fecha, este tipo de herramienta sólo ha sido utilizada una sola vez. Está, dio inicio a la investigación que culminó con el requerimiento de la FNE en contra de una serie de empresas proveedoras de compresores para equipos de refrigeración, procedimiento que se encuentra en actual tramitación ante el TDLC. Al respecto véase *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro*, Rol del TDLC 207-2010, disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=2467&GUID=> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012]

<sup>186</sup> En dicho sentido, el TDLC ha señalado que "*atendidos los acuerdos de conciliación celebrados entre la FNE y cada una de las requeridas CRV, Transco, Santa Ignacia, Cristián Wagner Muñoz, Claudio Toro Arancibia, Altronix, Duplex, San José y Radio Corporación, y la aprobación que este Tribunal otorgó a cada uno de ellos, se impondrá a cada una de dichas requeridas el máximo de la multa solicitada por la Fiscalía en cada acuerdo conciliatorio, atendida la gravedad de la conducta ilícita cometida*". En: TDLC, Sentencia N° 119-2012, considerando 75, p. 44.

“Que del tenor de la conciliación convenida entre la Fiscalía Nacional Económica y FASA, se observa que **ésta satisface plenamente las pretensiones de la primera en el ejercicio de su potestad pública**: una de las requeridas reconoce su participación –estrictamente individual- en un mecanismo coordinado de alza de precios con su competencia, **obtiene antecedentes para comprobar eventualmente un acuerdo colusorio**; obtiene compromisos procompetitivos y la rectificación de conductas y el pago de una suma de dinero a beneficio social” (énfasis agregado)<sup>187</sup>.

Por ello, la utilización de acuerdos conciliatorios, no sólo ha permitido que aquellos agentes que concurren al acuerdo, junto con obligarse a aportar antecedentes probatorios a la Fiscalía, obtengan como contrapartida el que está disminuya su “pretensión sancionatoria” acotando con ello el monto de la multa a que se podrían hacer acreedores de no mediar acuerdo conciliatorio alguno sino que adicionalmente, le ha permitido a la agencia obtener antecedentes probatorios que, de otro modo, sólo podría obtener mediante la utilización de aquellas medidas intrusivas que el DL 211 ha establecido para el adecuado combate de la colusión en nuestro sistema.

---

<sup>187</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3344-2009, considerando 9°, p. 19

No obstante, al igual que lo señala ROJAS, creemos que la escasa e imperfecta utilización de acuerdos conciliatorios en materia de competencia puede deberse, de manera importante, no sólo a la completa falta de consenso que hoy existe dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la posibilidad que tendría la FNE para pactar sanciones en sede de libre competencia<sup>188</sup> y a la ausencia de transparencia que existe hoy en los procesos de investigación conducidos por la Fiscalía Nacional Económica, los que, de forma íntegra, son llevados a cabo de forma secreta y con muy limitadas posibilidades de conocer la información mínima que cualquier agente del mercado requeriría para evaluar una adecuada defensa<sup>189</sup>.

**d) La inspección personal del tribunal.-**

---

<sup>188</sup> Al respecto, vasta constatar la completa falta de uniformidad en los criterios con que el TDLC ha revisado y analizado los acuerdos conciliatorios que le han sido sometidos a su consideración en los casos denominados como "ACHAP" (Rol 177-2008), "Radios" (195-2010) y "Farmacias" (Rol 184-2008).

<sup>189</sup> ROJAS Nicolás, "Acuerdos Extrajudiciales en materia de competencia", El Mercurio, Edición On Line de fecha 31 de mayo de 2012. Disponible en <http://www.elmercurio.com/legal/> [fecha de última consulta: 17 de julio de 2012]

La inspección personal del tribunal es aquel medio de prueba, consistente en el examen que hace el Tribunal por sí mismo, o acompañado de peritos, de cosas o situaciones de hecho que constituyen objeto de prueba en un juicio<sup>190</sup>.

Este medio se encuentra ampliamente regulado en nuestra legislación, tanto en el Código Civil, en sus artículos 1698 y 1714, el Código de Procedimiento Civil, entre sus artículos 403 y 408, el Código de Procedimiento Penal, entre sus artículos 112 y 120 y 474 y 476, y el Código Procesal Penal, en su artículo 337 y su aplicabilidad viene dada por la remisión que hace el DL 211 al artículo 341 del Código de Procedimiento Civil lo que hace plenamente posible su utilización como medio de prueba.

Las diligencias a que dé lugar la inspección personal del tribunal deben ser practicadas ante el miembro que el TDLC designe, el que –en el desempeño de su función– puede efectuar las preguntas que estime convenientes, impedir que las declaraciones y las preguntas de las partes se desvíen hacia aspectos irrelevantes o inadmisibles y resolver de plano las objeciones que le fuesen formuladas.

Las actuaciones probatorias que hayan de practicarse fuera de la Región Metropolitana de Santiago, serán realizadas a través del correspondiente juez

---

<sup>190</sup> COUTURE Eduardo, *Op. Cit.*, p. 160.

de letras con competencia en lo civil de la ciudad de que se trate, quien deberá garantizar la fidelidad de la diligencia y la rápida expedición a las oficinas del TDLC por cualquier medio que considere idóneo<sup>191</sup>.

No obstante lo anterior, no apreciamos una gran referencia a la aplicación del medio en comento en la jurisprudencia del TDLC. Creemos que esto se debe a las particularidades de los ilícitos cuyo conocimiento se encuentra radicado en el tribunal, respecto de los cuales difícilmente se pueden apreciar hechos o circunstancias materiales que conformen los hechos controvertidos en el pleito, en particular aquellos hechos o circunstancias que sean constitutivos de colusión.

**e) Los informes de peritos.-**

El informe de peritos consiste en la opinión emitida por una persona que posee conocimientos especiales de alguna ciencia o arte acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o de alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución de un asunto. Dicha persona, en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada, es llamada a emitir su parecer o

---

<sup>191</sup> Art. 22 incisos 4° y 5° del D.L. 211

dictamen sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de estos<sup>192</sup>.

Su aplicabilidad en los asuntos ventilados ante el TDLC viene dada por la remisión que hace el DL 211 al artículo 341 del Código de Procedimiento Civil lo que hace plenamente posible su utilización como medio de prueba. Asimismo, hace referencia a éste medio el artículo 39 del DL 211 al señalar respecto de la FNE la atribución que posee para *requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos*<sup>193</sup> a fin de defender los intereses que le están encomendados.

Esto, se debe a la marcada vocación técnica que poseen los conflictos ventilados ante el TDLC. Ellos, dicen relación con actos, hechos o circunstancias a las que subyace una determinada teoría económica del comportamiento, por lo que, muchas veces, se debe ilustrar como dicha teoría explica los hechos ventilados en el juicio.

Con respecto al procedimiento de designación de los peritos, este, de acuerdo a la remisión que hace a las normas ordinarias civiles el artículo 29 del DL 211, se rige –en términos generales– por las normas civiles que gobiernan la materia,

---

<sup>192</sup> COUTURE Eduardo, *Op. Cit.*, p. 166.

<sup>193</sup> Art. 39 letra k) D.L. 211.



contenidas a partir del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil (aún cuando el Tribunal en ocasiones no las ha respetado) y ha sido utilizado de manera importante dentro de los procesos seguidos ante el TDLC -a efectos de dar por acreditado –de manera indirecta– un acuerdo colusivo.

[...] “de la abundante prueba rendida precedentemente, esto es, **tanto** de la prueba documental **directa** de la colusión, contenida principalmente en los correos electrónicos aportados en autos, **como de la prueba testimonial, del análisis de los datos de ventas, precios de venta y cotizaciones que también constan en autos,** concordantes con lo indicado en los correos electrónicos y en la prueba testimonial, se desprende indudablemente que la colusión entre las tres más grandes cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos, existió, y que se produjo a lo menos entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008” [...] (énfasis agregado).

A mayor abundamiento, y dando cuenta de la tensión existente entre la vocación inquisitiva que posee el Tribunal y las normas procedimentales civiles

que rigen su procedimiento –las que prescriben un determinado procedimiento a efectos de determinar la forma como ha de utilizarse el medio probatorio en comento–, el TDLC ha ordenado se rinda prueba pericial de oficio, aún cuando las partes se han desistido de dicho medio de prueba o no han consentido en la designación de los peritos a quienes se les habrá de encargar el informe.

[...] a fojas 101 del cuaderno de informe pericial, Cruz Verde se desistió de dicha diligencia. **No obstante ello y dado que ésta resultaba indispensable para aclarar los hechos pertinentes** en lo que se refiere a la secuencia de los movimientos en los precios de los medicamentos objeto del requerimiento, este Tribunal, por resolución de fojas 110 del referido cuaderno, **decretó de oficio** -como diligencia probatoria- la elaboración de un informe pericial al respecto y, frente a la no concurrencia de la totalidad de las partes a la audiencia de rigor, mediante resolución de fojas 185 del cuaderno respectivo, **el Tribunal designó** a los peritos señores Javier Núñez Errázuriz, Jorge Rivera Cayupi y Tomás Rau Binder [...] (énfasis agregado).

Creemos que esto se debe, como lo señala MONTT, a que en definitiva el Tribunal –debido a su posición institucional dentro de nuestro sistema y las

particulares facultades que le son entregadas, aún dentro del marco de un procedimiento contencioso– posee una verdadera posición “activista” como regulador del comercio<sup>194</sup> y para ello no duda en utilizar aquellas herramientas que posee a su alcance para robustecer aquellos elementos de juicio que en definitiva darán lugar a la adopción de una determinada decisión jurisdiccional.

**f) Las presunciones e indicios.-**

Dentro de los distintos medios de prueba con que cuentan las partes dentro de nuestro sistema de libre competencia, la utilización de presunciones e indicios, es aquel que demanda un esfuerzo de justificación adicional de parte de las partes que los utilizan y del tribunal que los acoge o rechaza. Esto ha llevado a que tengan un importante desarrollo en la jurisprudencia del tribunal antimonopolios, el cual no ha estado exento de controversias.

La prueba indiciaria es, ante todo, un mecanismo válido para acreditar los hechos en que se funda un requerimiento o demanda por infracción al DL 211. Esto significa no solamente que sus resultados deben ser admitidos como válidos por el TDLC sino que además es necesario que tengan las

---

<sup>194</sup> MONTT Santiago, *Ibíd*, p. 5.

características de seriedad, rigor y consistencia, que toda prueba debe tener en el campo del derecho si quiere ser utilizada.

Existen algunos campos del derecho, como lo es en el derecho de la libre competencia, en los cuales la prueba directa de los hechos que dan lugar a una infracción –y en particular la colusión de agentes económicos–, en ocasiones, se hace muy dificultosa y es por ello que se hace necesario el intento de acreditar los hechos materia del conflicto de manera indirecta<sup>195</sup>, a través de indicios, en donde estos no constituyan una mera aplicación de la discrecionalidad que poseen los jueces (en virtud del sistema de apreciación de la prueba otorgado por el legislador) sino que representen una aplicación de un mecanismo válido, sujeto a requisitos estrictos que eviten caer en la arbitrariedad en su utilización.

Doctrinariamente se define este tipo de prueba como *aquella resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el juez como conclusión de orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos*<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> Para CASES PALLARES, la prueba indirecta es aquella que torna indudable la existencia de la conducta prohibida. Citado en: GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 60.

<sup>196</sup> VALLADARES Carla, "Presunciones Judiciales e Indicios", Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2000, pp. 124 – 125.

Este tipo de prueba se conoce en el derecho anglosajón con el nombre de *circumstantial evidence* y se caracteriza por el hecho de estar en presencia de un hecho que puede ser utilizado para inferir la existencia de otro hecho distinto.

En la prueba indiciaria se prueba un hecho pero que no es el que se quiere probar en última instancia, sino que se trata de acreditar una cadena de hechos y circunstancias que se proyectan más allá de los límites de lo estrictamente probado. Por esto, es que la prueba indiciaria es catalogada por la doctrina como aquella que adolece de menor grado de rigurosidad por poseer un menor grado de inmediatez en la constatación de los hechos y por ende mayor grado de especulación. Debido a ello, sólo en condiciones muy especiales se acepta sobrepasar el umbral de convencimiento necesario para que sea considerada como prueba suficiente para la acreditación de un determinado hecho o circunstancia<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> Como el acto de probar es lograr crear en el órgano jurisdiccional un grado suficiente de convicción, resulta indispensable entonces establecer un umbral de certeza más allá del cual una explicación se asuma como verdad para efectos jurídicos. En este sentido, parte de la doctrina sostiene que el cruce del umbral de la certeza se encuentra constituido por la concurrencia de tres criterios o requisitos fundamentales. Estos son que los hechos sean ciertos, que exista una relación causal razonada entre los indicios y la teoría que se pretende demostrar y, finalmente, que las demás interpretaciones no merezcan igual grado de aceptación. Sin embargo, para otros, para fijar el umbral de certeza jurídica requerido para dar eficacia a los indicio como medio de prueba hemos de utilizar el razonamiento que hilvana a los hechos para convertirlos en indicios de manera espontanea o natural, sin que se haga necesario un esfuerzo adicional excesivo. En: DE TRAZEGNIES Fernando, "La teoría de la

En este sentido, la prueba a través de indicios de algún hecho controvertido exige que se proceda a la selección de una serie de elementos, como datos que se consideran relevantes e hipótesis y teorías que se piensa que deben ser confrontadas con los hechos, en donde la construcción de la certeza final se encuentre basada en múltiples elementos subjetivos cuya fuerza probatoria depende en gran medida de la fuerza argumentativa que posea la construcción de la prueba mediante los indicios.

Un indicio no es simplemente un hecho debidamente probado, sino que es un hecho debidamente probado que se encuentra vinculado racionalmente con una hipótesis general que se pretende demostrar. Esto significa que los indicios no son hechos por sí solos sino que son tomados en cuenta en tanto que revelan un todo necesariamente mayor.

En este sentido, nuestra Corte Suprema ha señalado, en el voto de minoría de un conocido caso de colusión que:

“Estiman [los Ministros disidentes del fallo de mayoría]  
comprobado que se produjo entre Isapre ING S.A.; Isapre

---

Prueba Indiciaria”. En: Doxa: Tendencias modernas del derecho, Ed. Normas legales, Lima, 2004, p.23.

Vida Tres S.A.; Isapre Colmena Golden Cross S.A. e Isapre Banmédica S.A., una simultaneidad en el comienzo de la sustitución de planes, con un evidente paralelismo en el ritmo del reemplazo de dichos planes, unido a una notoria disminución en la intensidad de la competencia entre los actores, reflejado en la reducción de los gastos de publicidad y fuerza de ventas; hechos que considerados en conjunto sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las cuatro Isapres requeridas mencionadas”<sup>198</sup>.

Por ello creemos que el indicio no es cualquier hecho, no es el hecho puro, sino el hecho que se ha logrado integrar dentro de un razonamiento mayor para indicar algo.

Esto, en palabras de POSNER, significa evaluar la prueba indiciaria dentro del conjunto de indicios en que está es presentada –holísticamente, en los términos señalados por GRUNBERG y MONTT– de tal forma de calificar si, *al ser considerada la prueba en su conjunto, resulta más probable que los demandados se hubiesen coludido para fijar precios que lo contrario*<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> Considerando 4º del la sentencia N° 4052-2007 de la Excma. Corte Suprema.

<sup>199</sup> Citado en: GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 76.

Con todo, como ya se puede ir observando, sostenemos la identidad de los indicios en relación con las presunciones, sin perjuicio de la equivalencia de trato que nuestra jurisprudencia le da. Por ello, desde ya conviene señalar la vinculación que existe entre las presunciones y los indicios.

Para parte de la doctrina, ambos son términos sinónimos, reservándose el término presunción para el empleo que hace la ley o el tribunal de hechos o antecedentes conocidos para deducir o inferir de ellos hechos desconocidos en la esfera civil y el de indicios para la esfera penal<sup>200</sup>.

No obstante, para otros, el indicio es el hecho base y la presunción es la inferencia que se realiza a partir de dicho hecho base una vez efectuada aquella actividad racional que se realiza para unirlo con un hecho desconocido y que producto del juego de los elementos antes señalados pasa a ser determinado<sup>201</sup>.

No obstante, y sin perjuicio de la discusión doctrinaria que se sostiene al respecto, creemos que dada la expresa mención por parte del legislador de los

---

<sup>200</sup> MATURANA Cristián y MONTERO Raúl, "Derecho Procesal Penal", Tomo II, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 1048.

<sup>201</sup> *Ibíd.*



indicios en el texto del DL 211, en nuestro derecho de la competencia se hace una clara distinción entre ambos como medios probatorios distintos, pero íntimamente vinculados.

De esta manera, el reconocimiento expreso de los indicios o antecedentes como medios de prueba adicionales a los que contempla nuestro ordenamiento procesal civil (en donde se contienen expresamente las presunciones) resulta el reflejo de cómo el legislador ha tenido en cuenta no sólo el sistema de apreciación de la prueba que le ha establecido para su ponderación al TDLC, sino que además es fiel reflejo de la consideración que este tuvo de la naturaleza de los ilícitos que les corresponde conocer y sancionar al tribunal<sup>202</sup>.

Necesariamente debe considerarse en este sentido que es de la esencia de las prácticas restrictivas de la libre competencia –y en particular la colusión – que quienes las llevan a cabo intentarán ocultar la evidencia material que dé cuenta de su comisión y que los pueda incriminar (comunicaciones escritas o telefónicas, registros de llamadas, minutas de reuniones, correos electrónicos, etc.), dificultando de esta manera su prueba directa, por lo que muchas veces

---

<sup>202</sup>Al respecto, creemos que dada la obligación de fundamentación que pesa sobre el TDLC en virtud de las normas de la sana crítica que han de informar sus fallos –en particular el hecho de que haya de recurrir a los *conocimientos* –económicos–científicamente afianzados– permiten sostener la independencia que poseen los indicios de las presunciones. En este último término, los primeros deben ser integrados a un contexto general –vistos en su conjunto, en términos de Posner, para adquirir fuerza persuasiva de cara al órgano jurisdiccional.

sólo queda en manos de quien requiere o demanda la sanción de dichas infracciones la posibilidad de acreditarlas a través de indicios o antecedentes que revelen o manifiesten indirectamente la existencia de dicha conducta<sup>203</sup>.

Lo anterior fue particularmente relevante con anterioridad a la reforma legal introducida por la ley N° 20.361, toda vez que el legislador –con anterioridad a dicha reforma– había optado por no entregar al organismo fiscalizador de la libre competencia las facultades que éste estimaba como necesarias para obtener compulsivamente evidencia material directa de la comisión de un acuerdo colusorio.

En este sentido, a fin de salvar éste problema, y a propósito de la prueba de prácticas concertadas, algunos ministros del TDLC señalaron en su oportunidad que:

---

<sup>203</sup> Al respecto, los Ministros Andrea Butelmann y Radoslav Depolo han señalado que la prueba mediante indicios o antecedentes es también coherente con el sistema de apreciación basado en la sana crítica, consagrado en el inciso final del referido artículo 22, pues el legislador, reconociendo la dificultad de que exista prueba “dura” o directa, ha entregado al TDLC un instrumento más flexible que, a diferencia del sistema de prueba legal o tasada, descansa en las reglas de la lógica y en la experiencia objetiva de los jueces para deducir de hechos conocidos –los indicios o antecedentes acreditados en la causa– otros que se desconocen –la existencia de un acuerdo, en este caso–, todo lo cual resulta adecuado a la finalidad última de la ley, en el sentido que su objeto es el de “promover y defender la libre competencia en los mercados” (artículo 1°), debiendo este Tribunal darle aplicación “para el resguardo de la libre competencia en los mercados. En: Considerando N° 8 del voto de minoría de la Sentencia N° 57-2007.

[...] la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta, e incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia [...]<sup>204</sup>.

Para acreditar los hechos que configuran la comisión de alguno de los injustos contemplados en el DL 211 el TDLC debe ponderar y considerar no sólo los medios de prueba que el propio Decreto Ley N° 211 establece en su artículo 22, inciso 2° (en donde se deben entender señaladas las presunciones por expresa remisión al artículo 341 del CPC) sino que además debe ponderar y considerar *todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes* mediante un análisis lógico, jurídico y económico que los considere de manera sistemática, esto es, ponderando los

---

<sup>204</sup> Considerando 5° del voto de minoría de la sentencia N° 57-2007 del TDLC

unos en relación con los otros, considerados en su conjunto, para, de esta forma, establecer si concurre o no una infracción a la libre competencia<sup>205</sup>.

Misma situación se observa respecto de la autorización que requiere la FNE para poder realizar algunas de las medidas intrusivas contenidas en la letra n) del artículo 39 del DL 211, el que establece que para otorgar dicha autorización, el Ministro de la Corte de Apelaciones que conozca de la solicitud deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas colusivas, los cuales, dada la fase investigativa que supone la solicitud de dichas medidas, necesariamente serán sólo indicios del actuar coordinado de competidores de un mercado.

De ahí la necesaria precisión y multiplicidad que han de caracterizar a los indicios presentados por la Fiscalía Nacional Económica –acercando el análisis al de las presunciones, sin perjuicio de que entendemos su propia identidad– que el legislador le exige a los antecedentes (que dada la pluralidad de la expresión del legislador debemos entenderlos como múltiples) presentados por la FNE<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> Al respecto ver considerando 33° de la sentencia N° 4332-2005 de la Excma. Corte Suprema y considerando 94° de la sentencia N° 63-2008 del TDLC

<sup>206</sup> Al respecto, y tal como lo sostienen GRUNBERG y MONTT, *en términos generales, en nuestro Derecho la prueba indirecta coincide con nuestra prueba de presunciones o indiciaria*. En: GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 61.

Las presunciones se encuentran contempladas y reguladas en los artículos 426 y 427 del CPC, en relación con los artículos 47 y 1712 del Código Civil, el cual le impone requisitos de gravedad, precisión y concordancia<sup>207</sup> a aquellas que sean deducidas por parte del juez al juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello.

No obstante, insistimos, creemos que no deben confundirse ambos términos, toda vez que el indicio es sólo el punto de partida de la prueba de presunciones. Para obtener una conclusión clara basada en una presunción, grave precisa y concordante, es necesario que ésta se infiera de un raciocinio lógico, riguroso y unívoco basado en indicios claros e interpretados a la luz de la ciencia económica. La presunción, de un carácter inductivo, que se fundamenta en el razonamiento probable sobre los hechos particulares debidamente probados que se encuentran en el proceso, es producto de una labor intelectual del juez y no del contexto fáctico que enmarca un proceso, como los indicios que actúan como un factor de la presunción, la misma que surge luego que el tribunal realiza el análisis particular y general de los hechos que obran en el proceso.

---

<sup>207</sup> Cabe recordar a que apuntan los requisitos señalados. Que sean graves, dice relación con que los indicios aparezcan plena y ostensiblemente configurados. Que sean precisos dice relación con que no sean vagos, difusos y susceptibles de conducir a conclusiones diversas. Y, finalmente, que sean concordantes, significa que estos no sean contradictorios de manera que induzcan todos a la misma conclusión. En: MATURANA Cristián y MONTERO Raúl, *Op. Cit.*, pp. 1048 y 1049.

Precisamente por ello, creemos que, a diferencia del régimen legal de las presunciones, respecto de la prueba indiciaria puede morigerarse – jurídicamente– el requisito de *gravedad* exigido para las primeras, en términos de que no debe requerirse que de cada uno de los indicios existentes en el proceso aparezca *ostensiblemente* configurada la comisión de un acuerdo colusivo. Dicha configuración, en nuestro concepto, aparece del análisis *en conjunto* de todos los indicios presentados los que, como ya señalara POSNER, considerados individual y aisladamente pueden llevar concluir la inexistencia del acuerdo<sup>208</sup>.

Lo anterior no significa, como lo ha señalado la doctrina en general, que presunción e indicio, no obstante ser conceptos independientes, resultan en la realidad complementarios, pues el análisis de los hechos nos ha permitido establecer un principio general, que constituye la sustancia de la presunción, porque mediante él, presumimos la existencia de otro hecho.

Así, el indicio, entendido como fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido, resulta un presupuesto de la presunción, como medio de prueba, y respecto del cual se deben observar análogos –pero morigerados– requisitos que las presunciones.

---

<sup>208</sup> GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 76.

No obstante, dicha conclusión no ha sido recogida por parte de la jurisprudencia del tribunal tutelar de la libre competencia, el cual ha identificado los requisitos legales exigidos para las presunciones en relación con los exigidos para los indicios:

[...] “en cuanto a la coincidencia en las intensidades de sustitución de planes por parte de las requeridas, debe tenerse presente que estos sentenciadores de minoría coinciden con la afirmación contenida en la consideración centésimo décima de esta sentencia, en cuanto a que la referida coincidencia en la intensidad de sustitución “es el indicio más importante que podría permitir estimar que podría haber existido un acuerdo colusorio entre cuatro de las requeridas”. Sin embargo, discrepan de la conclusión contenida en la misma consideración en cuanto a que ello “no es un indicio de la gravedad y precisión necesarios para que pueda tenerse, sólo por ello, por acreditado ese hecho”. Al respecto, estos disidentes estiman que a partir de la coincidencia en la intensidad de sustitución de planes, en conjunto con los otros hechos también acreditados en la causa, es posible presumir la colusión y

que esa presunción tiene la gravedad y precisión suficientes para formar convicción respecto de la existencia de un acuerdo, a lo menos tácito, entre las Isapres ING, Vida Tres, Colmena y Banmédica, que tuvo por objeto reducir la cobertura de sus planes de salud” [...]<sup>209</sup>.

Mismo criterio ha sostenido la Corte Suprema al señalar:

[...] “Que cabe analizar a continuación, si los antecedentes que el tribunal de defensa de la libre competencia denomina "indicios relevantes", para establecer si en la licitación de autos concurrieron o no los incentivos que, según la requirente, habrían llevado a las participantes a coordinar su comportamiento, realmente tienen ese carácter. En efecto, **los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible luego deducir otros. En este caso no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las**

---

<sup>209</sup> TDLC, Sentencia N° 57, Santiago, 2007, Considerando N° 24, p. 106.



**requeridas actuaron concertadamente. La sentencia lo concluye del único hecho acreditado**, cual es, que en las primeras etapas de la licitación las empresas de autos ofrecieron precios muy superiores al precio que cobraban a los hospitales antes de dicho proceso, y por cierto mayor que el precio de referencia, que fue por el que finalmente se adjudicaron los contratos, agregando que, a juicio de los sentenciadores, no existe justificación económica para la falta de competencia en dicha etapa. **Comienza entonces un análisis de las distintas hipótesis posibles, y concluye que la más plausible es la teoría de la colusión, lo que por cierto es del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia**, máxime, si, como se reconoce en el fallo, el proceso de licitación resultó un éxito” (énfasis agregado) [...] <sup>210</sup>.

Sin perjuicio de no concordar con la forma en que la jurisprudencia identifica a los indicios con las presunciones, estimamos de particular relevancia lo señalado por la Corte Suprema, dada la particular responsabilidad que le cabe al TDLC

---

<sup>210</sup> Considerando 13° de la sentencia N° 5057-2006 de la Excm. Corte Suprema.

producto de la carga que posee en relación con la justificación que ha de hacer de su decisión.

La eficacia de la aplicación de la prueba indiciaria, radica en la calidad del desarrollo argumental desplegado por el tribunal a la hora de explicar y/o justificar un determinado fallo junto con la adecuada fundamentación que hace de su uso la parte – generalmente la FNE – que los utiliza a fin de dar por acreditado un ilícito anticompetitivo. En términos de GRUNBERG y MONTT, el análisis *holístico* que supone la ponderación de prueba que indirectamente pretende acreditar una determinada situación de hecho debe basarse en la integración total de todas las variables e índicos que componen dicha situación – un acuerdo colusivo, en este caso– a fin de darle potencia persuasiva a dichas pruebas.

No obstante, la Corte Suprema ha criticado la falta de rigurosidad en el análisis que en dicho sentido ha desplegado el TDLC, restándole eficacia a la acreditación de los hechos objeto del proceso mediante prueba indirecta, señalando que:

[...] “de esta manera, aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa

puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones.

Sin embargo, para que la probanza en cuestión pueda producir pleno valor probatorio, es menester que reúna la indicada exigencia de ser directa, y como ello no sucede en la especie, forzoso es concluir que resulta inhábil para demostrar la mentada concertación” [...]”<sup>211</sup>.

Dicha aseveración, es fiel reflejo de la tradicional desconfianza que se tiene frente a la prueba indiciaria. Así, en palabras de PLANIOL y RIPERT<sup>212</sup>, este tipo de prueba *ha sido golpeado en la práctica, sobre todo en materia civil, por una suerte de depreciación, no solamente a causa de la dificultad que presenta a menudo para poder establecerla sino también a causa de la poca seguridad que proporciona.*

No obstante lo anterior, creemos que el máximo tribunal del país comete un error al exigir que la prueba en cuestión sea directa a fin de atribuirle eficacia probatoria, toda vez que, no obstante ser los diferentes medios probatorios aproximaciones a la realidad dentro de un proceso, estos medios producen

---

<sup>211</sup> Considerando 15° del la sentencia N° 4052-2007 de la Excma. Corte Suprema.

<sup>212</sup> PLANIOL Marcel y RIPERT Georges, “Tratado de Derecho Civil”, Tomo VII, Editorial Ley, Buenos Aires, 1965, p. 884.

diferentes grados de certeza, en donde el atribuido a la prueba indiciaria dependerá de su contraste con el resto de los aportados en el proceso – nuevamente, vistos en su conjunto–, mas no de su relación, directa o no, con los hechos objeto del conflicto. En esto, la construcción de la hipótesis argumental de la FNE y su comprobación mediante el análisis de los distintos medios probatorios esgrimidos en juicio, es fundamental.

**g) Facultad contenida en el inciso 2° del DL 211.-**

El inciso 2° del artículo 22 del DL 211, en donde se contienen los medios de prueba que pueden utilizarse en la verificación en juicio de los hechos o circunstancias que den lugar a la comisión de alguno de los ilícitos contenidos en el artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, contempla la facultad que posee el TDLC para decretar diligencias probatorias en orden a aclarar hechos que aún parezcan oscuros o dudosos.

*Así, dicha norma señala que el TDLC podrá decretar, en cualquier estado de la causa y aun después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes, facultad que le permite al tribunal obtener información de mayor calidad y precisión de manera de contar*

con suficientes elementos de juicio a fin de arribar a conclusiones más robustas y firmes.

No obstante, tal como desde ya puede apreciarse, esta facultad no constituye un medio probatorio en sí mismo, sino que la potestad que posee el TDLC para hacerse –a través de cualquiera de los medios probatorios ya examinados– de antecedentes probatorios adicionales a los aportados por las partes en el proceso.

Por ello sostenemos que el TDLC, sin perjuicio de la evidente vocación *dispositiva*<sup>213</sup> que posee la regulación del procedimiento contencioso en los artículos 20 y siguientes del DL 211 –la que se ve confirmada por la remisión a normas procedimentales civiles por parte del artículo 29 del mismo cuerpo legal<sup>214</sup>–, es manifiesto el carácter híbrido que posee el TDLC dada la capacidad que le es reconocida por el legislador para, si lo estima conveniente, a realizar dentro del proceso *todas las investigaciones* [que crea necesarias]

---

<sup>213</sup> Para Maturana y Montero, el principio dispositivo consiste en que la intervención del juez en el proceso, en el inicio de éste y, en general, su actividad en el mismo se encuentra condicionada a la actuación y requerimiento de las partes. En: Maturana Cristián y Montero Raúl, *Op. Cit.*, p. 801.

<sup>214</sup> Art. 29 D.L. 211: *Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él.*

*tendientes a determinar los hechos* puestos en su conocimiento<sup>215</sup>. Esta última facultad, característica de sistemas jurisdiccionales con una vocación inquisitiva, unida a la manifiesta actitud *activista* que el TDLC ha evidenciado durante su funcionamiento<sup>216</sup>, dan cuenta de que tal como se señalara con anterioridad –siguiendo en ello a MONTT– este posee el claro papel de *regulador del comercio*<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> MATORANA Cristián y MONTERO Raúl, *Op. Cit.*, p. 802.

<sup>216</sup> Evidencia esto último, como la Excma. Corte Suprema le ha señalado al TDLC que, dentro del marco de la sustanciación de un procedimiento de característica contenciosa, no le está permitido ordenar se regulen determinadas conductas, atribución que pareciera estar más vinculada con la facultad que posee para dictar Instrucciones de Carácter General que con la evidente vocación sancionatoria que posee el procedimiento regulado en el Art. 20 del DL 211.

<sup>217</sup> Al respecto, véase MONTT Santiago, “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas, Santiago”, 2010. Disponible en <http://www.regcom.uchile.cl> [fecha de última consulta: 17 de octubre de 2012].

## **CAPITULO IV: LA PRUEBA DE LA COLUSIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Durante sus 8 años de funcionamiento, el TDLC ha revisado en 28 oportunidades hechos que han sido demandados o requeridos como constitutivos de colusión.

De ellos, a la fecha, se han resuelto 19 causas sobre la materia, resolviendo el Tribunal en 11 oportunidades condenar a aquellos agentes involucrados en los acuerdos colusivos denunciados. Asimismo, a la fecha de cierre del presente trabajo, hay 7 causas aún por fallarse, por lo que aún su futuro es incierto<sup>218</sup>.

Con todo, a través de sus fallos, el TDLC ha ido construyendo una contundente doctrina en relación con los elementos que las partes han de acreditar dentro del proceso a fin de crearle la convicción necesaria para condenar por la comisión de un acuerdo colusivo y, asimismo, calificar la entidad que han de tener aquellos indicios a partir de los cuales pretenda justificarse una determinada hipótesis que resulte sólo explicable por un acuerdo anticompetitivo entre aquellos agentes involucrados en él.

---

<sup>218</sup> De acuerdo a como se da cuenta en información estadística disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=341> [revisión: 7 de julio de 2012]

En dicho contexto, resulta conveniente revisar de que forma, a través de su jurisprudencia el TDLC se ha ido estableciendo los elementos que son necesarios acreditar a efectos de dar por probado un acuerdo colusivo en sede de libre competencia y, asimismo, la profundidad que deben poseer y las características que deben reunir aquellos indicios a partir de los cuales se pretenda acreditar, mediante la utilización de medios indirectos, la colusión de agentes dentro de un determinado mercado relevante.

**1. Los elementos de la colusión en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.-**

De acuerdo a lo ha señalado por el TDLC, en diversos fallos relativos a colusión, tres son los elementos que todo litigante ha de acreditar a efectos dar por probados aquellos elementos que el Tribunal ha estimado como integrantes del ilícito anticompetitivo de colusión.

En efecto, y tal como lo ha señalado de manera reiterada el Tribunal, a quien alega la existencia de un acuerdo colusivo le corresponder acreditar ante el órgano jurisdiccional:

1. La existencia de un acuerdo entre competidores.



2. La incidencia que dicho acuerdo posee en los niveles de competencia existentes dentro de un determinado mercado relevante.
3. La aptitud que dicho acuerdo posee para producir un atentado contra la libre competencia (ya sea que éste se materialice o no).

En dicho sentido, el TDLC ha señalado:

[...] “Que la primera cuestión que corresponde dilucidar son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo – sea expreso o tácito– para configurar una infracción a la libre competencia en los términos del artículo 3º del Decreto Ley Nº 211. Al respecto, se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3º inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a

producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado”<sup>219</sup>.

A mayor abundamiento, y de manera más reciente, el TDLC ha reiterado dicho parecer de la siguiente manera:

[...] Que, tal como ha resuelto este Tribunal con anterioridad (Sentencia N° 74/2008), para configurar el ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley N° 211, se requiere acreditar: (a) la existencia de un acuerdo entre competidores; (b) la incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último (c) la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del mencionado Decreto Ley, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado”<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> TDLC, Sentencia N° 74, Considerando Tercero, 2008, p. 12.

<sup>220</sup> TDLC, Sentencia N° 79, Considerando Decimoquinto, 2008, p. 18.

Sin perjuicio de ello, y en directa relación con lo que a este trabajo se refiere, resulta necesario detenerse un momento a como se ha verificado la prueba del primero de los requisitos –es decir, del acuerdo propiamente tal– mediante mecanismos indirectos.

En dicho sentido, conviene destacar como en la Sentencia N° 63/2008, la cual falla el denominado caso “Guerra del Plasma”, el TDLC utilizó como evidencia del accionar coordinado de las dos casa comerciales sobre las cuales se sospechaba un actuar coordinado, un inusual patrón de llamadas telefónicas realizados por ejecutivos de ambas tiendas comerciales en el periodo en que se determinó habrían ocurrido los ilícitos perseguidos ante el TDLC<sup>221</sup>.

Idéntico razonamiento desplegó el Tribunal al recurrir al *comportamiento en procesos de licitación pública* de las empresas Air Liquide Chile S.A., Indura S.A., AGA S.A. y Praxair Chile, o a la *coincidencia en las simultaneidad del cobro por servicios relacionados* a la tramitación de documentos de exportación no solicitados a diversas empresas navieras a fin de dar por acreditado el acuerdo que,

---

<sup>221</sup> Al respecto, resulta pertinente resaltar como el TDLC en el considerando Centésimo tercero de la Sentencia 63/2008 señaló que, [...] “*además de la evidencia descrita, **configura un indicio relevante que reafirma la convicción de este Tribunal** la circunstancia que el tráfico y duración de las llamadas en los días 3 y 4 de abril de 2006 es claramente superior al promedio de llamadas entre Falabella, Paris y estos proveedores en los meses previos, como se observa en el Gráfico 3*” (énfasis agregado).

en cada caso, las empresas requeridas habrían concertado a efectos de afectar la competencia en cada uno de los mercados relevantes donde operaban<sup>222</sup>.

Dichos casos, dejan en evidencia la completa procedencia de la utilización de mecanismos indirectos a la hora de dar por acreditado un acuerdo colusivo en sede de Libre Competencia. Con todo, su eficacia, estará supeditada no sólo a la calidad de los mismos, sino que, asimismo, al esfuerzo *lógico, económico y jurídico* que tanto las partes como el tribunal desplieguen a efectos de analizar la “potencia” de dichos indicios.

## **2. La prueba de la colusión mediante medios indirectos en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.-**

Tal como advierte GONZALEZ, el tipo de evidencia utilizado por aquellas partes acusadoras en materia de colusión, de forma previa a la reforma legal del DL 211 ocurrida el año 2009, es fundamentalmente de tipo circunstancial<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> GONZALEZ Aldo, “Prácticas colusivas”, Santiago, 2011, p. 156. En: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “La libre competencia en el Chile del Bicentenario”, Santiago, 2011, p. 153 y ss.

Ello, toda vez que como se anotara con anterioridad, sólo mediante dicha reforma legal se otorgaron importantes herramientas –de naturaleza intrusiva– a la Fiscalía Nacional Económica, con el objeto de que pudiera hacerse de elementos probatorios “duros” a fin de que su labor persecutoria en materia de carteles fuera desarrollada de un modo más eficaz<sup>224</sup>.

Sin perjuicio de ello, desde ya hay que tener presente que el que la FNE no contara con dichas herramientas con anterioridad al año 2009 no fue obstáculo para que dicha agencia haya requerido a agentes económicos cuyas actuaciones pudieran ser reprochadas como colusivas. De allí, que desde sus inicios, el TDLC haya tomado analizado y utilizado en diversas oportunidades mecanismos indirectos a fin de constatar si, en un determinado mercado, se dan los supuestos legales y jurisprudenciales necesarios a fin de dar por acreditado un acuerdo colusorio.

En efecto, ante la ausencia de elementos probatorios directos, el TDLC, desde sus orígenes, no ha dudado en recurrir a elementos adicionales a fin de dar por acreditados o descartados aquellos elementos constitutivos de colusión. Así, en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es posible

---

<sup>223</sup> *Ídem*, p. 143.

<sup>224</sup> Cabe hacer presente que de los 14 fallos relativos a acuerdos colusivos requeridos con anterioridad al año 2009, sólo 7 fueron condenatorios. En la mayoría de dichos casos, la FNE contó con prueba directa a fin de dar por probado el acuerdo requerido.

encontrar múltiples referencias a la utilización de mecanismos indirectos con el objeto de evaluar la existencia de un acuerdo entre competidores.

Al respecto, cabe hacer presente que los Ministros Sres. Andrea Butelmann y Radoslav Depolo han señalado de forma expresa que *“la prueba mediante indicios o antecedentes es también coherente con el sistema de apreciación basado en la sana crítica, consagrado en el inciso final del referido artículo 22, pues el legislador”*, ello ya que con anterioridad a la reforma legal que se comenta reconocen *“la dificultad [para] que exista prueba “dura” o directa”*<sup>225</sup>.

Por ello, en concepto de dichos Ministros, el legislador entregó *al TDLC “un instrumento más flexible que, a diferencia del sistema de prueba legal o tasada, descansa en las reglas de la lógica y en la experiencia objetiva de los jueces para deducir de hechos conocidos –los indicios o antecedentes acreditados en la causa– otros que se desconocen –la existencia de un acuerdo, en este caso– , todo lo cual resulta adecuado a la finalidad última de la ley, en el sentido que su objeto es el de “promover y defender la libre competencia en los mercados” (artículo 1º), debiendo este Tribunal darle aplicación “para el resguardo de la libre competencia en los mercados”*<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> TDLC, Sentencia N° 57, Voto de minoría, Considerando octavo, 2007, p. 102.

<sup>226</sup> Ídem.

A mayor abundamiento, continúan agregando que, además, *“el examen de los indicios, antecedentes y pruebas allegados a la causa debe efectuarse en correspondencia con un análisis lógico, jurídico y económico que los considere de manera sistemática, esto es, ponderando los unos en relación con los otros, considerados en su conjunto, para, de esta forma, establecer si concurre o no una infracción a la libre competencia”*<sup>227</sup>.

De esta forma, añaden, *si de hechos plenamente demostrados puede inferirse la existencia de colusión entre las requeridas, entonces esta última debe darse por acreditada, aplicándose la sanción correspondiente. Si, en cambio, esos hechos tienen una interpretación plausible alternativa a la colusión, entonces el requerimiento debe desecharse*<sup>228</sup>.

En virtud de ello, no cabe sino concluir la completa correspondencia de la prueba indiciara como mecanismo autónomo y suficiente de prueba en casos de colusión. Su determinación y “potencia”, sin embargo, estará supeditada al *análisis lógico, jurídico y económico* que al efecto realice el Tribunal luego de considerarlos, como se señalara con anterioridad en este trabajo, *de forma*

---

<sup>227</sup> *Ídem.*

<sup>228</sup> *Ibíd.*, Considerando noveno, p.103.

*conjunta*, a fin de evitar de que, de su análisis individual y aislado, se llegue a una conclusión equivocada en cuanto a la existencia del acuerdo<sup>229</sup>.

A modo de ejemplo sobre su utilización, y sin perjuicio de todos aquellos casos que han sido reseñados en el acápite anterior de este capítulo, cabe mencionar de forma adicional lo que el propio TDLC en alguna oportunidad ha expresamente señalado:

[...] “Que con el fin de **analizar si hubo colusión** entre las requeridas este Tribunal utilizó la **información sobre precios** de venta a público recolectada por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), para estimar el margen bruto de comercialización en las distintas zonas geográficas de la Región Metropolitana. Si bien la información del SERNAC presenta algunas limitaciones que han sido señaladas por las requeridas, ésta no es sustancialmente distinta que la que aportaron ellas mismas, por lo que **fue considerada útil para analizar la evolución del mercado**”  
[...] (énfasis agregado)<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> GRUNBERG Jorge y MONTT Santiago, *Op. cit.*, p. 76.

<sup>230</sup> TDLC, Sentencia N° 18, Considerando Decimoséptimo, 2005, p. 40.



En este mismo sentido, de manera más reciente, y validando el análisis de prueba circunstancial que se vienen comentando, el TDLC ha sostenido:

[...] “Que, por otra parte, es preciso analizar si los indicios de la existencia de un acuerdo que invoca la FNE están o no acreditados y si éstos conducen o no inequívocamente a la conclusión de que MK, PB y QL acordaron las condiciones bajo las cuales participaron en la Licitación”<sup>231</sup>.

De dichos ejemplos, queda en evidencia como el Tribunal efectúa aquel *análisis lógico, económico y jurídico* necesario a efectos de ponderar la “potencia” que poseen los indicios que le son presentados a efectos de acreditar un acuerdo colusivo. Dicha “potencia” se encuentra estrictamente ligada a dicho análisis el cual, como ya se ha señalado, debe necesariamente considerarlos no sólo de forma individual, sino que además, de forma conjunta e interrelacionada.

Con todo, y sin embargo de lo anotado a lo largo de este trabajo, cabe señalar que a pesar del expreso reconocimiento –de forma autónoma– que ha declarado de el TDLC en relación a la prueba mediante indicios, la Corte Suprema ha rigidizado el sistema probatorio contemplado en el D.L. 211 –alterando, en nuestro concepto, la flexibilidad otorgada por el legislador en este

---

<sup>231</sup> TDLC, Sentencia N° 79, Considerando Trigésimo tercero, 2008, p. 22.

sentido— al extender cada uno de aquellos requisitos que tradicionalmente se han reservado para la construcción de presunciones a los indicios.

[...] “Que los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible luego deducir otros [...]”<sup>232</sup>.

No obstante, tal como se señalara con anterioridad en este trabajo, creemos que, el parecer expresado por nuestro máximo Tribunal rigidiza de forma innecesaria el sistema especialmente diseñado por nuestro legislador en materia de libre competencia.

Esto, toda vez que creemos que, a diferencia de lo que sucede con el régimen legal de las presunciones, respecto de la prueba indiciaria puede morigerarse — jurídicamente— el requisito de *gravedad* exigido para las primeras. En dicho sentido, estimamos que no debe requerirse que de cada uno de los indicios existentes en el proceso aparezca *ostensiblemente* configurada la comisión de un acuerdo colusivo. Dicha configuración, en nuestro concepto, aparece del análisis *en conjunto* que el propio Tribunal ha señalado debe efectuarse a

---

<sup>232</sup> Considerando N° 13 de la Sentencia N° 5057- 2006 que revoca la Sentencia N° 43-2006 del TDLC.

efectos de ponderar la prueba indiciaria y no del análisis aislado que de cada uno de ellos pueda efectuarse.

## II. CONCLUSIONES.-

1. Tal como se señaló a lo largo de todo este trabajo, la colusión constituye el más grave de los ilícitos contemplados en nuestra legislación de libre competencia.

2. En dicho sentido, la propia Corte Suprema ha señalado *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*<sup>233</sup>.

3. Por ello, su adecuado combate, necesariamente pasa por que los órganos jurisdiccionales que intervienen en materia de competencia –en concreto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia– establezca una doctrina clara y precisa sobre el estándar que hará exigible a la Fiscalía Nacional Económica y los particulares a fin de dar por acreditado un acuerdo colusivo a fin de sancionarlo.

4. Dicho estándar, creemos, debe ser lo suficientemente flexible para no rigidizar la adecuada persecución de la colusión en nuestro sistema –

---

<sup>233</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1746-2010, 29 de diciembre de 2010, Santiago, Considerando 12º, p. 7

estableciendo un estándar irrazonablemente exigente—, haciendo prácticamente inviable su condena frente a la Corte Suprema.

5. Asimismo, creemos que el adecuado combate de la colusión supone una sofisticación del desarrollo argumental de los fallos que en materia de acuerdos colusivos dicte en el futuro el Tribunal de Defensa de la Libre competencia.

6. Esto, en particular, cuando la Fiscalía Nacional Económica no cuente con evidencia directa en la acreditación de la práctica requerida.

7. En ello, la sofisticación en el uso de indicios como mecanismo autónomo de prueba contemplado en el DL 211 se hace fundamental.

8. No obstante, dada la reciente modificación del DL 211, a través de la dictación de la Ley N° 20.361, por medio de la cual se introducen importantes mecanismos a fin de que la Fiscalía Nacional Económica robustezca su arsenal de herramientas con que cuenta para detectar y fiscalizar acuerdos colusivos, creemos que aquellos mecanismos indirectos de prueba de éste, caerán en un desuso paulatino.

9. Esto, dado que la Fiscalía Nacional Económica preferirá llevar ante el Tribunal aquellos casos que le permitan tener un mayor grado de certeza

respecto de su resultado. Aquellos donde se hace de prueba directa del acuerdo, ciertamente, son uno de ellos.

10. Prueba de lo que se viene sosteniendo, es que, durante los últimos años, todos aquellos requerimientos que la Fiscalía Nacional Económica ha presentado –por la comisión de acuerdos colusivos– suponen casos en donde la agencia ha desplegado sus esfuerzos a partir de la utilización de mecanismos intrusivos de detección de colusión, haciéndose de prueba directa con anterioridad a que el caso sea presentado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

\*\*\*\*\*

### **III. BIBLIOGRAFIA.-**

#### **A. Recursos Bibliográficos.-**

1. AGÜERO, Francisco. Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia. Boletín Latinoamericano de Competencia N° 19, 2004. Disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>
2. \_\_\_\_ y TORO BOSAY, Luis Eduardo. Limites a la potestad inspectora de la administración: El caso de la Fiscalía Nacional Económica, Santiago, inédito.
3. AGOSTINI, Claudio. Institucionalidad e incentivos para la Libre Competencia. En Foco N° 99. Disponible en [http://www.expansivaudp.cl/media/en\\_foco/documentos/07052007114142.pdf](http://www.expansivaudp.cl/media/en_foco/documentos/07052007114142.pdf)
4. \_\_\_\_ et al. Las fallas del fallo Isapres. Observatorio Económico Facultad de Economía y Negocios Universidad Alberto Hurtado N° 9, 2007. Disponible en <http://www.economiaynegocios.uahurtado.cl/observatorio/html/numeros.html>
5. AGUILÓ, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. Publicaciones Periódicas: Revista de Teoría y

- Filosofía del Derecho DOXA N° 6, 2007. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15821&portal=4>
6. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
  7. \_\_\_\_ Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica, Publicaciones Periódicas: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho DOXA N° 5, 2006. Disponible en [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_07.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf)
  8. BAÑO LEON, José María. Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia, Monografía de Ciencias Jurídicas, McGraw-Hill, Madrid, 1996
  9. BARROS, Enrique. La Interpretación de la Constitución desde la perspectiva de la Teoría del Derecho, en Revista de Derecho Público N° 29-30 (1981).
  10. \_\_\_\_ Legislación y práctica de la libre competencia. Un coloquio con el profesor Ernst J. Mestmäcker, en Estudios Públicos N° 17, Verano (1985). Disponible en [www.cepchile.cl/dms/archivo\\_1393\\_976/rev17\\_ebarros.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_1393_976/rev17_ebarros.pdf)
  11. BENEYTO, José María (Dir.) y MAILLO, Jerónimo (Coord.). Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, Tomos I y II, Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad de San Pablo, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.



12. BREYER, STEPHEN. Revisión Judicial: La Perspectiva de un Juez, en Estudios Públicos N° 75, Invierno (1999)
13. \_\_\_\_ Razonamiento y Revisión Judicial, en Estudios Públicos N° 109, Verano (2008)
14. BUCCIROSSI, Paolo (ed.). Handbook of Antitrust Economics, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2007.
15. BUCHI, Hernán. Economía y Derecho: Análisis económico de los fallos judiciales. Serie de Informe Económico N° 148, Libertad y Desarrollo, 2004. Disponible en [http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo\\_ch4270/deploy/sie-148-economia%20y%20derecho%20 analisis%20economico%20de%20los%20fallos%20judiciales-hbuchi-marzo2004.pdf](http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch4270/deploy/sie-148-economia%20y%20derecho%20 analisis%20economico%20de%20los%20fallos%20judiciales-hbuchi-marzo2004.pdf)
16. BORK, Robert H. The antitrust paradox: a policy at war with itself. Maxwell Macmillan International, New York, 1993.
17. COLOMBO, Juan. Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
18. COOTER, Robert y ULLEN, Thomas, Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999.
19. ECHEVERRÍA, Elisa. Estrategias para detectar colusión: lecciones para el caso chileno. Memoria conducente para obtener el grado de magíster en

- gestión y políticas públicas, Universidad de Chile, Departamento de Ingeniería Industrial, Santiago, 2007.
20. EYZAGUIRRE, Cristóbal y GRUNBERG, Jorge. Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos, en Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia 2, Editorial Legis, Santiago, 2008.
21. FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes. La Valoración de las Pruebas Personales y el Estándar de la Duda Razonable. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N. 15 (2007), disponible en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/2907>
22. GUIJON, Rodrigo. Apuntes de teoría del proceso, derecho procesal orgánico y civil: cátedra del profesor Juan Colombo. Memoria conducente para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2003.
23. GRUNBERG, Jorge. Ilícito monopólico de colusión: los acuerdos colusorios entre competidores: análisis dogmático y jurisprudencial. Memoria de prueba conducente para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2007.
24. GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. Informe en Derecho: Prueba de la Colusión, Santiago, 2011, p. 42. Disponible en [http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1829&GUID=.](http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1829&GUID=)

25. HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Santiago, 2002.
26. \_\_\_\_ Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago, 2007.
27. HOVENKAMP, Herbert. The antitrust enterprise: principle and execution, Harvard University Press, 2005.
28. \_\_\_\_ Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice. 2<sup>nd</sup> ed., Handbokk Series, West Group, 1999.
29. JENNY, Frédéric. The Role of the Economic Analysis in Judicial Decisions, Presentación efectuada en el Latin American Competition Forum 2008, en <http://www.oecd.org/dataoecd/4/26/41215891.pdf>
30. KORAH, Valentine. An introductory guide to EC competition law and practice, 8<sup>TH</sup> ed., Hart Publishing, 2004.
31. MARTINEZ LAGE, Santiago y PETITBO JUAN, Amadeo (directores). El Derecho de la Competencia y los Jueces, Colección Derecho, Marcial Pons y Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2007.
32. MATURANA, Cristian. Derecho Procesal Orgánico, Facultad de Derecho de Universidad de Chile, Materiales de clase, Santiago, 2006.
33. \_\_\_\_ Los Recursos. Facultad de Derecho de Universidad de Chile, Materiales de clase, Santiago, 2008.

34. \_\_\_\_ Disposiciones comunes a todo procedimiento. Facultad de Derecho de Universidad de Chile, Materiales de clase, Santiago, 2001.
35. NAVARRO SUAY, María del Carmen. Las Conductas Conscientemente Paralelas, Estudios de Derecho Mercantil, Thomson Civitas, Navarra, 2005.
36. NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. Fundamentals of American Law, 1<sup>ST</sup> ed. Oxford University Press, 1996
37. ODUDU, Okeoghene. The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81, Oxford Studies in European Law, Oxford University Press, New York, 2006.
38. PAREDES, Ricardo. Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile, en Estudios Públicos N° 58, Otoño (1995)
39. PHILIPS, Louis. Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective, Cambridge University Press, New York, 1995.
40. POSNER, Richard, El análisis económico del derecho, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2000.
41. \_\_\_\_ Antitrust Law, 2nd ed. University of Chicago Press, Chicago, 2001.
42. RIOSECO, Emilio. La Prueba ante la jurisprudencia: derecho civil y procesal civil, tomo II, 4ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
43. ROJAS Nicolás, Acuerdos Extrajudiciales en materia de competencia, El Mercurio, Edición On Line de fecha 31 de mayo de 2012. Disponible en <http://www.elmercurio.com/legal/>

44. ROMERO, Juan José. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuanta evidencia es suficiente?, Documento de Trabajo Centro de Libre Competencia UC, 2007. Disponible en [http://www.lcuc.cl/documentos\\_down/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf](http://www.lcuc.cl/documentos_down/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf)
45. SILVA, Bascuñán Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Segunda edición, Santiago de Chile. Editorial Jurídica, 2002. Tomo VIII.
46. TAPIA, Javier. Carácter Anticompetitivo de los acuerdos restrictivos de la competencia en el sector retail, en MONTT, Paulo y NEHME, Nicole (eds.) Libre Competencia y Retail, Legal Publishig, Santiago, en prensa.
47. TORO Constanza y JUSTINIANO María Fernanda. El debido proceso: Un estudio comparativo de la doctrina procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Facultad de Derecho de Universidad de Chile, 2008.
48. VALDÉS, Prieto, Domingo, La discriminación arbitraria en el Derecho Económico, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1992.
49. \_\_\_\_ Tipicidad y Regla Per Se en las colusiones monopólicas. En Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia 2, Editorial Legis, Santiago, 2008.
50. \_\_\_\_ Libre Competencia y Monopolio, 1ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

- 51.\_\_\_\_ Función consultiva del tribunal de la libre competencia, en La Semana Jurídica N° 222, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.
- 52.\_\_\_\_ Sobre la Naturaleza y límites de la potestad consultiva del tribunal antimonopolio, en Actas de las segundas jornadas de derecho de la empresa, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- 53.VALLADARES, Carla. Presunciones Judiciales e Indicios. Memoria de prueba conducente para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, 2000.
- 54.WHISH, Richard. Competition Law, 5<sup>th</sup> ed. LexisNexis Butterworths, Londres, 2003.
55. ZAPICO GUERRA, Rodrigo. Prácticas concertadas y comportamiento paralelo como restricciones a la libre competencia. Memoria de prueba conducente para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1990.

**B. Normas Jurídicas.-**

1. Constitución Política de la República de Chile
2. Código Civil
3. Código de Procedimiento Civil
4. Código Penal
5. Código Procesal Penal

6. Decreto Ley N° 211

**C. Recursos Jurisprudenciales.-**

**1. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.-**

- a. Sentencia N° 18/2005
- b. Sentencia N° 26/2005
- c. Sentencia N° 43/2006
- d. Sentencia N° 57/2007
- e. Sentencia N° 63/2008
- f. Sentencia N° 74/2008
- g. Sentencia N° 112/2011
- h. Sentencia N° 119/2012
- i. Sentencia N° 122/2012

**2. Excelentísima Corte Suprema.-**

- a. Sentencia Rol N° 3344/2005
- b. Sentencia Rol N° 4332/2005
- c. Sentencia Rol N° 5057/2006

d. Sentencia Rol N° 4052/2007

e. Sentencia Rol N° 5443/2009

f. Sentencia Rol N° 1746/2010

**3. Excelentísimo Tribunal Constitucional.-**

a. Sentencia Rol N° 480/2006