



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

“ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONSIDERA EL  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA PARA  
DETERMINAR EL MONTO DE LAS MULTAS”

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumno: Miguel Andrés Villagrán Molina

Profesor Guía: Domingo Valdés Prieto

Santiago - Chile

2013

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>CAPITULO I: LA CONSAGRACIÓN DE LAS MULTAS EN LA LEY DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.....</b>	<b>6</b>
1.    CONSAGRACIÓN LEGAL. EVOLUCIÓN DESDE LA LEY 13.305, EL DECRETO LEY 211, LA LEY 19.911 Y LA LEY 20.361. ....	6
<b>CAPÍTULO II: LAS MULTAS EN LA LEY DE DEFENSA DE LIBRE COMPETENCIA, CARACTERÍSTICAS EN LA LEY Y SU FINALIDAD.....</b>	<b>16</b>
1.    CONSAGRACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO.....	16
2.    CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS DISPOSICIONES LEGALES.....	18
3.    ACERCA DE LA FINALIDAD DE LAS MULTAS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA. ....	21
<b>CAPITULO III: NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MULTAS IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. SU RELEVANCIA .....</b>	<b>24</b>
1.    LAS MULTAS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SON “SANCIONES ADMINISTRATIVAS”. EL TRATAMIENTO DE LA DOCTRINA CHILENA. ....	24
2.    LA RELEVANCIA PRÁCTICA DEL TRATAMIENTO DE LAS MULTAS COMO SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LA APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS PENALES.....	28
<b>CAPITULO IV. ANÁLISIS POR AÑO DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS MULTAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.....</b>	<b>32</b>
1.    PRIMERA PARTE. EL AÑO 2004: LA AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS MULTAS Y EL SURGIMIENTO DEL TRIBUNAL.....	32
1.1. <i>Consideraciones Previas. La modificación legal producto de la Ley 19.911.</i> ....	32
1.2. <i>Las Sentencias del año 2004: una escasa o nula fundamentación de las multas.</i> .....	36
2.    SEGUNDA PARTE. EL AÑO 2005: EL SURGIMIENTO DE NUEVOS, BREVES, VARIADOS, PERO EXIGUOS ARGUMENTOS A EFECTO DE FUNDAMENTAR LA APLICACIÓN DE MULTAS.....	38
3.    TERCERA PARTE. EL AÑO 2006: EL SURGIMIENTO DEL CONCEPTO DE BENEFICIO ECONÓMICO Y SU EXPANSIÓN PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS MULTAS, LA INCORPORACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y EL SURGIMIENTO DE LA CORTE SUPREMA. ....	52
4.    CUARTA PARTE. EL AÑO 2007: UNA MAYOR ACTIVIDAD DE AMBOS TRIBUNALES AL MOMENTO DE FUNDAMENTAR LA CONDUCTA SANCIONADA Y LA SANCIÓN EN ESPECÍFICO.....	71
5.    QUINTA PARTE. EL AÑO 2008: UNA MAYOR EVOLUCIÓN EN LA LÍNEA ARGUMENTATIVA DEL TDLC Y LA CORTE SUPREMA: LA FINALIDAD DE LAS SANCIONES, EL CONCEPTO DE BENEFICIO	

ECONÓMICO Y EL SURGIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS MULTAS.....	76
6. SEXTA PARTE. EL AÑO 2009: CONTINUIDAD DE CONCEPTOS EN LA JURISPRUDENCIA. (LA FINALIDAD DE LAS SANCIONES, EL BENEFICIO ECONÓMICO, LA MOTIVACIÓN DE LAS SANCIONES). LA INCORPORACIÓN DE “LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN”. EL AUMENTO Y REDUCCIÓN DE MULTAS POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA.....	88
7. SÉPTIMA PARTE. AÑO 2010: UN NUEVO ELEMENTO: FUNDAMENTACIÓN CONFORME AL MÉRITO DEL PROCESO. FUNDAMENTOS PARA ATENUAR LAS MULTAS POR CIRCUNSTANCIAS “EXTRÍNSECAS”. EL SURGIMIENTO DE PREVENCIÓNES. ....	102
8. OCTAVA PARTE. AÑO 2011 LAS CONCILIACIONES Y EL ANÁLISIS DEL MERCADO RELEVANTE.....	115
9. NOVENA PARTE: AÑO 2012 EL SURGIMIENTO DE LA DELACIÓN COMPENSADA Y EL AUMENTO EN EL MONTO DE LAS MULTAS. ....	126
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>140</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>145</b>
I. OBRAS GENERALES DE DERECHO. ....	145
II. ARTÍCULOS EN REVISTAS DE DERECHO Y/U OBRAS CONJUNTAS.....	146
III. TESIS DE PRE Y POST-GRADO.....	149
IV. ARTÍCULOS EN INTERNET.....	150
V. OTROS TEXTOS.....	150
VI. INFORMES EN DERECHO.....	151
VII. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.....	151
VIII. EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA.....	154

## INTRODUCCIÓN.

*“El éxito económico se decide en el mercado, esto es, en un marco de competencia, donde siempre resulta mejor parado aquel que aprovecha todas las posibilidades existentes para configurar su oferta de manera favorable; es más, cualquier vulneración de reglas cuya observancia implica costes genera una ventaja desde el punto de vista competitivo. Siempre y cuando el aprovechamiento de todas las posibilidades, cuando no la violación de reglas, a la larga no resulte remunerado por el mercado, no se da ninguna especialidad principal. Con un ejemplo, productos que rayan al borde del estándar todavía permitido a la larga son únicamente comercializables como productos de bajo precio y productos con deficiencias de seguridad desaparecerían también a la larga del mercado aunque no existiese responsabilidad por el producto. Pero si el hecho de extremar los límites existentes, cuando no transgredirlos, no perjudica a larga vista al adquirente potencial, porque los perjuicios precisamente recaen — real o supuestamente— sobre la generalidad o sobre cualesquiera otras personas distintas al adquirente, el mercado remunera ofertas a precio especialmente bajo y, por ello, existe en tales casos una incitación permanente a aprovechar la frontera de lo permitido y a arriesgar transgresiones que se puedan solapar”<sup>1</sup>.*

La normativa sobre Libre Competencia en nuestro país faculta a un Tribunal especial a conocer de las actuaciones de organismos públicos y privados de actos contrarios a la Libre Competencia. Este órgano es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Junto con ello, la normativa faculta al Tribunal a imponer “multas a beneficio fiscal” las que han ido aumentando en su consagración legal.

Pretendemos analizar qué fundamentos ha tenido el Tribunal (y en su momento la Comisión Resolutiva Central) para aplicar las multas cuando han determinado que existen actuaciones contrarias a la libre competencia. Para ello se torna indispensable una pequeña referencia a la evolución histórica de la imposición de multas (y en su momento de tipos penales a efectos de precaver conductas antimonopólicas), cómo han sido tratadas doctrinalmente y qué relevancia

---

<sup>1</sup> JAKOBS Günther. “Dogmática de Derecho Penal y Configuración Normativa de la Sociedad. Madrid, España, Editorial Thomson Civitas. 2004 p. 39.

tiene ese tratamiento. Las multas fueron sustituyendo las respuestas que el Estado había impuesto a los ciudadanos, trasladando desde el ámbito penal al pecuniario su poder de reacción, considerando factores de eficiencia y otras finalidades, que incluso escapan al estudio de la Libre Competencia y se acercan al Derecho Punitivo.

Para lo anterior hemos reunido las sentencias desde el año 2004 a 2012. Como hipótesis preliminar creemos que esa fundamentación de las multas no ha sido siempre igual y que, atendida la mayor especialización en el conocimiento de la disciplina antimonopólica, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia iría motivando cada vez más sus sentencias. Ello en razón de la importancia de su función para el mercado y sus agentes, pero además, porque estando sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, la posibilidad de enmendar sus planteamientos están latentes, máxime aun si este Tribunal Supremo constituye un Tribunal de derecho y con interpretaciones cargadas de formalismo y observancia de la ley. Discurre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en un sistema procesal altamente especializado, con análisis de prueba rendida sometida a las reglas de la sana crítica y con integrantes que no son abogados, mientras que la Corte Suprema es un Tribunal de Derecho, letrado y permanente, cuya función actual corre por dos cauces, la observancia de los derechos fundamentales y el cumplimiento del principio de legalidad y de igualdad ante la ley como Tribunal de Casación.

Pretendemos, previo a analizar las sentencias y tal como lo indicamos en el párrafo precedente, dar una pequeña base doctrinal imprescindible pero suficiente para adentrarnos al tema que nos convoca. La fundamentación de las multas en materia de libre competencia no es un tema solamente del Derecho Económico. En efecto, su origen, como dijimos, fue asociado como una renovación frente a las antiguas sanciones penales, sus montos han sido discutidos legislativamente por su incidencia en el tráfico jurídico y también como empleo preventivo de dichas conductas. Su tratamiento en la doctrina chilena (a la cual principalmente recurriremos) ha corrido cauces constitucionales, administrativos y penales, siendo absolutamente necesario que nos adentremos en estos.

Iremos comentando las sentencias año por año, porque así el lector podrá identificar nuevos argumentos utilizados por los Tribunales a efectos de su imposición y fundamentación. Este

método permite también comparar si han existido “puntos de quiebre” entre un período y otro. Si el análisis se hubiera hecho por causales se tornaría confuso, por ello iremos indicando y recordando las veces que se reiteren fundamentos, o bien cuando sean descartados, el año que consideraremos es el de la fecha de dictación de la Sentencia por parte del TDLC ya que es en este Tribunal que se inicia la fundamentación de las mismas, además, porque hay casos en que no se interpuso reclamación ante la Suprema, por lo que quedó firme y ejecutoriada. Toda vez que haya existido reclamación ante el Tribunal Supremo lo indicaremos, aún si no hay (como veremos) referencia alguna a las multas. Hemos considerado algunos casos en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha acogido requerimientos y estos han sido revocados por la Corte Suprema por la vía de la reclamación, toda vez que queremos mostrar la argumentación subyacente a la afirmación o negación de imponer multas. Asimismo, hay algunos pocos casos en que la Corte Suprema aumenta las multas e incluso acoge reclamaciones en casos que el TDLC había rechazado requerimientos. Mencionaremos casos en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acogió requerimientos y que la Corte Suprema los revocó, en búsqueda de fundamentos para la aplicación de multas.

Señalar que pretendemos agotar el estudio de la fundamentación de las multas en materia de libre competencia es una pretensión inaceptable. A lo que apuntamos, más bien, es a mostrar con detalle los argumentos esgrimidos a fin que los operadores en esta disciplina puedan precaver eventuales reacciones judiciales, con impacto preclaro sobre agentes económicos. El tema que hemos decidido estudiar tiene vínculos con diversas áreas del derecho: Así, las infracciones a la libre competencia podrían llegar a originar responsabilidad civil<sup>2</sup>, responsabilidad criminal (si v.gr, la colusión es con productos importantes para la salud pública, configurando un delito), y responsabilidad del Estado o sus organismos personificados (una licitación). Por otra parte, la justificación de las multas tiene claras implicancias de Derecho Penal y con incidencia de garantías constitucionales, tanto en su aplicación como en su fundamento. Por ello, nuestro tema de estudio pretende combinar –en la medida de nuestras posibilidades- un análisis doctrinal pero también el conocimiento práctico de la situación jurídica que significa imponer multas por conductas contrarias a la libre competencia.

---

<sup>2</sup> Sobre este tema, que escapa con creces a nuestra tesis, el trabajo de BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual” Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 194 a 198.

## **CAPITULO I: LA CONSAGRACIÓN DE LAS MULTAS EN LA LEY DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.**

### **1. Consagración Legal. Evolución desde la ley 13.305, el decreto Ley 211, la Ley 19.911 y la Ley 20.361.**

i. Debe señalarse -como primera cuestión- que el establecimiento de multas surgió a la par de la creación de normas que pretendían proteger la libre competencia. En efecto, podemos remontarnos –en su origen- al Título V de la Ley 13.305, este llevaba por título “Del fomento de la libre competencia comercial e industrial” y creó la Comisión Antimonopolio. Como anota William García: “Estableció el ilícito monopólico como un ilícito penal, además de sanciones administrativas (inhabilidades, revocación de autorizaciones, caducidad de concesiones, etc.)”<sup>3</sup>.

ii La Ley 13.305 señala en su artículo primero que “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados” (Art. 1º, inciso primero), añadiendo que: “Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado” (inciso segundo)<sup>4</sup>. Asimismo, facultó a la Comisión Resolutiva a imponer multas hasta por una suma equivalente a diez mil unidades tributarias anuales (Art. 17 letra a) número 4).

La organización antes señalada fue modificada sideralmente con la entrada en vigencia de la Ley 19.911 de 14 de noviembre de 2003, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Se pretendía, como señaló el Mensaje Presidencial “un Tribunal fortalecido, con directrices bien definidas, debe contar con atribuciones sancionatorias adecuadas que le permita cumplir con el objetivo de inhibir las conductas anticompetitivas, en el estricto marco constitucional. Por ello,

---

<sup>3</sup> GARCÍA MACHMAR William. Manual de la libre competencia. Editorial Thompson Reuters PuntoLex. Santiago, Enero de 2011. p. 27.

<sup>4</sup> A la sanción penal anterior, debe sumarse lo prescrito en el Art. 3 de dicho Decreto Ley. En efecto, “Tratándose de personas jurídicas y sin perjuicio de la responsabilidad penal a que se hagan acreedores sus representantes legales o las personas naturales que por ellas obraron, podrá ordenarse la disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado” (Inc. 1).

se propone sustituir el carácter penal de la ley vigente, por mayores multas y la responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en las acciones contrarias a la libre competencia”<sup>5</sup>. La modificación de la sanción penal a que se refiere el artículo primero del Decreto Ley 211 citado es atribuible –sin dudas- a que: “Nunca se impuso sanción penal alguna”<sup>6</sup> y al reconocimiento –vía mensaje presidencial- que rara vez ha dado paso a la acción penal y estimándose que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas. De esta forma, estimamos que la eliminación del carácter penal, lejos de sugerir un ablandamiento frente a las violaciones a esta ley, va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores”<sup>7</sup>.

Debe señalarse, que el hecho que existiesen sanciones penales en la legislación antimonopolio no constituyó una actuación de nuestro legislador que pueda ser tratada de baladía. Una buena síntesis de la tensión de las sanciones penales la expone acertadamente Rodrigo Ríos, quien nos señala:

“Se ha apuntado por la doctrina en términos que para que un sistema de protección en sede administrativa sea eficiente, en su finalidad de salvaguardar la libre competencia, requiere la Administración contar con una organización sólida y efectiva, en el entendido de que las soluciones que ella brinde sean suficientes, sin necesidad de complemento o de apoyo por parte del Derecho penal, lo cual indudablemente deberá ser siempre matizado con la aceptación social de que una intervención penal sea innecesaria tratándose de determinado tipo de conductas. Por ende, el cimiento de esta forma de protección quedará entregado en último término a los niveles de tolerancia que tenga la sociedad respecto de este tipo de materias. Esto puede ejemplificarse como un elástico, en la medida que resista será aceptable la solución entregada por el Derecho administrativo en su faz sancionadora, una vez que este elástico se rompa, esto es, que la tolerancia de la sociedad se vea sobrepasada, se reclamará por parte de esta, una respuesta más enérgica de parte del Estado, es decir, una solución proveniente del Derecho penal, y esto ocurrirá en la medida que la sociedad, a través de la “opinión pública” transmita su intolerancia

---

<sup>5</sup> Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley. Fecha 21 de Mayo, 2002. Cuenta en Sesión 01, Legislatura. 347. En “Historia de la ley 19.911”, p. 8 de 669.

<sup>6</sup> GARCÍA MACHMAR William. Ob Cit p. 29.

<sup>7</sup> Mensaje de S.E. El Presidente de la República, en “Historia de la Ley 19.911”, p. 12 de 669.



hacia cierto tipo de conductas que atenten contra las reglas propias del libre mercado, pero que en último término tengan una patente consecuencia en el bienestar de los consumidores. Esto último aumentará, en la medida de que se vaya tomando cada vez mayor conciencia de los derechos que conciernen a grupos intermedios, como por ejemplo, lo son los consumidores, quienes o mediante acciones de clase hacen efectivos sus derechos actuando de manera conjunta. Este es un fenómeno que en la actualidad muchos países han experimentado, evolucionando de un sistema limitado únicamente al Derecho administrativo sancionador hacia un sistema de protección mixta o bien netamente de respuesta desde el ámbito penal, como expresión a esta clamor social de mayor severidad en la aplicación de castigo”<sup>8</sup>.

(...)

“Este recurso exclusivo a sanciones penales se entiende con facilidad en momentos históricos caracterizados por la ausencia de leyes especiales de defensa de la competencia y de una autoridad administrativa con suficientes facultades de persecución y sanción. Esta incriminación penal cumple en estos contextos históricos una función puramente simbólica, es decir, se castigan prácticas contra la libre competencia solo para dejar constancia de su prohibición, pero no para llevar a cabo una efectiva represión de las mismas”<sup>9</sup>.

Debe señalarse además que la aplicación de multas y sanciones no hace más que reconocer - como lo señaló el Primer Informe de la Comisión de Economía- la calidad de órgano jurisdiccional especial e independiente del Tribunal, integrado por cinco miembros y sujeto a la

---

<sup>8</sup> RÍOS A. Rodrigo. Injusto monopólico. Entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. En Revista Derecho y Humanidades. Universidad de Chile. N° 16 vol. 1, año 2010, p. 179.

<sup>9</sup> RÍOS A., Rodrigo. Ob Cit p. 181. Incluso quien fuera abogado asesor de la Fiscalía Nacional Económica y posteriormente Ministro del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Radoslav Depolo sostuvo: “Si bien la competencia constituye un elemento esencial de la economía de mercado adoptada en la generalidad de los países, no parece apropiado, en la etapa de madurez del sistema económico chileno, utilizar notas penales para su protección. La imposición de sanciones penales a quienes atenten contra la competencia es un instrumento disuasorio y ejemplarizador que se justifica en aquellas economías que inician su liberalización, y su fundamento radica en la necesidad de incorporar con fuerza en los agentes de mercado la idea y el propósito de convertir la competencia y el libre juego de la oferta y la demanda en los únicos o principales mecanismos para la asignación de recursos en la economía. Puede también justificarse como una reacción del Estado a la existencia de un poder económico creciente e impune, que domina los mercados en abierto perjuicio de los consumidores” (DEPOLO RAZMILIC Radoslav. El Régimen Jurídico de Defensa de la Competencia en Chile. Algunas Proposiciones para su Despenalización. en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (1997) pp. 438, 439 y 440).

superintendencia de la Corte Suprema, confirmándose su carácter jurisdiccional, quedando sujeto a las disposiciones generales del Código Orgánico de Tribunales<sup>10</sup>.

Lo cierto es que el proyecto de ley del poder ejecutivo contemplada la aplicación de multas en el Art. 17-C, (referido a las Atribuciones del Tribunal)<sup>11</sup>, mas al discutirse en sala<sup>12</sup>, el H. Senador Novoa sostuvo que: “Actualmente, el límite máximo de las multas bordea los 300 millones de pesos. El proyecto lo establece en 10 mil 300 millones de pesos; o sea, casi 35 veces más. No me preocupa fijar multas altas, porque muchas veces quienes atentan contra la libre competencia son empresas monopólicas o corresponden a las que deben ser disuadidas de sus prácticas con sanciones que realmente las afecten. Pero el proyecto no indica ningún parámetro objetivo para establecer el nivel de las multas. Se puede sancionar con 10 mil 300 millones de pesos tanto al director de una compañía como a la empresa misma. Igualmente, se puede castigar –ello dependerá del criterio del Tribunal que, además, no está sometido a rigurosidad alguna en el análisis de las pruebas- a una empresa por una violación no significativa. Entonces, en la discusión particular debieran incorporarse criterios objetivos para graduar las multas, de manera que tengan relación con la capacidad de pago del infractor y con la gravedad de la falta. Por lo menos, tales parámetros deberían estar contenidos en la ley para evitar sentencias desproporcionadas o injustas”<sup>13</sup>.

Ello se tradujo en una indicación del mismo senador de fecha 28 de octubre de 2002<sup>14</sup> que contempló: “c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 20 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.

Para la determinación de las correspondientes sanciones según el grado de la infracción, se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias:

---

<sup>10</sup> Cuenta en Sesión 22, Legislatura 347, de fecha 13 de Agosto de 2002. Historia de la Ley 19.111, p. 40 de 669.

<sup>11</sup> Mensaje de S.E. El Presidente de la República. En “Historia de la Ley 19.911” p. 19 de 669.

<sup>12</sup> Senado de la República. Legislatura 347, Sesión 25, de fecha 03 de Septiembre de 2002. Discusión general, Aprobado en general. En Historia de la Ley 19.911, p. 82 de 669.

<sup>13</sup> Énfasis nuestros.

<sup>14</sup> Indicaciones Parlamentarias. En “Historia de la Ley 19.911”. p. 134 de 669.

- El monto del daño.
- La cantidad de personas afectadas por la infracción.
- El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.
- La gravedad de la conducta.
- Su calidad de reincidente.
- Si la infracción está en grado de tentativa, delito frustrado o consumado” (Énfasis nuestros).

Puesto en votación el monto máximo de la multa a aplicar, se aprobó la suma de 20.000 unidades tributarias anuales, con los votos de los Honorables Senadores señores Chadwick, Espina (dos votos), Novoa (dos votos) y Orpis. Votaron en contra, declarándose partidarios de establecer una multa de 30.000 unidades tributarias anuales, los Honorables Senadores señores Gazmuri y Moreno (ambos con dos votos)<sup>15</sup>.

Lo anterior motivó que la redacción del Articulado respectivo en el Segundo Informe de Comisión de Constitución y Economía Unidas del Senado<sup>16</sup>, el proyecto fuera del siguiente tenor:

“c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte 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 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 (Indicaciones N° 55 y 56. Mayoría 6x4).”

---

<sup>15</sup> En “Historia de la Ley 19.911”. p. 178 de 669. Sobre el particular, el señor Fiscal Nacional Económico sostuvo que no debería contemplarse el monto del daño, ya que no es éste el elemento central, sino que el atentado en contra de la libre competencia, bien jurídico que no sólo tiene un alcance pecuniario. Las Comisiones Unidas acogieron ese razonamiento y, con el objetivo de reforzar la idea de que no se trata de una indemnización, acordaron desechar también el criterio referido a la cantidad de personas afectadas por la infracción. Tampoco aceptaron aquél que distingue la etapa de desarrollo de la infracción. Finalmente, se estimó adecuado expresar que las multas se regularán prudencialmente, según sea el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción. En lo que se refiere a la responsabilidad de los directores y administradores de las personas jurídicas, en el caso de conductas realizadas por éstas, se acogieron los criterios contenidos en el proyecto (*Ibidem*).

<sup>16</sup> Senado de la República, 11 de Marzo, 2003. Cuenta en Sesión 37, Legislatura 348, en “Historia de la Ley 19.911”. p. 216 de 669.

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 y la calidad de reincidente del infractor.” (Indicaciones N° 55 y 56. Mayoría 10x0) (Énfasis nuestros).

Esta redacción se mantuvo a lo largo de todo el Proyecto de ley que fue aprobado, y que se tradujo en la redacción actual del Artículo 26 letra c).

iii. Con todo, este monto tuvo modificaciones producto de la Ley 20.361 que incorporó la llamada “Delación compensada” al sistema de libre competencia chileno<sup>17</sup>. En efecto, como rola en el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, de fecha 05 de junio, 2006<sup>18</sup>, “El presente proyecto de ley se ha estructurado a partir de disposiciones específicas. En algunos casos, se incorporan al texto legal, como las prohibiciones a que estarán sujetos los integrantes del Tribunal o la revelación de antecedentes eficaces para la investigación de conductas contrarias a la libre competencia. En otros casos, se formulan extensiones de los presupuestos de hecho que contemplaban algunas normas, tales como incompatibilidades e inhabilidades más rigurosas para los Ministros del Tribunal o la incorporación de nuevas circunstancias para la determinación de la multa que deberá aplicar el Tribunal”, proponiendo en su proyecto las siguientes modificaciones al artículo 26:

“a) Reemplazase, en la letra c) del inciso segundo, la expresión “veinte” por la expresión “treinta”<sup>19</sup>, y agregase, a continuación de la frase “en la realización del mismo”, la siguiente oración, precedida de una coma (,): “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26 bis<sup>20</sup>”. b)

---

<sup>17</sup> Podemos definirla –siguiendo el trabajo de Eduardo Poehls Bustos- como “*un mecanismo empleado para actuar sobre delitos de carácter colectivo, donde se otorga la reducción parcial o total de la pena a uno de los miembros de la organización ilegal por entregar información que permita sancionar al resto* (citando a Aldo González) “Delación compensada en materia de libre competencia, ventajas y desventajas de su aplicación en Chile”. (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas), Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, páginas 6 y 7. Añade nuestro autor que mientras mayor sea el monto de la multa, es mayor el desincentivo a coludirse, debido al alto costo que implicaría un eventual descubrimiento, que en caso de ser condenado, conllevaría además perjuicios adicionales, sobre todo en lo que a imagen corporativa se refiere.” POEHLS BUSTOS, Eduardo. Ob Cit pp. 14.

<sup>18</sup> Mensaje de Cuenta en Sesión 39, Legislatura 354. en “Historia de la Ley 20361”.p. 7 de 643.

<sup>19</sup> Es decir, el Proyecto de Ley pretendía aumentar las multas de 20 mil a 30 Unidades Tributarias Anuales.

<sup>20</sup> El art. 26 bis del Mensaje de S.E. La Presidente de la República contenía *in integrum* la regulación de la “Delación compensada”. Así lo reglamentaba: “Artículo 26 bis.- El Tribunal deberá reducir, o eximir en casos calificados, el monto de la multa que le aplique en forma individual, a quien haya revelado a la Fiscalía Nacional Económica, hechos que configuren una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° o que la acreditan, mediante el suministro de

Intercálese, en el inciso tercero, a continuación de la expresión “conducta”, la siguiente oración, precedida de una coma (,): “el daño causado a la libre competencia”<sup>21</sup>.

Analizando este proyecto de Ley, en el Primer Informe de la Comisión de Economía<sup>22</sup> se sostuvo que: “Por otra parte, la supresión del carácter penal de las sanciones para quienes atentan contra la libre competencia, ha provocado que los agentes económicos, en tanto sujetos racionales, asuman un riesgo real de ser sancionados, pero sin sujeción a normas claras en la determinación de las multas, de manera que todavía algunos pueden incurrir en tales conductas bajo la esperanza de no ser descubiertos o, en caso de iniciarse una investigación, de invocar principios generales del sistema sancionatorio para que se les apliquen en sus mínimos o, como no previó la ley N° 19.911, incurrir en conductas que causan grandes perjuicios a terceros difíciles de identificar y que, por lo tanto, no tienen incentivos para deducir demandas civiles, sin que tales daños sean ponderados negativamente por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al aplicar multas”. Por ello, señaló el citado informe: “Sin perjuicio de lo anterior, para casos excepcionales, que deberá fundar detalladamente el tribunal, podrá eximirse completamente de la multa a quien ha revelado antecedentes que permiten evitar en forma preventiva las consecuencias y daños que habría provocado un ilícito cuyo descubrimiento fue posible principalmente en virtud de tal revelación. Ello representa doctrinariamente un “puente de plata” desde la sanción a su exención, basado en una política orientada principalmente a la eficacia de la detección temprana de un ilícito que puede provocar significativos daños en un mercado y

---

informaciones precisas, verídicas y comprobables que conduzcan a la determinación de los demás responsables, o sirvan para prevenir o impedir su ejecución.

El Tribunal se pronunciará en la sentencia definitiva sobre la eficacia de la revelación aportada.

En el caso que la Fiscalía Nacional Económica haya recibido en una investigación declaraciones y antecedentes proporcionados de acuerdo al inciso primero, deberá solicitar en el requerimiento, la reducción de la multa que estime adecuada o su exención, conforme a la eficacia que las declaraciones y antecedentes proporcionen a la investigación, la oportunidad en que se aportaron y que emanen de un partícipe en la conducta que no sea su promotor. En todo caso, el Tribunal podrá imponer una multa mayor a la propuesta si del mérito de la prueba aportada al proceso, se comprobare que las circunstancias y efectos de la conducta son más graves que las determinadas en el requerimiento.

Las declaraciones y antecedentes aportados conforme a este artículo, tendrán carácter secreto desde que se den o entreguen a la Fiscalía Nacional Económica, la que deberá formar un expediente administrativo especial y separado con tales declaraciones y antecedentes, al cual sólo tendrá acceso el Tribunal.

Los afectados tendrán acceso únicamente a las piezas pertinentes de este cuaderno, cuando tales declaraciones o antecedentes se hagan valer en su contra por la Fiscalía Nacional Económica, o sean calificados como hechos a acreditar en los puntos de prueba o en una medida para mejor resolver decretada por el Tribunal. Una instrucción de carácter general del Tribunal precisará y desarrollará la aplicación de este beneficio y los criterios en virtud de los cuales se calificará la eficacia de las revelaciones aportadas.”

<sup>21</sup> En “Historia de la Ley 20.361”. p. 19 de 643.

<sup>22</sup> Cámara de Diputados. Fecha 05 de diciembre, 2006. Cuenta en Sesión 108, Legislatura 354. En “Historia de la Ley 20361”. p. 38 de 643.

que, sólo por la imposibilidad de su descubrimiento, sin la acción de uno de los que participan en la conducta, la sanción cede exclusivamente respecto de quien efectúa la revelación”<sup>23</sup>.

La discusión parlamentaria prosiguió y en el Primer Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados<sup>24</sup>, se registra que: “El Diputado señor Bustos se manifestó de acuerdo con el alza del máximo de la multa por el aspecto simbólico que envuelve toda sanción, lo que permitía manifestar algo, dar una determinada señal. Creía, asimismo, que tendría efectos positivos en la delación compensada porque para la persona a quien se le va a rebajar la sanción, resulta importante saber que el monto máximo puede llegar hasta las treinta mil unidades tributarias anuales”. Con todo, huelga decir que “El Diputado señor Burgos estuvo en contra de aumentar el máximo de la multa, por cuanto no creía en las señales que podrían dar las penas y si el Tribunal había estado muy lejos de aplicar el actual máximo, no veía justificación para subirla en un tramo tan elevado. El Diputado señor Ceroni creyó positivo el aumento, recordando que lo que se pretendía era velar por la libre competencia, frente a una situación en que cada vez se daban figuras más complejas que atentaban contra dicha libertad. Por último, ante la prevención del Diputado señor Arenas en el sentido de que las sanciones del proyecto alcanzarían no sólo a los grandes empresarios sino también a los pequeños y medianos, los representantes del Ejecutivo expresaron que el Tribunal, al aplicar la multa, tenía en consideración, entre otros factores, la capacidad económica del infractor, parámetro que recogió el Diputado señor Bustos, proponiendo se lo agregará entre los que debe considerar el juez al aplicar dicha sanción”.

Ello se tradujo en que el Segundo Informe Comisión de Economía<sup>25</sup>, propusiera introducir modificaciones en el Artículo 26, sugiriendo como indicación número 13) letra a) que:

“En la letra c), intercálese a continuación de la palabra “anuales”, lo siguiente: “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”; e intercálese las siguientes oraciones tercera y cuarta, nuevas:

---

<sup>23</sup> Historia de la Ley 20.361. p. 42 de 643.

<sup>24</sup> De fecha 13 de septiembre, 2007. Cuenta en Sesión 84, Legislatura 355. En “Historia de la Ley 20361”, pp. 160 y 161 de 643.

<sup>25</sup> Senado de la República. Fecha 31 de marzo de 2009. Cuenta en Sesión 06, Legislatura 357. En “Historia de la Ley 20.361”, pp. 415 de 643.

“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.”. b) Sustitúyase su inciso tercero, por el siguiente: “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.”.

En votación, la Comisión aprobó la referida redacción, en uso de la facultad establecida en el artículo 121 del Reglamento del Senado, por la unanimidad de los miembros presentes, Honorables Senadores señores García, Novoa y Vásquez<sup>26</sup>. Ello fue aprobado en el resto de la discusión parlamentaria, y el Artículo 1° número 13 incorporó esas modificaciones al Art. 26<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> En “Historia de la Ley 20.361”, p. 360 de 643.

<sup>27</sup> Debe precisarse que –siempre en el ámbito de las multas– el Art. 10 de la Ley 20.169 que regula la competencia desleal, de fecha 2 de febrero de 2007 prescribe: “Si la sentencia firme establece que han existido uno o más actos de competencia desleal, el tribunal que la dictó deberá remitir todos los antecedentes del juicio al Fiscal Nacional Económico, quien tendrá la facultad de requerir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, atendidas la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado, la aplicación de la multa correspondiente de conformidad con esta ley.

El Fiscal Nacional Económico podrá interponer la acción ante el Tribunal de la Libre Competencia dentro de los dos años siguientes a la recepción de los antecedentes.

La multa a que se refiere el inciso primero de este artículo fluctuará entre 2 y 1.000 unidades tributarias mensuales, y se aplicará a beneficio fiscal. Para la determinación del monto de la multa, se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor”.

La sentencia firme a que se refiere este artículo son las que se produzcan de los procedimientos suscitados ante las actuaciones de competencia desleal que prescribe el Art. 4° de dicha ley, las que serán conocidas por el juez del domicilio del demandado o del actor a elección de este último (Art. 8.) con las reglas del juicio sumario si que se aplique el Art. 681 del Código de Procedimiento Civil (Art. 9). Un comentario de esta modificación legal (que no altera las multas regladas por el Art. 26 del Decreto Ley 211) puede verse en Barros Bourie, Enrique & Rioseco López, Andrés, titulado “Ley 20.169 sobre competencia desleal”. Informativo Jurídico N° 40, Año 2007. Editorial Jurídica de Chile. Recientemente ha aparecido en nuestro medio un análisis de las conductas del Art. 4 en la obra de Óscar Contreras Blanco titulada “La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena” Ediciones UC. Año 2012, Págs. 97 a 142. Por último Nicole Nehme considera que tanto los casos de Laboratorio Lafi contra Laboratorio Novartis Chile y la causa referida al Instituto Profesional de Chile constituyen “actos de denigración o degradación” siendo una de las modalidades de prácticas desleales (Pág. 117 y 118) siendo otros ejemplos la inscripción de marcas (Pág. 116) Los “actos de confusión” (citando el caso Paltomiel. Pág. 119 y 120) y actos de predación (Pág. 121 a 122) entre otros. Nehme Z. Nicole, “Competencia Desleal” en Decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, años 2004-2005, Tomo II. Mayores ejemplos en el ámbito comparado en S. Barona, “Competencia Desleal”, (pp. 33-97).Materiales de estudio del curso “Libre Competencia y Mercados Regulados” del profesor Domingo Valdés Prieto. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Abril de 2012.

Por último, digamos que la modificación legislativa de la tercera oración del Art. 26 del Decreto Ley 211, (la prohibición de pago por la persona jurídica), ha sido analizada por Alex Van Weezel, quien nos dice: “Es doblemente interesante, pues uno de los argumentos tradicionales a favor de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste precisamente en que las penas de multa impuestas a las personas naturales resultan ser ilusorias, pues luego son reembolsadas por la corporación. (Cfr. HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, cit. nota n° 6, pp. 75 y ss.) Pues bien, el derecho de la libre competencia contempla desde siempre la responsabilidad infraccional de las corporaciones, y no obstante ello se consideró necesario reformarlo en el sentido apuntado. Nuevamente: lo que interesa es que la sanción recaiga sobre el responsable del ilícito y no sobre chivos expiatorios”<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> VAN WEEZEL DE LA CRUZ Alex. Contra la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Revista Política Criminal, Vol. 5 N° 9. 2010. p. 119.



## **CAPÍTULO II: LAS MULTAS EN LA LEY DE DEFENSA DE LIBRE COMPETENCIA, CARACTERÍSTICAS EN LA LEY Y SU FINALIDAD.**

### **1. Consagración en el derecho positivo.**

Expuesto en el Capítulo anterior la evolución legal de la consagración de multas en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, detengámonos en su explicación. Por de pronto, debe indicarse que la imposición de multas es en relación a prácticas contrarias a la libre competencia, las cuales el Art. 3 de la Ley 19.911 que modificó el Decreto Ley 211, configuró como siguen:

"Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.
- b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, 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."

Por otra parte el Art. 26 de la ley preceptúa lo siguiente:

“Artículo 26º.- La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo.

En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

- a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;
- b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;
- c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente 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. 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 cualquiera 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. En el caso de las 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.

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”

## 2. Características generales de las disposiciones legales.

Analizando el sentido del artículo 26, en especial la letra c), se ha sostenido que “El sujeto pasivo de la multa puede ser tanto la persona jurídica correspondiente, como sus directores, administradores y toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo”<sup>29</sup>, facultándose al Tribunal a imponer la multa correspondiente a la persona jurídica implicada y adicionalmente a los directores o administradores de ésta.

La multa, entonces pues, es una de las sanciones más altas dentro de un amplio catálogo de facultades del sistema de libre competencia chileno. Las más “blandas” que apuntan -en concepto de Juan José Romero- al “actor virtuoso” o socialmente responsable, pretenden el cumplimiento colaborativo, al “actor racional” (oportunista y calculador), la disuasión, y al “actor incompetente” o irracional la incapacitación<sup>30</sup>.

Por ello es que la multa se encuadra dentro de un conjunto de herramientas para adoptar una estrategia de enforcement que permita combinar la colaboración y persuasión con la disuasión (e, incluso, la incapacitación). En otras palabras, nuestra legislación reconoce y posibilita la aplicación de estrategias “fuertes” y “menos fuertes” o “blandas”<sup>31</sup>. Entendiendo este autor por éstas -en su acepción amplia- aquellas acciones dirigidas a lograr que la legislación se cumpla<sup>32</sup>.

Expone el profesor Romero<sup>33</sup> en su trabajo el catálogo de medidas que tiene a su haber el Tribunal, previa habilitación legal:

### i. Persecución judicial y consultas (sanciones y medidas);

---

<sup>29</sup> GARCÍA, William. Ob Cit. p 89.

<sup>30</sup> ROMERO GUZMÁN Juan José: *Enforcement, Sanciones y Multas en el Sistema de Libre Competencia Chileno*. En obra colectiva “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”. Editorial Thompson Reuters PuntoLex. Santiago. 2011. p. 506.

<sup>31</sup> ROMERO GUZMÁN, Juan José. Ob Cit. p. 507.

<sup>32</sup> ROMERO GUZMÁN, Juan José. Ob Cit. p. 504.

<sup>33</sup> ROMERO GUZMÁN, Juan José. Ob Cit. p. 507.

- ii. Conciliaciones; delación compensada; acuerdos extrajudiciales;
- iii. Instrucciones generales; proposiciones a Presidente de la República; y guías.
- iv. Educación, consejo y persuasión (difusión y promoción de la cultura de la competencia - ej.: charlas y talleres de difusión, jornada “día de la competencia”, capacitación y convenios contra la colusión en licitaciones públicas, estudios sectoriales y documentos técnicos, etc.)

Asimismo, dentro de los “remedios o sanciones” la multa ocupa - al tenor del trabajo del profesor Romero<sup>34</sup>- un “segundo lugar”:

- i. Modificación o disolución de personas jurídicas.
- ii. Multas (a la persona jurídica o a sus directores, administradores o a quienes hayan intervenido directamente. Además, existe responsabilidad solidaria de individuos por multas a persona jurídica).
- iii. Modificación o término de los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de ley de defensa de la libre competencia.
- iv. Medidas y condiciones asociadas a consultas y demás asuntos no contenciosos, así como a conciliaciones, acuerdos de delación compensada y acuerdos extrajudiciales.
- v. Medidas cautelares provisionales (que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento).

En cuanto a los criterios para la imposición de multas el profesor Romero señala que: “en cuanto a la flexibilidad existente de acuerdo a nuestra legislación para la determinación del monto de las multas, hay que reconocer que se tiene un sistema más basado en estándares o parámetros generales de conducta que en reglas o criterios específicos de comportamiento. Esta ausencia de precisión normativa queda de manifiesto no sólo en el tipo infraccional matriz del artículo 3°

---

<sup>34</sup> ROMERO GUZMÁN, Juan José. Ob Cit. p. 518.

inciso primero, sino también en la tipificación del régimen sancionatorio, el cual no distingue escalas según el nivel de gravedad de la infracción”<sup>35</sup>.

Por otra parte, Javier Ramírez<sup>36</sup> sostiene que el sistema chileno de multas entrega alta discrecionalidad al Tribunal, lo que produce “desproporciones y subjetividades al momento de comparar las multas aplicadas en diversos casos”. A modo de lege ferenda cita normativa de derecho comparado con el objeto que se consagren en Chile normativamente criterios reglados para la imposición de la multa. Así v.gr. señala que la Unión Europea tiene más normativa sobre las multas, indicando los artículos 81 y 82 del Reglamento de la Comisión Europea, indicando este autor además que existe una Directiva para el cálculo de multas en aplicación del Art. 23 apartado 2 letra a) del Reglamento de la Comisión Europea N° 1/2003, que tiene como finalidad (expresamente reconocida) “un carácter disuasorio específico y general”. Finaliza su análisis remitiendo al Art. 64 de la Ley Española 15/07 de Defensa de la Competencia publicada en el Boletín Oficial del Estado Número 159 el 04 de julio de 2007<sup>37</sup>.

Por último Ignacio Barón<sup>38</sup> señala en su trabajo que configura la ley un establecimiento de conductas de manera genérica en materia de infracciones a la libre competencia, las que son susceptibles de ser sancionadas con multas, concluyendo que: “De esta manera, se asume una

---

<sup>35</sup> ROMERO GUZMÁN Juan José. Ob Cit. p. 523.

<sup>36</sup> RAMÍREZ ANDERSEN Javier. “Revisión de las Multas Aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la luz de un Sistema Sancionatorio Basado en un Porcentaje del Valor de las Ventas”. (Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de la Empresa) Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010. p.3.

<sup>37</sup> RAMÍREZ ANDERSEN Javier. Ob Cit. P. 5. Señalemos por nuestra parte que el artículo citado preceptúa lo siguiente:

“Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones.

1. El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
  - b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.
  - c) El alcance de la infracción.
  - d) La duración de la infracción.
  - e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
  - f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
  - g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.
2. Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:
- a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley.
  - b) La posición de responsable o instigador de la infracción.
  - c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.
  - d) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el artículo 62.

<sup>38</sup> BARÓN A. Ignacio “Tratamiento de las Multas y su Determinación por Casos de Infracción a la Libre Competencia en Chile y la Unión Europea” en Revista Anales Derecho UC N° 4, Temas de Libre Competencia. Editorial Legis. 2008. p. 201.

imposibilidad de la ley para prever todos los casos de atentado contra el bien jurídico protegido”. Sostiene además que la consagración legal sólo exige al órgano resolutorio fundamentar sus sentencias, únicamente enunciando los fundamentos de hecho, derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. Por lo anterior su conclusión es lapidaria: “No es posible deducir con los antecedentes expuestos hasta ahora, que detrás de cada intento o experiencia legislativa exista algún modelo, sistema o método –sea este económico o de otra índole- en virtud del cual el órgano jurisdiccional llamado a prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia pueda ser uno de manera objetiva, técnica, predecible y no discrecional al establecimiento y determinación de tales multas”<sup>39</sup>.

### **3. Acerca de la finalidad de las multas en materia de libre competencia.**

Tema aparte es si las multas cumplen con las finalidades previstas por el legislador antimonopólico. Como señala Juan José Romero: “En la legislación chilena de libre competencia (artículo 26° letra c), así como en la mayoría de las legislaciones extranjeras sobre la materia, la multa aparece como la principal forma de sanción. Sin embargo, las multas como sanción no están ajenas a inconvenientes. Se ha subrayado, muchas veces, las dificultades que éstas presentan para disuadir eficazmente; para rehabilitar infractores; para servir de vehículo de denuncia o censura pública de la infracción cometida; o para evitar efectos adversos en terceros”<sup>40</sup>. En ese sentido, ha sostenido William García que “El Tribunal ha sido bastante benigno en la aplicación de multas”<sup>41</sup>.

Por otra parte, dada la consagración legal del sistema de multas y diversas medidas del Art. 26 del Decreto Ley, Santiago Montt sostuvo que: “Como puede apreciarse —especialmente al tenor

---

<sup>39</sup> *Ibidem*. Este predicamento no es compartido. En efecto, el Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia (Julio de 2012) entregado a S.E. El Presidente de la República se señala: “Si bien no parece prudente establecer reglas mecánicas que vinculen determinadas situaciones de atentado a la libre competencia con un determinado porcentaje de las ventas de la empresa infractora para establecer la multa a aplicar, a juicio de la Comisión sería recomendable ir estableciendo en los fallos del TDLC una relación entre ambas variables- con las calificaciones propias de cada caso (Informe, Pág. 14). La discrecionalidad en la aplicación de las multas será expuesta en algunos fallos de la Corte Suprema, como veremos ulteriormente. La discrecionalidad judicial allá de nuestro parecer, es una realidad constante en la judicatura chilena, reconocido académicamente como la “revisión judicial en materia económica”. Un estado de la cuestión en el reciente trabajo de García, José Francisco: “Criterios para fortalecer la revisión judicial económica” en Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. N° 21, Julio de 2010. p. 255 a 315.

<sup>40</sup> ROMERO GUZMÁN Juan José. Ob Cit. p. 520.

<sup>41</sup> GARCÍA William. Ob Cit. p. 91. Cabe señalar que no hay en el trabajo argumentos para sostener este predicamento, más allá de un anexo donde expone las multas aplicadas por el TDLC.

del artículo 3° inciso 1°—, la facultad del TDLC para imponer condiciones o medidas en procesos contenciosos es amplia. Esta amplia potestad del TDLC en el ámbito de lo contencioso no debe ser utilizada con fines sancionatorios. Si bien las condiciones o medidas son usualmente impuestas en forma simultánea a una sanción pecuniaria (multa), ellas deben siempre ser usadas como un mecanismo regulatorio destinado a restablecer la competitividad de los mercados y no para imponer un “mal” per se a la empresa o entidad que incurrió en un hecho, acto o convención anticompetitiva. Por excepción, sólo la disolución debiera usarse —y en forma excepcional— como sanción”<sup>42</sup>.

Este tema ha cobrado relevancia institucional toda vez que fue extensamente considerado -muy recientemente-, en el Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia de julio de 2012, entregado a S.E. El Presidente de la República don Sebastián Piñera<sup>43</sup>.

En este informe existen ideas del todo convenientes a destacar: A juicio de los integrantes de la Comisión: “existe un espacio para perfeccionar las normas que establecen las sanciones a aquellas personas naturales y/o jurídicas que participan en la ejecución o elaboración de actos anticompetitivos. Así, se recomienda que las multas a las empresas envueltas en prácticas lesivas a la competencia sean establecidas de acuerdo con una estimación de los beneficios obtenidos como consecuencia de las mismas, más un monto que actuaría como disuasivo”<sup>44</sup>. Añaden al analizar el aumento de los montos de las multas por las Leyes 19.911 y 20.361 que “No obstante este reajuste en la magnitud de las sanciones monetarias, es importante hacer presente que en general este máximo no parece haber actuado como una restricción a las decisiones de los tribunales correspondientes, considerando que el promedio de las multas aplicadas por este se

---

<sup>42</sup> MONTT OYARZÚN Santiago. Condiciones Impuestas Por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Marco de una Operación de Concentración en el Derecho Chileno”. En VI Congreso Iberoamericano de regulación, gestión y control de los servicios públicos, Mendoza, Argentina, 2011. p. 13 [en línea] <<http://www.sextocongresoasier.com.ar/ponencias/docPot/Autor%20MONTT%20OYARZ%C3%9AN.%20Santiago.%20Condiciones%20impuestas%20por%20el%20Tribunal%20de%20Defensa%20de%20la%20Libre%20Competencia%20en%20el.pdf>> [Consulta 3 de octubre de 2012].

<sup>43</sup> Cuyo Secretario Ejecutivo es don Tomás Flores Jaña (Subsecretario de Economía y Empresas de Menor Tamaño). Su Presidente Francisco Rosende Ramírez (Decano Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas Pontificia Universidad Católica de Chile) e integrantes: Aldo González Tissinetti, Arturo Yrarrázaval Covarrubias, Blanca Palumbo Ossa, Domingo Valdés Prieto, Francisco Agüero Vargas, Ricardo Jungmann Davies, Ronald Fischer Barkan, Anita Holuigue Barros, Enrique Vergara Vial, Jorge Rodríguez Grossi y Hermann von Gersdorff Trömel.

<sup>44</sup> Informe de la Comisión Asesora. p. 4.

han mantenido sustancialmente por debajo del máximo permitido por la ley”<sup>45</sup>. Por ello es que el informe en comento recomienda adoptar la práctica existente en diversos países de fijar la multa como un porcentaje de las ventas de la empresa durante el período del ilícito, a lo que se añade un factor “disuasivo”<sup>46</sup>. Ello es coherente con nuestra propia legislación, la cual habla en varios pasajes de “prevenir”, empleando también el verbo “corregir”<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> La Comisión exceptúa de este planteamiento la sentencia de “farmacias” (no indica cuál pero claramente se refiere a FASA) que analizaremos en este trabajo. Informe de la Comisión Asesora, p.10.

<sup>46</sup> Informe de la Comisión Asesora. p. 13.

<sup>47</sup> ROMERO GUZMÁN Juan José. Ob Cit. p. 512. Profundiza el mismo autor señalando que: “Cuando se habla de los objetivos de las penas o sanciones, generalmente se hace referencia a la **retribución**, **disuasión**, **rehabilitación**, **incapacitación** y **reparación**. Estos objetivos, los cuales también constituyen cinco justificaciones posibles a la aplicación de sanciones o penas, pueden, someramente y a modo introductorio, sintetizarse de la siguiente manera: (i) la **retribución** busca asegurar que los infractores reciban su justo castigo por el ilícito cometido; (ii) la **disuasión** busca disuadir, prevenir o desincentivar a las personas de cometer ilícitos; (iii) la **rehabilitación** busca alcanzar la recuperación, corrección o “sanación” del infractor; (iv) la **incapacitación** busca incapacitar o inhabilitar a los infractores de modo de que éstos no sean capaces de volver a infringir la ley por un período sustancial de tiempo; y (v) la **reparación** busca restaurar o compensar el mal infligido a la víctima” (Romero, Juan José. Obra citada. Pág. 519. Énfasis en el original.).



### **CAPITULO III: NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MULTAS IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. SU RELEVANCIA**

#### **1. Las multas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son “Sanciones Administrativas”. El tratamiento de la doctrina chilena.**

Vimos en el Capítulo I la evolución en la consagración de multas en las leyes antimonopólicas y sus fundamentos a la luz de la historia fidedigna de su establecimiento. Por otra parte, vimos en el Capítulo II su consagración en el derecho positivo vigente y el tratamiento doctrinal que se ha hecho de ellas. Nos queda por tratar un tema de la mayor relevancia práctica sobre las mismas.

Parece haber casi total consenso doctrinal en que la incorporación de multas en vez de penas penales trajo como efecto que éstas fueran consideradas como sanciones administrativas.

Con todo, el reconocimiento no ha sido expreso en la legislación, y trabajos en la doctrina tampoco hay muchos. El profesor Domingo Valdés constituye una de las excepciones a la regla. En su libro “Libre Competencia y Monopolio” al analizar el Art. 26 letra c) sostiene que es el propio Decreto Ley que ha calificado estos atentados como infracciones, citando el profesor Valdés los artículos 18, 39 y 41<sup>48</sup>. Añade además que la expresión “infracción” indica claramente que son infracciones de menor gravedad que las penales y que por ende son meramente atentados de naturaleza administrativa. Con todo –precisa- “existe entre ambas, sanciones penales y sanciones administrativas cierta comunidad en exigencias garantísticas, así ambos deben ser típicos, debe haber correspondencia entre el acto y la sanción y una descripción previa de la conducta descrita”<sup>49</sup>.

Lo cierto es que son muy pocos los análisis referidos a las características de las multas en materia de libre competencia como “sanciones administrativas”, la mayoría que existe se ha dado a través de los Informes en Derecho presentados al Tribunal en los diversos casos

---

<sup>48</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2006. p. 228.

<sup>49</sup> VALDÉS PRIETO Domingo, Ob Cit. p. 245

sometidos a su conocimiento. En efecto, el profesor Héctor Hernández<sup>50</sup> señala que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia - citando al efecto la sentencia N° 26-2005- ha reconocido “tácita pero inequívocamente” la vigencia de las garantías del derecho penal a la hora de imponer sanciones administrativas. Atribuye en este trabajo, además, a que no hay tratamiento mayor del tema en Chile en ausencia de normativa expresa, citando como ejemplo la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575<sup>51</sup>, y citando el fallo Rol 244 del Excmo. Tribunal Constitucional<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> HERNÁNDEZ B. Héctor. Informe en Derecho “Falta de Jurisdicción de los órganos estatales chilenos para conocer de infracciones a la libre competencia cometidas en el extranjero y vigencia en Chile del principio ne bis in idem en su dimensión horizontal”. De fecha 28 de marzo de 2011. p. 4.

<sup>51</sup> HERNÁNDEZ B. Héctor, Ob Cit, pp. 2 y 3.

<sup>52</sup> El fallo citado señala (en lo concerniente a nuestra investigación) “9°. Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado; 10°. Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”. Con todo, se hace imperioso señalar que esa jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional ha experimentado un pequeño matiz. Cito para ejemplificar el rol 480 del Tribunal Constitucional: “Quinto: 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 3° del artículo 19 (Cursivas nuestras) Vigésimo: Que una vez aceptado que resulta constitucionalmente lícito que un decreto puede detallar una ley que establece deberes administrativos de los administrados, ha de seguirse necesariamente que no resulta constitucionalmente obligatorio que la ley regule en todos sus detalles esos mismos deberes.* En el otro extremo, tampoco resulta constitucionalmente tolerable que la ley, eluda la reserva legal y, carente de contenido, delegue en el administrador lo que la Constitución ha reservado a ella.” (Cursivas nuestras) “Vigésimo Primero: Que, de este modo, la Constitución otorga y distribuye potestades limitadas a los órganos del Estado para garantizar que su actuación sea en defensa de la persona y de su dignidad, *pero suficientes para la consecución del bien común en materias que exigen regulación y fiscalización estatal, como lo es, en la especie, (...)* En virtud de esos principios y conforme a las reglas ya analizadas, la Constitución reserva a la ley, manifestación de la voluntad soberana y norma con la máxima publicidad, el establecimiento sustantivo de los deberes y de las sanciones que puedan imputarse a su incumplimiento. Al mismo tiempo, y dentro de los límites constitucionales y legales, faculta a la administración para dictar las normas reglamentarias que juzgue convenientes para la ejecución de los deberes legales. Establecidas las premisas anteriores, cabe abocarse ahora a determinar si la regulación efectuada a nivel legal por los preceptos impugnados en estos autos es suficientemente descriptiva de la conducta debida para habilitar regulación reglamentaria. (Cursivas nuestras)” Este ligero cambio ha sido percibido por algunos autores que han manifestado que lo que anteriormente (Rol 244) era indubitado ha quedado hoy en tela de juicio. (Alcalde Rodríguez, Enrique: “Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa” en Arancibia Mattar, Jaime (Editor) “La Primacía de la persona humana”. (Estudios en homenaje a Eduardo Soto Kloss). Editorial LegalPublishing AbeledoPerrot, 2009, Pág. 795 y 796. Con todo este autor no reitera esta crítica y asemeja este fallo en su contenido al fallo rol 244 (Ley de Caza) en un trabajo posterior titulado “Aplicación de los principios de culpabilidad y tipicidad en la infracción administrativa” en Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, N° 24, Julio de 2011.p. 72.

Por otra parte el profesor Enrique Cury<sup>53</sup> expone que: “La cuestión previa a la naturaleza de las sanciones administrativas –en donde encuadra la potestad sancionatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia- se encuentra entre las más discutidas por la doctrina durante todo el siglo pasado y desde las últimas décadas del XIX”. Una primera aproximación trata que los dos tipos de sanciones (penales y administrativas) se diferencian por la índole de infracciones a las cuales se imponen, siendo cualitativamente distintas. La segunda visión estima que solo existe entre ambas una diferencia gradual, por ende, una diferencia cualitativa. Una tercera aproximación (citando a Raúl Carvenali) considera que la diferencia entre ambas sanciones es de carácter valorativo, esto es, que ante ambas formas de injusto, se haga una apreciación estimativa, a fin de determinar si el injusto solo es merecedor de una sanción administrativa o bien una penal. Luego de replicar las teorías cuantitativas y la “tercera”, concluye que la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo es exclusivamente cuantitativa, solo es de magnitudes. “El administrativo no es sino un injusto de significado ético-social reducido, el que por tal razón solo debe estar sometido a sanciones menos gravosas las cuales no requieren de garantía tan severas como las que rodean a la pena penal. Este es el criterio predominante en la actualidad”<sup>54</sup>.

El efecto natural de esta tesis es claro. La aplicación del estatuto penal a las multas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia significa en buenas cuentas que su aplicación debe ceñirse minuciosamente al “debido proceso legal” consagrado en la Constitución Política (Art. 19 número 3 inciso 6) A ello debe sumarse – como lo señalaremos más adelante- las exigencias penales de presunción de inocencia, culpabilidad<sup>55</sup>, entre otras. Huelga señalar que existen discrepancias, para v.gr. Raúl Núñez, “el bloque de garantías constitucionales materiales y

---

<sup>53</sup> CURY URZÚA Enrique. “Informe en Derecho a Compañía Chilena de Tabacos S.A, sobre supuestas infracciones al Decreto Ley N° 211 referente a conductas antimonopólicas”. Sin fecha, Págs. 7 y 8. Su postura ya la había expresado en “Derecho Penal. Parte General” Ediciones UC, 2005. pp. 104 a 108.

<sup>54</sup> CURY URZÚA Enrique. Ob Cit. p. 10.

<sup>55</sup> Señala Domingo Valdés: “Nuestra adhesión a la escuela cuantitativa se funda en la común naturaleza que exhibe el delito penal y el ilícito administrativo y en que la diferencia que éstos muestran es de grado. Consecuencia de lo anterior es que el sistema de garantías diseñado para el injusto penal ha de extenderse al ilícito administrativo. Entre tales garantías se yergue el fundamental principio *nula poena sine culpa*, el cual sirve de fundamento a diversas garantías específicas. (Valdés Prieto, Domingo. “La culpabilidad en el ilícito infraccional”. En “La primacía de la persona humana. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss” (Jaime Arancibia Mattar y José Ignacio Martínez Estay (coordinadores). Editorial LexisNexis. 2009. Pág. 815). Un análisis detenido con fundamentación filosófica del acto libre en relación al principio de culpabilidad y con planteamientos jurisprudenciales del TDLC sobre la culpabilidad en el trabajo del profesor Valdés titulado “El Injusto Monopólico”. Revista de Derecho de la Empresa N°5. Universidad Adolfo Ibáñez. Ed. Legis 2006 Especialmente Págs. 40 a 43 y en la aplicación jurisprudencial Págs. 46 a 52.

formales del orden penal no se trasladan in totum al campo de las sanciones del Derecho de la Libre Competencia”. Es decir, no puede darse una mera aplicación analógica o traslaticia del estatuto penal, cosa distinta es que ambas deriven de la misma finalidad punitiva, “no existe en ellas una unidad “ontológica” entre ambas, sino un escalón de intensidad, un salto cualitativo”. Por cierto, cabe decir que Nuñez Ojeda reconoce que se comprenden las garantías constitucionales de legalidad y principio de culpabilidad, entre otras, “pero con un menor grado de intensidad que en el orden jurisdiccional penal”<sup>56</sup>. Hay una pequeña referencia en el trabajo de William García, señalando que “resulta dudoso que sean aplicables en esta materia las mismas categorías del derecho penal. Se trata más bien de un ilícito administrativo”<sup>57</sup>. Han planteado otros autores –en relación al tipo sancionatorio del Art. 3 del Decreto Ley 211, pero siendo su planteamiento extrapolable a las multas- que: “Sin embargo, pensamos que las garantías en comento (legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia, etc.) no deben ser aplicadas con la misma intensidad respecto de todas las formas de ejercicio del ius puniendi estatal. Esta idea resulta consistente con la función sistemática del Derecho penal como última ratio del ordenamiento jurídico, que sólo hace razonable la aplicación irrestricta de los principios constitucionales limitadores del ius puniendi frente a las formas más intensas de afectación legítima de derechos fundamentales. Lo anterior, a nuestro juicio, no opera de la misma manera respecto de las conductas y sanciones meramente contravencionales, pues al suponer esas respectivamente un menor disvalor de injusto y una menor invasión legítima en los derechos fundamentales, no requieren ni justifican una aplicación tan rígida de los principios en cuestión”<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> NÚÑEZ OJEDA Raúl. Informe en Derecho en relación a la regulación en Chile de la Institución de la Prescripción de la Acción Para Perseguir el Ilícito Anticompetitivo” (a solicitud de la FNE) Marzo de 2011. p. 14. Aunque la referencia está dada por la prescripción, no deja de ser importante a efectos de aplicarla al ámbito de las sanciones.

<sup>57</sup> GARCÍA William. Ob Cit. p. 39.

<sup>58</sup> DUFEU ABELIUK, Sebastián & VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo. Tipo de injusto monopólico. Ubicación sistemática y constitucionalidad. En Revista Derecho y Humanidades. Universidad de Chile N°10, 2004, p. 314. Prosiguen los mismos autores en su fundamentación del siguiente modo: “Sin embargo (...) el que dicho tipo de injusto haya perdido su carácter penal, siendo actualmente contravencional, hace que la aplicación del principio constitucional de tipicidad no sea tan intensa o exigente respecto del mismo. Y si bien podría criticarse su carácter de tipo abierto o indeterminado desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ello no supone considerar a dicha disposición como inconstitucional. Esto por cuanto consideramos que no le es posible al legislador definir exhaustivamente el tipo de injusto monopólico. En efecto, las características del tráfico económico y el principio de autonomía de la voluntad que subyace a la generalidad de las conductas objeto de control y sanción por parte del tribunal de defensa de la libre competencia hacen inverosímil pretender definir con precisión las conductas atentatorias contra la libre competencia.” (Dufeu Abeliuk, Sebastián & Vallejo Garretón, Rodrigo. Artículo citado. p. 316)

## **2. La relevancia práctica del tratamiento de las multas como sanciones administrativas y la aplicación de las garantías penales.**

La tesis anterior, sostenida a través de doctrina y jurisprudencia variada, es de relevancia. En primer lugar, no debe olvidarse que el Legislador Antimonopólico debe cuidar, por mandato constitucional, que sus preceptos regulatorios de la Libre Competencia no supriman el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita ni hagan imposible su ejercicio, “puesto que si ello ocurriera no sólo habría faltado a su esencial misión de tutelar la Libre Competencia”<sup>59</sup>. En segundo lugar, en virtud de la función tutelar (una de las tres funciones de la legislación antimonopólica en relación con el bien jurídico denominado Libre Competencia), “el Decreto Ley 211 debe preservar la Libre Competencia creando los medios para que este bien jurídico sea respetado no sólo por las autoridades públicas y personas públicas, sino que también por las autoridades privadas y personas privadas”<sup>60</sup>. La multa como sanción administrativa, impuesta por mandato de la ley, cuadra según nuestro parecer en este aspecto. La multa como sanción constituye una función reguladora de la libre competencia.

Señala asimismo Domingo Valdés que regular no es sino “colocar en orden una cosa”, precisando que: “El orden asignado en el caso en comento no puede ser otro que la recta disposición de los derechos fundamentales hacia el bien común político. “Colocar en orden” equivale a ordenar, esto es, encaminar hacia un fin y este fin no puede ser otro que el del bien común político, único fin hacia el cual el Legislador puede legítimamente imperar una conducta, de conformidad con el artículo primero, inciso cuarto, de la Constitución. Por tanto, la regulación sólo puede estar orientada hacia una constructiva armonización del derecho fundamental en cuestión con el bien común de la sociedad civil, al tenor de la descripción que del bien común político realiza el propio artículo primero, inciso cuarto, de la Constitución”. Ante la eventual confusión de conceptos, nuestro autor nos aclara que: “La función regulatoria

---

<sup>59</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. “Informe en Derecho” (a petición de Voissnet en Rol C N° 60-05) caratulado “Voissnet S.A. con Telefónica CTC Chile S.A.” 19 de diciembre de 2005. Pág. 6. Debe señalarse que el profesor Arturo Fermandois al analizar la institucionalidad antimonopólica señala que al ser un “Tribunal” el TDLC “su función consiste en resolver conflictos, o controversias surgidas de la defensa del bien jurídico de la libre competencia. Por ello la función reguladora le es antinatural y constitucionalmente le queda vedada. Su misión es sentenciar y no regular. Empero, si con motivo de una sentencia se formulan por el Tribunal criterios determinados, acotados al caso y sometidos a la ley y a la Constitución, ello será lícito. Si se excede de este marco, devienen inconstitucional” “Derecho Constitucional Económico” Segunda Edición, Ediciones UC.2006. p. 203,

<sup>60</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. “Informe en Derecho”. p. 8.

no debe ser confundida con la función limitativa; esta última sólo tiene por objeto poner coto o margen al ámbito de ejercicio de un derecho fundamental y sólo puede basarse en el orden público, la moral y la seguridad nacional, que son los únicos límites aceptados por el Constituyente para la garantía contemplada en el inciso primero del 19 N° 21”<sup>61</sup>.

En segundo lugar, al someterse al estatuto garantístico del Derecho Penal, las infracciones a la libre competencia requieren ser probadas por quien las alega (sea la Fiscalía Nacional Económica o bien otro particular en estricto pie de igualdad). Como ha entendido el mismo profesor Valdés no puede entenderse que en Chile existan ilícitos “per se” en el sistema monopólico<sup>62</sup>. Ello en aplicación al “El juicio conforme a la regla de la razón (rule of reason) se funda en el alto riesgo de error en la calificación de una conducta sospechosa de ilicitud monopólica que se seguiría de realizarse un análisis apriorístico (prima facie). Por tanto, se promueve un examen de las circunstancias y factores del caso particular para determinar los eventuales efectos anticompetitivos de una conducta.”<sup>63</sup>. De allí que –concluye– “la prohibición formulada por el artículo 19 N° 3, inciso sexto, de nuestra Constitución Política de la República en cuanto a que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal” importa también una prohibición de presumir la responsabilidad infraccional. La presunción que resulta prohibida es la “iuris et de iure” (no admite prueba en contrario) en lo relativo a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de una conducta, esto es, los presupuestos del delito”<sup>64</sup>.

Por lo anterior, fuerza es concluir que se requiere un juicio especialísimo de reproche personal a efectos de ser sancionado en conformidad al Art. 3 del Decreto Ley 211 y aplicándose las multas a que se refiere el Art. 26 del mismo cuerpo legal. De este modo, se tiene que “La culpabilidad es un requisito esencial e inamovible para el establecimiento y la fijación de las penas. Sólo cabe

---

<sup>61</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. “Informe en Derecho” p. 11.

<sup>62</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. “Informe en Derecho. Acerca de supuestos injustos de colusión monopólica desarrollados por ACHAP, sus directores, su presidente ejecutivo y las agencias afiliadas a aquélla” Mayo de 2009. p. 46 y 48.

<sup>63</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. Informe en Derecho. Acerca de supuestos injustos de colusión monopólica desarrollados por ACHAP, sus directores, su presidente ejecutivo y las agencias afiliadas a aquélla” Mayo de 2009. p.47.

<sup>64</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. Informe en Derecho. Acerca de supuestos injustos de colusión monopólica desarrollados por ACHAP, sus directores, su presidente ejecutivo y las agencias afiliadas a aquélla” Mayo de 2009. p. 50. (Énfasis en el original). La referencia al inciso sexto debe entenderse hoy al inciso séptimo de la Constitución, producto de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.516 que incorporó un inciso más al artículo 19 numeral 3, añadiendo un nuevo inciso cuarto que reza: “Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley”.

imponer una pena por una conducta a quien sea autor o dueño de ésta y sólo existe señorío sobre una conducta propia en tanto que ésta haya sido ejecutada con conocimiento y voluntad de lo que se estaba realizando por parte del autor de la misma. En otras palabras, sólo puede haber culpabilidad allí donde la conducta es causal y psicológicamente conducida por el autor y pudiendo éste haberla realizado de otra forma, esto es conforme a derecho, no lo hizo (...). Si falta el conocimiento y la voluntad de abandonar la ley no existe un acto propiamente humano, esto es racional y libre, y por ello no de haber delito y, por tanto, tampoco pena”<sup>65</sup>.

Otro efecto relevante de sostener una u otra tesis es el de la ponderación de la prueba, que en materia de libre competencia es de “sana crítica”<sup>66</sup>: “En esta materia el estándar de exigencia de la prueba resulta de mayor relevancia que aquel aplicado en materia civil, toda vez que nos encontramos ante el ejercicio del poder punitivo del Estado. (...) En el primer caso, se ha impuesto la tendencia norteamericana de establecer un estándar de prueba más allá de toda duda razonable (Beyond reasonable Doubt and Probable Cause), con la finalidad de proporcionar sustancia concreta a la presunción de inocencia, fijando un estándar de prueba de mayor rigurosidad que el propio de las causas civiles. En el otro extremo se coloca al modelo civil, que aparece bastante más flexible, identificado con la expresión preponderancia de la prueba o balance of probabilities. Ahora bien, puesto en esta disyuntiva, algunos autores sostienen una suerte de estándar intermedio conocido como prueba clara y convincente (clear and convincing) bajo la idea que se trataría de sanciones cuya gravedad no sería equiparable a aquellas aplicables por la vía penal. Sin embargo, aquí nos encontramos con una cuestión central: ¿El ilícito antimonopólico es de naturaleza penal? En nuestra opinión, el poder punitivo del Estado ejercido a través de la autoridad judicial tiene una clara naturaleza penal, como ocurre en estas materias. Por lo tanto, es forzoso concluir que el estándar de la prueba para acreditar un ilícito antimonopólico debe ser de los más altos y de mayor rigurosidad, en la medida que nos encontramos ante la comprobación de hechos punibles de la mayor gravedad”<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. “La culpabilidad en el Ílicito Infracional”. p. 817.

<sup>66</sup> Consagrada en el Art. 17 letra F, inciso final, de la Ley 19.911.

<sup>67</sup> CORDERO QUINZACARA Eduardo & UNDURRAGA José Gabriel. “El injusto Monopólico y la Sana Crítica”. [en línea] <[http://www.guerrero.cl/el-injusto-monopolico-y-sana-critica/prontus\\_guerrero/2012-06-11/182750.html](http://www.guerrero.cl/el-injusto-monopolico-y-sana-critica/prontus_guerrero/2012-06-11/182750.html)> [17 de septiembre 2012].

Asumida la perspectiva anterior, (esto es, que la normativa de la libre competencia en su aspecto sancionatorio es consecuencia del ius puniendi estatal, no pudiendo escapar de nuestro marco constitucional) sostienen Víctor Avilés y María de la Luz Domper que “de no lograrse un adecuado estándar de prueba, del todo asimilable al existente en otras materias sancionatorias como las propiamente penales, no procede la aplicación de sanción alguna a la persona. En este contexto, los análisis económicos y de causalidad son un importante indicio del que pueden surgir bases para las presunciones, pero las mismas, por sí solas, no bastan para imponer una sanción”<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> DOMPER RODRÍGUEZ María de la Luz & AVILÉS HERNÁNDEZ Víctor Manuel. “Una mirada Económica y Jurídica al Fallo Voissnet Contra CTC y su Impacto en el Esquema de Libre Competencia Chileno”. En Fernando V. Arturo & García, José Francisco (Editores) “Sentencias Destacadas 2006. Una mirada desde las políticas públicas”. Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, Abril de 2007. p. 339. El marco constitucional que se aplica al ius puniendi antimonopólico se traduce en el reconocimiento al respeto al bien jurídico protegido, atendido que la sanción es la última ratio del Derecho (Pág. 332), siendo solo sancionable la conducta que afecte o tienda a afectar al bien jurídico libre competencia (Pág. 335). Al igual que el profesor Valdés Prieto, el reconocimiento al principio de la culpabilidad, exigiendo que se establezca en el proceso la existencia de una disposición subjetiva del investigado al momento de cometer los hechos y el ánimo de afectar la libre competencia (Pág. 337) y el principio de reserva de ley y tipicidad (siendo al parecer de los autores citados, poderosas razones prácticas que obligan a establecer tipos relativamente abiertos de contravención a la libre competencia, no permiten dejar de lado la consideración a que si se desea sancionar una conducta debe realizarse un esfuerzo indeterminar si ella se encuadra dentro de los tipos del Art. 3° del Decreto Ley 211. Pág. 338).



**CAPITULO IV. ANÁLISIS POR AÑO DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS MULTAS  
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE  
COMPETENCIA.**

Luego de analizar el origen legal de las multas, su caracterización y naturaleza jurídica debemos detenernos en cómo se han aplicado en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, especialmente si solo ha habido una “aplicación directa” de las mismas, o ha habido, como corresponde a toda sentencia que sea digna de ser considerada racional y justa (Art. 19 N° 3) una motivación entre los hechos que originan contravención a la Libre Competencia y la aplicación de la multa en tanto sanción administrativa.

Para ello iremos exponiendo las sentencias en que se hayan acogido requerimientos y se haya condenado –además- a pagar multas a beneficio fiscal. El análisis será año por año a efectos de poder identificar nuevos argumentos, semejanzas, diferencias o –incluso- planteamientos contradictorios.

**1. Primera parte. El Año 2004: La ausencia de fundamentación de las multas y el surgimiento del Tribunal.**

**1.1. Consideraciones Previas. La modificación legal producto de la Ley 19.911.**

Las primeras sentencias en donde hay aplicación de Multas por el TDLC pasan por un sistema distinto al actualmente vigente: En efecto, existía una Comisión Preventiva Central, una Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que fue creado por la Ley 19.911<sup>69</sup>.

En efecto, tal como lo decía el Art. 6 del D.L. 211:

“Para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica, aún cuando no fueren constitutivos de delito, habrá los siguientes Organismos y Servicios:

---

<sup>69</sup> Véase Capítulo II.

- a) Las Comisiones Preventivas Regionales;
- b) La Comisión Preventiva Central;
- c) La Comisión Resolutiva;
- d) La Fiscalía Nacional Económica”.

Lo que se pretendía proteger era la libre competencia, y se consideraban, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la misma, los siguientes: (Art. 2 del D.L. 211):

- a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas;
- b) Los que se refieran al transporte;
- c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;
- d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros;
- e) Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entorpecen el legítimo acceso a una actividad o trabajo, y;
- f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

Por otra parte, se señalaba que, “de las decisiones y medidas acordadas por las Comisiones Preventivas Regionales y Central, se podrá reclamar ante la Comisión Resolutiva, dentro del plazo de tres días hábiles” (Art. 9) y al tenor del Art. 20, las multas que imponga la Comisión Resolutiva deberían pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que quedara ejecutoriada la respectiva resolución (inc. 1), estableciendo el inciso segundo una regla de “solve et repete” (paga y después discute)<sup>70</sup> consistente en que para interponer el recurso de reclamación debería haberse consignado el cincuenta por ciento de la multa decretada, estando exento de este requisito el Fiscal Nacional cuando fuera él quien interpusiera el recurso. A lo anterior debía sumarse que “sin perjuicio de la responsabilidad penal a que se hagan acreedores sus representantes legales o las personas naturales que por ellas obraron, podrá ordenarse la disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado” (Art. 3°).

Al conocer la Comisión Resolutiva tenía como deber y atribución, de acuerdo al Art. 17 numeral 4: “Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a diez mil unidades tributarias. Las multas se regularán prudencialmente, según sea el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción”.

Las dos primeras sentencias que comentaremos no fueron conocidas por la Corte Suprema por la vía del recurso de reclamación, toda vez que, como señalaba el Art. 12 del Decreto Ley citado: “En contra de las resoluciones de las Comisiones Preventivas Regionales y Central no procederá recurso administrativo ni judicial alguno, salvo el previsto en el artículo 9°” (Esto es, la reclamación ante la Comisión Resolutiva).

---

<sup>70</sup> Al respecto véase Eduardo Soto Kloss “Solve et repete. Un resabio absolutista en el Estado Constitucional de Derecho”, en “Derecho Administrativo. Temas Fundamentales” Editorial LegalPublishing (LexisNexis), Año 2009, especialmente Págs. 530 a 534 (donde expone la contradictoriedad de este presupuesto de autotutela ejecutiva de la Administración y de ciertas resoluciones de Tribunales Especiales, como el caso que nos convoca, siendo enteramente incompatible con los artículos 19 numerales, 2 ,3 ,24 y 26 de la Carta Fundamental) Recientemente ha aparecido un excelente tratamiento de la doctrina y jurisprudencia chilena y comparada en Lewis Ripoll, Sebastián. “El solve et repete. Estudio de una regla que debe ser derogada” en Arancibia Mattar, Jaime et. Al. (coordinadores) “Litigación Pública” Colección estudios de Derecho Público. Editorial Abeledo Perrot LegaPublishing Chile. Octubre de 2011. Especialmente su análisis en Págs. 482 a 487.

Debemos señalar que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia –creado con posterioridad a estos acontecimientos-, pudo conocer de estos requerimientos toda vez que el Art. 5° transitorio de la Ley 19.911 señalaba que “las causas de que estuvieren actualmente conociendo las Comisiones Preventiva Central y Preventivas Regionales se seguirán tramitando, sin solución de continuidad, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con arreglo a los procedimientos establecidos por las disposiciones vigentes al momento de su inicio”.

Hechas estas pequeñas consideraciones previas, entremos en materia.

## **1.2. Las Sentencias del año 2004: una escasa o nula fundamentación de las multas.**

Del año 2004 tenemos dos sentencias:

i. El primer caso trata de Nestlé y otros, que proviene de la Comisión Preventiva de la IX Región<sup>71</sup>. Dicha comisión pronunció el Dictamen N° 1/96, que en base a antecedentes proporcionados por la Fiscalía Regional Económica concluyó que constituye un oligopsonio discriminador de precios aquel poder comprador constituido por un número reducido de demandantes, que establece, entre otras restricciones, reparto de cuotas de producción en el mercado, negativa de compra, manipulación de resultados de análisis de calidad, disminución de precios y discriminación de precios, dando origen a un abuso de posición dominante. Asimismo, indica el fallo que la Fiscalía Regional Económica pudo establecer que el mercado de la leche en la IX Región presenta las características propias de un oligopsonio discriminador de precios y son dos los elementos que llevan a esta figura: a) el carácter concentrado de la demanda por insumo o factor productivo y b) la multiplicidad y diversidad de los oferentes del producto leche. Lo que ha provocado que se incurra por las empresas Lechera del Sur, Soprole, Loncoleche y Parmalat, en conductas atentatorias a la libre competencia, que principian en el reparto de cuotas de mercado y de los proveedores, seguido de la negativa de compra como instrumento para asegurar la mantención de cuotas concordadas entre las respectivas plantas y la permanencia clausurada, sin posibilidad real de movilidad de los proveedores; el abuso de la posición dominante logrado, y finalmente, a través de la discriminación entre productores en relación con el precio que se fija como consecuencia de conocer su elasticidad.

Se imputan en la resolución cinco atentados a la libre competencia. Estos son: i) repartos de cuotas de mercado; ii) negativa de compra del producto; iii) toma de muestras y manipulación de análisis de calidad; iv) disminución gradual del precio por litro de leche; y v) discriminación de precios.

Asimismo, la Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de seis empresas procesadoras de leche, a saber: 1) Nestlé Chile S.A., 2) Parmalat Chile S.A.; 3) Soprole S.A., 4) Watt's Alimentos S.A., 5) Dos Álamos S.A., y 6) Cooperativa Agrícola y Lechera de La Unión

---

<sup>71</sup> Sentencia N° 7-2004, Rol 1-2004.

Ltda. En cuanto a las conductas contrarias a la libre competencia señaló la Fiscalía que son las siguientes: a) reparto de cuotas de mercado; b) negativa de compra; c) Disminución de precios y discriminación de precios y; d) Opacidad en el proceso de toma de muestras.

En esta sentencia no hay mayor tratamiento a la fundamentación de la multa, lo que debe atribuirse a que al final de las imputaciones hechas por la FNE solo se logró acreditar la letra c) precedente y sólo respecto de una de las empresas procesadoras de Leche- En efecto, solo se condenó a Nestlé Chile S.A., en su calidad de continuador legal de Lechera del Sur S.A., al pago de una multa a beneficio fiscal de 500 unidades tributarias mensuales.

ii. La segunda sentencia de este año es de fecha 22 de septiembre<sup>72</sup>. Laboratorios Lafi Limitada solicita a la Comisión Preventiva Central dictamen que establezca que la campaña publicitaria de la empresa Laboratorios Novartis intenta desacreditar en forma deliberada un producto farmacéutico de su elaboración, siendo un arbitrio que tiene por finalidad eliminar, restringir y entorpecer la libre competencia, exponiendo que llegó a su conocimiento, un folleto promocional del producto de Laboratorios Novartis denominado TRILEPTAL, que contiene el mismo principio activo. Se observa que el folleto en su portada exhibe una mano indicando la carpeta de promoción de Laboratorios Lafi, con lo que se intenta deliberadamente desprestigiar al producto OXICODAL, en un acto claro de competencia desleal. El Tribunal señala en su considerando sexto que “como lo recuerda la Fiscalía, la jurisprudencia de los organismos de la libre competencia ha señalado que “la publicidad comparativa debe ser veraz, suficiente, objetiva y fundamentada, esto es, destinada a captar las preferencias del consumidor a través de estrategias de persuasión basadas en elementos objetivos y relevantes asociados al comportamiento y necesidades del consumidor”, lo que no ocurre en el caso de autos”, añadiendo que: “Por último, debe tenerse en consideración que la publicidad cuestionada va dirigida especialmente al cuerpo médico que, naturalmente, puede dar credibilidad a dicha propaganda o, a lo menos, crear la duda a su respecto, no obstante que ambos medicamentos fueron autorizados por el Instituto de Salud Pública. A mayor abundamiento, Laboratorios Novartis retiró de la circulación el referido folleto, lo que no requiere de mayores comentarios” (Considerando séptimo).

---

<sup>72</sup> Sentencia N° 8-2004, Rol 25-2004.

Por lo anteriormente expuesto se acogió la denuncia interpuesta por Laboratorio Lafi Limitada y consecuentemente se condenó a Laboratorio Novartis Chile S.A. al pago de una multa a beneficio fiscal por una suma equivalente de doscientas unidades tributarias mensuales y se le previene que debe abstenerse en el futuro de efectuar este tipo de conductas<sup>73</sup>.

Dos comentarios pueden darse en relación con estas sentencias:

En primer lugar, la sentencia de Lafi es la única sentencia de las compulsadas en que hay una referencia a planteamientos jurisprudenciales anteriores, aunque no provengan del mismo Tribunal. Ello no se repetirá en ninguna sentencia de las que analizaremos ulteriormente.

En segundo lugar, las dos sentencias en comento no fundamentan las multas que aplican, no obstante que el Art. 12 numeral 4 del Decreto Ley 211 señala que la Comisión Preventiva Central puede aplicar multas estableciendo, como lo dijimos en la introducción algunos fundamentos (a saber, el capital y la gravedad de la infracción). No hay siquiera referencia a dicha norma.

## **2. Segunda parte. El año 2005: El surgimiento de nuevos, breves, variados, pero exigüos argumentos a efecto de fundamentar la aplicación de multas.**

Para el año 2005 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia empieza a invocar (más bien a esbozar) fundamentos sobre los criterios por los cuales aplica multas. Algunos de estos son ajenos a la ciencia económica o a la libre competencia, y otros son nuevos en relación a casos diferentes que le corresponde a este Tribunal conocer.

i. En efecto, el primer caso que comentamos es de Laboratorio Knopp<sup>74</sup>. Esta sentencia constituye una innovación ya que podemos apreciar un mayor y acabado esfuerzo de

---

<sup>73</sup> La sentencia fue acordada con el voto en contra del Presidente del Tribunal Sr. Eduardo Jara, quien estuvo por no aplicar sanción a la denunciada en atención a que este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su calidad de continuador y sucesor legal de las Comisiones Preventivas y Resolutiva, no puede aplicar a los hechos investigados sanciones, ya que carecería la Comisión Preventiva que inició el conocimiento de los mismos de tal facultad, de acuerdo con la normativa vigente al inicio de dicho conocimiento, contenida en los artículos 8° y 11 del texto Decreto Ley 211 vigentes con anterioridad a las reformas introducidas por la Ley 19.211 de 14 de Noviembre de 2004.

<sup>74</sup> Sentencia N° 24/2005. de fecha 28 de julio de 2005, (Rol 41-2004).

fundamentación de la sentencia en orden a justificar la aplicación de multas, considerando un nuevo concepto (el mercado relevante) que no existía en las sentencias del año 2004 y un concepto técnico que será empleado el año 2006, como lo veremos en su oportunidad. Tal es el concepto de “beneficio económico”.

El caso trata sobre la demanda interpuesta por Laboratorio Knop en contra de Farmacias Ahumada S.A. (Fasa) pues el hecho de tener una posición dominante en el mercado y, comercializar un producto idéntico al de uno de sus proveedores, estaría manifestando una actitud predatoria que perseguiría incrementar su eventual posición de dominio, al desplazar a la demandante del mercado (el producto farmacéutico Paltomiel). El Tribunal acogió la demanda interpuesta teniendo en consideración que “aparece de los dos informes acompañados por la demandante (...) los que no han sido controvertidos por alguna otra prueba en autos, que el envase del producto con Palto con Miel, comercializado por Fasa, posee características de presentación muy similares en relación con la forma, color, tamaño y material del envase, así como con el nombre -desde el punto de vista lingüístico- del producto Paltomiel, de fabricación de Laboratorio Knop” (Cons. 11°). Asimismo: “Este Tribunal considera que las similitudes comprobadas en autos generan confusión en el consumidor e inducen a error sobre el producto que cree adquirir e incluso sobre su procedencia. A mayor abundamiento, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el mercado de la distribución minorista de supermercados o hipermercados, donde los productos se ofrecen al público sin mediar intervención de un dependiente del comercio (salvo promociones específicas), en el caso de la venta de productos en farmacias, como el de los jarabes expectorantes, una persona (farmacéutico o vendedor), cuyos incentivos están alineados con los del dueño de la farmacia, interviene directamente en la entrega y venta del producto. Este hecho facilita que la cadena farmacéutica desplace el producto de la marca imitada con uno propio, puesto que el consumidor no tiene la posibilidad de comparar los productos ni puede percibir que no está disponible la marca original” (Cons 12°). Para fundamentar la multa el Tribunal esgrimió que en primer lugar, reitera el concepto –ya esgrimido en la sentencia de El Golfo Comercial S.A.- del uso prudencial de la facultad para imponer multas, analizando las modalidades del caso: “Que esta conducta amerita ser sancionada en la forma dispuesta en la letra c), del artículo 26°, del Decreto Ley N° 211, con una multa a beneficio fiscal, cuyo monto se fijará atendiendo a su gravedad, dentro del marco de las

---



prácticas restrictivas que dicho Decreto Ley N° 211 prescribe y, asimismo, a las particularidades del mercado farmacéutico en cuestión, en el que las conductas anticompetitivas, tienen incidencia directa en el valor y disponibilidad de los productos que son elaborados para satisfacer necesidades relacionadas con la salud de las personas. Este Tribunal, sobre la base de los antecedentes del proceso, determinará prudencialmente el monto de la multa” (Cons. Decimosexto). Al acoger el requerimiento, aplicó a dicha empresa una multa, a beneficio fiscal, de 50 unidades tributarias anuales. La Corte Suprema confirmó la sentencia<sup>75</sup>, rechazando las reclamaciones impetradas.

ii. El segundo caso que expondremos trata de una sentencia en contra de Chiletabacos. Esta sentencia es la N° 26/2005<sup>76</sup>. Mediante presentación ante la H. Comisión Resolutiva de 30 de diciembre de 2002, se formuló requerimiento en contra de International Tobacco Marketing Limitada, Compañía Chilena de Tabacos S.A. (Chiletabacos), por conductas que, constituirían prácticas contrarias a la libre competencia, en los términos del Decreto Ley N° 211<sup>77</sup>. Chiletabacos detenta una participación del 97,1% en el mercado de cigarrillos en Chile, habiendo ejecutado las siguientes prácticas anticompetitivas: a) Negativa de Venta. b) Negativa de créditos: c) Retiro de productos y elementos de promoción, comunicación e información, d) Entrega de incentivos y; e) Celebración de contratos de exclusividad.

En esta sentencia hay una referencia al Principio de Legalidad<sup>78</sup> en lo concerniente a la aplicación de la multa. El Tribunal expuso: “En relación con la aplicación de una multa a la denunciada, no existiendo norma expresa que regule en materias sustantivas la situación de las causas que, como la de autos, provengan de la H. Comisión Resolutiva, y en virtud del principio de legalidad, puede estimarse que éstas no serían otras que las que le ha conferido la ley que lo constituyó, especialmente si se considera que las normas que rigen la constitución y atribuciones de los tribunales son normas de derecho público y, por ende, deben recibir aplicación inmediata;

---

<sup>75</sup> Con voto disidente de los Ministros Morales y Gálvez. Santiago, 22 de diciembre del año 2005. Rol N°4.236-05.

<sup>76</sup> Sentencia de fecha 5 de agosto de 2005, Rol 11-2004.

<sup>77</sup> La Fiscalía Nacional Económica no se hizo parte en esta causa.

<sup>78</sup> Evidentemente su invocación no está asociada –en la sentencia de marras– al ámbito del Derecho Administrativo, sino que al principio de legalidad de las sanciones, con fundamento constitucional (Art. 19 N° 3 incisos 7, 8 y final), toda vez que este es un límite a la facultad de castigar en un Estado Social y Democrático de Derecho. El principio en estudio significa –como lo precisó Garrido Montt– *seguridad jurídica* (el ciudadano conoce con anticipación las conductas prohibidas) y *garantía política* (el Estado *no* puede amenazar a las personas con otras penas que las que han sido previamente determinadas). Por todos puede verse en relación a este principio Garrido Montt, Mario “Derecho Penal. Tomo I”. Primera Reimpresión, año 2001. Editorial Jurídica de Chile. Págs. 30 a 34. Énfasis en el original.

razón por la cual las conductas probadas en autos se han calificado al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial con fecha 07 de marzo de 2005, actualmente vigente. Sin embargo, dado que la irretroactividad de la ley es la regla general en nuestro derecho y que ésta debe respetarse con especial cuidado cuando se trata de la aplicación de sanciones, este Tribunal estima que, a pesar de la extensión, gravedad e ilicitud de las conductas cometidas por Chiletabacos, no debieran aplicarse a los hechos probados en autos sanciones distintas o más gravosas que aquellas de las que disponían los organismos de la libre competencia al momento de producirse tales hechos, razón por la cual este Tribunal impondrá a dicha empresa la sanción de multa, pero regulada dentro de los límites pecuniarios que establecía el Decreto Ley N° 211 vigente a la época de los hechos que la motivan (considerando 35°)<sup>79</sup>. En base a ello el Tribunal concluye que “en consecuencia y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26° de dicho Decreto Ley, atendida la gravedad de las conductas cometidas por Chiletabacos y el beneficio económico que habría

---

<sup>79</sup> Énfasis nuestros. Esta no es la única referencia que habrá al principio de legalidad en la jurisprudencia concerniente a multas en materia de libre competencia. En efecto, en la disidencia del recurso de reclamación interpuesto por FASA S.A. en contra de Knop por el caso “Paltomiel”, se expone lo siguiente: “Segunda: Que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fue creado por la Ley N°19.911, publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003 -que modificó sustancialmente el D.L. N°211-, la cual en su artículo 5° transitorio estableció que las causas que estuvieren actualmente conociendo las Comisiones Preventiva Central y Preventivas Regionales se seguirán tramitando, sin solución de continuidad, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con arreglo a los procedimientos establecidos por las disposiciones vigentes al momento de su inicio; Tercera. Que el artículo 6° de la Constitución Política de la República dispone, en lo que interesa a los efectos de esta reclamación, que Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Por su parte, el artículo 7° de la Carta Fundamental, establece que Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley. Agregando luego que Ninguna Magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Disponiendo, en su inciso final que Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale; Cuarta. Que del texto de la Ley N°19.911, se advierte que ésta no contiene norma alguna que permita al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocer y juzgar conductas ocurridas antes de la entrada en vigencia de la misma, si éstas no habían sido conocidas previamente por la Comisión Preventiva Central o Comisiones Preventivas Regionales. Tampoco se establece en ella alguna disposición que le permita al referido tribunal aplicar retroactivamente su normativa. Es más, su artículo 1° transitorio prescribe que La presente ley entrará en vigencia transcurridos noventa días desde su publicación en el Diario Oficial; Quinta. Que, conforme a lo señalado precedentemente, todas aquellas conductas que hubiesen sido concretadas antes de la entrada en vigencia de la ley referida -cuyo es el caso de autos según quedó consignado en la primera motivación de esta disidencia-, y que no fueron previamente denunciadas, quedan fuera de la esfera de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por aplicación del principio de la legalidad; Sexta. Que, en consecuencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al conocer y juzgar conductas ocurridas antes de la vigencia de la Ley N°19.911, esto es, antes de su establecimiento como órgano juzgador, sin que ellas hubiesen sido previamente conocidas por la Comisión Preventiva Central o Comisiones Preventivas Regionales, ha obrado fuera del ámbito de su competencia, infringiendo el principio de legalidad consagrado entre otras normas en los artículos 6° y 7° del la Constitución Política de la República, por lo que la sentencia expedida por éste, y objeto de la presente reclamación, a juicio de los disidentes debe ser invalidada”. (Disidencia del señor Ministro Ricardo Gálvez). Corte Suprema, Rol N° 4.236-05. Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2005.

obtenido con motivo de las mismas, este Tribunal aplicará a la denunciada una multa de diez mil Unidades Tributarias Mensuales” (Cons. 36°. Énfasis nuestros) disponiéndolo en la parte resolutive que se aplicase a Compañía Chilena de Tabacos S.A. una multa a beneficio fiscal ascendente a 10.000 (diez mil) Unidades Tributarias Mensuales.

Como ya dijimos, el “atisbo” de fundamentación está dado por la aplicación del principio de legalidad y que por primera vez se invoca el artículo 26 del Decreto Ley 211 (modificado por la Ley 19.911), con todo, debe señalarse que una cosa es subsumir una norma a un caso hipotético, pero ello requiere de cierta fundamentación. En este fallo solo vemos lo primero, mas no lo segundo.

La Corte Suprema confirmó la sentencia y la multa rechazando las reclamaciones impetradas<sup>80</sup>.

iii. En la sentencia siguiente hay un nuevo elemento de la aplicación de las multas, la imposición de oficio de las mismas. Se trata de TV CABLE LONCOMILLA de fecha 07 de septiembre<sup>81</sup>. En este caso la Fiscalía Nacional Económica formuló requerimiento en contra de las empresas TV Cable Loncomilla S.A., Holding de Televisión S.A. y Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I., (CMET) en el que expone que TV Cable Loncomilla S.A. denunció ante ese organismo el cobro por parte de CMET de tarifas bajo sus costos operacionales por el servicio de televisión por cable en las ciudades de San Javier y Villa Alegre en la VII Región. Luego, Holding de Televisión S.A. informó a la FNE que esta compañía fue disuelta y que dejó de operar en San Javier y Villa Alegre a principios del año 2004, más un funcionario de la FNE se constituyó en las referidas ciudades y constató que el servicio de TV cable era prestado por la empresa CMET en reemplazo y representación de la compañía disuelta antes referida, compartiendo un domicilio común, estando relacionadas.

En este caso, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia interpretó el Art. 26 a efectos de imponer sin que se le haya solicitado, la aplicación “de oficio de sanciones”. Así lo expone el considerando Décimo Tercero: “Que, sin perjuicio de no haber sido solicitada en el requerimiento ninguna sanción, siendo este un procedimiento sancionatorio y habiéndose

---

<sup>80</sup> Corte Suprema. Rol 4332/2005, sentencia de fecha 10 de enero de 2006.

<sup>81</sup> Sentencia N° 28/2005, Rol 50- 2004.

configurado una conducta anticompetitiva, este Tribunal hará uso de la atribución que le entrega el artículo 26° del Decreto Ley N° 211, aplicando a los infractores la multa a beneficio fiscal que se indicará más adelante”. “Décimo cuarto: Que teniendo presente que la empresa CMET es controladora de la empresa Cable Central S.A. y ambas fueron requeridas en autos, atendido lo dispuesto en el artículo 26°, letra c), del Decreto Ley N° 211, y considerando que la matriz se benefició y participó en el acto anticompetitivo antes indicado, se multará a Cable Central S.A. y será responsable solidariamente del pago de dicha multa su matriz CMET;”. El Tribunal acoge el requerimiento y decide, aplicar una multa a beneficio fiscal de 100 (cien) Unidades Tributarias Anuales a Cable Central S.A. y declarar que Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I., CMET, es solidariamente responsable del pago de dicha multa. La Corte Suprema confirmó la sentencia del Tribunal de la que conoció mediante la interposición del recurso de reclamación<sup>82</sup>, con lo que reconoció la facultad del Tribunal de Defensa de imponer sanciones de oficio.

Lo cierto es que lo señalado precedentemente merece un breve análisis, en efecto, puede cuestionarse la aplicación de oficio de multas por parte del TDLC en atención al Art. 10 del Código Orgánico de Tribunales, que señala: “Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio” (Inc. 1). Este es el llamado principio de pasividad, con directa relación con el llamado principio dispositivo de formación del procedimiento<sup>83</sup>, que trata que el proceso “es de las partes” y que el impulso recaerá en ellas. Pero como bien se ha advertido este no es un dogma absoluto y hay sendas excepciones en concomitancia con el llamado principio inquisitivo. De este modo, en materia del antiguo procedimiento penal existía el sumario por pesquisa judicial (Art. 81 N° 4 del Código de Procedimiento Penal) cosa que hoy no cabe por parte del Juez de Garantía ninguna actuación de oficio, solo cabiendo investigaciones de oficio al Ministerio Público por denuncia o querrela (Art. 172 Código Procesal Penal). En materia civil hay aplicaciones a este principio de la diversa clase (nulidad, desechar ejecuciones, medidas para mejor resolver).<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N°5.005-2005.

<sup>83</sup> MATORANA, Cristián: “Los órganos jurisdiccionales”. Apuntes de Derecho Procesal, Universidad de Chile, 2009, pp. 51 y ss.

<sup>84</sup> El recuento de todas ellas en Maturana, Cristián, Ob. Cit., p. 53.

A ello cabe añadir un tema de legislación formal. En efecto, el Código Orgánico de Tribunales es una norma que tiene carácter de ley orgánica constitucional y debe someterse a las exigencias constitucionales de aprobación del Art. 66 inciso 2 de la Constitución. (Es decir, sus modificaciones deben ser aprobadas por 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio). En el Oficio de Cámara de Origen al Tribunal Constitucional<sup>85</sup>, se señala que el Art. 17 K, -que es el actual 26 letra c), fue aprobado con el voto favorable de 28 Senadores, de un total de 46 en ejercicio, por lo que no se consideró que fuera norma propia de Ley Orgánica Constitucional, predicamento que compartió el Tribunal Constitucional mediante su sentencia Rol 391, señalando: “Que, los preceptos contemplados en el Artículo Primero, N° 6), en lo que respecta al artículo 15, incisos tercero y sexto, artículo 17 K y al artículo 18 –salvo su encabezamiento-, del Decreto Ley N° 211, de 1973, y la Disposición Transitoria Sexta, no son propios de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 74 de la Constitución Política, sino que se refieren a materias que deben ser reguladas por una ley ordinaria o común” (Considerando decimoquinto<sup>86</sup>) por lo que *formalmente*, el artículo 26 del DL 211 no sería una excepción al principio contenido en el Art. 10 del COT, que admitiría la aplicación de multas de oficio por parte del TDLC.

Pero es factible formular réplicas a estos argumentos y sostener que: i) En primer lugar, el principio de pasividad está referido especialmente a materias civiles, su aplicación es en procesos dispositivos donde las partes conducen el resultado y donde los efectos son interpartes, pero ya sabemos que las conductas contrarias a la libre competencia afectan a las partes reclamantes sino también a los consumidores; ii) En segundo lugar, la tutela de la libre competencia está dada al Estado a través de los requerimientos que puede formular la Fiscalía Nacional Económica, por lo que al Estado no le son neutrales los predicamentos en esta área; iii) En tercer lugar y en relación con el argumento número i) esgrimido, la libre competencia –en cuanto objeto de protección- está encausada a la realización de la comunidad, y así ha sido reconocido por la Corte Suprema<sup>87</sup>; iv) que el hecho de ausencia de pronunciamiento del

---

<sup>85</sup> Oficio de examen de Constitucionalidad, de fecha 16 de Septiembre. 2003, en Historia de la Ley N° 19.911. Página 603 de 669,

<sup>86</sup> Sentencia de fecha 7 de octubre de 2003.

<sup>87</sup> “Que, por otra parte, el derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad, en cuanto el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de las personas con menores ingresos de un servicio básico de tecnología de información y comunicación, ampliando progresivamente su cobertura. Así, el concurso encuentra fundamento en dichos principios

Tribunal Constitucional no significa que la norma sea incompatible con el principio contenido en el Art. 10<sup>88</sup>, puesto que el Art. 10 sólo establece un principio y el Art. 26 establece una regla, y los principios son normas que se pueden cumplir en mayor o menor intensidad y no así las reglas que se cumplen o no, (todo o nada), confiriéndole la ley suficiente discrecionalidad para aplicar la multa y con los argumentos más variados, por ello es que el Art. 26 letra c *in. fine* dice: “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 y la calidad de reincidente del infractor”; v) como quinto argumento, digamos que el Art. 10 del C.O.T. tiene un inciso segundo de la mayor relevancia, “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”, que es plenamente concordante con el principio de inexcusabilidad de los Tribunales (Art. 76 inc. 2 de la Constitución de 1980). Si se solicita al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que determine qué conductas han de ser contrarias a este bien jurídico, ¿Cómo se puede tutelar y disuadir a los infractores que han consentido libremente en la conducta ilícita restringiéndole la posibilidad de sancionar aun cuando no se formule expresamente en el petitorio? Y; vi) finalmente, debe hacerse una distinción analítica del todo fundamental: la aplicación de multas “de oficio” no constituye un empeoramiento de la situación inicial del sancionado. No cabe confundir con la controvertida posibilidad de la *reformatio in pejus* o la “reforma peyorativa”, que se da en aquellos casos en que se formulan peticiones a la autoridad o impugnaciones judiciales y se aumenta la sanción inicial, ello está vedado hoy en materia administrativa en que existe total necesidad de que la resolución sea congruente con las peticiones formuladas por el ciudadano "sin que en ningún

---

y tiene por objeto que el Estado en último término logre conseguir la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo mediante la prestación de un servicio, cuya regulación le compete y sobre la cual está habilitado para intervenir con las finalidades expresadas. El esquema de competencia no es perturbado por cuanto no es tocado el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación del servicio referido. El Estado Administrador en el presente caso se vale del modelo o diseño establecido por el legislador para lograr la prestación del servicio, pero también la eficacia de ésta. Vale decir, no sólo debe preocuparse cuando no hay oferta, sino también cuando la que existe no es suficiente y no se presta en condiciones de eficiencia, todo lo cual da soporte a un régimen subsidiado estableciendo un precio máximo que es similar al que rige en el resto del país, dirigido a sectores de la población ubicados en sectores rurales y de bajos ingresos” (Considerando Décimo quinto, Sentencia Rol N° 9265-2010, de 15 de julio de 2011, en recurso de reclamación por las demandantes Netland Chile S.A. y Marcom Ltda. en contra de la sentencia N° 105/2010, de 22 de octubre de 2010, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia).

<sup>88</sup> Además, el hecho que una sea LOC y otra Ley simple no significa que una tenga preeminencia sobre la otra, pues ambas siguen siendo leyes, lo que la diferencia es sólo el quórum de aprobación, es un conflicto de leyes que no puede solucionar el TC porque este conoce de cuestiones de constitucionalidad y no de conflictos de mera legalidad, que deben solucionarse atendidos los principios de especialidad y jerarquía, además, existe superintendencia correccional de la CS, por lo que perfectamente pudo haber anulado la sentencia de oficio.

caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente" (art. 41 inciso 3 de la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos)<sup>89</sup>, y también con lo dispuesto en el inciso final del Art. 360 del Código Procesal Penal que dispone: "Si la resolución judicial hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformarla en perjuicio del recurrente". Por lo que solo nos queda concluir que es perfectamente lícito que el TDLC pueda aplicar sanciones de oficio si se le requirió determinar conductas contrarias a la libre competencia.

iv. La cuarta sentencia que comentamos del Año 2005 (el Golfo Comercial S.A.) es del todo relevante. Si bien la fundamentación parece exigua, se hará una recurrente en la fundamentación de las multas para sentencias venideras, ello en razón de que es la primera sentencia del Tribunal en donde hay un reconocimiento de la facultad "prudencial" que tiene el Tribunal de Defensa a efectos de aplicar la multa (en claro reconocimiento de su discrecionalidad judicial).

La sentencia del TDLC trata de lo que sigue<sup>90</sup>: El Golfo Comercial S.A. interpuso una demanda en contra de la empresa Capuy S.A., por presunta infracción al D.L. N° 211. En su acción, esgrimió que "Kanikama", "Kani Kama", o también "Kamikama", es el nombre genérico de un producto alimenticio elaborado en base a una pasta de pescado llamada "surimi", al que se agregan saborizantes y colorantes para simular la carne de centolla u otro crustáceo similar, que este producto ha sido comercializado en Chile por largo tiempo en restaurantes y supermercados a escala relativamente pequeña, pero es posible que con el auge de la comida japonesa se incrementen las ventas del mismo en el futuro, tanto en Chile como en mercados internacionales. El día 24 de mayo de 2004, Capuy solicitó en el Departamento de Propiedad Industrial del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción el registro de la marca "Kani Kama" el que fue, a juicio de la demandante, erróneamente otorgado el día 20 de octubre del año 2004. 20 días después de la mencionada inscripción, la demandada envió una carta a Pesquera El Golfo S.A., productor de Surimi y Kani Kama, en la que expresa que el título de la marca Kanikama es

---

<sup>89</sup> No debe olvidarse que los recursos administrativos tienen por finalidad obtener un beneficio para el interesado afectado por el acto administrativo ya sea mediante la modificación, reemplazo o anulación del acto. Así, son los propios recurrentes los que con su interposición fijan los límites dentro de los cuales la autoridad administrativa debe decidir, quedando excluida la posibilidad de la "*reformatio in pejus*", es decir, reformar en perjuicio del recurrente agravando su situación inicial GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO & FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo II, reimp 8ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2003, p. 538.

<sup>90</sup> Sentencia N° 30-2005, Rol 58-2004, de fecha 21 de septiembre de 2005.

propiedad de Capuy por lo que solicita que cese en su utilización y retire el producto así rotulado de los puntos de venta para evitar la interposición de acciones judiciales. Señaló la requirente que hay hechos de relevancia para comprender la demanda, acaecidos desde el año 1990 a la fecha. En efecto, en dicho año quedó establecido que la expresión “Kani Kama” es genérica y por tanto irregistrable. A pesar de ello, Capuy intentó registrarla sin éxito en el año 1992. En 1995, se otorgó el registro “Kanikama Panilafquén”, que posteriormente fue anulado (por solicitud de Pesquera Santa Elena S.A.). Por último, en 1996 la Comisión Preventiva Central reiteró en su Dictamen 965/228 que la expresión Kanikama no está protegida por registro alguno.

El Tribunal acepta estos argumentos y hace una pequeña referencia a la fundamentación de la multa, señalando que; se determinará prudencialmente, dado que no existen antecedentes en el expediente que permitan cuantificar los efectos producidos por la infracción en el mercado relevante en cuestión (Considerando décimo. Énfasis nuestros), por lo que acoge la demanda en cuanto se ordena a la demandada abstenerse de impedir que sus competidores puedan utilizar la expresión genérica “kanikama” para identificar los productos que expenden en el respectivo mercado, aplicando a Capuy S.A. una multa a beneficio fiscal ascendente a diez (10) Unidades Tributarias Anuales.

v. La siguiente sentencia es de Transbank, su fundamentación también es exigua, y referida al hecho de ejercer monopólicamente una actividad<sup>91</sup>. En efecto, en virtud del Dictamen N° 1270 de la Honorable Comisión Preventiva Central (CPC), de fecha 28 de agosto de 2003, el que resolviendo una denuncia de Don Carlos Chahuán y Cía. Limitada, consideró que Transbank S.A durante los años 2001 y 2002, abusó de su posición dominante mediante el cobro de precios discriminatorios y abusivos hacia los comercios que aceptan tarjetas de crédito bancarias, y que dicha compañía tiene una estructura tarifaria discriminatoria hacia los emisores de tarjetas. Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica evacuó el informe solicitado y formuló requerimiento en contra de Transbank S.A., en el que expresa: i) Los emisores no sólo emiten la tarjeta sino que también cumplen el rol adquirente, pudiendo competir en ambas funciones; ii) dentro de este contexto normativo, Transbank, en su rol de operador se constituyó como sociedad de apoyo al giro bancario fiscalizada por la SBIF; iii) sin embargo, además de la función operadora,

---

<sup>91</sup> Sentencia N° 29- 2005, Rol 16-2004, de fecha 12 de septiembre de 2005.



Transbank, sin que expresamente lo señale su objeto social y por medio de la inclusión en el contrato de operación de la “Cláusula 4ª”, cumple el rol adquirente, como mandataria de los emisores de las tarjetas bancarias, todos quienes han delegado “conjuntamente” en esta compañía, la función de afiliar al sistema de tarjetas bancarias a los establecimientos comerciales por medio de un “Contrato de Afiliación”; iv) Que en dicho contrato se establece la comisión que cada emisor cobrará al establecimiento por la afiliación y por otras prestaciones propias de ella. Añadió la FNE que Transbank es la única empresa que cumple los roles de operador y de adquirente, y es propiedad de bancos e instituciones financieras. También sería el que negocia las licencias con los licenciantes, y que en Chile los bancos e instituciones entregan un mandato a Transbank para que afilien establecimientos comerciales, mandato que le entrega a esta última la exclusividad en dicha tarea.

Para acoger la demanda sostuvo el Tribunal: “Que, en efecto, en los años 2001 y 2002, Transbank devolvió a los emisores que tienen la calidad de socios de dicha empresa las sumas de 0,0027.- y 0,002.- Unidades de Fomento, respectivamente, por cada transacción realizada; (...) Por otra parte, debe mencionarse que la Fiscalía considera que la devolución antes mencionada constituyó una forma de reparto de utilidades subrepticia y que, por ende, debería ser sumada a las utilidades de Transbank, con lo cual éstas se elevarían a 52,7% y 47,5% en los años 2001 y 2002, respectivamente. Estas rentabilidades, muy superiores a las de la industria financiera, serían, a juicio de la FNE, una prueba irrefutable de abuso de posición monopólica por parte de Transbank”<sup>92</sup>. El Tribunal acogió el requerimiento de la FNE, en cuanto declara que la conducta realizada por Transbank S.A. descrita en el considerando Vigésimo Quinto es contraria a la libre competencia, aplicando por ese concepto a Transbank S.A. una multa a beneficio fiscal ascendente a mil (1.000) Unidades Tributarias Mensuales.

vi. La sexta sentencia de este año (caso Abott) de fecha 08 de noviembre<sup>93</sup>, tiene relevancia porque analiza en detalle la reincidencia como un elemento a evaluar en la aplicación de multas. Esta es la primera vez en las sentencias analizadas donde se fundamenta dicha multa con este presupuesto.

---

<sup>92</sup> Considerando Vigésimo Quinto. Énfasis nuestros.

<sup>93</sup> Sentencia N° 33-2005, Rol 63-2005.

La Fiscalía Nacional Económica deduce requerimiento en contra de Abbott Laboratorios de Chile Ltda.; Laboratorios Sanderson S.A.; Laboratorios Pharma Investi de Chile S.A.; Laboratorios Recalcine S.A. y Socofar S.A. Ello porque con fecha 05 de diciembre de 2001, la Honorable Comisión Resolutiva dictó la Resolución N° 634, mediante la cual impartió instrucciones de carácter general sobre la difusión de las condiciones de comercialización para laboratorios de producción farmacéutica, droguerías, depósitos, centrales de distribución e importadores de productos farmacéuticos, y con el propósito de constatar el cumplimiento de la Resolución N° 634, con fecha 20 de enero de 2005 efectuó una visita aleatoria a diecisiete empresas del sector, pudiendo certificar que en el caso de Abbott ni las políticas comerciales ni la lista de precios se encontraban en la recepción de sus oficinas o publicadas en lugares visibles, como tampoco en la página web de la institución. Por su parte, en Sanderson S.A. ni las políticas comerciales ni la lista de precios se encontraban en la recepción o publicadas en lugares visibles o en la página web, que Laboratorios Pharma Investi de Chile S.A. tampoco las políticas comerciales o la lista de precios se encontraron en lugares visibles. No contaba con página web conocida. Asimismo Laboratorios Recalcine S.A. no contaba en sus oficinas con medio alguno de comunicación de las condiciones de comercialización, no observándose la publicación de dichos antecedentes ni de la lista de precios, y por último, respecto de Socofar S.A. no se encontraron las políticas comerciales o las listas de precios se encontraron en la recepción o publicadas en lugares visibles.

El Tribunal hizo suyos los planteamientos del requerimiento, sosteniendo que “Para fijar la cuantía de las multas a aplicar, este Tribunal tiene en consideración, para cada caso, el grado de incumplimiento detectado y las restantes circunstancias de hecho referidas a cada caso” (Considerando vigésimo. Énfasis nuestros). Además, el Tribunal analizó al momento de establecer las multas, que ya fue conocida por la H. Comisión Resolutiva una causa por incumplimiento de las mismas instrucciones de carácter general infringidas en autos (Rol N° 705-03 CR) en la que no se condenó a las requeridas por insuficiencia en la prueba. No obstante lo anterior y habida cuenta de dicho precedente, debieron haber tenido un mayor cuidado en su cumplimiento, circunstancia que, tal como se acreditó en esos autos, no ocurrió en la especie (considerando vigésimo primero).

Por lo anterior el Tribunal acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y sancionó a Laboratorios Recalcine S.A. al pago de una multa ascendente a 10 Unidades Tributarias Anuales, a Laboratorios Sanderson S.A. al pago de una multa ascendente a 30 Unidades Tributarias Anuales, a Pharma Investi de Chile S.A. al pago de una multa ascendente a 40 Unidades Tributarias Anuales, a Socofar S.A. al pago de una multa ascendente a 80 Unidades Tributarias Anuales y a Abbott Laboratories de Chile Ltda. al pago de una multa ascendente a 80 Unidades Tributarias Anuales.

Por su parte, la Corte Suprema, con fecha 18 de mayo del año 2006<sup>94</sup> conoció de los recursos de reclamación deducidos en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Confirmó la aplicación de las multas señalando “Que no resulta efectivo lo sostenido por los denunciados en orden a que la sentencia reclamada, al regular el quantum de la multa haya tenido en consideración un proceso anterior seguido en contra de los mismos (Rol 705-03 CR) en el cual resultaron absueltos. En efecto, de la lectura del párrafo final del motivo vigésimo primero del fallo reclamado, se advierte que dicha causa fue considerada al momento de establecer las multas, pero no para regular el monto de las mismas. Es decir, no se consideró como una circunstancia agravante, sino para afirmar que los reclamantes ya conocían las instrucciones de que se trata y, no obstante ello, no las cumplieron” (considerando 20°)<sup>95</sup>

vii. El último caso es del Instituto Profesional de Chile<sup>96</sup>: el Tribunal conoció de un requerimiento impetrado por El Instituto Profesional de Chile, (IPCH) en contra del Colegio de Kinesiólogos de Chile Asociación Gremial, en donde se imputa al demandado haber ejecutado y liderado actos, y realizado una serie de conductas que, según su parecer, constituirían prácticas contrarias a la libre competencia. En efecto, El Instituto Profesional de Chile, a partir del año 2005, comenzó a impartir la carrera de Kinesiología, que tradicionalmente había sido dictada exclusivamente por Universidades. El demandado había intentado restringir ilegal y anticompetitivamente el acceso de nuevos actores al mercado con el objeto, a mediano plazo, de

---

<sup>94</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6359-2005.

<sup>95</sup> Hubo una prevención de los Ministros Sr. Gálvez y Srta. Morales, quienes concurrieron al rechazo de los recursos, pero rebajando a 40 Unidades Tributarias Anuales la multa que se impone a los Laboratorios Socofar S.A. y Abbot Laboratories de Chile Ltda., sin fundamentar el por qué de su parecer en orden a la rebaja.

<sup>96</sup> Sentencia 35-2005, de fecha 27 de diciembre de 2005, Rol 71-2005.

reducir la oferta de servicios profesionales de Kinesiólogos. Las conductas que imputa a la demandada son: i) Comunicarse y reunirse con las autoridades del Instituto Profesional de Chile a partir de octubre del 2004 para disuadirlas de abrir la carrera en cuestión; ii) Gestiones destinadas a detener las actividades de la demandante, tales como reuniones con alumnos, académicos y autoridades de la especialidad de distintas Universidades y con entidades gremiales como el Colegio de Fonoaudiólogos de Chile; iii) Emitir una declaración pública con amplia cobertura de prensa rechazando la apertura de la carrera y una marcha pública con el mismo propósito, también con amplia difusión pública, en el barrio universitario de Santiago en diciembre de 2004; iv) Reuniones con la Jefa de la División de Educación Superior del MINEDUC y con integrantes del Congreso Nacional solicitando su intervención en el asunto, lo que habría derivado en la presentación de un proyecto de ley tendiente a modificar la LOCE a efectos de que la carrera de Kinesiología y otras del área de la salud sean dictadas exclusivamente por universidades; v) Actos de hostigamiento a profesores de la carrera del IPCH para que desistan de realizar labores docentes en dicho centro de educación, que incluyen amenazas de sumario para los colegiados; vi) Actos de boicot de las actividades del IPCH, consistentes en comunicarse con las Instituciones de salud que podían ser futuros campos de práctica profesional para los egresados de este centro, a fin de solicitarles el cierre del acceso de éstos a la misma, acción que tuvo acogida en varios casos; vii) Otras acciones de desprestigio en contra de la demandante, como comunicados de prensa en la página web del Colegio de Kinesiólogos, difusión de panfletos que expresan que la carrera que ofrece la demandante es un engaño, con difusión entre los alumnos de la demandante de la idea de que el IPCH no cuenta con la autorización para impartir la carrera.

A diferencia de los otros “atisbos” de fundamentación, en esta sentencia el Tribunal invoca la calidad de asociación gremial para justificar la imposición de una multa. Éste en su sentencia razona que: “Resumiendo lo señalado en las reflexiones precedentes, entre las actividades realizadas por el Colegio de Kinesiólogos que han sido materia de este juicio, hay algunas que son perfectamente legítimas, como son todas aquellas destinadas a obtener la modificación de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. Cosa diferente son los actos de hostigamiento al Instituto mismo y a sus profesores, así como los actos de boicot a la carrera, acreditados mediante las circulares y medidas de presión a que se ha hecho referencia y los demás medios de prueba analizados, todos los que trajeron como consecuencia el éxodo de profesores y alumnos”

(Considerando Decimoquinto), lo cual, a juicio del Tribunal, constituyen hechos o conductas que entorpecen la libre competencia en los mercados de servicios educacionales de la carrera de kinesiología, amenazando la entrada no sólo del demandante al mercado, sino dando una señal negativa a todos los potenciales entrantes de iguales características (Considerando decimosexto), profundizando que si bien es cierto el Colegio ha actuado en defensa de los fueros de la profesión, no es menos cierto que el artículo 26 del D.L. N° 2.737, de 1979, considera que los actos contrarios a la libre competencia que puedan llevar a cabo las Asociaciones Gremiales son particularmente reprochables, atendida la naturaleza de sus funciones (Considerando decimoséptimo).

Por lo anterior el Tribunal acogió el requerimiento, ordenando al Colegio de Kinesiólogos de Chile A.G. el cese inmediato de los actos de hostigamiento a los profesores de la carrera de kinesiología del Instituto Profesional de Chile y abstenerse de realizarlos en el futuro; aplicando al mismo una multa de 2 Unidades Tributarias Anuales<sup>97</sup>.

### **3. Tercera Parte. El Año 2006: El surgimiento del concepto de beneficio económico y su expansión para la fundamentación de las multas, la incorporación del mercado relevante y el surgimiento de la Corte Suprema.**

A partir del año 2006 hay un nuevo argumento que desarrolla y utiliza el TDLC para efectos de imponer multas, este es el concepto de beneficio económico contenido en el Art. 26 de la Ley 19.911<sup>98</sup>. A lo anterior se suma una mayor actividad en la Corte Suprema por la vía del recurso de reclamación, acogiendo varias de estas sea para rechazar demandas acogidas por el TDLC, acoger demandas rechazadas por el TDLC e incluso aumentar multas, confirmando lo sostenido por el Tribunal de Defensa considerando “insuficiente” las multas.

i. El primer caso que analizaremos presenta una particularidad, es el primero que analizamos en relación a una licitación pública, de fecha 10 de mayo de 2006<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Debe señalarse que la sentencia fue acordado con el voto en contra de los Ministros señores Menchaca y Serra, quienes fueron del parecer de rechazar la demanda en todas sus partes.

<sup>98</sup> A este concepto se sumará uno de naturaleza formal. La incorporación de un párrafo en las sentencias destinado exclusivamente a fundamentar la misma.

<sup>99</sup> Sobre este tema observado Nicole Nehme Z. lo siguiente: “Es interesante examinar que, una vez dictada la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley sobre Contratación

Demarco S.A. dedujo demanda en contra de la empresa Coinca S.A. (.Coinca.) y de la I. Municipalidad de San Bernardo. Las demandadas, a juicio de la actora, habrían cometido actos contrarios a la Libre Competencia en la licitación convocada por la Municipalidad para la concesión de los servicios de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios, Provisión y Reposición de Contenedores, Saneamiento de Microbasurales producidos por Residuos Sólidos Domiciliarios y Voluminosos del año 2004. La demandante considera como contrarias a la libre competencia las siguientes cláusulas de las Bases Administrativas Especiales de la Licitación: a) Página 3- El sólo hecho de la presentación de la oferta significa la aceptación por parte del oferente a lo dispuesto en las presentes Bases y demás antecedentes de la licitación. b) Página 13 .El municipio podrá rechazar o desestimar todas las ofertas, declarar desierta la licitación si no se presenta ningún oferente o aceptar cualquiera de ellas aunque no ofrezca el precio más bajo, todo ello cuando convenga a los intereses Municipales. c) Página 27, 3.- Aceptar la decisión del mandante en la adjudicación de la propuesta, en el sentido que es inapelable y no susceptible de recursos administrativos o judicial alguno.

El Tribunal sostiene que: “Que se puede concluir, entonces, que Coinca ha abusado de la posición que le confiere el control o la propiedad de un relleno sanitario para desincentivar, vía

---

Pública”), la Corte Suprema adoptó por un corto período una posición vacilante en cuanto a la aplicabilidad del D.L. N° 211 a actos de la autoridad propios de la contratación administrativa, invocando, entre otros argumentos, la especialidad de la normativa administrativa y de contratación pública respecto de la de libre competencia. Sin embargo, la misma Corte Suprema clarificó recientemente su posición, precisando, en línea con la jurisprudencia histórica existente en la materia, la especialidad de las normas de libre competencia en lo que se refiere a actuaciones que pueden afectar el funcionamiento de los mercados, y consecuentemente la libertad económica de las personas, así como su plena exigibilidad respecto de los órganos públicos inclusive en materias que afecten a la contratación administrativa” Nicole Nehme “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado” en obra colectiva “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario” Thompson PuntoLex, 2001, p. 328, citando para la primera parte de su afirmación la sentencia de 29 de marzo de 2006. Al conocer una reclamación de la Municipalidad de Cauquenes en contra de la Sentencia N° 34/2005 del TDLC y para la segunda parte la sentencia de la Corte Suprema que confirmó una condena del TDLC en contra de la Municipalidad de Curicó, en su Sentencia N° 77/2008, de fecha 27 de mayo de 2009, causa Rol 7796-2008) Sentencia que trataremos en los apartados siguientes. El problema de la concurrencia normativa en el conocimiento jurisdiccional y administrativo de las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado se da toda vez que el Art. 24 de la Ley 19886 prescribe que el Tribunal de Contratación Pública “será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley. La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive” (Art. 24 incisos primero y segundo). Por último debe sumarse, como lo anotan los profesores Mendoza y Lara que “en lo que concierne al segundo aspecto, es decir, los criterios y la forma en que la autoridad contratante procederá a evaluar los antecedentes técnicos y económicos, cuya ponderación será la base para la decisión traducida en la respectiva adjudicación, la Contraloría General ha originado una serie de pronunciamientos sobre esta especial materia” citando los autores sendos dictámenes que han hecho que la ley 19886 tenga una aplicación amplia e la actividad contractual de la Administración (“La contratación administrativa y la ley 19886, aspectos a considerar en un recuento jurisprudencial”, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. Año IX, n° 9, 2005. Pág. 108).

la cotización de tarifas discriminatorias, la participación de sus competidores directos en el proceso de licitación de la I. Municipalidad de San Bernardo de 2004, en el que ella misma intervino y ganó. A mayor abundamiento, la tarifa ofertada por Coinca por el servicio de disposición final de residuos sólidos domiciliarios y voluminosos asciende a \$7.000 por tonelada, según consta a foja 1433; mientras que la tarifa cotizada a las empresas Cosemar S.A., Enasa y Demarco asciende a \$12.750 según las Cartas Compromiso-Acuerdo acompañadas a fojas 674 y siguientes”. (Considerando Trigésimo Primero)

En base a lo anterior acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y condena a Coinca S.A. a pagar una multa a beneficio fiscal de trescientas cincuenta (350) Unidades Tributarias Anuales por haber infringido la libre competencia al cotizar en forma discriminatoria sus servicios a competidores a una tarifa manifiestamente superior a aquella con la que ganó la licitación de autos, actuación con la que pretendió impedir la participación de un competidor en la misma utilizando su poder de mercado en la disposición final para aumentar su participación en el de recolección de residuos.

Contra esta sentencia Coinca S.A., interpuso recurso de reclamación<sup>100</sup>, mas dicho reclamo fue rechazado, con la prevención del Ministro Srta. Morales y el Abogado Integrante Sr. Herrera, quienes fueron del parecer de rebajar la multa impuesta a Coinca S.A., a 300 Unidades Tributarias Anuales, por considerar dicha sanción ajustada a la infracción cometida por ésta. Cabe decir que no hay fundamentación adicional en la prevención de la Ministro y abogado integrante a sobre por qué debe rebajarse la multa<sup>101</sup>.

ii. El segundo caso al cual nos referiremos de este año constituye la Sentencia N° 38/2006<sup>102</sup>. Dicha sentencia trata de una denuncia de la Asociación de Exportadores de Chile A.G., Asoex, por graves infracciones al Decreto Ley N° 211, entre ellas concertación de precios,

---

<sup>100</sup> Corte Suprema. Sentencia Rol 2657-06, de fecha 12 de septiembre de 2006.

<sup>101</sup> El control de las cláusulas abusivas en materia de contratación pública tiene como fundamento del principio de estricta sujeción a las bases, la libertad de concurrencia y la igualdad entre oferentes, como señala estos últimos dos principios el Art. 9 de la LOC 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado. El TDLC ha tenido pronunciamientos sobre el tema a través de su potestad consultiva y a través de la potestad investigatoria de la Fiscalía Nacional Económica. Sobre el control de estas cláusulas puede verse Lara Arroyo, José Luis y Helfmann M. Carolina: “Las cláusulas abusivas en la contratación pública: su establecimiento e impugnación” en Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez N° 19, 2009, especialmente en Págs. 139 y 140.

<sup>102</sup> De fecha 7 de junio de 2006, Rol C N° 12-04.

abuso de posición dominante, precios abusivos y discriminación arbitraria, en contra de las siguientes empresas de agenciamiento de naves: Ultramar Agencia Marítima S.A. (en Ultramar), Agencias Universales S.A. (Agunsa), Sudamericana Agencias Aéreas y Marítima S.A. (SAAM), Ian Taylor y Compañía S.A., AJ Broom y Cía. S.A.C. y Marítima Valparaíso - Chile S.A.

Señala en su denuncia la Asoex que a fin de exportar sus mercaderías, cada exportador debe contratar a un Agente de Aduanas para que, en su nombre y representación, realice ante el Servicio Nacional de Aduanas los trámites documentarios necesarios y exigidos para efectuar las distintas operaciones de exportación. Hasta el año 2000, para embarcar mercaderías era necesario tener una orden de embarque, documento que era preparado por el Agente de Aduana del exportador, numerado por el Servicio de Aduanas y sometido al visto bueno del agente naviero, trámite obligatorio y sin costo alguno para el exportador. Sólo cumplidos estos pasos se podía llevar la mercadería al puerto para embarque. Después de embarcada la mercadería y zarpado el buque, se emitía la declaración de exportación, documento a presentarse ante el Banco Central de Chile. Esta práctica cambió cuando el 16 de febrero de 2001, el Servicio Nacional de Aduanas dictó la resolución N° 591, que simplificó el procedimiento al unir sus propias funciones con las del Banco Central. En una primera etapa, -marzo de 2001- se implementó el Documento Único de Salida -primer mensaje o Documento Único de Salida-Aceptación a Trámite, que vino a reemplazar la orden de embarque. Indica el denunciante que, con la normativa anterior al DUS, la obtención del Visto Bueno del agente naviero en la orden de embarque era obligatoria frente al Servicio Nacional de Aduanas, pero que ahora, con la implementación del nuevo sistema electrónico, se eliminó la obligatoriedad de dicho trámite. No obstante lo anterior, alegando la necesidad de dicho Visto Bueno, las agencias navieras decretaron continuar exigiendo el visto bueno en el DUS, al igual que lo hacían con la anterior Orden de Embarque como condición indispensable para embarcar. Lo anterior se transformó en un acto contrario a la libre competencia desde que las mismas agencias, actuando concertadamente, decidieron comenzar a cobrar tarifas injustificadas y todas muy cercanas entre sí. Además las agencias navieras decidieron comenzar a cobrar por otros conceptos o montos, tales como correcciones, originalización B/L, cambio de destino, emisión de certificados, servicios fuera de horario, corrección B/L, reemisión B/L, matrices fuera de plazo, tramitación fuera de horario.



El Tribunal despliega dos razonamientos: el primero, más atenuado en su fundamentación, que se expresa en el considerando que sigue: “Que los indicios en los que se basa la convicción del Tribunal respecto de esta concertación entre las agencias de naves requeridas corresponden, principalmente, a la simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro (comenzaron en marzo - abril de 2002), y la similitud de los montos cobrados y su concepto”. (Cons. Trigésimo Sexto). Adjuntando además una tabla con los cobros cuestionados.

Añade asimismo que en el caso de autos no está construido según extremos teóricos. Estimando que la conducta individual abusiva se ve posibilitada, reforzada y agravada por el acuerdo al que habrían llegado las agencias de naves requeridas para cobrar a los exportadores las tarifas en discusión. Aún cuando las agencias de naves no compitan en cuanto a los servicios que prestan a los exportadores, pues la competencia en esta área se produce entre las navieras, sí compiten en el mercado de los servicios de agenciamiento ofrecidos a esas compañías navieras. Que las agencias de nave no tendrían todos los incentivos para comenzar a aplicar un cobro nuevo a los exportadores por cada cargamento embarcado, pues dicho nuevo cobro eventualmente podría motivar al exportador a cambiar de naviera, dado que las navieras sí compiten entre sí por conseguir contratos de transporte marítimo. Si este fuese el caso, no se podría configurar la figura de abuso de posición dominante, sin asegurar la existencia de barreras al cambio de naviera por parte del exportador. (Considerando Cuadragésimo Primero).

Pero en su segunda etapa discurre sobre dos fundamentos económicos para aplicar la multa y que son abundantes. El primer punto es el análisis de las barreras de entrada, las que a juicio del Tribunal constituyen dos elementos. En primer lugar, la tarifa que las agencias de naves cobran a los exportadores es una proporción muy pequeña del valor FOB de las exportaciones marítimas; de acuerdo a lo informado por la Fiscalía Nacional Económica ascendería a un 0,03%. Sin duda, la incidencia de este costo reduce los incentivos de búsqueda de un menor precio por parte del exportador y dificulta que se cambie de naviera por un aumento en el cobro de la agencia de naves asociada. Así, cada agencia de nave adquiere, en forma natural, una posición dominante con respecto al exportador.

En segundo lugar, se observa que cinco agencias de naves importantes, que en conjunto manejan más del 70% de las exportaciones totales realizan cobros muy similares y a partir de la misma

fecha. Esto disminuye aún más los incentivos del exportador a cambiarse de compañía naviera, ya que la gran mayoría de las navieras competidoras están asociadas a agencias de naves que aplican los mismos cobros. (Considerando Cuadragésimo Segundo,) concluyendo, de esta guisa, que: “En resumen, existiendo una posición dominante pero de carácter no absoluto, se requirió reforzarla con un acuerdo colusorio”. Con todo, cabe decir que el TDLC analiza detalladamente la participación en el mercado, graficándola en el considerando Cuadragésimo Quinto, y que como se desprende de dicha gráfica las agencias de naves más importantes son SAAM y Ultramar, seguidos por Agunsa. A.J. Broom e Ian Taylor, que presentan una participación de mercado muchísimo menor que las anteriores. (Considerando Cuadragésimo Sexto).

Este análisis es a juicio del Tribunal bastante para acoger el requerimiento sin adentrar en otros fundamentos para imponer la multa, las que fueron del siguiente tenor: Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas, una multa de 2.500 Unidades Tributarias Mensuales; en contra de Ultramar Agencias Marítima, una multa de 2.500 Unidades Tributarias Mensuales; en contra de Agencias Universales S. A, una multa de 1.440 Unidades Tributarias Mensuales; en contra de A.J.Broom y Cía., una multa de 190 Unidades Tributarias Mensuales; y en contra de Ian Taylor y Cía. S.A., una multa de 60 Unidades Tributarias Mensuales, todo ello con costas. No hay por tanto una referencia directa al Art. 26 sino que un análisis muy detallado del mercado relevante, lo que constituye una novedad en comparación con las fundamentaciones de los años 2004 y 2005.

Empero, la Corte Suprema<sup>103</sup>, conociendo de los recursos de reclamación interpuestos, por la Fiscalía Nacional Económica; por Agencias Universales S.A., "AGUNSA"; por Ian Taylor y Compañía S.Apor A.J. Broom y Cía. S.A.C.;, por Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A. "SAAM"; y por Ultramar Agencia Marítima Limitada, sostuvo que abordando el análisis de las reclamaciones, conviene reiterar que el objeto del presente procedimiento fue conocer de la denuncia presentada por Asoex A.G. por diversas infracciones al Decreto Ley N° 211, que pueden sintetizarse en concertación de precios, abuso de posición dominante, precios abusivos y discriminación arbitraria (considerando primero). Para luego señalar que el abuso de posición dominante que sostiene el TDLC “No es compartida por esta Corte, pues los cargos formulados no lograron ser establecidos ni probados, desde que el mencionado artículo 3° letra c) del Decreto Ley N° 211 establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto

---

<sup>103</sup> Rol N° 3.395-2006. Sentencia de fecha 28 de diciembre del año 2006.

es, que tengan la intención de provocar determinado resultado. Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, o sea el producto de actuaciones meramente coincidentes entre las distintas agencias, pues no puede sancionárseles por supuestas o presuntas "colusiones" como fue calificada la actuación de éstas por la propia Fiscalía Nacional Económica. En efecto, la lectura y análisis de los diversos antecedentes y probanzas del expediente, sólo podría permitir formular meras hipótesis de colusiones tácitas entre las denunciadas, pero en ningún caso extraer conclusiones definitivas, que es lo que se necesitaría para poder tipificar un hecho descrito en la norma legal y producto de ello imponer sanciones" (considerando noveno). Y que en concepto de esta Corte no existe prueba concluyente de la supuesta colusión que se les atribuye a las denunciadas, puesto que los únicos indicios que consideran los sentenciadores son dos: a) la supuesta simultaneidad en el cobro; b) la similitud de precios cobrados por las distintas agencias requeridas. Sin embargo, el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa, condiciones ambas cuya existencia no puede tenerse por demostrada por la simple concurrencia de las circunstancias ya señaladas (simultaneidad y homogeneidad de precios) (Considerando 10°).

Es clara que las exigencias de una colusión son altas para esta Suprema Corte y puede apreciarse un estándar probatorio mayor en ella que en el TDLC. Por lo que acogió los recursos de reclamación interpuestos contra la sentencia, dejando sin efecto las multas impuestas. Notamos acá nuevamente que la Corte Suprema conoce y bajo argumentos procesales revoca planteamientos del TDLC. En este caso es de toda relevancia dada la extensa fundamentación del mercado relevante, lo que no fue considerado por el Tribunal Supremo.

De lo expuesto inicialmente ya podemos apreciar el año 2006 fue un año de variaciones en la jurisprudencia del TDLC en la aplicación de las multas y en la actuación de la Corte Suprema. En efecto, mientras que desde el año 2004 la tendencia era confirmar los fallos del TDLC sin mayores referencias acá puede observarse cambios en la fundamentación, disidencias y acogimiento de reclamaciones. Los dos casos siguientes constituyen un buen ejemplo de esta última situación.

iii. A continuación analizaremos el caso Quimel, nuestra tercera sentencia de este año, de fecha de 13 de junio<sup>104</sup>. Este es un caso único en lo concerniente a la aplicación de multas. Producción Química y Electrónica Quimel S.A. demanda a James Hardie Fibrocementos Limitada por reiteración de la conducta tipificada en el artículo 3° letra c) del Decreto Ley N° 211 y, por desacato de lo dictaminado en el Dictamen N° 1.287, de fecha 30 de abril de 2004, que en su parte pertinente señala que “no se puede desconocer que la conducta permanente y persistente de James Hardie de vender su producto por debajo del costo durante los últimos tres años, además se solicita al Fiscal Nacional Económico que mantenga en observación la conducta de James Hardie, a fin de verificar el cumplimiento de esta prevención; solicitando en consecuencia que se apliquen en contra de la empresa demandada las más graves sanciones”.

El Tribunal rechazó la demanda en todas sus partes, sin condena en costas por estimar que tuvo motivo plausible para litigar. A juicio del Tribunal, el conjunto de argumentos expuestos es suficiente para concluir que la conducta de James Hardie no ha infringido las normas de libre competencia, por cuanto: (a) no se puede inferir que la parte demandada haya detentado, al inicio y durante el periodo de presunta fijación de precios predatorios, de suficiente poder de mercado como para formarse una expectativa razonable de poder recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo asociadas a la práctica materia de esta causa; ni (b) tampoco se ha demostrado que la parte demandada haya comercializado su producción de planchas lisas de fibrocemento bajo los costos evitables relevantes (Cons. 33°).

Empero la Corte Suprema -mediante sentencia de fecha 29 de noviembre de 2006<sup>105</sup> revocó la sentencia de primer grado y acogió la demanda. Para ello tuvo en especial consideración el Art. 3 letra c) del Decreto Ley 21 señalando que: “De esta disposición se infiere que no es necesario para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisamente por no tenerla. En el presente caso, tal como ya se ha manifestado, James Hardie durante los años en que operó en nuestro país mantuvo una conducta de precios predatorios, es decir, tuvo como estrategia para la venta de las planchas de fibrocemento la aplicación de precios artificialmente bajos, sin mediar eficiencia desde que vendió bajo el costo de producción; lo que hizo con el

---

<sup>104</sup> Sentencia N° 39-2005, Rol 42-2004.

<sup>105</sup> Corte Suprema. Sentencia Rol N° 3449-2006.

objetivo de eliminar a la competencia y así ganar poder en el mercado, logrando la salida de parte de ella (Quimel y Cementa) y la disminución de la participación en el mercado de Pizarreño - Pudahuel, con la intención de obtener rentas sobre normales en el largo plazo, luego de llevar a cabo una conducta de tipo secuencial, destinada a depredar primero a las presas más débiles y posteriormente al resto de la industria. Para ello poseía los mecanismos necesarios para financiar las pérdidas económicas asociadas a la realización de dicha conducta, desde que obtenía utilidades por las exportaciones de tejas de fibrocemento a Estados Unidos de Norteamérica” (Considerando 6°).

Dio lugar entonces la Corte Suprema a las demandas interpuestas, sólo en cuanto se condena a la empresa James Hardie Fibrocementos S.A. al pago de mil (1.000) unidades tributarias anuales, por ejecutar la conducta descrita en la letra c del artículo 3 del DL 211 de 1973, todo ello con costas<sup>106</sup>.

iv. La cuarta sentencia en comento es de fecha 27 de julio de 2006<sup>107</sup>. La Fundación Chile Ciudadano y don Daniel Francisco Silva Toledo señalan que, de conformidad al Decreto Ley N° 211 y teniendo presente la instrucción de carácter general contenida en la Resolución N° 666, de 23 de octubre de 2002 de la Honorable Comisión Resolutiva, interpusieron demanda por infracciones a la normativa de defensa de la libre competencia en contra de CAR S.A. o CAR, a fin que el Tribunal declarase que los hechos y actos ejecutados por la demandada infringieron gravemente la instrucción señalada, obteniendo importantes beneficios económicos, debiendo aplicarse el máximo de las multas contempladas en la ley. A juicio de los demandantes hubo trasgresiones al estado de cuenta mensual, repactaciones sin liquidación, entre otros.

Sostuvo el Tribunal que “con fecha 01 de marzo de 2006, fueron publicadas las normas del Capítulo III.J.1.1 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central y con fecha 28 de abril de 2006, fue publicada la Circular N° 17 sobre Emisores y Operadores de Tarjetas de Crédito, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. De estas normas se desprende que ellas regulan la misma materia a la cual se refieren las instrucciones generales de la Resolución N° 666; es más, existe una aparente coordinación incluso entre los entes

---

<sup>106</sup> La sentencia tuvo la disidencia de los Ministros Milton Juica y del abogado integrante Hernán Álvarez.

<sup>107</sup> Sentencia N° 41-2006.

reguladores y fiscalizadores involucrados, al reconocer la normativa del Banco Central la facultad del Servicio Nacional del Consumidor para fiscalizar su cumplimiento” (Cons. 15°). Añadió además: “Que la normativa antes citada no constituye una mera complementación del marco normativo comprendido por la Resolución N° 666, sino que tiene el carácter de un nuevo régimen jurídico que regula la información que deben entregar las casas comerciales como asimismo quienes emitan tarjetas de crédito, en favor de los consumidores en general y que, por consiguiente, derogan las disposiciones de dicha Resolución. Que este nuevo régimen jurídico resuelve los problemas de transparencia que la Resolución N° 666 pretendía precaver. Lo anterior, indudablemente, constituye un nuevo antecedente que este Tribunal ha de tomar en cuenta para resolver las demandas incoadas, y, en particular, al momento de establecer las eventuales multas a que pueda hacerse acreedora la demandada” (Énfasis nuestros).

El Tribunal acogió la demanda y sancionó a CAR S.A. con una multa a beneficio fiscal ascendente a 200 unidades tributarias mensuales, declarando que, en lo sucesivo, CAR S.A. deberá actuar en la materia a que se refiere la Resolución N° 666, de fecha 23 de octubre de 2002. Con todo hubo una prevención del Ministro señor Depolo, quien estuvo por aplicar a CAR S.A. una multa ascendente a 300 unidades tributarias mensuales. Este es el primer caso de los expuestos en que el TDLC hay una prevención para aumentar la multa.

Ambos demandantes interpusieron reclamación ante la Corte Suprema<sup>108</sup>, lo que también hizo CAR S.A.

La Corte Suprema, a diferencia de los fallos de los dos años anteriores se detiene con detalle en la fundamentación de la multa. Fundamentará en el plano de la legitimación activa de quienes pueden interponer la reclamación y analizará las obligaciones que tiene CAR S.A. en relación con la normativa atingente al caso. Por último, en lo que se hará un lugar común será la invocación de la norma que habilita dicha imposición, oigámosla:

“Considerando 7°) Que, finalmente, en lo relativo a la impugnación de la decisión en la parte que aplicó a la demandada una multa de doscientas unidades tributarias mensuales, solicitándose el aumento de la misma, cabe precisar que, a diferencia de los casos anteriores, dicha materia sí

---

<sup>108</sup> Sentencia Rol 4355-06.

es susceptible de ser reclamada mediante el recurso interpuesto. En efecto, la imposición de multas es una de las medidas que establece el artículo 26, tantas veces mencionado, sin que exista disposición alguna en el cuerpo normativo anteriormente referido, que limite en este caso la reclamación únicamente a quien ha sido sancionado con ella, pues el artículo 27 señala como susceptible de reclamación la sentencia que impone algunas de dichas medidas, sin condicionar su interposición al hecho de haber sido la parte sancionada con alguna de ellas, contrariamente a lo que sostiene la demandada. Desde el momento en que los actores interpusieron una demanda en contra de CAR S.A denunciando que ésta desplegaba una conducta atentatoria a la libre competencia, y solicitaron se la sancionara por ello imponiéndosele el máximo de las multas que contempla la ley, resulta patente el interés que tienen en el resultado del litigio, pudiendo, en consecuencia solicitar por esta vía, el aumento de la multa aplicada a la infractora, en razón de no haber obtenido, a ese respecto, todo lo que fuera pedido en sus libelos; motivo por el cual, sobre este aspecto, el recurso interpuesto por los actores resulta admisible;”<sup>109</sup>.

A diferencia de otros casos y en lo que constituye una novedad, la Corte Suprema decide aumentar el monto de la multa. Ello solo se dará en otra ocasión (el caso Quimel) en que el TDLC rechazó la demanda y fue la Corte Suprema que por la vía de la reclamación, la acogió. De este modo señaló:

“9°) Que la omisión de indicar la tasa de interés en los estados de cuenta, así como la omisión de informar la periodicidad con que se hacen exigibles los intereses, las fechas específicas

---

<sup>109</sup> Como se sabe, la legitimación activa es aquella condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión (Eduardo J. Couture, “Vocabulario Jurídico.”, Pág. 379). Los requisitos de la legitimación activa son *la capacidad, el interés y la calidad*. (Citado en Castellón Munita, Juan Agustín. “Diccionario de Derecho Procesal Civil”. Editorial La Ley, 2004, Pág. 113.). Por otra parte, es ésta (la legitimación) el primer elemento que el juez debe considerar al examinar si concurren las condiciones de la acción., existiendo un verdadero principio que se traduce en el axioma “no hay acción si no hay legitimación” (Romero Seguel, Alejandro, “Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos”. Tomo I. Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, año 2006. Pág. 94). Desde antiguo –siguiendo al clásico Chiovenda- se ha asociado capacidad para obrar distinguiendo entre *legitimatio ad causam* (legitimación para obrar), esto es, la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación *activa*) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación *pasiva*); y la *legitimatio ad processum* se indica la capacidad para estar en Juicio por sí o por otros. La falta de la primera conduce como efecto la carencia de acción. (Chiovenda, Giuseppe, “Principios de Derecho Procesal Civil” Tomo I. Ed. Reus, Madrid, 1922. Págs. 178 a 181). El tema cobra relevancia en materia de Libre Competencia puesto que el D.L. 211 no hace distinción –entre quienes son partes, claro está- sobre quién puede reclamar sobre sentencia y la multa en caso que se haya impuesto. Ello se traduce en que las partes pueden reclamar tanto de la sentencia como del mayor o menor monto de la multa.

involucradas en ellos y la fecha de liquidación de los intereses en operaciones de repactación; conductas desarrolladas por la demandada en forma reiterada, constituyen infracciones graves, desde que dichas omisiones impiden a los consumidores establecer comparaciones con las ofertas de otras empresas del mercado y así decidir libremente, que es la finalidad que se persigue por medio de la libre competencia. Con el actuar de la recurrida se ve afectada gran cantidad de personas de escasos recursos, varias de ellas con poca ilustración, en términos de que la falta de información produce un efecto en la decisión que adoptan, obteniendo, entonces, la demandada beneficios económicos importantes, puesto que puede cobrar intereses altos, sin competencia, lo que sus clientes ignoran.

10º) Que, atento a lo anterior, estimando estos sentenciadores insuficiente la multa impuesta a la demandada, habrán de acoger la reclamación interpuesta por los demandantes, disponiendo el aumento de su cuantía” (Énfasis nuestros).

Por lo anterior, la Corte acogió el recurso de reclamación deducido, por los demandantes de autos, en lo que se refiere al monto de la multa impuesta a CAR S.A, declarando que esta última queda condenada al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a mil (1.000) unidades tributarias mensuales.

Parece ser que el fallo anterior pudo lograr influencia clara en los planteamientos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pues a partir de este período habrá acápite en las sentencias que llevarán por título “de la determinación de la multa” o equivalentes.

v. La quinta sentencia del año 2006 constituye un buen ejemplo de fundamentación y análisis desde ambos Tribunales: El TDLC analizó en detalle los criterios para aplicar multas en este caso (Indura)<sup>110</sup> y la Corte Suprema también lo hizo, mas a efectos de revocar la sentencia de primer grado, con lo que rechazó la demanda.

En este caso el Fiscal Nacional Económico dedujo requerimiento en contra de las empresas AIR LIQUIDE CHILE S.A, INDURA S.A, AGA S.A. (AGA) y PRAXAIR CHILE LIMITADA, fundamentando su acción en que dichas empresas incurrieron en actuaciones concertadas con el

---

<sup>110</sup> Sentencia N° 43-2006, de 7 de septiembre de 2006, Rol 74-2005.



propósito de restringir la competencia y de discriminar a sus clientes, particularmente los hospitales públicos, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Las requeridas son las únicas empresas que desarrollan en Chile la actividad de producción, distribución y comercialización de oxígeno líquido y gaseoso, fundamentalmente para uso medicinal e industrial. El mercado relevante en el que actúan estas empresas es, desde el punto de vista del producto, el del oxígeno de alta pureza, líquido y gaseoso. El producto que elaboran todas las empresas es absolutamente homogéneo. El territorio en el que distribuyen y comercializan su producto es el nacional, determinado, para el caso de los hospitales, por la red de establecimientos del Sistema de Salud Público.

Acusa la FNE –en base a lo anteriormente expuesto- a las empresas citadas de: a) Reparto de mercado y; b) Acción concertada para eliminar o restringir la libre competencia, en el proceso de licitación de CENABAST para la provisión de oxígeno líquido al Sistema de Salud Pública, del año 2004, sosteniendo la FNE que, a lo menos en el periodo 2001-2004, las requeridas incurrieron en una acción concertada anticompetitiva consistente en un reparto ideal o de cuotas de mercado, enfrentando en consecuencia, los hospitales precios muy por encima de lo que pagan otros clientes con niveles de consumo similares.

El TDLC sostuvo que: “En consecuencia y tal como se ha dicho, de acuerdo con lo señalado en el artículo 22° del Decreto Ley N° 211, existen en autos indicios o antecedentes que, en concepto de este Tribunal, son aptos para establecer que todas y cada una de las requeridas han incurrido en una práctica concertada con el objeto o efecto de hacer fracasar la licitación a que llamó la Cenabast para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal, afectándose así gravemente la competencia, tanto en ese mercado como en el del oxígeno medicinal privado y en el del industrial. Los referidos indicios o antecedentes, por lo demás, en la medida en que llevan naturalmente y mediante el razonamiento lógico propio de la sana crítica a formar convicción en este Tribunal - tal como ha ocurrido en este caso- constituyen plena prueba, al tenor del texto expreso del referido inciso segundo del artículo 22°, pues esta disposición señala el carácter autónomo de tales indicios como medio que lleve a dicha convicción, no debiendo necesariamente limitarse los medios de prueba que pueda valorar este Tribunal a aquellos que taxativamente enuncia el Código de Procedimiento Civil” (Cons. Nonagésimo sexto. Énfasis

nuestros)<sup>111</sup>, concluyendo que las conductas así establecidas constituyen una clara violación al artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

Añadió además, que la colusión de las requeridas así establecida tendió a producir un efecto perjudicial para la eficiencia económica en el mercado, que merece un juicio de reproche adicional, cual es el de impedir o entorpecer la posibilidad de que, producto de la licitación de Cenabast, se hubiese alcanzado un precio inferior al de referencia para la provisión de oxígeno líquido a los establecimientos hospitalarios del sistema público de salud. Lo anterior, puesto que, de haber existido competencia plena y efectiva en el proceso licitatorio en cuestión, se podría haber alcanzado una oferta menor a dicho precio de referencia en la segunda ronda, producto del remate a la baja efectuado (Cons. nonagésimo séptimo) concluyendo finalmente que “en lo que atañe al ejercicio de las facultades de este Tribunal para la determinación del monto de las multas, se considerará la gravedad de la conducta acreditada, los efectos perseguidos con la misma, elementos que han sido expuestos en el considerando precedente, y el nivel de ventas de las requeridas. Por su parte, para determinar las diferencias y la proporcionalidad de las multas asignadas a las distintas requeridas, el principal elemento de juicio que se considerará será la participación de las mismas en el mercado de los clientes denominados “no proceso” cuya opacidad se trató de sostener a través de esta infracción” (Cons. Nonagésimo octavo)

Por todo ello el TDLC acogió el requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico, en cuanto se declara que las requeridas han incurrido en una práctica concertada, con el objeto de hacer fracasar la licitación a que llamó la Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud en el año 2004 para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal, condenando a las requeridas a las siguientes multas a beneficio fiscal: a Indura S.A. 1.300 Unidades Tributarias Anuales; a AGA S.A. 1.100 Unidades Tributarias Anuales; a Air Liquide Chile S.A. 600 Unidades Tributarias Anuales; y a Praxair Chile Limitada 200 Unidades Tributarias Anuales<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> El fundamento en comento es un claro reconocimiento a la libertad de prueba y valoración conforme a las reglas de la sana crítica esgrimidas por el Tribunal a efectos de imponer multas. El vínculo es destacable pues una atenuación en la exigencia probatoria puede traducirse en mayor amplitud en los criterios para imponer multas.

<sup>112</sup> La sentencia fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Menchaca, quien estuvo por rechazar el requerimiento de autos en todas sus partes.

Empero, el 22 de enero del año 2007 la Corte Suprema<sup>113</sup>, en virtud de la interposición de recursos de reclamación por parte de Praxair Chile Limitada, Air Liquide Chile S.A., y del presentado por la Fiscalía Nacional Económica, terminó acogiendo en todas sus partes el requerimiento de los sancionados, rechazando por consiguiente la demanda interpuesta. Para ello la Corte Suprema sostuvo: “Que correspondía a la Fiscalía Nacional Económica demostrar las imputaciones que efectuara al formular el requerimiento. Sin embargo, la prueba que presentó con esta finalidad, resulta del todo insuficiente para acreditar la existencia de este acuerdo por parte de las requeridas, en orden a lograr la repartición del mercado” (Cons. 10, énfasis nuestros). Por otra parte -prosigue el máximo Tribunal- la documentación que acompañara dicha Fiscalía en nada acredita la existencia del acuerdo en torno al reparto del mercado que imputa a las requeridas. Y que, en cuanto a la realización de una práctica concertada de parte de las empresas requeridas, para eliminar o restringir la libre competencia en el proceso de licitación de Cenabast para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública del año 2004, ello tampoco se encuentra acreditado en autos (Cons. 12°).

Asimismo, analizando los “indicios relevantes” esgrimidos por la FNE y aceptados por el TDLC, la Corte señala que: “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 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” (Cons. 13°). Por lo anterior -concluye la Corte- no habiéndose acreditado que las empresas requeridas hayan incurrido en la conducta descrita en el artículo 3 letra a) del DL 211 de 1973, es que resulta procedente acoger las reclamaciones interpuestas por las empresas requeridas (Cons. 15°) declarándose que se rechaza el requerimiento formulado en su contra por la Fiscalía Nacional Económica, dejando por ende sin efecto las multas impuestas.

---

<sup>113</sup> Corte Suprema. Sentencia Rol 5057-2006.

vi. La siguiente sentencia data de fecha 26 de octubre de 2006<sup>114</sup>. En este caso, Voissnet S.A. interpuso demanda en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A (Telefónica CTC), por incurrir esta última en una serie de conductas que la demandante considera anticompetitivas. La demandante busca además que se fomente la competencia entre los distintos proveedores de servicio de acceso (ISP); y, en especial, permitir la libre penetración de servicios de telecomunicaciones a través de Internet, mediante la utilización de las diversas aplicaciones (ASP) de Internet, como lo es la telefonía IP, con el fin de generar condiciones óptimas de mercado que permitan el desarrollo continuo y permanente de esta industria. Los atentados a la libre competencia que esta empresa imputa a CTC consisten en el aprovechamiento de una posición dominante de mercado en la propiedad de redes de telecomunicaciones y banda ancha para controlar el acceso y el uso de Internet. Específicamente, ha impuesto barreras a las aplicaciones de telecomunicaciones por Internet, como la telefonía IP, lo que impide al usuario acceder a ciertas aplicaciones y posibilidades.

Luego de analizar la probanza rendida, el Tribunal expone: “IX. De la determinación de la multa. Octogésimo segundo: Que, en ejercicio de las facultades de este Tribunal, para la determinación del monto de las multas, se considerará la gravedad de la conducta acreditada y los efectos perseguidos con la misma, elementos que han sido expuestos en los considerandos cuadragésimo sexto a sexagésimo precedentes<sup>115</sup>. Además, se tendrá en cuenta el nivel de participación de mercado de la demandada y requerida, tanto en el de la telefonía como en el de la oferta mayorista de acceso a Internet por banda ancha, lo que se consignó en los considerandos cuadragésimo sexto y cuadragésimo séptimo<sup>116</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considerará especialmente, al momento de determinar el monto de la multa, que la reprochabilidad de la conducta sancionada se ve atenuada por la falta de certeza jurídica respecto de las normas a las que se debe supeditar la prestación de VoIP en el país, producto de la carencia de una normativa adecuada que regule en forma clara y específica la materia, en el caso

---

<sup>114</sup> Sentencia N° 45-2006, Rol 60-2005.

<sup>115</sup> En ellos hay planteamientos técnicos sobre la Telefonía IP, normativa de la Ley General de Telecomunicaciones, análisis de cláusulas contractuales que tiene por objeto restringir la libertad de los IPS que contratan con CTC para brindar de acceso a banda ancha, y la imposición de “barreras artificiales de entrada” (Cons. 60°).

<sup>116</sup> Telefónica CTC consigna que era la única empresa que realizaba una oferta mayorista abierta de acceso de banda ancha y detentaba la propiedad sobre una parte importante de las redes de telefonía fija (alrededor de un 79,7% y de 76% de las líneas telefónicas locales en servicio a nivel nacional a diciembre de los años 2000 y 2001, respectivamente). Así lo señala el considerando 46°. Por otra parte, “CTC es la empresa dominante en el mercado de la telefonía fija local. Así fue establecido en la Resolución N° 686 de 2003 de la H. Comisión Resolutiva, cuyos efectos están plenamente vigentes” (Cons. 47°).

de que se estime necesario hacerlo, y de la interpretación y aplicación ambigua de la que actualmente existe por parte de la autoridad sectorial” (Énfasis nuestros)

Por lo anterior, el Tribunal acogió la demanda, condenó a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. a una multa a beneficio fiscal de 1.500 (mil quinientas) Unidades Tributarias Anuales, y estableció sendas medidas de mitigación. Hubo una prevención de los ministros señores Menchaca y Peña, quienes estuvieron por aplicar una multa de 1.000 (mil) Unidades Tributarias Anuales, considerando para ello el monto de las multas solicitadas por el señor Fiscal Nacional Económico en su requerimiento.

Con todo, cabe señalar que la Corte Suprema rebajó el monto de la multa<sup>117</sup>, consideró para ello que “En lo relativo a la cuantía de la multa impuesta, cabe tener presente que, de acuerdo al principio estatuido en el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, ha de considerarse que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, norma que tiene como excepción la regla N°2 que se refiere, precisamente, a las leyes que señalan sanciones para el caso de infracción a lo estipulado en ellos, evento en el cual se dispone que la sanción sea determinada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido dicha infracción” (Cons. 30°) y que C.T.C., “Al pactar dos cláusulas en los Contratos de Servicio de Megavía DSL que la demandada celebró con distintos ISP que datan de 2000 y 2001 y determinarse en el fallo reclamado que se ha incurrido en una infracción, quiere decir que las penas de orden legal que procede aplicar como sanción a la infracción no pueden ser otras que aquellas previstas en las leyes vigentes a la época en que se incurrió en la infracción, esto es, las consagradas en el artículo 17 N° 4 del Decreto N° 511 de 1980, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, que disponía la aplicación de multas a beneficio fiscal hasta por la suma equivalente a diez mil unidades tributarias, que debían entenderse que eran unidades mensuales y no anuales, las que, en todo caso, debían regularse prudencialmente según el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción” (Cons. 31°, énfasis nuestros), concluyendo que “Al imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia una multa ascendente a 1500 unidades tributarias anuales se ha excedido la sanción del límite máximo que imponía la ley vigente a la fecha de la comisión de los hechos o conductas que se reprochan en esta causa, cual era de 833,33 Unidades

---

<sup>117</sup> Rol N° 6236-06 de 4 de julio de 2007

Tributarias Anuales” cons. 32°). Por ello se acogió la petición subsidiaria formulada por la reclamante en su presentación, rebajando prudencialmente la multa impuesta a 556 Unidades Tributarias Anuales.

Acá encontramos, pues, un reconocimiento al principio de legalidad en su dimensión sancionadora que aparece en el razonamiento de la Corte Suprema. Lo cierto es que la Corte Suprema ha acogido reclamaciones a efectos de rebajar prudencialmente las multas impuestas, mas no es común el caso contrario, en que se rechace la demanda interpuesta y que en la reclamación la Corte revoque y aplique las multas. Los únicos casos son los de CAR S.A. y Quimel, ambos ya expuestos.

vii. Por último nos toca analizar la primera sentencia de fecha 05 de diciembre de 2006<sup>118</sup>. En ella la Compañía Minera Cordillera S.A. solicitó a la Honorable Comisión Resolutiva un pronunciamiento respecto de conductas de Sociedad Sal Punta Lobos S.A., (SPL o Punta de Lobos), por estimarlas atentatorias de la libre competencia en el mercado de los servicios portuarios para el transporte de sal en la Región de Tarapacá. La demandante expone que es una empresa controlada por el ciudadano estadounidense Leo David Mahoney y su familia, que es titular de concesiones mineras de sal en el Salar Grande de Tarapacá, pero se dedica a la comercialización y distribución de sal proveniente de las minas de SPL en la costa este de Estados Unidos. Desde que SPL fue adquirida por el grupo Yuraseck en el año 2001, esta empresa dejó de ser proveedora de Cordillera y se convirtió en una activa competidora suya en el mercado internacional de la sal. En razón de ello, Cordillera inició los pasos para explotar sus propias minas de sal en el Salar Grande de Tarapacá, para lo cual requería de un puerto cercano habilitado para el embarque del mencionado mineral. Señala Cordillera que en el año 2001 Endesa y Celta convocaron a una licitación privada para la enajenación de Puerto Patache y su respectiva concesión marítima. En dicha licitación participaron Terminal Marítimo Minera Patache S.A., empresa relacionada de Cordillera, y SPL. Celta comunicó a los participantes que, en ejercicio de las facultades que le conferían las bases de la licitación, había decidido rechazar todas las ofertas presentadas. Tras el fracaso de la licitación, se inició un proceso de negociación directa entre Cordillera, Endesa y Celta, que concluyó con la suscripción de un contrato de promesa de compraventa entre, por una parte, su relacionada TMMP y, por la otra, Endesa y

---

<sup>118</sup> Sentencia N° 47-2006, Rol 13-2004.

Celta. Esa promesa de compraventa quedó sometida, entre otras, a la condición de que Puerto Patache fuera habilitado por la autoridad para transportar sal a granel, mediante una ampliación del objeto de su actual concesión.

A partir de la suscripción de dicho contrato de promesa, SPL inició una agresiva campaña judicial y administrativa tendiente a monopolizar el mercado de transporte de sal de la Región de Tarapacá, las cuales son: a) Solicitud de caducidad de la concesión marítima de Endesa sobre Puerto Patache ante la Subsecretaría de Marina y ante el 30° Juzgado Civil de Santiago; b) Demanda de ineficacia del acto por medio del cual se rechazaron todas las ofertas en la licitación de Puerto Patache, de cumplimiento forzoso del contrato de licitación privada y, por ende, de adjudicación de ese puerto ante el 8° Juzgado Civil de Santiago; c) Demanda de nulidad de derecho público del D.S. N° 139-2002 de la Subsecretaría de Marina, que amplía al embarque de sal la concesión marítima del Puerto Patache, ante el 21° Juzgado Civil de Santiago y ; d). Solicitud de otorgamiento de una nueva concesión marítima sobre Puerto Patache ante la Capitanía del Puerto. Esta solicitud fue rechazada por superponerse a la existente de que era titular Endesa.

Concluido el proceso el Tribunal en su sentencia sostuvo que: “En consecuencia, a juicio de este Tribunal resulta inequívoco que, mediante el conjunto de acciones mencionadas, SPL perseguía impedir que este puerto fuera habilitado por otro interesado en embarcar sal, manteniendo así, en forma artificial, su posición dominante en el mercado” (Cons. Nonagésimo quinto). Y precisando que: “Esta infracción tuvo efectos perjudiciales no sólo para Cordillera sino que para las condiciones generales de competencia en el mercado nacional, restringiendo la posibilidad de que, vía mayor competencia, se reduzca el precio final de la sal en el mercado doméstico. Por lo tanto, y atendido que la infracción cometida por SPL excede el ámbito de los intereses privados entre competidores, la circunstancia de que se haya suscrito una transacción entre SPL y Cordillera no pudo resolver el conflicto de interés general sobre el que corresponde pronunciarse a este Tribunal” (Cons. Nonagésimo séptimo).

El Tribunal se detiene a fundamentar los criterios para la aplicación de las multas “una aproximación conservadora del beneficio económico obtenido por SPL con motivo de la infracción, consistente en retardar el ingreso de potenciales nuevos competidores al mercado

nacional de la sal, en particular, en los segmentos de sal industrial distinta de consumo humano, y en los segmentos de comercialización de sal química y sal para deshielo de caminos. La magnitud de ese beneficio ilícito se relaciona con dos factores. El primero de ellos corresponde al período de retraso en la habilitación de Puerto Patache, producido por Punta de Lobos (...) y, el segundo, a la posible disminución en el precio final del producto, como resultado de la posibilidad de sustitución por un medio de transporte más barato transporte marítimo, por parte de los potenciales competidores”.(Considerando Nonagésimo octavo. Énfasis nuestros)

Por otra parte el Tribunal consideró el volumen promedio de ventas de sal para el período 2002-2003, para aquellos segmentos distintos de la sal para consumo humano y que son intensivos en uso de transporte marítimo, cuya cantidad corresponde a 252.310 toneladas anuales. Pero que no obstante que la gravedad de las conductas y el elevado beneficio económico obtenido por SPL justificarían la aplicación de una multa elevada, debe tenerse en consideración el límite máximo establecido por el D.L. N° 211 vigente al momento de producirse los hechos que la motivan, esto es un máximo de UTM 10.000.

Acogió entonces pues el TDLC el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en cuanto se declara que SPL ha infringido la libre competencia mediante la imposición de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores con el objeto de mantener su posición de dominio en el mercado interno de la sal y condenó a SPL a una multa a beneficio fiscal ascendente a UTM 6.000 (seis mil Unidades Tributarias Mensuales).

#### **4. Cuarta Parte. El Año 2007: Una mayor actividad de ambos tribunales al momento de fundamentar la conducta sancionada y la sanción en específico.**

Hacia el año 2007, la tendencia de fundamentación de las multas no se radica – a efectos de analizar su relevancia- tanto en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sino que en la Corte Suprema. Aunque debe indicarse que este año no hubo muchos pronunciamientos, solo dos, a diferencia de los años 2005 y 2006.

Es menester recordar –aunque ya lo sabemos- que la Corte Suprema conoce de las mismas toda vez que el Art. 27 incisos primero y segundo del Decreto Ley 211 prescribe que: “Las



resoluciones pronunciadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano”. En este sentido, “Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil”. No opera por consiguiente algún mecanismo de consulta obligatorio para ante el Tribunal Supremo, como lo opera v.gr. en otra acción relacionada con la libre competencia, el llamado “Recurso de Amparo Económico” (Art. 1 de la LOC 18971 en relación con el Art. 19 N° 21 de la Constitución).

Dicho esto, entremos en materia.

i. La primera sentencia data del 6 de junio (A saber, el caso Labbé)<sup>119</sup>. La sociedad “Labbé Haupt y Compañía Limitada” interpuso una demanda en contra de Shell por haber incurrido en prácticas atentatorias contra la libre competencia. Para ello se funda en que la sociedad Labbé es distribuidora minorista de Shell desde el año 1970 y cuenta con dos estaciones de servicio bajo franquicia en la comuna de Las Condes, el vínculo contractual con Shell ha ido cambiando en términos cada vez más desfavorables, imponiéndole Shell más restricciones y gravámenes, abusando de su posición dominante en relación a la fijación de precios, compra de productos, traspaso de costos y responsabilidades, afirmando que los contratos de franquicia suscritos en enero de 2003 le asignan todos los riesgos de la empresa, sin tener control sobre ellos, mientras que la franquiciante no asume ninguna responsabilidad legal, contractual ni riesgo alguno, pero retiene el control absoluto de las decisiones empresariales, de lo que resulta una integración vertical que atenta contra la libre competencia, un abuso de posición dominante. El Tribunal consideró para resolver especialmente el análisis de los contratos de franquicia (cons. 27°) y el incumplimiento de lo ordenado por el Dictamen N° 435, (cons. 28°).

---

<sup>119</sup> Sentencia N° 53-2007, Rol 87-2006.

De especial relevancia resulta el considerando 37° que reproducimos para su mejor inteligencia: “Que, para determinar el monto de la multa que se aplicará a Shell, y a falta de antecedentes que permitan determinar los beneficios adicionales que dicha empresa habría obtenido producto de la infracción, este Tribunal considerará la gravedad de la conducta consistente en infringir la decisión de un órgano de defensa de la competencia. Adicionalmente, se tendrá en cuenta la circunstancia de que Shell ha incumplido el Dictamen N° 435 en forma reiterada, no sólo mediante los contratos de franquicia cuestionados en autos, sino que los contratos anteriores suscritos con Labbé, denominados de “Distribución y Arrendamiento”, rolantes a fojas 83 y 90, también lo contravenían, tal como fue establecido en el mencionado Dictamen N° 534, que objetó diversas cláusulas de dichos contratos. Con estos antecedentes, se fijará el monto de la multa según se expresa en la parte resolutive de ésta sentencia”. (Énfasis nuestros).

Por lo anterior se acogió la demanda de la sociedad “Labbé Haupt y Compañía Limitada”, declarándose que Shell ha infringido el Dictamen N° 435 de la H. Comisión Preventiva Central, condenándola al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a doscientas cincuenta Unidades Tributarias Anuales (250 UTA).

La Corte Suprema<sup>120</sup>, en sentencia de fecha 25 de septiembre de 2007 conociendo del recurso de reclamación, sostuvo: “Que analizando la reclamación interpuesta por Shell Chile S.A.C.I. es dable señalar que los sentenciadores decidieron imponer a ésta una multa por haber infringido el dictamen 435, cuestión que no formaba parte del asunto sometido a su decisión. En efecto, de la sola revisión del petitorio de la demanda con que se inicia esta causa puede advertirse que no se pidió al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se sancionara a la demandada por dicha situación, sino únicamente lo que ya fue mencionado en la parte expositiva de esta sentencia, a lo que nos remitimos. Por ello entonces es que, como lo señala Shell S.A en su recurso, al aplicar una sanción por dicho incumplimiento no está acogiendo parte de la demanda, sino actuando de oficio, situación que no le está permitida, de acuerdo al claro tenor del artículo 18 del Decreto Ley 211, que en su letra a) señala que a dicho tribunal le corresponde conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a dicho cuerpo legal. Más aún, del artículo 39 letra d) del texto legal citado resulta claro que la

---

<sup>120</sup> Rol N° 3506-2007.

autoridad facultada para velar por el cumplimiento de los dictámenes que dicte el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sucesor de la Comisión Preventiva Central, es el Fiscal Nacional Económico, y sin embargo éste no se hizo parte en la causa, y al emitir su informe, agregado a fojas 1222, señaló que no es posible concluir que en este caso exista un atentado contra la libre competencia, sin mencionar siquiera el incumplimiento a algún dictamen por parte de la demandada”. (Considerando 6°)

Asimismo, prosigue la Corte en su considerando 7°) Que atendido lo anterior, aparece entonces que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso de autos, carece de competencia para determinar alguna sanción en contra de Shell S.A.C.I luego de atribuirle el incumplimiento de un dictamen dictado por la Comisión Preventiva Central, de manera que la reclamación interpuesta por dicha empresa ha de ser acogida, revocándose la sentencia en aquella parte que aplica. (Énfasis nuestros en ambos considerandos)<sup>121</sup>

Por estas consideraciones se acogió el recurso de reclamación deducido por Shell Chile declarándose que se rechaza en todas sus partes la demanda impetrada.

ii. La segunda sentencia de este año es de fecha 21 de junio<sup>122</sup>: El Fiscal Nacional Económico dedujo requerimiento en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A. (por incurrir en las conductas sancionadas en el artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, (abuso de posición dominante) fundando su acción en que por Resolución N° 2.145 de 19 de junio de 2003, la Dirección Nacional de Aduanas autorizó a la empresa Fast Air Almacenes de Carga S.A. como almacén extraportuario, dentro del recinto concesionado del Aeropuerto Carlos Ibáñez del Campo de Punta Arenas. Lan Airlines controla indirectamente el 100% de Fast Air. Hasta antes del inicio de las operaciones de Fast Air, el único almacén aduanero para el ingreso de mercancías importadas a Punta Arenas en régimen general era el almacén de la Empresa Portuaria de Chile (en adelante EPA), ubicado en el Muelle Prat de Punta Arenas, a 21 km. del Aeropuerto. Para la aplicación de multas el TDLC sostuvo en dos considerandos los siguientes argumentos:

---

<sup>121</sup> Aunque la sentencia no haga expresa referencia a ello, es evidente que opera con un prisma de garantía de legalidad del Tribunal, con fundamento constitucional (Art. 19 N° 3 inc. 5 y 6). Este principio tácito pero inequívoco en cierta jurisprudencia en materia de Libre Competencia ha sido clave al momento de rechazar multas.

<sup>122</sup> Sentencia N° 55-2007, Rol 69-2006.

“Cuadragésimo sexto. Que, entonces, el abuso de Lan queda de manifiesto en la misma estructura de la tarifa cobrada por el servicio de transporte terrestre para el trayecto Aeropuerto – EPA, y en el cobro por uso de grúa horquilla descrito, por cuanto la aplicación de la misma tiene como resultado que, en una proporción mayoritaria de los casos, resulta más conveniente para el importador utilizar el servicio de almacenamiento aduanero ofrecido por Fast Air, a pesar de que esta empresa cobra una tarifa mayor que la EPA por dicho servicio. (...)

Cuadragésimo séptimo. Que, mediante el abuso cometido en el cobro de una tarifa adicional por el transporte de la carga a la bodega de la EPA y por el uso de la grúa horquilla, Lan traspasa su posición de dominio en el mercado de transporte aéreo internacional de carga con destino a Punta Arenas al mercado de almacenamiento de carga aérea en dicha ciudad. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, constituye un claro abuso de posición dominante”.

Por lo anterior, el TDLC acogió el requerimiento de la FNE en cuanto se declara que Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A. han atentado contra la libre competencia, mediante la explotación abusiva de su posición dominante en el mercado del transporte aéreo internacional de carga con destino a Punta Arenas, condenando a cada una de las requeridas, Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A., al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a ciento sesenta y cinco Unidades Tributarias Anuales (165 UTA); cabe decir que hubo en este fallo una resuelta fundamentación sobre la conducta incurrida mas no así en la fundamentación de la multa. Ambas (La multa y la sentencia) fueron confirmadas por la Corte Suprema, en sentencia de fecha 10 de octubre de 2007<sup>123</sup>.

De las sentencias analizadas en este período es evidente que la Corte Suprema al efecto de conocer por la vía de la reclamación desarrolló líneas argumentales propias que escapan a la libre competencia y entran en aplicación de ley y análisis probatorio para desestimar las demandas acogidas, rechazándolas y dejando por ende sin efecto las multas. La fundamentación ha sido dada en el segundo caso por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y desestimada por la Corte Suprema, pero no a efectos de justificar su imposición, sino que precisamente lo contrario.

---

<sup>123</sup> Corte Suprema. Rol N° 3732-2007.

**5. Quinta Parte. El Año 2008: Una mayor evolución en la línea argumentativa del TDLC y la Corte Suprema: la finalidad de las sanciones, el concepto de beneficio económico y el surgimiento del principio de proporcionalidad en la aplicación de las multas.**

El año 2008 experimenta una notable evolución en la fundamentación de la imposición de multas como sanción por conductas atentatorias en el TDLC y en la Corte Suprema. Destaca la incorporación de conceptos referidos al “Debido Proceso” en el Tribunal Supremo, de notable importancia para la imposición de multas justas, sobre todo considerando las cantidades que pueden comprender.

i. El primer caso trata de la sentencia de 10 de abril de 2008 (El llamado caso “La Guerra del Plasma”)<sup>124</sup>. Esta sentencia tiene la particularidad de haber sido aquella con la mayor multa aplicada por el TDLC hasta antes de la sentencia 119-2012 referida al caso de colusión de Farmacias. Además de ser un caso de notoriedad en la opinión pública. Se trató de lo siguiente: El Fiscal Nacional Económico dedujo requerimiento en contra de Paris S.A. y S.A.I.C. Falabella por incurrir en infracciones a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, con el objeto de estimular la afiliación de nuevos clientes e incentivar el uso de sus tarjetas de crédito, el Banco de Chile celebró un contrato de cobranding con las empresas Travel Club S.A. y su relacionada Duty Free TC S.A. para la administración del sistema de acumulación de “dólares premio”. En el contexto de una de las acciones de fidelización, el Banco de Chile comunicó a sus tarjeta habientes la realización de una feria presencial que incluiría a los más importantes proveedores de electrónica, electrodomésticos y computación, permitiendo el pago del precio de los productos, hasta en un 30% con dólares premio y hasta en 12 cuotas sin interés, utilizando las tarjetas del Banco de Chile, producto de lo anterior, el día lunes 3 de abril de 2006, los gerentes del área electrónica, línea blanca, electrodomésticos y computación de las empresas Paris y Falabella, realizaron llamadas telefónicas a sus proveedores, comunicándoles que las condiciones de venta de la promoción de la Feria IN, afectaba su negocio; su malestar con la participación de los proveedores en dicha Feria, exigiéndoles que desistieran; y que se impondrían sanciones a los proveedores que participaran en la Feria, impidiéndoles la

---

<sup>124</sup> Sentencia N° 63/2008, Rol 103-2006.

distribución de sus productos a través de Paris y Falabella. De esta manera –según la Fiscalía–, Paris y Falabella han abusado de su poder de mercado en la distribución y venta de artículos de electrohogar, traspasando dicha posición al mercado relacionado de las tarjetas de crédito y afectando la libre competencia.

El Tribunal estableció como hechos de la causa: (i) que ejecutivos de Paris y Falabella, presionaron en forma simultánea a los proveedores más relevantes a fin que éstos se desistieran de participar en ella, bajo amenaza de importantes sanciones comerciales; (ii) que ese mismo día ejecutivos de Paris y Falabella hablaron telefónicamente entre ellos; (iii) que en esas conversaciones trataron el tema de la Feria IN Tecnología–Banco de Chile; (iv) que, por su parte, un ejecutivo de Falabella llamó a un ejecutivo de Ripley, o, para sugerirle que se involucrara en la estrategia que estaban siguiendo Paris y Falabella respecto de los proveedores; (v) que, luego de comunicarse entre ellos, los ejecutivos de Falabella y Paris continuaron llamando a sus proveedores para presionarlos a fin de que éstos no participaran en la Feria, entre otros hechos (Centésimo vigésimo segundo). Por estos hechos el Tribunal “se ha formado la convicción que efectivamente las requeridas desarrollaron las conductas denunciadas de abuso de posición dominante, con el objeto y efecto de excluir a un competidor por medios ilícitos y reñidos con los usos honestos en materia comercial, Estas conductas subsumen, en sus elementos de hecho, la imputación de competencia desleal o boicot contenida en la demanda del Banco de Chile” (Cons. 154°), estas conductas “cuando son realizadas por quien tiene poder de mercado con el fin de excluir a un competidor, constituyen por sí solas conductas abusivas que deben ser sancionadas por este Tribunal. Pero lo anterior es aún más grave si el abuso de dicho poder de mercado se ejerce, como ocurrió en este caso, mediante la colusión entre dos de las más importantes multitiendas del país, que son además dos de los principales clientes de los proveedores afectados” (Cons. 155°).

Dada la extensión del fallo y la complejidad del asunto es evidente en este fallo un aumento de la intensidad argumentativa a efectos de aplicar las multas que le faculta la ley. El Tribunal señala que ambas requeridas fueron sancionadas con sendas multas por la H. Comisión Resolutiva, por la ejecución de conductas contrarias a la libre competencia, dichas conductas consistieron en la negativa de las requeridas a aceptar en sus tiendas una promoción de la empresa Transbank, destinada a que los consumidores pudieran pagar sus compras en dichos locales mediante la

modalidad de tres cuotas sin interés; (considerando centésimo quincuagésimo séptimo), desechando las alegaciones de Falabella y Paris respecto a que las conductas sancionadas por la H. Comisión Resolutiva son distintas a las conductas imputadas en autos, (considerando centésimo quincuagésimo octavo), añadiendo que “la gravedad de la conducta exclusoria se ve fuertemente incrementada por el hecho que las requeridas actuaron coludidas”.(Considerando Centésimo sexagésimo).

En igual sentido que el caso Atrex, el Tribunal amplía el concepto de “beneficio económico” de la ley, sosteniendo que “otro elemento relevante para determinar el monto de la multa, este Tribunal considera que el beneficio económico logrado por la conducta ilícita corresponde no sólo a las mayores ventas que tuvieron las requeridas al impedir la realización de la Feria, sino además el efecto disuasivo de largo plazo sobre sus proveedores y sobre quienes consideren desarrollar nuevos canales de ventas para éstos” (Cons. 161°. Énfasis nuestros) y analizando el nivel de participación de productos de electrohogar, ventas con tarjetas propias y ventas de productos de proveedores presionados el beneficio económico esperado por Falabella, a causa de estos ilícitos, se estima fue mayor que el obtenido por Paris (Cons. 163°).

El Tribunal, en base a los argumentos ya esgrimidos acogió el requerimiento del Fiscal Nacional Económico y la demanda Banco de Chile, en lo concerniente a las multas condenó el TDLC a Falabella al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a ocho mil (8.000) Unidades Tributarias Anuales, y a Almacenes a Paris al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a cinco mil (5.000) Unidades Tributarias Anuales, todo ello con costas a las requeridas<sup>125</sup>.

Conociendo la Corte Suprema de las reclamaciones interpuestas por ambas empresas, planteó un argumento esgrimido que reiterará en un caso por ver, la reclamación interpuesta por EDELMAG, en orden a los fundamentos que debe tener en consideración para la aplicación de multas. En este sentido señaló:

---

<sup>125</sup> La aplicación de las multas fue distinta entre ambas requeridas toda vez que “Este Tribunal estima que la conducta de Falabella fue de mayor gravedad y reprochabilidad que la de Paris, considerando que fue un ejecutivo de esa empresa quien tomó la iniciativa de llamar a sus competidores, Paris y Ripley, con los efectos ya expuestos, y dado que, a mayor abundamiento, se ha establecido que Falabella presionó a más proveedores y en forma más intensa que Paris” (Cons. Centésimo sexagésimo segundo).

“Trigésimo tercero: Que, por último, en lo que hace a la determinación de la multa a aplicar como sanción por las conductas anticompetitivas en que incurrieron las reclamantes, es dable señalar, en primer lugar, que los basamentos tenidos en consideración para la determinación de la cuantía de la multa no contienen un mayor desarrollo de los elementos que, al tenor del inciso final del artículo 26 del Decreto Ley 211, se exigen para dicho establecimiento, por lo que la aplicación de las multas se ha construido casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, razones y circunstancias sobre los parámetros para la fijación del monto de las sanciones. El desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobretodo, considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de manera tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos”.

El fallo asimismo, analiza el concepto de “beneficio económico”, sosteniendo en su considerando trigésimo quinto que ha de considerarse especialmente el alcance temporal restringido de los hechos. “Por ello, uno de los varios factores que se han debido tener presente en la determinación de la cuantía de la multa a aplicar es la duración del acto atentatorio y sus consecuencias en el tiempo. En efecto, la realización de la denominada “Feria IN Tecnología-Banco de Chile” se llevaría a cabo durante cuatro días (6, 7, 8 y 9 de abril de 2006), situación que descarta un proceso persistente o constante en la trasgresión de la libre competencia. Asimismo, la estimación del monto debe considerar, entre otros aspectos, el beneficio económico reportado por los hechos cometidos en ese lapso o período. Por tanto, lo lógico sería considerar un porcentaje prudencial correspondiente al tiempo de los hechos y no como ha estimado la sentencia impugnada” Por ello la Corte Suprema acoge las peticiones subsidiarias formuladas y rebaja la multa a 6.000 y 3.750 unidades tributarias anuales, a Falabella y Paris respectivamente<sup>126</sup>

ii. La segunda sentencia en que podemos analizar una mayor intensidad argumentativa es la referida a EDELMAG, de fecha 20 de agosto de 2008<sup>127</sup>. La Fiscalía Nacional Económica (FNE)

---

<sup>126</sup> Sentencia Rol N°2339-2008. Santiago, 13 de agosto de 2008.

<sup>127</sup> Sobre esta sentencia, ha sostenido el profesor Nicolás Rojas Covarrubias lo siguiente: “En el caso de Edelmag, la conducta incurrida es particularmente reprochable desde el punto de vista civil: se trata de una evidente infracción contractual, que parece no encontrar justificación ni en la más permisiva aplicación de la teoría de la imprevisión. Es



interpuso un requerimiento en contra de la Empresa de Electricidad de Magallanes S.A. (EDEL MAG), por conductas abusivas de su condición de monopolio en el servicio eléctrico de la localidad de Puerto Williams, consistentes en incrementos injustificados de las tarifas a sus clientes, sosteniendo que, en enero de 2005, y de acuerdo a los datos aportados por la propia requerida, se observa un cambio significativo en los precios de la energía a clientes finales, reajustados por sobre lo establecido en el contrato, el incremento en los precios sería de entre 16% (enero 2005) a 27% (enero 2007), según el tipo de tarifa, por las que EDEL MAG recibió, un monto aproximado de \$192 millones exclusivamente por el alza de tarifas.

En esta sentencia el TDLC analiza minuciosamente indicando cantidades de dinero en relación al beneficio económico obtenido, lo que es una exigencia legal para la imposición de la multa, es pormenorizada detenidamente.

“Trigésimo séptimo. Que por último, para la determinación de la multa este Tribunal considerará como elemento de base los ingresos injustificados –aquellos que exceden al nivel de tarifas que correspondería haber aplicado según los parámetros de indexación ya citados- obtenidos por la requerida (...) período para el cual este Tribunal cuenta con información de las tarifas efectivamente cobradas por EDEL MAG a sus clientes. De acuerdo con la información que la propia empresa ha acompañado al expediente de autos, y a los valores del petróleo diesel para el periodo, estos ingresos ascienden a la suma total de \$122 millones;”

“Trigésimo octavo. Que, en cuanto a la gravedad de la conducta, se considerará especialmente que EDEL MAG, en su calidad de oferente monopolista de un servicio básico como es la provisión de energía eléctrica, debió tener particular cuidado en atenerse a los términos del marco jurídico que rige su concesión, circunstancia que no ocurrió, tal como se ha establecido;”.

---

reprochable, incluso abusiva, moralmente, más aun ante la aparente desidia de las autoridades regionales encargadas de velar por el fiel cumplimiento del contrato. Sin embargo, no parece existir un reproche de competencia. La provisión de un bien a un precio inferior a su costo no es exigible a ningún agente del mercado, ni siquiera a un monopolista. Así, si las tarifas eran insuficientes para cubrir los costos, un aumento de precios para remediar esa situación no puede considerarse abusivo. Si bien ese aumento igualmente constituía un ilícito civil, el análisis de competencia no puede prescindir de estas consideraciones, más aún si el indicio tradicional de abuso monopólico (la obtención de rentas sobrenormales) estaba ausente” “Es un abuso monopólico cobrar un precio”. [En línea] <http://regulacionycompetencia.blogspot.com/2008/10/es-un-abuso-monoplico-cobrar-un-precio.html>. [Consulta 3 de octubre de 2012].

“Trigésimo noveno. Que, atendida la gravedad de la conducta, y habida cuenta que la imposición de una multa apenas equivalente al monto del beneficio ilegítimamente obtenido no es suficiente para cumplir con el efecto disuasorio que toda multa debe tener, en la parte resolutive de esta sentencia se establecerá como sanción un monto superior a dicho beneficio”. (Énfasis nuestros)

El tribunal declara que ha incurrido en un abuso de posición dominante en el mercado de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en la localidad de Puerto Williams y sus alrededores, y condena a la requerida al pago de 400 Unidades Tributarias Anuales; y, La Corte Suprema, con todo, mediante sentencia de fecha 26 de noviembre de 2008<sup>128</sup>, acogió la reclamación de Edelmag y rebajó la multa, la particularidad se radica en los argumentos empleados, usando “lenguaje constitucional” e incluso con cierta analogía de las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad que son controladas constitucionalmente a través de la interdicción de la arbitrariedad que contempla el Art. 20 de la Constitución. Especial relevancia cobra la referencia al debido proceso legal.

En dicho considerando se señaló que:

“Décimo séptimo: Que, en lo que hace la determinación de la multa a aplicar como sanción por la conducta de abuso en que incurrió la reclamante, conviene recordar que el inciso final del artículo 26 del D.L. 211 señala: “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 y la calidad de reincidente del infractor”. Desde esta perspectiva, los basamentos tenidos en consideración para la determinación de la cuantía de la multa en el fallo que se reclama no contienen un mayor desarrollo de los elementos enunciados en el párrafo anterior, por lo que la aplicación de la misma aparece construida casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, razones y circunstancias sobre los parámetros para la fijación del monto de las sanciones. El desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobretodo, considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de manera tal que permita

---

<sup>128</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 5505-08.

también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos.” (Énfasis nuestros).

Prosigue la Corte en su considerando décimo octavo señalando que: “Para la determinación de la multa han de considerarse las circunstancias objetivas y subjetivas que integran el presupuesto del hecho sancionable y sus consecuencias. Por ello, uno de los varios factores que se tendrá presente en la determinación de la cuantía de la multa a aplicar, es la duración del acto atentatorio y sus consecuencias en el tiempo”. Detalla en este considerando en extenso las circunstancias que motivaron el incremento de ingresos que consideró especialmente el TDLC para –precisamente- aplicar la multa, rebajándola prudencialmente a 300 Unidades Tributarias Anuales.

La Corte Suprema entrelaza dos conceptos que no son sinónimos. En primer lugar hace referencia a la razonabilidad del proceso, lo que es propiamente una exigencia constitucional y en segundo lugar se refiere al principio de proporcionalidad.

En cuanto a la razonabilidad del proceso, tradicionalmente se ha entendido en Chile que la Constitución no enumeró las garantías mínimas que la razón y la justicia exigen en un procedimiento. Por lo que configuró un mandato al legislador para que éste –bajo el principio de reserva legal- diese lugar a procedimientos que sean compatibles con lo que se entiende por un “debido proceso”. Con todo, en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se dejó constancia de ciertos elementos mínimos del justo y racional procedimiento. Estos son:<sup>129</sup>

- i. Notificación y audiencia del afectado o acusado (a efectos de asegurar la bilateralidad de la audiencia);
- ii. Presentación de pruebas;
- iii. Sentencia dictada por tribunal imparcial y objetivo;
- iv. Pronunciamiento de sentencia en plazo razonable;
- v. Fundamentación razonable de sentencia y resoluciones
- vi. Posibilidad de impugnación de sentencia ante órgano superior (principio de la doble instancia).

En este caso es claro que la referencia al debido proceso está dada por la presentación de pruebas que hacen a la Corte Suprema concluir que ellas demuestran que –si bien existió la actuación

---

<sup>129</sup> De acuerdo a la exposición que hace de la sesión 101 el comisionado Enrique Evans de la Cuadra, en su obra “Los Derechos Constitucionales”, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Segunda Edición, 1999, Págs.139 a 148, especialmente Pág. 143.

contraria a la libre competencia- no se condicen con la multa aplicada. Además, es claro que la fundamentación de la multa se subsume en el requisito de motivación razonable tanto de la sentencia definitiva como de las resoluciones que no tengan esta calidad. El sentido del Artículo 19 N° 3 (que no fue invocado directamente en la sentencia estudiada) no es sino una concreción del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminaciones arbitrarias: “Aquí las diferencias no radican en ser protegidos versus ser desprotegidos, sino que en cada cual recibirá la protección necesaria atendidas sus efectivas necesidades, las que serán lícitos factores de discriminación. (...) Ahora bien, el precepto en estudio tiene por destinatario a toda autoridad pública, pero corresponde a los Tribunales de Justicia brindar protección cuando la ley no hubiere designado otra autoridad específica”<sup>130</sup>.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad tiene múltiples manifestaciones, siendo originalmente una construcción teórica del Derecho Administrativo Alemán para analizar a la luz del principio de igualdad la intensidad de las limitaciones que la Administración imponía a los derechos de los ciudadanos, para luego manifestarse en una exigencia legislativa en aras de proteger bienes jurídicos relevantes (con los subprincipios de necesidad, idoneidad y ponderación)<sup>131</sup>. La referencia al principio está en directa relación con la multa, ella debe ser proporcional en relación con los hechos que motivan la sanción.

Juan Bustos y Hernán Hormazábal lo explican del siguiente modo: “Este principio implica para el legislador, en la determinación de la pena en abstracto, la consideración del fin de protección de la norma penal, esto es, del bien jurídico de que se trate. La pena se determinará normativamente en abstracto conforme a una jerarquización de los bienes jurídicos. En un Estado social y democrático de derecho están sin duda en un primer plano los bienes jurídicos básicos del sistema: la libertad, la vida, la salud, etc. Entra en consideración también a efectos de la proporcionalidad en abstracto el principio de respeto a la dignidad de la persona humana. La amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad, que no suponga un

---

<sup>130</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. “La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico”. Editorial Conosur, Santiago, 1992. Pág. 41

<sup>131</sup> Sobre su consagración y evolución puede verse el trabajo de Nogueira Alcalá, Humberto “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno” en obra colectiva “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica” Editorial Librotecnia. Año 2009, págs. 353 a 361. Una explicación esquemática en el Derecho Comparado encontramos en Barrer, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar” En Cuadernos de Derecho Público N° 5, 1998, Instituto Nacional de Administración Pública, España, Págs. 25 a 27.

instrumento de manipulación a través del amedrentamiento de la persona”<sup>132</sup>. El profesor Domingo Valdés también lo trata, ello en base a que las infracciones administrativas suponen igualmente que se apliquen las categorías penales, especialmente el principio de culpabilidad, “el principio de la proporcionalidad que obliga a una adecuación razonable entre la conducta y su respectiva pena”<sup>133</sup>, precisando que “La proporcionalidad entre la conducta delictiva y la pena a aplicar constituye una exigencia de la Justicia Distributiva, puesto que corresponde a esta forma de justicia la distribución de cargas —en la especie penas— en atención a la culpabilidad de quienes han incurrido en un delito. Así, el juzgador (no sólo el penal sino que también el antimonopólico) tiene el deber de guardar la igualdad geométrica o proporcional en la aplicación de las penas, de forma tal que los culpables reciban penas proporcionalmente iguales”<sup>134</sup>.

iii. El Tercer Caso es el requerimiento de Atrex, de fecha 30 septiembre de 2008<sup>135</sup>. La Asociación Gremial de Transporte Expreso Internacional ( “ATREX”), conjuntamente con las empresas TNT Express, Air Facility Courier, ATC Chile, Blitzen Kurier, Columbia Courier, DHL Express, EXPRESSIT, Fastpack Chile, Federal Express, Hot Express, OCS Santiago, Security Express Service, TLC Courier, UPS Chile y World Courier (las empresas courier) interpusieron demanda en contra de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. Sociedad Concesionaria del Aeropuerto Internacional de Santiago Arturo Merino Benítez por conductas que consideran contrarias a la competencia, consistentes en fijar precios abusivos y discriminatorios, abusando de su posición monopólica como operador del Aeropuerto y de las barreras de entrada que lo protegen, incumpliendo las restricciones tarifarias que se establecieron en las Bases de Licitación, y negándose injustificadamente a permitir la ampliación de la infraestructura necesaria para la operación de las empresas courier. Dado que estas empresas no realizan ventas dentro del Aeropuerto, SCL estableció una tarifa por kilo transportado. Las demandantes consideran que esta modalidad de cobro, no está considerada en las Bases de Licitación y es abusiva, y que tuvo como efecto incrementar los ingresos de SCL por estas subconcesiones en aproximadamente 350%, sin que existiera alguna mejora en la disponibilidad de espacios para la operación de las empresas courier.

---

<sup>132</sup> BUSTOS RAMÍREZ Juan. “Lecciones de Derecho Penal” Vol. I. Editorial Trotta, Valladolid, España, 1997 Pág. 67.

<sup>133</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. “La culpabilidad en el ilícito Infraccional” Ob Cit. Pág. 811 y 812.

<sup>134</sup> VALDÉS PRIETO Domingo. Ob Cit. Pág. 812, nota al pie N°8.

<sup>135</sup> Sentencia N° 75-2008, Rol 113-2006.

En esta sentencia, la fundamentación de la multa no solo se remite a analizar y subsumir la norma habilitante, sino que además, ante una defensa de SCL referida al control interno que tuvo en su calidad de concesionaria, el Tribunal sostuvo que esta “en su defensa que los contratos suscritos por ella con ATREX y las empresas courier, y sus modificaciones, fueron remitidos al Inspector Fiscal del MOP para su revisión, sin que éste haya presentado reparos. Al respecto, este Tribunal estima que no obsta a su facultad de sancionar las conductas contrarias a la libre competencia el hecho que los funcionarios administrativos, encargados de supervigilar los actos de la concesionaria, no hayan ejercido adecuadamente las potestades fiscalizadoras con que cuentan, ni menos aún que esta aquiescencia tácita pueda legitimar conductas contrarias a la libre competencia, aún cuando es un factor que será considerado al momento de determinar la multa a aplicar” (Cons. 67°. Énfasis nuestros)<sup>136</sup>, por lo que considerará “como elemento de base para la determinación de la multa, los ingresos injustificados –aquellos que exceden al nivel máximo de tarifas que correspondería haber aplicado según las Bases de Licitación– obtenidos por la demandada a partir del 13 de noviembre del año 2004. De acuerdo con la información que se ha acompañado al expediente, estos ingresos se estiman en aproximadamente \$522 millones” (Considerando. 72°).

Amplía asimismo el concepto de “beneficio económico” que considera la ley para imponer multas, indicando que debe tenerse en cuenta “no sólo a los mayores ingresos que obtuvo SCL por los cobros excesivos a las empresas courier, sino además el conjunto de las pérdidas económicas provocadas por las conductas discriminatorias y el retraso en la habilitación de la infraestructura requerida por dichas empresas”. (Cons. 73°)

Por último, se reitera un argumento referido a la finalidad que debe tener la multa, ahora con una mayor fundamentación. Expone el TDLC que “este Tribunal ha tomado en consideración para determinar el monto de la multa, el efecto disuasivo que debe tener como objetivo toda sanción

---

<sup>136</sup> Así lo reitera el Tribunal en el considerando septuagésimo cuarto: “Que, en cuanto a la gravedad de la conducta, se considerará especialmente que SCL, en su calidad de oferente monopolista de instalaciones que conforman la concesión del Aeropuerto, debió tener particular cuidado en atenerse a los términos del marco jurídico que rige dicha concesión, circunstancia que no ocurrió, tal como se ha establecido. Sin embargo, se ponderará también, para efectos de aminorar la gravedad de la conducta, que el Inspector Fiscal del MOP –quien debió supervigilar el cumplimiento de las Bases de Licitación– no objetó en su oportunidad estas prácticas, aún cuando conocía de su existencia”.

(Cons. 77°)<sup>137</sup>. El TDLC acogió la demanda en contra de SCL, declarando que dicha empresa ha incurrido en las conductas de discriminación y abuso de posición dominante indicadas en esta sentencia, condenándola al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 1800 (mil ochocientas) Unidades Tributarias Anuales<sup>138</sup>. La Corte Suprema, en sentencia de fecha 28 de enero 2009 rechazó la reclamación en contra de la sentencia definitiva<sup>139</sup>.

iv. El aumento en la fundamentación se expresa en detalle en el siguiente caso, el cuarto de este año: La sentencia “Teleductos”, de 14 de octubre de 2008<sup>140</sup>. Con fecha 12 de julio de 2006, GTD Teleductos S.A. dedujo demanda en contra de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE), por haber abusado de una posición dominante con infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211. EFE comenzó a aplicar y a cobrar, en forma retroactiva, las tarifas por los servicios de atravesos, paralelismos y apoyos (el mercado relevante), basándose en la aplicación de un Reglamento Interno de la empresa que fue rechazado por GTD, toda vez que se le imponía en forma absolutamente unilateral y sin que el proceso de cálculo contenido en el referido reglamento, atendiera a una metodología de cálculo clara y objetiva. Asimismo, desde el mes de diciembre de 2005, haciendo uso de su poder en el mercado relevante, EFE fijó un sistema tarifario en forma unilateral que se aleja sustancialmente de un criterio objetivo y razonable de cobro, utilizando parámetros de cobro arbitrarios, discriminatorios y que no responden a ninguna metodología basada en costos, lo cual constituye una clara infracción a la libre competencia.

El Tribunal aceptó este predicamento señalando que: “tales cobros son arbitrariamente discriminatorios, al no existir justificación económica razonable para las diferencias entre las tarifas de los distintos tipos de atraveso que define el Reglamento” (Cons. 57°). Si bien

---

<sup>137</sup> Sobre este punto la sentencia señala que el Ministro Sr. Julio Peña T. concurre a la sentencia, estimando conveniente declarar que “para calcular el monto de toda multa se debe considerar su efecto disuasivo tal como dice la sentencia, y que, en general, el logro de tal efecto requiere que el valor esperado de la sanción sea mayor que el valor esperado del beneficio obtenible mediante conductas que infrinjan la ley”. Sobre la finalidad de las sanciones véase los Capítulos II y III.

<sup>138</sup> El fallo en la parte resolutive previene que el Ministro Sr. Tomás Menchaca O. concurre en lo sustantivo al mismo, pero estuvo por aplicar una multa de 1.000 (mil) U.T.A.

<sup>139</sup> Existe en el fallo del Tribunal Supremo una referencia a las multas contenida en el considerando Octavo: “Que, finalmente, la alegación de no ser reincidente en esta clase de infracciones y que el fallo ha tenido en consideración a los efectos de determinar el monto de la multa no puede ser acogida, porque la circunstancia de tratarse de mercados, conductas y partes totalmente diferentes no impide entender que el caso precedente también constituyó afectación a la libre competencia.” Rol N° 6.545-2.008.

<sup>140</sup> Sentencia N° 76-2008. Rol 100-2006.

comparte el Tribunal lo sostenido por el requirente en cuanto al abuso de posición dominante, ello no se expresará en la multa, ya que tendrá en cuenta que EFE no ha obtenido beneficio alguno con la infracción al no haber pagado GTD los valores de los atravesos cuestionados, y considerando además que la infracción no es grave, al no haberse impedido o restringido la construcción de tales atravesos, los cuales fueron construidos sin la autorización previa de EFE; (Cons. 58°). De este modo se condenó a EFE a pagar una multa a beneficio fiscal de 150 Unidades Tributarias Mensuales.

La Corte Suprema confirma la sentencia del Tribunal señalando: “Desde que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 26 del D.L. N° 211, las multas pueden fijarse hasta por un suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales; de suerte que aquélla aplicada en autos por un monto de ciento cincuenta unidades tributarias mensuales aparece como razonable, atendidas las circunstancias que tuvo en consideración el tribunal al regularla; (Cons. 12°)<sup>141</sup>.

v. La última sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es la segunda referida a licitaciones<sup>142</sup>. La sentencia de cuatro de noviembre de 2008, trata de un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Ilustre Municipalidad de Curicó<sup>143</sup>, por conductas contrarias a la libre competencia consistentes en establecer condiciones en las Bases de Licitación de los servicios de recolección, transporte y disposición residuos sólidos y otros servicios especiales de la comuna que impedían la participación de empresas distintas a las relacionadas a la propietaria del relleno sanitario más cercano a la ciudad de Curicó. El Municipio dio inicio al proceso de licitación publicando las Bases en el Portal Chilecompra, pudiendo constatar la FNE que persistían algunas de las disconformidades informadas previamente, por lo que solicitó la suspensión del llamado a licitación y la rectificación de las Bases. El Municipio dejó sin efecto el proceso de licitación señalado, y remitió a la Fiscalía nuevas Bases. Sostiene ésta que el 1° de marzo se publicó en el Portal Chilecompra la adquisición de la requerida, cuyas Bases no fueron informadas a la FNE e hicieron caso omiso de las observaciones indicadas por dicho Servicio respecto de las anteriores.

---

<sup>141</sup> Rol N° 6978-2008. De fecha 13 de enero de 2009.

<sup>142</sup> Anteriormente ya revisamos “Coinca con Municipalidad San Bernardo”. Sentencia N° 37-2006 de 10 de mayo de 2006.

<sup>143</sup> Sentencia N° 77-2008, Rol 137-2007.



El Tribunal acogió la demanda y sostuvo que “En relación a la cuantía de la multa que se impondrá, este Tribunal considera que, en este caso, lo adecuado es que sea de baja entidad, toda vez que (a) las autoridades edilicias que intervinieron en la determinación de las bases de la licitación cuestionada no fueron personalmente requeridas por el Sr. Fiscal Nacional Económico, y porque (b) la aplicación de una sanción económica importante a la Ilustre Municipalidad de Curicó podría irrogar un perjuicio para los habitantes de la comuna que sería adicional a la merma acaecida sobre la libre competencia que ya han debido soportar en la licitación del servicio de recolección y disposición de la basura materia de autos”; (Cons. 70°. Énfasis nuestros). Es decir, consideró –en otras palabras- que la imposición de una multa alta acarrearía efectos más perniciosos que el bien jurídico que se protege. Por ello es que condenó a la Ilustre Municipalidad de Curicó a pagar una multa a beneficio fiscal de cinco Unidades Tributarias Anuales (5 U.T.A.)<sup>144</sup>.

La Corte Suprema, conociendo de la reclamación, rechazó los recursos interpuestos, señalando que es facultad privativa del Tribunal atendido el mérito del proceso señalar el monto de la multa. Lo expone en el considerando undécimo: “Que en lo que dice relación con la reclamación efectuada por la Fiscalía Nacional Económica acerca de la sanción que le fuera impuesta a la I. Municipalidad de Curicó, ha de tenerse en cuenta que el artículo 26 del Decreto Ley 211 señala diversas medidas que pueden imponerse de manera alternativa, siendo privativo del tribunal optar por alguna de ellas, para lo que habrá de considerarse, entre otras circunstancias, el beneficio económico obtenido a resultas de la infracción, la gravedad de la misma y la eventual calidad de reincidente. Estiman estos sentenciadores que la medida de 5 U.T.A. impuesta a beneficio fiscal está comprendida dentro del rango legal y que es proporcional a la entidad de la infracción, por lo que se desechará la reclamación planteada”<sup>145</sup>. (Énfasis nuestros)

**6. Sexta Parte. El Año 2009: Continuidad de conceptos en la jurisprudencia. (La finalidad de las sanciones, el beneficio económico, la motivación de las sanciones). La**

---

<sup>144</sup> La sentencia previene que la Ministra señora Butelmann concurre en lo sustantivo al fallo, pero estuvo por establecer como sanción, en lugar de la multa aplicada, el dejar sin efecto la adjudicación de la licitación y ordenar una nueva licitación de los servicios una vez cumplidos tres años de vigencia del actual contrato. Asimismo, fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Romero, quien estuvo por rechazar el requerimiento de autos en todas sus partes.

<sup>145</sup> Rol N° 7.796-2008 Santiago, veintisiete de mayo de 2009.

**incorporación de “la gravedad de la infracción”. El aumento y reducción de multas por parte de la Corte Suprema.**

Las sentencias del año 2009 que expondremos mantienen – y se detienen- en mayor fundamentación de las multas. Habrá en ellas referencias a procesos anteriores (como la finalidad de las sanciones que puede aplicar el Tribunal) y apartados específicos destinados a fundamentar las multas. Hay además un análisis cuantitativo de la gravedad de las infracciones, considerando los efectos de dichas actuaciones en el mercado.

i. La primera sentencia de este año<sup>146</sup> trata de un requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Gremial de Buses Interbus y en contra de sus directores por haber ejecutado hechos, actos o convenciones destinados a excluir a un competidor. En efecto, Interbus es una asociación gremial de dueños de buses que prestan servicios de transporte urbano e interurbano de pasajeros en la Séptima Región y, en particular, entre otras rutas, en el recorrido Talca – San Clemente – El Colorado – Paso Nevado – Armerillo – La Suiza – Los Álamos y La Mina – Baños El Médano. Agrega la FNE que, a partir de esa fecha, en casi la totalidad de las reuniones de socios que se sucedieron, el sector La Mina fue un tema constante debido a la supuesta eficacia competitiva del operador emergente, por lo que habrían determinado tratarlo de manera especial. Como consecuencia de lo anterior, Interbus habría acordado lo siguiente: (i) producir la rotación de todos los buses expresos con “cartones” (permiso de la autoridad para realizar el recorrido) y con “ponderación” (es decir los costos se distribuyen entre todos los socios); (ii) contratar uno o más auxiliares fijos, controlados; (iii) hacer una competencia máquina a máquina, no dejando espacio libre a la competencia; (iv) que la tarifa sea libre, pero con su boleto; y (v) que sean todos los taxibuses los que puedan ir al sector. La Fiscalía hizo presente que Interbus, ha sido durante años la empresa dominante, normalmente la única, en el recorrido Talca - La Mina. Este conjunto de actuaciones sumado a una “guerra de precios” generó efectos anticompetitivos.

---

<sup>146</sup> Sentencia N° 82/2009, de fecha 22 de enero de 2009. Rol 140-2007.

El Tribunal sostuvo en su considerando Trigésimo noveno: “Que, en efecto, de las declaraciones juradas (...)se deduce que Interbus ha efectuado de manera más o menos constante actos que han tenido por objeto obstaculizar el trabajo de Costa Cordillera y amedrentar a sus operadores, todo lo cual, sumado al reparto de mercado llevado a cabo por Interbus y su política de subsidios cruzados al tramo con fines exclusorios, habría producido como resultado que, a la fecha, Costa Cordillera haya dejado de prestar sus servicios, tal como se manifestó y no se controvertió en estrados, lográndose de esta forma la finalidad exclusoria buscada por Interbus para el sector La Mina – Baños El Médano”. Por lo que “dichos actos de amedrentamiento y hostigamiento constituyen también una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en cuanto dicha norma sanciona cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos” (cons. Cuadragésimo).

Para acoger la multa el Tribunal debe tomar en consideración, entre otros, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta –la exclusión de Costa Cordillera del mercado en un tramo hasta entonces no servido por Interbus- y la calidad de reincidente del infractor, mas, “al respecto, no existe en autos evidencia que permita cuantificar el beneficio económico obtenido por Interbus o sus socios, y no se le puede atribuir a dicha asociación la calidad de reincidente, pues la declaración jurada de un empresario de buses que intentó operar en la ruta (...) en la que afirma que en el pasado Interbus lo sacó del mercado en la misma forma en que ahora lo hizo con Costa Cordillera, no es suficiente para establecer tal calidad de reincidente, máxime si en sede de libre competencia no se ha aplicado a Interbus en el pasado sanciones de este tipo” (cons. Cuadragésimo segundo. Énfasis nuestros). El beneficio económico debe ser, por ende, probado a efecto de ser considerado en la imposición de la multa. La exclusión de prueba del mismo traerá un efecto en el quantum de la misma.

Asimismo, el Tribunal expuso que debe analizarse, al momento de determinar la multa, el hecho que el ordenamiento jurídico considere que un atentado a la libre competencia cometido por una asociación gremial debería ser susceptible de mayor reproche, según se desprende del artículo 26° del Decreto Ley N° 2.757 (Considerando cuadragésimo segundo), es decir, tal como lo había hecho en el caso del Instituto Profesional de Chile, el Tribunal considera otra normativa aparte de la que faculta y establece los criterios para aplicar las multas por contravención al Art. 3 del

D.L. 211. Acogió el Tribunal la demanda e impuso a la Asociación Gremial de Buses Interbus una multa a beneficio fiscal ascendente a sesenta (60) Unidades Tributarias Anuales<sup>147</sup>.

Cabe señalar que la referencia al Art. 26 del DL N° 2757 fue analizada por la Corte Suprema por la vía del recurso de reclamación, sosteniendo que: “En cuanto al tema de la agravante considerada al momento de aplicar la multa a la requerida, según el fundamento cuadragésimo segundo del fallo, cabe concluir que a la fecha el artículo 26 del Decreto Ley N° 2757 no tiene aplicación, por cuanto tal como se asevera en el considerando sexto de la misma sentencia, esa disposición estipulaba como agravante de la antigua responsabilidad penal por atentados a la libre competencia, el hecho que fuera una asociación gremial quien los cometiera. En base a ello, al número de asociados de la requerida, la entidad del mercado en el que se desenvuelven, el tramo del recorrido donde se generó en definitiva la conducta reprochada, permiten a esta Corte reducir el monto de la multa impuesta a la requerida, lo que no significa en modo alguno menguar el reproche de que ha sido objeto y que justifica su sanción” (Cons. 11°). Por lo anterior se acogió la reclamación, en cuanto se rebaja el monto de la multa impuesta a la Asociación Gremial de Buses Interbus a treinta (30) Unidades Tributarias Anuales, rechazándose en lo demás<sup>148</sup>.

ii. La siguiente sentencia (la segunda de este año) es por una demanda de Constructora Independencia<sup>149</sup> de fecha 02 de julio de 2009, trata sobre lo que sigue: Con fecha 25 de octubre de 2005, interpuso una demanda en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A, a la sazón concesionaria de servicios sanitarios, por supuestas conductas contrarias a la libre competencia, fundando su acción en que para el desarrollo de su giro (construcción de viviendas sociales en la VII Región) requiere contar con las obras necesarias para la conexión a los servicios de

---

<sup>147</sup> Con todo, en la sentencia que comentamos hubo una prevención del Ministro señor Peña, quien si bien concurrió en lo sustantivo a lo resuelto, estuvo por aceptar la multa solicitada por la Fiscalía Nacional Económica, equivalente a un valor de 100 Unidades Tributarias Anuales, dada la particular gravedad de las conductas colusorias acreditadas y que tuvieron por objeto y efecto excluir a una empresa rival, la que incluso había iniciado la oferta de servicios de transporte interurbano en un tramo hasta entonces no provisto por la Asociación Gremial de Buses Interbus. Tal valor de la multa, además, se justificaría en virtud del número de empresas miembros de dicha asociación gremial (60), que tendrían bajo su control “*más de 163 buses que diariamente recorren la Región*” y –reiterando una jurisprudencia del Tribunal de los años 2007 y 2008 en cuanto a la justificación de la sanción-, para efectos de garantizar que la multa impuesta produzca realmente el efecto disuasivo que se pretende para un resguardo efectivo de la libre competencia. Esa es la segunda prevención en orden a aumentar la multa, siendo la primera la del Ministro Depolo en el caso CAR S.A.

<sup>148</sup> Corte Suprema. Sentencia Rol N° 1856-2009. Santiago, de 25 de junio de 2009.

<sup>149</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 85/2009. Rol 79-2005.

abastecimiento de agua potable y alcantarillado de aguas servidas. Y ante la escasez de terrenos disponibles a costos que permitan la construcción de viviendas sociales la demandante debido desarrollar proyectos fuera del territorio operacional de la demandada (ANSM). Dichos servicios sanitarios no se encuentran regulados, y ANSM los ha prestado en condiciones injustificada y significativamente más onerosas que las aplicadas a proyectos dentro de su área concesionada (cobros por conexión en promedio 240% superiores), abusando de su condición monopólica. La fijación unilateral y arbitraria del precio por estos servicios, dada la posición dominante de ANSM, infringe la letra b) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, y daña no sólo a Constructora Independencia, sino también al interés económico general, al incidir en el mercado de viviendas sociales restringiendo la iniciativa pública y privada para este tipo de proyectos, así como el acceso de sectores de más bajos recursos a viviendas en condiciones razonables.

En esta misma sentencia se indica que la Fiscalía Nacional Económica presentó requerimiento en contra de las empresas sanitarias ESSAL S.A., ESSBIO S.A., AGUAS ANDINAS S.A. y ANSM<sup>150</sup>. Señaló la Fiscalía que a partir de una denuncia realizada por la Cámara Chilena de la Construcción ( “CCHC”), abrió una investigación en cuyo curso habría constatado la existencia de diversos abusos de posición dominante por parte de las requeridas, en contra de los desarrolladores inmobiliarios que necesitan de sus servicios, consistentes en: (i) exigencias y cobros abusivos para el otorgamiento de servicios sanitarios a usuarios que se encuentran en zonas urbanas, próximas al área de concesión; (ii) exigencias y cobros abusivos para el otorgamiento de servicios sanitarios a usuarios que se encuentran en zonas rurales, próximas al área de concesión; y (iii) aplicación abusiva del sistema de AFR, establecidos por la ley para que las empresas sanitarias concesionadas financien la expansión de sus servicios, dentro de su área de concesión. El Tribunal hizo lugar a estos argumentos, indicando que el “factor de nuevo consumo” aplicado por ANSM y ESSBIO no tiene ninguna justificación en costos, razón por la cual se resolverá imponer a ambas empresas multas por cobros injustificados y abusivos, haciendo lugar al requerimiento en esta materia (Considerando centésimo tercero).

Mas especialmente relevante en esta sentencia es que incorpora un párrafo para justificar la aplicación de multas. Este lleva por título “En cuanto a la fundamentación de la imposición de multas a ANSM y ESSBIO” y contiene los considerandos Centésimo octogésimo séptimo (187°)

---

<sup>150</sup> Este requerimiento fue acumulado a la presente causa mediante resolución de 12 de septiembre de 2006.

a Centésimo nonagésimo cuarto (194°). Si bien puede notarse que año tras año existe mayor avance en la fundamentación de las multas, acá se establecer un párrafo completo a dicho análisis. En este párrafo se contienen los siguientes razonamientos:

Como exigencia el Tribunal cita el Art. 26 del D.L. 211 a efecto de indicar la norma que la habilita para establecer multas (Cons. Centésimo octogésimo séptimo) Indicando que en cuanto al beneficio económico, ANSM obtuvo de a lo menos 23.410 UF por los cobros arbitrariamente discriminatorios efectuados a Constructora Independencia, y de a lo menos 21.946 UF por el uso de un parámetro injustificado y abusivo en la determinación de los cobros por prestación de servicios sanitarios fuera de su área de concesión. Por su parte, el beneficio económico obtenido por ESSBIO por el uso del “factor nuevo consumo” asciende a 41.074 UF, (Cons. Centésimo octogésimo octavo).

En cuanto a la gravedad de las conductas, el Tribunal estimó que a pesar de que tales conductas fueron realizadas fuera de los territorios concesionados a cada requerida, las fuentes de posición de dominio que éstas poseen en determinadas áreas colindantes a sus respectivos territorios operacionales surgen, precisamente, de las economías de ámbito y de escala que las requeridas han podido alcanzar dentro de cada territorio concesionado, y así luego extender hacia áreas colindantes. Tal fuente de posición de dominio, en áreas adyacentes a territorios concesionados, que constituyen un monopolio legal, impone un especial y estricto deber de cuidado a las empresas concesionarias de servicios sanitarios, en términos de velar por que sus conductas no atenten contra la libre competencia, incluso en áreas fuera del territorio concesionado” (Cons. Centésimo octogésimo noveno). Además “es necesario considerar además los efectos de estas conductas en el mercado de viviendas sociales, ya que los cobros excesivos realizados a los urbanizadores, si bien podrían ser traspasados –al menos en parte— a los usuarios vía un mayor precio de la vivienda, en alguna proporción serán, en último término, financiados por subsidios estatales. Lo anterior implica que, dado un determinado monto de gasto social destinado a esta materia, los cobros abusivos acreditados en autos habrían redundado, finalmente, en un menor desarrollo de viviendas sociales” (Cons. Centésimo nonagésimo primero).

Para concluir, el TDLC reitera su tesis de la prevención y disuasión para aplicar multas, indicando que “la efectiva disuasión que ésta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión genera”. Ello

implica que el monto de la multa debiera ser al menos equivalente al beneficio económico obtenido (Cons. Centésimo nonagésimo tercero).

El Tribunal acogió la demanda de Inmobiliaria y Constructora Independencia, condenando a la demandada al pago de una multa de 1.338 UTA, con costas. Por otra parte también acoge el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en cuanto declara que las empresas Aguas Nuevo Sur Maule S.A. y ESSBIO S.A. han utilizado un parámetro de cobro, denominado “factor nuevo consumo”, que es injustificado y abusivo, por lo que, -aparte al la sanción anterior-se les condena al pago de una multa de 1.254 UTA y de 2.347 UTA, respectivamente<sup>151</sup>.

La Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 18 de mayo de 2010<sup>152</sup>, conociendo de recursos de reclamación, sostuvo que “para apreciar la conclusión de la sentencia en relación a Aguas Nuevo Sur Maule S.A. respecto a los cobros arbitrariamente discriminatorios, es imprescindible considerar al momento de la determinación de la aplicación de la multa ciertos hechos y circunstancias que la propia sentencia considera al indicar que no se cuenta en autos con datos sobre costos específicos de cada proyecto, pero sí respecto de las evaluaciones realizadas por Aguas Nuevo Sur Maule S.A. para determinar los cobros que hizo a la Constructora Independencia en los proyectos incluidos en la demanda y, sobre la base de comparación de un porcentaje ponderado de los aportes de financiamiento reembolsables que se cobran dentro del territorio operacional, con los precios de interconexión acordados en proyectos emplazados en zonas rurales. Por otra parte, se habrían incluido entre los montos de cobros excesivos que se reprochan tres contratos respecto a los cuales se acogió la excepción de prescripción. Otro aspecto que cabe considerar es la poca claridad en la delimitación de lo que debe entenderse por mercado relevante, en el caso concreto de las empresas de servicios sanitarios en relación a zona cercana a la zona concesionaria o de extensión y zona rural, elemento que resulta indispensable para configurar el tipo infraccional de la letra c) del artículo 3 del DL 211” (Cons. Décimo Séptimo), añadiendo que: “La figura de posición de dominio debe proyectarse sobre un mercado determinado y claramente delimitado y no como una figura abstracta, según ha sido reconocido

---

<sup>151</sup> Huelga señalar que hubo una prevención del Ministro Sr. Menchaca, quien estuvo por imponer una multa total de 1.500 UTA a Aguas Nuevo Sur Maule y de 1.400 UTA a ESSBIO, siendo la tercera prevención en orden a aumentar multas.

<sup>152</sup> Sentencia Rol 5443-09.

por la doctrina”. Por ello -esgrime la Corte- que el monto de la multa aplicada por esta infracción es excesivo.

Asimismo, considera que los montos de las multas establecidas en la sentencia son desproporcionados en relación a la conducta infraccional que se atribuye a las dos empresas requeridas y, en especial, a que la materialización del tipo de la letra c) del artículo 3 del DL 211 se basa en una serie de apreciaciones acerca del factor nuevo consumo que, aun cuando fundadas, no son demostrativas con exactitud de los montos que habrían beneficiado a las empresas sanitarias en desmedro de las constructoras (Cons. Décimo Octavo). Por estas razones la Corte acoge las peticiones subsidiarias de ESSBIO y de Aguas Nuevo Sur Maule S.A., aplicando a la primera la suma de 1.100, y a la segunda la suma de 700 Unidades Tributarias Anuales; y por cobro injustificado del parámetro “factor nuevo consumo”, regula la multa en la suma de 800 Unidades Tributarias Anuales.

iii. La tercera sentencia de este año es la N°86/2009<sup>153</sup>. Se trata de las sociedades “Ganadera Río Baker Limitada” y “Ganadera Río Neff Limitada”, quienes interpusieron una demanda en contra de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., (HidroAysén) acusándola de haber incurrido en las prácticas atentatorias contra la libre competencia señaló que: ha incumplido reiteradamente la Resolución N° 22/2007, al presentar solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas de los ríos Aysén y Palena ante la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas (DGA), entre los meses de enero y mayo de 2008, mes en el que se desistieron de las últimas solicitudes presentadas, sin consultar previamente a este Tribunal como prescribe la resolución citada.

El Tribunal acogió estos planteamientos, señalando que: “Para los efectos de determinar dicha sanción y su magnitud se tendrá en cuenta el hecho que, previo a la interposición de la demanda de autos, la demandada se desistió de las solicitudes de recursos hídricos en cuestión y presentó la consulta respectiva ante este Tribunal; circunstancia que es indicativa de su voluntad de evitar las consecuencias dañinas de su infracción para la competencia” (considerando vigésimo). Por lo anterior, el Tribunal aplicará una multa a beneficio fiscal cuyo monto será de menor entidad del que correspondería en el caso que el incumplimiento se hubiese mantenido a la fecha de la

---

<sup>153</sup> De fecha 30 de julio de dos mil nueve, Rol 180-2008.



interposición de la demanda (considerando vigesimoprimer). Esto constituye una novedad en los planteamientos del Tribunal. Hay un reconocimiento a la colaboración que hace la demandada lo que se traduce en reducir el monto de la multa a aplicar, no obstante haber incurrido en alguna de las conductas que sanciona el Art. 3 del D.L. 211.

El Tribunal acoge la demanda interpuesta en cuanto declara que Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. ha infringido la prohibición contenida en el numeral 2.3 de la condición N° 2 de la Resolución 22/2007 del mismo Tribunal y, con ello, el artículo 3°, inciso primero, del Decreto Ley N° 21, condenándola al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 20 Unidades Tributarias Anuales<sup>154</sup>.

iv. La cuarta sentencia es de fecha 15 de octubre de 2009<sup>155</sup>, versa sobre la Empresa OPS Ingeniería Limitada, que interpuso demanda en contra de Telefónica Móviles de Chile S.A. por supuestas conductas contrarias a la libre competencia, señalando que su giro principal es la prestación de servicios en las áreas de ingeniería y telecomunicaciones, desarrollando plataformas tecnológicas orientadas a satisfacer requerimientos específicos de sus clientes y que presta el servicio de conversión de llamadas desde red fija a red celular, lo que se conoce como celulink o telulink. A partir de 2006 Telefónica puso en práctica una serie de conductas anticompetitivas, entre ellas la modificación unilateral de condiciones contractuales, imponiendo nuevos precios sustancialmente más elevados que los pactados, discriminatorios y constitutivos de competencia desleal, con el propósito de restarle competitividad en la prestación del Servicio de Conversión, favoreciendo la prestación de igual servicio de manera directa por la propia Telefónica.

El Tribunal luego de rendida prueba y de la aportación de antecedentes señala que “Telefónica incurrió en una práctica de discriminación arbitraria<sup>156</sup> de precios en contra de las empresas demandantes, consistente en explotar abusivamente su posición de dominio en el mercado de la

---

<sup>154</sup> La sentencia contó con la prevención del Ministro Sr. Depolo, no obstante concurrir a lo resuelto, estuvo por fijar el monto de la multa en 50 Unidades Tributarias Anuales, la que constituye la cuarta prevención referida a aumentar multas en el propio TDLC.

<sup>155</sup> Sentencia N° 88-2009, Rol 126-2007.

<sup>156</sup> Sobre el concepto véase Valdés Prieto, Domingo. “Recomendación de un Competidor en Desmedro de Otro. Informe en Derecho”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen XXX N°1 (2002), Universidad Católica de Chile, Santiago, especialmente Págs. 700 a 703.

telefonía móvil, mediante el estrangulamiento del margen de sus competidoras en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, con el objeto de mantener o incrementar así su posición de dominio en este último, por lo que se aplicarán a la demandada la multa, infringiendo de este modo el artículo 3º, letra b) del Decreto Ley N° 211, al abusar de su posición de dominio en perjuicio de las demandantes, a través de una conducta de negativa de venta, (Cons. Centésimo quincuagésimo segundo).

Profundizando los argumentos que se dieron en las sentencias del año 2008 en lo concerniente a la finalidad de la multa a beneficio fiscal contenida en el artículo 26, señala el fallo que ella: “cumple, básicamente, una función disuasoria y retributiva. Así, cuando se hace referencia en dicha norma al criterio del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, se está aludiendo a la necesidad de que la sanción que se imponga a quien viola el ordenamiento jurídico sea de una severidad tal que, en definitiva, implique para el infractor un costo mayor que el beneficio que espera obtener del mismo. Por otra parte, el criterio de gravedad establecido en la misma apunta a establecer la función retributiva antes indicada” (Cons. Centésimo quincuagésimo cuarto. Énfasis nuestros). Añadiendo en el Centésimo quincuagésimo quinto: “Que, para tales efectos, este Tribunal considerará: (i) la pluralidad de conductas realizadas por la demandada que han sido constitutivas de infracción, a saber, la discriminación de precios y la negativa de venta; (ii) la multiplicidad de demandantes afectados por el ilícito; (iii) la naturaleza de la infracción cometida (uso de posición dominante) (iv) el carácter de reincidente de la demandada, (v) el hecho de que una empresa del mismo grupo económico al que pertenece TMCH haya sido multada por este Tribunal por conductas contrarias a la libre competencia (Sentencia N° 45 de 2006); y, (vi) el hecho de que no hay constancia de conductas que haya desplegado la demandada en orden a paliar los efectos anticompetitivos de sus actos y que pudieren atenuar la severidad de la sanción”.

En lo concerniente al punto ii) la multiplicidad de demandantes afectados por el ilícito y profundizando en el concepto de “beneficio económico” que exige la ley, el Tribunal razona que no basta con establecer la cantidad de minutos que se transaban al momento de llevarse a cabo las conductas contrarias a la libre competencia cometidas por TMCH, sino que debe también estimarse todos los minutos que se dejarán de transar en lo sucesivo como consecuencia de haberse realizado tales conductas. La estimación del daño al mercado sobre la base del

raciocinio efectuado, permite, también, concluir que el beneficio actual y potencial para el infractor corresponde a una parte del costo o daño al mercado. (Cons. Centésimo quincuagésimo noveno). El Tribunal acoge el requerimiento y condenó a Telefónica Móviles de Chile S.A., al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a tres mil Unidades Tributarias Anuales (3.000).

La Corte Suprema al conocer de la reclamación reitera un argumento sostenido anteriormente, esto es la facultad privativa del TDLC de aplicar las multas -cumpliéndose los requisitos contenidos en la ley- rechazando de esta guisa el recurso de reclamación<sup>157</sup>. Así lo expone el considerando Décimo Séptimo: “Que por último, en lo que dice relación con las argumentaciones referidas con la falta de proporcionalidad de la multa a la que fue condenada la reclamante y el carácter abusivo de la misma, cabe tener en consideración que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211 “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 disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”. (...) Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que los basamentos tenidos en consideración para la determinación de la sanción contienen el debido desarrollo de los elementos que al tenor del inciso final de la norma citada se exigen para dicho establecimiento, por lo que la aplicación de la multa se ha construido debidamente sobre los parámetros que para la fijación de ella establece la legislación”<sup>158</sup>. Agregando asimismo que: “Además, y como se dejó constancia en esta sentencia, aun cuando se hubiera estimado que la conducta de las demandantes adolecía de algún grado de ilegalidad, no era procedente que Telefónica tomara la justicia por sus propias manos ejerciendo actos de autotutela”.

v. La última sentencia de este año es la segunda en que la sanción de multa que impone el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es aumentada por la Corte Suprema conociendo del recurso de reclamación. El primero es CAR (Sentencia N° 41-2006) y ahora la Compañía Chilena de Fósforos<sup>159</sup>. La Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de Compañía Chilena de Fósforos S.A. (“CCF”), por supuestas conductas contrarias a la libre

---

<sup>157</sup> Sentencia Rol N° 8077-2009, de fecha 7 de julio de 2010.

<sup>158</sup> Este considerando tiene una clara referencia al debido proceso entendido sustantivamente, al exigir motivación y fundamentación en las sentencias.

<sup>159</sup> Sentencia N° 90/2009, de fecha 14 de diciembre de 2009. Rol 165-2008.

competencia. En efecto, señaló la FNE que CCF es la empresa dominante en el mercado de los fósforos, y que, en los últimos años, ha realizado diversas conductas anticompetitivas que consideradas en su conjunto, revelan un propósito de excluir y abusar de su posición de dominio. CCF habría ejecutado presiones contra el proveedor de Canadá Chemicals S.A. (“Canadá Chemicals”), importadora de fósforos, la que ha intentado entrar a supermercados en los que sólo opera CCF. Agrega asimismo la FNE que la requerida habría incurrido en la práctica de ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas.

El Tribunal arribó a la conclusión que CCF ha explotado abusivamente su posición de dominio en el mercado relevante, al establecer barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, consistentes en: (i) en la imposición de las cláusulas de exclusividad; (ii) en el establecimiento de sistemas de incentivos por el cumplimiento de metas de venta con el objeto de mantener la exclusividad indicada y; (iii) en el establecimiento de sistemas de incentivos por cumplimientos de metas de venta no vinculados a contratos de exclusividad anteriores, con fin exclusorio al no obedecer a parámetros generales, uniformes y objetivos y al carecer de razones de eficiencia o de economías de escala o de costos que los justifiquen.(considerando Centésimo quincuagésimo octavo).

Para aplicar las multas el Tribunal sostiene que la multa debe implicar a CCF al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber establecido las barreras artificiales al mercado acreditadas en esta sentencia, añadiendo que resulta razonable que CCF se haya beneficiado de las conductas consideradas como contrarias a la libre competencia, puesto que se mantuvo con una alta participación de mercado durante un periodo prolongado, lo que le permitió obtener mayores ventas, y a un mayor precio (Cons. Centésimo sexagésimo). Indicando además –en cuanto a la gravedad de la conducta- que los contratos con incentivos de exclusividad y aquellos con descuentos por el cumplimiento de metas de venta, “son en este caso particularmente graves, toda vez que causaron un daño relevante al mercado, puesto que, durante un largo periodo, mantuvieron a CCF como el único actor, privando a los consumidores de la posibilidad de elegir marcas de empresas distintas a ésta y, eventualmente, acceder a menores precios producto de una mayor competencia” (cons. Centésimo sexagésimo primero).

Por lo anterior, el Tribunal acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en cuanto se declara que la Compañía Chilena de Fósforos S.A. infringió el Decreto Ley N° 211 mediante la celebración con sus distribuidores de determinados contratos con cláusulas de exclusividad y de determinados contratos con cláusulas de incentivos por cumplimiento de metas de venta, todos ellos con el objeto y efecto de levantar barreras artificiales a la entrada, en el mercado relevante de autos, condenando a la Compañía Chilena de Fósforos S.A., al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a mil doscientas Unidades Tributarias Anuales (1.200.- UTA)<sup>160</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema, en sentencia de 2 de junio de 2010<sup>161</sup>, al conocer de los recursos de reclamación interpuestos por Comercial Canadá Chemicals S.A., por la Fiscalía Nacional Económica y por la Compañía Chilena de Fósforos, sostuvo: “Que en lo referente a la determinación de la multa - objeto de impugnación de los tres recursos de reclamación- este Tribunal, coincidente con lo razonado por la sentencia recurrida, considera que la multa debe implicar a CCF al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber establecido las barreras artificiales al mercado acreditadas en esta sentencia” (Cons. Vigésimo segundo. Énfasis nuestros). Pero además, dando por probados los hechos que señaló el Tribunal en primera instancia, la Corte la reclamación deducida por la Fiscalía Nacional Económica y por Canadá Chemicals S.A. en contra de la sentencia N° 90/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre

---

<sup>160</sup> En este fallo hubo una prevención de los Ministros señores Menchaca Olivares y Peña Torres, los cuales estuvieron por condenar a la requerida por sólo ciertas conductas, aplicándole una multa de trescientas cincuenta Unidades Tributarias Anuales (350 UTA), ello por estimar que no fue acreditado que todas las conductas que la sentencia de mayoría sanciona fueron contrarias a la libre competencia. Ello pues “no concuerdan en declarar como contrarios a la libre competencia todos los contratos con descuentos por cumplimiento de metas de venta, como plantea el voto de mayoría. Al respecto, en opinión de estos Ministros, es importante comenzar precisando que esquemas de incentivos basados en el cumplimiento de metas de ventas constituyen instrumentos contractuales de uso muy frecuente en los mercados actuales y que su uso puede tener diversas finalidades, algunas de ellas plenamente compatibles con resultados de eficiencia asignativa y que por ende no tendrían por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia (número 2 de la prevención), y que respecto de la evidencia presentada sobre otros convenios con descuentos por cumplimiento de metas de venta, respecto de los cuales no pudo acreditarse que los precedieran inmediatamente convenios con descuentos por exclusividad, estos dos Ministros estiman que no es posible formarse convicción de que tales ofertas de descuentos sólo pudieron haber tenido como finalidad inequívoca la de impedir, restringir o entorpecer en forma artificial la entrada de nuevos competidores al mercado de autos (número 4 de la prevención) y en lo más importante para este estudio, respecto del monto de la multa impuesta, estuvieron por determinarla sólo en relación con las ventas incrementales que fueron obtenidas como consecuencia de los contratos cuya ilicitud a su juicio se encuentra acreditada en el proceso, es decir, aquellas logradas como resultado incremental de las condiciones de contratación exclusiva que CCF obtuvo con los contratos con descuentos directos por exclusividad y aquellos con descuentos por cumplimiento de metas de venta respecto de los que se logró acreditar que, en los hechos, equivalían al sistema previo de descuentos por exclusividad. Lo anterior, únicamente para las ventas así obtenidas durante los años 2006 y 2007”. por lo que estuvieron por imponer una multa equivalente a trescientas cincuenta Unidades Tributarias Anuales (350 UTA). (N° 6 de la prevención). En este caso a diferencia de las pocas prevenciones vistas sobre el monto de las multas puede notarse una mayor fundamentación.

<sup>161</sup> Corte Suprema, Sentencia Rol N° 277-2010.

Competencia, en cuanto se aumenta la cuantía de la multa a que queda condenada la Compañía Chilena de Fósforos a la suma de 1.500 (mil quinientas) Unidades Tributarias Anuales.

Con todo, la sentencia en comento tuvo dos disidencias: La primera del Ministro Carreño en la parte que eleva el monto de la multa impuesta por la sentencia del Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia, por cuanto en su concepto no existen en autos antecedentes para ello. Y en segundo lugar el voto de la Ministra Sra. Araneda en la parte que rechaza el recurso de reclamación deducido por la Compañía Chilena de Fósforos que desestima su pretensión de decidir que los pactos de descuentos por cumplimientos de metas de ventas sin relación directa o indirecta con contratos de exclusividad no son actos contrarios a la libre competencia y, consiguientemente, estuvo por rebajar la cuantía de la multa a la suma de trescientos cincuenta (350) Unidades Tributarias Anuales. Especialmente relevante en su argumentación es que: “Para determinar el monto de la multa, en concepto de la disidente sólo deben tenerse en cuenta las ventas incrementales que fueron obtenidas como consecuencia de los contratos cuya ilicitud se encuentra establecida, es decir, aquellas logradas como resultado de las condiciones de contratación exclusiva que CCF obtuvo con los contratos con descuentos directos por exclusividad y aquellos con descuentos por cumplimiento de metas de venta respecto de los que se logró acreditar que, en los hechos, equivalían al sistema previo de descuentos por exclusividad.” (Considerando segundo del voto disidente).

**7. Séptima Parte. Año 2010: Un Nuevo Elemento: Fundamentación conforme al mérito del proceso. Fundamentos para atenuar las multas por circunstancias “extrínsecas”. El surgimiento de prevenciones.**

El año 2010 las sentencias tanto del Tribunal como de la Corte Suprema consideran tanto para imponerlas o mantenerlas la evidencia que se dé en el proceso. Ello no es sino una concreción del Art. 160 del Código de Procedimiento Civil y a la vez un llamado a que quienes accionan deben probar las conductas que se estiman contrarios a la libre competencia. Ello tiene coherencia con un sistema de sanciones en que –al someterse en términos más o menos semejantes- a las sanciones penales, hacen que se establezca un estatuto de garantías estricto.

i. La primera sentencia del año 2010 trata nuevamente de Voissnet con Telefónica de Chile<sup>162</sup>. Cabe decir que hubo una primera causa, ingresada con el Rol C 135-07. Voissnet S.A. demandó a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente sus letras b) y c), en la formulación de paquetes de servicios de acceso a Internet de banda ancha (BA) y de telefonía fija (telefonía) por un único precio, incurriendo en la conducta de “empaquetamiento excluyente” y realizando “subsidijs cruzados” entre ambos servicios. Con respecto a la conducta de “empaquetamiento excluyente”, Voissnet señala que, desde comienzos del año 2006, TCH presenta al mercado diversas ofertas conjuntas, por medio de las cuales ofrece telefonía fija, tanto con límite de minutos como en forma ilimitada, y acceso a Internet de banda ancha, por un precio único mensual cuya única racionalidad económica es excluir competidores en el mercado de la telefonía fija. Además, con respecto a la práctica de subsidijs cruzados, Voissnet señala que TCH abusa de su posición dominante por medio de estas “ofertas conjuntas”, ya que realiza subsidijs cruzados entre ambos servicios, estableciendo un precio excesivo por el servicio de banda ancha –en el que tiene poder de mercado- para subsidiar el servicio de telefonía fija –potencialmente competitivo-. En otras palabras, TCH subsidia el servicio regulado de telefonía fija que está tecnológicamente amenazado, con el precio abusivo, excesivo e injustificado que cobra por la BA. Según la demandante, estas conductas tienen el propósito de impedir el ingreso de nuevos competidores y expulsar a los que actualmente están en el mercado de la telefonía, evitando que las nuevas tecnologías y servicios puedan competir. En cuanto a los efectos, Voissnet señala que las ofertas

---

<sup>162</sup> Sentencia N° 97/2010, de fecha 4 de marzo de 2010 Rol C N° 135-07.

conjuntas de la demandada han afectado a: (i) las empresas prestadoras del servicio de telefonía; (ii) los proveedores independientes de acceso a Internet (ISP); y (iii) los consumidores. Por otra parte, la segunda causa, ingresada con el Rol C 173-08. , Voissnet S.A. demandó a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), ya que no comercializa el servicio de acceso a internet de Banda Ancha en forma individual, sino sólo en conjunto con el servicio de telefonía fija, incurriendo en la conducta de “venta atada”. En ella, Voissnet señala que TCH impone la contratación del servicio de telefonía para vender BA, tal como reconocieron el Gerente General de dicha compañía en audiencia de absolución de posiciones y sus dependientes, y como consta también en la cláusula segunda del modelo de contrato de BA que TCH utiliza, que señala: “Es presupuesto esencial del presente contrato que el Cliente tenga y mantenga la calidad de suscriptor telefónico de la Compañía respecto de la línea telefónica a la cual accederán los servicios antes indicados...”. Agrega que TCH ha incurrido en un cambio de conducta al dejar de ofrecer la BA en forma separada, ya que negó la venta atada en su contestación a la primera demanda, pues ofrecía o hacía creer que ofrecía BA sola. Voissnet sostiene que no existe ninguna posible justificación para este cambio de conducta. En primer lugar, porque no existen requerimientos técnicos que justifiquen la necesidad de prestar el servicio de BA asociado a telefonía, tal como reconoció el Gerente General de TCH y se desprende del Oficio de respuesta de Subtel en la causa rol C 60-2005. Por último, porque tampoco existen justificaciones regulatorias para ello, ya que el oficio de Subtel ya mencionado señala que el servicio de acceso dedicado a BA no es un servicio complementario a la telefonía de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Por otra parte, la demandante señala que TCH cobra un precio excesivo por la supuesta prestación del servicio de BA. Así, señala que si se comparan los precios de la BA que publicita en su página web con los costos promedio de dicho servicio que se señalan en el informe de la consultora Synex, se concluye que TCH obtiene un margen que supera el doble del costo de prestar ese servicio. Además, los precios que TCH cobra por los planes de BA mas telefonía son más baratos que aquellos a los que ofrece BA sola.

Con fecha 14 de octubre de 2008, el Tribunal ordenó acumular a la causa ingresada con el Rol C 135-2007, aquella ingresada con el Rol 173-08, ambas seguidas entre las mismas partes.



El Tribunal razona detenidamente en la participación de mercado, las estadísticas sobre cada servicio prestado, la racionalidad económica de los mismos, entre otros. Mas, como señala el considerando séptimo resulta evidente para el Tribunal que TCH se defendió e intentó demostrar una situación de hecho distinta de la que Voissnet le imputó en este punto de la demanda; y que, al mismo tiempo, esta última parte no aportó antecedentes al proceso que permitan al Tribunal dar por acreditada su imputación de subsidios cruzados. Por lo demás, lo central de lo demandado son las imputaciones de haber utilizado TCH el mecanismo de las ofertas conjuntas para excluir competidores del mercado relevante de autos. Indicando a continuación que las conductas denunciadas en la primera y segunda demanda de Voissnet están, estrechamente relacionadas entre sí, ya que ambas cuestionan formas o modalidades de venta atada de servicios de telefonía fija y banda ancha que habría impuesto TCH. (Considerando octavo)

Utilizando su facultad de analizar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica el Tribunal señaló que debe darse por establecido que TCH nunca ha comercializado el servicio de acceso a Internet en forma separada del servicio de telefonía fija y que, por el contrario, los contratos de servicio complementario correspondientes a los planes Speedy Banda Ancha y Banda Ancha 2.0, condicionaban el suministro del servicio de banda ancha a la contratación del servicio de telefonía fija lo cual ha sido expresamente reconocido por TCH. Asimismo, está acreditado que, tal como señala Voissnet en su primera demanda, era más barato para los clientes contratar banda ancha y telefonía fija con minutos de tráfico de voz, que sin ellos (considerando Vigésimo segundo).

En una particularidad de este fallo El Tribunal se remite a fallos anteriores, mas no para la calificación de la multa, sino que en referencia al servicio de Telefonía IP. Ello aparece de manifiesto en los considerandos Trigésimo y trigésimo cuarto, donde cita la sentencia 45/ 2006, concluyendo en este último que TCH continúa siendo dominante en la provisión del servicio de telefonía local o tradicional, es posible afirmar que dicho servicio es parcial pero crecientemente disciplinado por la telefonía móvil y está además amenazado por la telefonía IP o VoIP.

A continuación calificada este mercado como altamente concentrado (considerando Cuadragésimo tercero) y complementando que “no es controvertido que, desde un punto de vista estrictamente técnico, no existen impedimentos para comercializar banda ancha en forma

independiente de telefonía, pues así lo reconoció explícitamente TCH en su segunda contestación a la demanda y el representante de dicha compañía en audiencia de absolución de posiciones” (considerando Septuagésimo primero). Por lo cual, resulta forzoso concluir que TCH ha infringido lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), al condicionar contractualmente la venta de banda ancha a la contratación de servicio telefónico, atando comercialmente a dicha oferta conjunta un determinado número de minutos de tráfico de voz, con precios implícitos negativos para éstos últimos; conducta apta para excluir competidores en el mercado de la telefonía, por lo que corresponde aplicarle una multa a beneficio fiscal; (considerando Septuagésimo cuarto).

Para nuestro análisis son especialmente relevantes los siguientes argumentos. Como ya es común el TDLC cita el Art. 26 (considerando Septuagésimo quinto), y añade en su considerando Septuagésimo sexto: “Que, en primer término, es preciso recordar que, en octubre del 2006, TCH fue sancionada mediante Sentencia de este Tribunal N°45/ 2006, por imponer restricciones en los contratos mayoristas del servicio de banda ancha con el objeto de impedir la entrada y desarrollo de la telefonía IP, que era entonces una nueva tecnología que amenazaba con arrebatarle clientes del servicio de telefonía tradicional-2, añadiendo que TCH no sólo es reincidente porque ha infringido nuevamente las normas de defensa de la libre competencia previstas en el DL N° 211, sino que, además, es contumaz, porque ha vuelto a incurrir en conductas que excluyen y levantan barreras de entrada respecto de los proveedores de telefonía IP, que son los mismos afectados por su primitiva infracción. En efecto, infringiendo abiertamente lo resuelto en el N° 11) de la mencionada sentencia N°45/ 2006, TCH incurrió nuevamente en hechos, actos o convenciones que obstaculizan injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha (Considerando Septuagésimo séptimo).

El análisis del beneficio económico en esta sentencia goza de una “especial sinceridad” en lo concerniente a su estimación, el Tribunal lo califica como correspondiente a los mayores ingresos provenientes del incremento artificial de su participación de mercado en el servicio de telefonía, lo cual es especialmente difícil de estimar, considerando que la telefonía IP no se ha podido desarrollar con normalidad precisamente como consecuencia de las reiteradas conductas exclusorias de TCH; (Considerando Septuagésimo octavo. Énfasis nuestros) Añadiendo: “Que las infracciones que corresponde sancionar son especialmente graves, atendido

fundamentalmente que no constituyeron un caso aislado acaecido a mediados del 2007 y que, por el contrario, los precios de sus ofertas conjuntas actualmente siguen induciendo a los clientes a contratar minutos de tráfico de voz con dicha empresa, con el efecto excluyente antes dicho (considerando Septuagésimo noveno), habiendo una afectación a un porcentaje significativo de la población nacional (Cons. Octogésimo).

Por todo lo anterior el TDLC acogió las demandas deducidas por Voissnet S.A en cuanto se declara que Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. infringió la letra b) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al condicionar contractualmente la venta de banda ancha a la contratación de servicio telefónico, atando comercialmente a dicha oferta conjunta un determinado número de minutos de tráfico de voz, con precios implícitos negativos para éstos últimos; conducta apta para excluir competidores en el mercado de la telefonía. Condenando a esta al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a cinco mil Unidades Tributarias Anuales (5.000.- UTA);

La Corte Suprema, mediante sentencia de reclamación de fecha 14 de enero de 2011<sup>163</sup>, confirmó las sanciones, sin fundamentar en la multa y su imposición, ni haciendo referencia a la facultad privativa del TDLC de aplicarlas. Con todo, hubo una disidencia del abogado integrante don Rafael Gómez que sí trata tangencialmente la imposición de multas, relacionándola con la orden que le dio el TDLC a Telefónica de comercializar por separado los servicios de ofertas conjuntas, como asimismo que la recurrente deberá fijar precios que no tengan por objeto restringir la libre competencia y que sean superiores, a lo menos, al precio de venta por separado del producto o servicio integrante al de mayor valor, no viene al caso aplicar encima de estas medidas la multa impuesta, por lo que es del parecer absolver de ella a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (considerando segundo del voto disidente).

ii. El segundo caso de nuestro estudio del año 2010 es la demanda de Nutripro, de fecha 21 de julio de 2010<sup>164</sup>. Se trata de una sentencia donde hubo acumulación de autos por ingresar más de una demanda, la primera ingresada con el Rol C 127-07, es de Nutripro S.A. (Nutripro), quien

---

<sup>163</sup> Sentencia Rol 2140/2010.

<sup>164</sup> Sentencia N° 100-2010. Rol 135-2007.

demandó a Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria (PTLA) y al Fisco de Chile (Fisco), porque el Ministerio de Obras Públicas (MOP) habría inducido y colaborado en el abuso de PTLA o facilitado el mismo. En cuanto a la concesionaria, el demandante imputa dos conductas. I) Nutripro señala que PTLA cobra la tarifa máxima correspondiente al servicio de “estiba y desestiba”, en circunstancias que provee un servicio de “auxilio a la fiscalización”, que es más simple o de menor esfuerzo o actividad; ii) La segunda conducta que Nutripro imputa a PTLA, consiste en que esta última cobra una tarifa excesiva por el servicio efectivamente provisto, ya que cobra la tarifa máxima correspondiente al servicio de “estiba y desestiba obligatorio” (TEDO), que es de \$84.000 reajustables en circunstancias que, de corresponder un cobro por el servicio de “auxilio a la fiscalización, éste en ningún caso podría ser cercano al cobro por el servicio de “estiba y desestiba”. Por su parte, el segundo requerimiento, ingresado con el Rol C 128-07. Empresas Tucapel S.A. también demandó a PTLA por infringir el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), y al Fisco, invocando fundamentos de hecho, de derecho y económicos análogos a los expuestos por Nutripro. A ello se suman las demandas de Soprodi S.A, Agroexportadora e Importadora Ltda. y Agrícola Tarapacá Ltda.

El Tribunal sostiene que el MOP (Ministerio que era demandado, que actúa bajo la personalidad jurídica del Fisco) no incurrió en infracción a la libre competencia por el hecho de no fiscalizar o fiscalizar inadecuadamente el contrato de concesión. Lo anterior sin perjuicio de que las deficiencias en el ejercicio de potestades públicas inherentes al MOP/DGOP, puedan ser constitutivas de responsabilidad del Estado por “falta de servicio”, lo cual sería de competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia (considerando centésimo segundo. Énfasis nuestros), por lo que el Tribunal sólo acogerá las demandas deducidas en contra de PTLA, por haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra b), al abusar de su condición de monopolio legal en la provisión de los servicios en cuestión mediante el cobro de la tarifa máxima correspondiente al servicio regulado de estiba y desestiba (TEDO), en circunstancias que éste no es el servicio que efectivamente presta y considerando, adicionalmente, que dicho cobro carece de justificación tanto jurídica como económica (Considerando centésimo tercero). Agrega el Tribunal la referencia al Art. 26 del DL 211 que indica los elementos que debe considerar a efecto de imponer multas (considerando centésimo cuarto), deteniéndose en el concepto de “beneficio económico”, el que ascendería en virtud de los informes técnicos agregados, (considerando centésimo quinto), ya que al beneficio económico se debe restar los

ingresos que habría obtenido el concesionario, de haberse seleccionado la segunda mejor oferta económica en la Licitación (Consortio Agunsa-Ultramar-Belfi), (Considerando centésimo sexto).

En este fallo el detalle y análisis de los criterios para aplicar la multa ocupan varios considerandos, y para su acertada inteligencia parece ser conveniente reproducirlos totalmente:

“Centésimo séptimo: Que, en cuanto a la gravedad de la conducta, es preciso tener en cuenta que las conductas en cuestión han afectado a un porcentaje importante de la población en Chile, por la vía de incrementar directa o indirectamente el costo de alimentos provenientes de países vecinos o de sus insumos, toda vez que han incrementado abusivamente sus costos de ingreso al país y, tratándose de insumos para la producción de alimentos, el aumento en los costos para los consumidores finales podría resultar incluso mayor, si ese mayor costo de ingreso al país se fuera luego traspasando, sucesivamente, por sobre el respectivo margen porcentual de ganancias que prevalezca en cada uno de los eslabones de la cadena de producción y comercialización que existen hasta llegar al consumidor final;

Centésimo octavo: Que por otra parte, en su calidad de oferente monopolista de servicios portuarios que conforman la concesión del Puerto Terrestre de los Andes, PTLA, debió tener particular cuidado en atenerse a los términos del marco jurídico que rige su concesión, circunstancia que no ocurrió;

Centésimo noveno: Que, además, PTLA tenía o debía tener plena conciencia de la infracción en que incurrió, pues no pudo racionalmente haber ofrecido una tarifa TAR de cero pesos en la Licitación sin haberse propuesto y planificado deliberadamente, desde el comienzo, realizar el cobro abusivo a que se refiere el juicio de autos”.

Nuevamente el Tribunal aplica un criterio de atenuación de la multa a partir de la ausencia de fiscalización del MOP, al igual que lo hiciera anteriormente (En la sentencia Aeropuerto SCL del año 2008). Así lo expone: “sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal tendrá especialmente presente, para efectos de aminorar la gravedad de la conducta, que el DGOP/MOP, organismo fiscalizador de la concesión, respaldó el comportamiento del PTLA, al responder negativamente

los reclamos que le presentaron varios de los demandantes de autos. Ello razonablemente debió tener efectos en la percepción de la concesionaria respecto de la ilicitud de su actuar, lo que evidentemente disminuye en forma muy importante su responsabilidad en los hechos constitutivos de infracción descritos en la presente sentencia, aunque no la exculpa completamente de los mismos, toda vez que PTLA podía haber actuado igualmente en conformidad a su contrato de concesión sin infringir las normas de defensa de la libre competencia” (Considerando centésimo décimo. Énfasis nuestros).

Por lo anteriormente expuesto acogió el Tribunal las demandas deducidas por Nutripro S.A., por Empresas Tucapel S.A., por Comercial Terramar Ltda., por ED&F Man Chile S.A, por Agroexportadora e Importadora Ltda. y Agrícola Tarapacá Ltda., por Soprodi S.A. por Graneles de Chile S.A, en cuanto se declara que Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. infringió la letra b) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al abusar de su posición dominante en el mercado mediante el cobro de la tarifa máxima correspondiente al servicio de estiba y desestiba (TEDO), por un servicio diferente y de menor costo al regulado por ésta. Condenando a PTLA al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 350 Unidades Tributarias Anuales.

En este fallo del TDLC se presenta nuevamente una prevención en orden a aumentar el monto de la multa, a través de la prevención de la Ministra Sra. Butelmann, quien estuvo por aplicar a PTLA una multa equivalente, al menos, al beneficio económico obtenido con la infracción y que, de acuerdo a lo expresado en el considerando centésimo sexto, corresponde, conservadoramente, a 13.000 Unidades Tributarias Anuales. Esgrime que ninguna consideración puede reducir el valor de la multa a un monto inferior al beneficio económico obtenido con la infracción, porque ello fomentaría la ocurrencia de prácticas contrarias a la libre competencia, en vez de disuadirlas.

Analizando este fallo José Antonio Gaspar y Fernando Araya nos señalan: “¿Qué se sostiene respecto de las multas y otros remedios como indemnizaciones de perjuicios o restitución de los beneficios anormales? Estas sanciones y remedios, en cuanto pueden implicar un significativo desembolso de parte de la demandada, hace a algunos afirmar que incidirían en desincentivar la inversión para futuros proyectos en el sector. Adicionalmente, en la medida que la intervención sobre los precios excesivos es considerada una especie de ‘regulación ex-post’, no habría base

legal previa a la cual asociar tales remedios. Para otros, las multas presentan la ventaja de evitar tener que establecer un remedio que suponga determinar con claridad un precio, tasa de retorno o margen competitivos. Un punto intermedio podría ser, para el caso de empresas que por primera vez son condenadas por precios excesivos, imponer multas bajas o no imponer multa alguna: de este modo se da una señal importante hacia el futuro, pero sin afectar los incentivos a invertir que, de otro modo, disminuirían frente a multas muy elevadas. En el caso en comento, en efecto, hubo en el TDLC un voto que manifestó una apreciación diferente sobre el monto a imponer como multa (\*el voto de la Ministra Butelman). En cambio, atendido que los remedios indemnizatorios o restitutorios se limitan ya sea a los daños efectivamente causados y acreditados o a los beneficios obtenidos de manera anormal, el riesgo de desembolsos significativos por parte de la empresa condenada parecen suficientemente acotados como para descartar que la imposición de estos remedios generara desincentivos a la inversión”.<sup>165</sup>

Con todo, hay que decir que la Corte Suprema, mediante sentencia de fecha 28 de enero del año de 2011<sup>166</sup>, al conocer de los recursos de reclamación interpuestos por los demandados Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A. y el Fisco de Chile, y por los demandantes Graneles Chile S.A., por E.D. & F. Man Chile S.A. hoy Iansa Trading Limitada, Empresas Tucapel S.A. y Comercial Terramar Limitada, revocó la sentencia del TDLC. Para ello tuvo en consideración que “de acuerdo a lo que dispone el artículo 3° del D.L. N° 211, es necesario que las conductas: “impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia”. Dicho de otro modo, para imputar la infracción no basta que exista una posición dominante y que las tarifas sean abusivas, porque además debe acreditarse que esa situación vulnere de algún modo la libre competencia, cual es lo que se pretende proteger” (Cons. Undécimo. Énfasis nuestros), esgrime además que lo hecho por la sentencia del Tribunal es un “cuestionamiento a las tarifas por aplicarse la de desestiba a un servicio similar pero claramente menor y, por lo mismo, de costo reducido” (considerando duodécimo), concluyendo que “Atendidas las razones precedentes que ponen de manifiesto que el asunto propuesto no guarda relación con una cuestión de libre competencia porque su naturaleza jurídica no está dentro de los márgenes de una infracción a este bien jurídico, y porque en forma alguna se ha acreditado que el mercado haya sido alterado por las tarifas que se reclaman y que han sido materia de regulación previa, habrá de acogerse la

---

<sup>165</sup> “Derecho Corporativo y Libre Competencia. Comentario de Jurisprudencia”. En Revista Chilena de Derecho Privado Fundación Fernando Fueyo L. Universidad Diego Portales. N° 17, Diciembre de 2011, Págs. 297 y 298.

<sup>166</sup> Sentencia Rol N° 6100-2010.

reclamación de la demandada Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Anónima Concesionaria S.A. y rechazarse la acción formulada” (Cons. Decimocuarto.énfasis nuestros) por lo que acogió la reclamación por la parte demandada de Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria S.A., en contra de la sentencia, declarando que se rechazan las demandas deducidas por Nutripro S.A., Empresas Tucapel S.A., Comercial Terramar Limitada, ED & F Man Chile S.A., Agroexportadora e Importadora Limitada y Agrícola Tarapacá, Soprodu S.A., y Graneles Chile S.A.<sup>167</sup>.

iii. En tercer lugar, tenemos la Sentencia N° 102/2010<sup>168</sup>, de 11 de agosto de 2010. Este fallo tuvo su origen en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital (Agmital), por supuestas conductas contrarias a la libre competencia en el mercado del transporte rural de la Región de Maule, señalando la FNE que Agmital es una asociación gremial de dueños de mini buses, compuesta por 32 empresarios, con una flota total de 49 vehículos, que prestan servicios de transporte público rural de pasajeros en la Región del Maule, cubriendo los recorridos de Talca y sus alrededores. Según explica, sus principales rutas con: Talca-Vilches, Talca-Corralones, Talca-Punta Diamantes, Talca-Macal, Talca-Mariposas, Talca-San Clemente, Talca-Santa Elena, Talca-Bella Unión, Talca-Pencahue, Talca-Lo Figueroa, Talca-Queri, Talca-Los Almendros y Talca-Población Buenos Aires. Hace presente asimismo que hasta octubre de 2006, en los tramos Talca-Los Almendros, Talca-Queri y Talca-Población Buenos Aires, Agmital sólo enfrentaba la competencia del empresario Juan Díaz Ruiz, con su flota “Diurna”. Agrega que en octubre de 2006 ingresó un nuevo competidor, el señor José Muñoz Ortega, conocido por los usuarios como el “Bus Azul”, quien vino a desafiar la posición dominante ostentada por Agmital, ofreciendo el recorrido Talca-Los

---

<sup>167</sup> El fallo del Tribunal Supremo no está exento de críticas. En el trabajo ya citado de los profesores Gaspar & Araya se señala: “Siguiendo el razonamiento de la CS, sobre las tarifas cobradas, en ningún caso: las actividades estaban explícitamente contempladas por el contrato y el concesionario podía cobrar una tarifa máxima por ellas, aun cuando dicho tope considerara también la ejecución de otras actividades que en los hechos no se prestaban. La apreciación por la CS de los hechos y calificación jurídica de lo que era una infracción a las regulaciones de la concesión en el caso fue diametralmente opuesta a la efectuada por el TDLC. Estimamos que, en el caso, lo sostenido por el TDLC se encuentra más en línea con una interpretación estricta de Derecho Público y pro-usuarios de un proveedor monopólico, en el sentido de sostener que se trató de servicios diferentes a aquéllos por los cuales se estipuló el tope tarifario y, consecuentemente, que el concesionario se encontraba respecto del ‘apoyo a la inspección’ ante servicios que debía prestar, pero respecto de los cuales no era claro si podía cobrar o no y, en el caso afirmativo, qué monto.”(Gaspar & Araya. Artículo citado. Pág. 303), añadiendo finalmente que: “Por las razones ya mencionadas, pensamos que el TDLC estuvo mejor aquí. Por último, si la cuestión trataba de un cuestionamiento tarifario y no de un asunto de libre competencia, parece poco coherente que la CS no haya acogido la incompetencia del TDLC alegada por la concesionaria demandada y reclamante”. GASPARE & ARAYA. Ob Cit. Pág. 304.

<sup>168</sup> TDLC. Rol N° 191-09.



Almendros-Queri-Población Buenos Aires, en los horarios de 11:30, 15:30 y 18:40 horas, con una tarifa similar a la cobrada por los socios de la requerida. Ante ello, los asociados de Agmital reaccionaron frente a esta nueva competencia, acordando ofertar tres recorridos que cubrían la totalidad de la ruta servida por el entrante, en los mismos horarios que éste, y disminuyendo sus tarifas exclusivamente en estos tramos, con la finalidad de excluirlo del mercado.

El Tribunal luego de rendirse prueba, señaló que la estrategia descrita implica que los asociados de Agmital incurrieron en una conducta coordinada con el objeto de discriminar precios cobrando una tarifa menor en los horarios que eran servidos por el señor Muñoz, a la cobrada en horarios cercanos y en las mismas rutas. Lo anterior implica sacrificios económicos que, a juicio de este Tribunal, no responden a criterios de eficiencia productiva, ni tienen por objeto disputar la demanda de forma legítima, ofreciendo mejores precios o servicios de manera duradera y razonable desde el punto de vista económico, concluyendo que esta decisión es una discriminación arbitraria de precios adoptada con el objeto de excluir a un competidor del mercado (considerando Quincuagésimo primero). A ello se suma que se tuvo por acreditado que los asociados a Agmital realizaron actos de hostigamiento en contra del Sr. Muñoz, consistentes en entorpecer su desplazamiento por la ruta, con el objeto de inhibirlo de desarrollar sus actividades de transporte, todo ello con el evidente propósito de poder hacer efectiva la decisión exclusoria adoptada en Agmital; (Quincuagésimo cuarto). Lo anterior no tiene sentido económico para la requerida, salvo por el objetivo de perjudicar el proceso competitivo en el mercado, es decir, “En otros términos, son manifestaciones del ejercicio abusivo del poder de mercado que adquirieron los miembros de la requerida al adoptar una decisión en tal sentido en la asociación gremial que los coordina, y que busca ampliarlo y prolongarlo;” (Considerando sexagésimo cuarto).

Por último, en cuanto al cálculo del monto de la multa que se impuso conforme a lo señalado precedentemente, consideró el TDLC entre otros, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor, indicó que no existe en autos evidencia que permita cuantificar el beneficio económico obtenido por Agmital o sus socios, y no se le puede atribuir a dicha asociación la calidad de reincidente (considerando Sexagésimo sexto. Énfasis nuestros). Por lo anterior el Tribunal acogió el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación

Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital, imponiendo a la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital una multa a beneficio fiscal ascendente a cincuenta (50) Unidades Tributarias Anuales.

La Corte Suprema conoció por la vía de la reclamación y en sentencia de fecha 14 de enero de 2011<sup>169</sup>, confirmó la misma, sosteniendo que “revisados los antecedentes del caso, esta Corte no encuentra fundamento para elevar el monto de la multa impuesta a la requerida por cuanto ella ha sido regulada de acuerdo al mérito del proceso, teniendo en consideración que no ha logrado determinarse con certeza el beneficio económico obtenido con motivo de las infracciones y que la requerida no es reincidente en este tipo de conductas. En cuanto a la gravedad de su proceder, cabe considerar que uno de los reproches que se formulan en el reclamo es el haber participado en un acuerdo de precios y horarios, acuerdo en el que participaron tres partes. No obstante a este respecto cabe destacar que sólo se comprendió en el requerimiento a Agmital, y en tal situación únicamente ella ha sido sancionada y no los otros dos intervinientes, por lo que no parece justo aumentar la sanción” (Considerando cuarto).

Acá tenemos –como lo sostuvimos al inicio de este apartado- una referencia no vista antes, la Corte Suprema fundamenta por qué no debe aumentar la multa. En otras ocasiones solo ha sostenido el rechazo del reclamo sin pronunciarse siquiera sobre esta.

iv. La última sentencia a comentar es de fecha 08 de septiembre de 2010<sup>170</sup>. Con fecha 21 de enero de 2008, Comercial Arauco Ltda., dueña de Supermercados Único, dedujo demanda en contra de Distribución y Servicio D&S S.A., y en contra de Hipermercado Valdivia Ltda., (Líder Valdivia) porque habrían infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, particularmente su letra c), mediante la realización de los actos de competencia desleal y prácticas predatorias. Indicó que para analizar el mercado relevante es esencial tener en consideración los mercados conexos al mismo. Precizando que industria supermercadista da origen a dos mercados distintos pero estrechamente vinculados entre sí, que son: (i) el Mercado del Aprovisionamiento (MDA) y; (ii) el Mercado del Retail Supermercadista (MRS). La conexión entre uno y otro está dada porque integran la misma cadena de producción, distribución y venta, y se expresa en que el

---

<sup>169</sup> Sentencia Rol N° 6615-2010.

<sup>170</sup> Sentencia N° 103-2010. Rol C N° 151-08.

poder que un actor tiene en uno de ellos se proyecta al otro. Así, a mayor poder de compra en el MDA, mayor cuota de participación en el MRS, y viceversa. En cuanto a las conductas ilícitas que se denuncian, Arauco señala que la demandada ha preparado, programado y ejecutado: (i) actos de competencia desleal, consistentes en publicidad comparativa engañosa; y, (ii) prácticas predatorias por la venta persistente de PCVs a precios bajo el costo o excesivamente bajos, con intención exclusoria.

El Tribunal adhirió a lo esgrimido por Comercial Arauco, señalando que “para los efectos de analizar la gravedad de las conductas denunciadas y establecer así el monto de la multa a aplicar, a continuación este Tribunal analizará los efectos que habría tenido la publicidad engañosa sobre las ventas de Único entre los meses de septiembre y diciembre de 2006 (considerando cuadragésimo noveno) y precisó – en un argumento interesante, coherente y completo- “que no hay evidencia en autos que permita concluir que los actos de competencia desleal hayan producido efectos importantes en el mercado ni menos que permita cuantificar estos efectos, lo que se tendrá en consideración al momento de establecer la multa a aplicar” (Considerando cincagésimo cuarto. Énfasis nuestros.) Este planteamiento es relevante, por lo que hemos señalado al inicio de este apartado.

Acogió el Tribunal la demanda deducida por Comercial Arauco S.A., sólo en cuanto se declara que Distribución y Servicio D&S S.A., infringió la letra c) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al realizar actos de competencia desleal consistentes en publicidad comparativa engañosa con la aptitud de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado, condenando a Distribución y Servicio D&S S.A.al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a cien Unidades Tributarias Anuales (100.- UTA).<sup>171</sup>

Conociendo la Corte Suprema mediante recurso de reclamación<sup>172</sup>, confirmó las sanciones impuestas, señalando que. “En cuanto a lo requerido de manera subsidiaria en ambas reclamaciones, ya sea orden a dejar sin efecto la multa o imponer una menor, o de aumentar significativamente su monto, también serán desestimadas sendas peticiones al encontrarse establecida la participación de la reclamante en la publicidad reprochada, atentatoria a la

---

<sup>171</sup> La sentencia fue acordada a con el voto en contra del Ministro señor Romero.

<sup>172</sup> Sentencia Rol N° 7500-2010, 11 de julio de 2011.

competencia leal, por una parte, y la ausencia de resultados dañinos en el bienestar de los consumidores, por otra, lo que no amerita modificar la cuantía de la sanción pecuniaria” (Considerando Décimo sexto). Cabe decir que hubo disidencia del Ministro Brito quien fue de opinión de acoger la reclamación presentada por “D&S” y rechazar en todas sus partes la demanda de Comercial Arauco Limitada.

## **8. Octava Parte. Año 2011 las conciliaciones y el análisis del mercado relevante.**

En el año 2011 destacan los acuerdos de conciliación<sup>173</sup> que no implican asumir responsabilidad ni reconocimiento por quienes los asumen de ser prácticas contrarias a la libre competencia. Por otra parte hay un notable avance en la fundamentación del mercado relevante, lo que se traducirá en un elemento para fundamentar la aplicación de las multas. Esta fundamentación, si bien puede notarse a lo largo de los años 2009 en adelante adquiere una gran fuerza en este período y constituye un análisis técnico de la mayor relevancia.

Dentro de los pocos casos a analizar el año 2011, nos corresponde exponer la Sentencia N° 112/2011<sup>174</sup>. Se trata de un requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de las siguientes personas naturales y jurídicas: Corporación de Radio Valparaíso Limitada (“CRV”), Transco S.A. (“Transco”), Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada (“Santa Ignacia”), Radio Corporación S.A. (“Radio Corporación”), Inversiones San José Limitada (“San José”), Altronix Comunicaciones Limitada (“Altronix”), Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada (“Duplex”), Bío Bío Comunicaciones S.A.(Bio Bío), Cristián Wagner Muñoz y Claudio Toro Arancibia. La Fiscalía imputa a los requeridos haber ejecutado hechos y celebrado acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada en nueve localidades del país, dentro del marco de los concursos públicos del año 2007, por la vía de convenir anticipadamente el adjudicatario de dichas concesiones, ejecutando diversas acciones para implementar dichos acuerdos. Dichas conductas habrían sido organizadas por CRV, Transco y Santa Ignacia, y por sus representantes legales señor Wagner y señor Toro. Por lo anterior las licitaciones en cuestión fueron adjudicadas a un

---

<sup>173</sup> Aún cuando el año 2011 no es el primer año en que estos acuerdos son celebrados, hemos optado por hacer referencia a estos acuerdos en la presente sección.

<sup>174</sup> De fecha 22 de junio de 2011. Rol C N°194-09.

precio menor al que hubiera resultado de un proceso competitivo, lo que infringe el artículo 3 del D.L. 211. En relación con las conductas contrarias a la libre competencia, la FNE afirma que los acuerdos celebrados por las requeridas han tenido por objeto y efecto fijar a la baja el precio de las ofertas en las licitaciones, eliminando la competencia y obteniendo beneficios, ya sea por asignarse un número relevante de concesiones -como en el caso de CRV y Radio Valparaíso-, o bien obteniendo el pago de sumas de dinero por la cesión de su derecho a la postulación (como en el caso de Duplex, San José, Altronix, Transco y Santa Ignacia, las últimas a través de Wagner y Toro).

Debe indicarse que en este caso se realizó conciliación entre la Fiscalía y cada una de las requeridas – con la sola excepción de Bío Bío- presentaron a este Tribunal una serie de acuerdos de conciliación en los que, en lo medular, (i) cada requerida reconoce los hechos objetivos descritos en el requerimiento, sin que ello implique aceptar su responsabilidad ni la calificación jurídica de los mismos como ilícitos contrarios a la libre competencia, (ii) declara haber colaborado en la investigación de la FNE, (iii) asume determinados compromisos de conducta, y (iv) se obliga a pagar, a beneficio fiscal, la suma que este Tribunal pueda determinar como sanción en esta sentencia. Atendido lo anterior, la FNE redujo sustantivamente su pretensión de sanción solicitada a este Tribunal en su requerimiento. (Considerando vigésimo segundo). Por lo que deben tenerse por ciertas las afirmaciones de la FNE respecto de los elementos facilitadores de colusión presentes en esta industria y en cada uno de los mercados relevantes afectados, contexto este último que, sin duda, permitió que la práctica de cesión de derechos de postulación imputada en autos se asentara y llegara a ser común entre los operadores. (Considerando Sexagésimo segundo).

Asimismo, cabe decir que a diferencia de otros casos donde el TDLC analiza la normativa externa a la libre competencia (o prácticas administrativas) para atenuar las multas, sostiene en este caso un predicamento totalmente diversos. Así lo expresa en el considerando Sexagésimo tercero: “Que, sin embargo, a juicio de este Tribunal, la existencia de un marco jurídico y de condiciones de hecho favorecedoras de acuerdos colusivos no debe entenderse en caso alguno como una justificación de los mismos, ni tampoco puede acogerse la defensa esgrimida por varias de las requeridas en cuanto a que, por tratarse de una práctica habitual, la cesión de derechos con el objeto de asegurar a un operador en particular, de manera predeterminada, la

adjudicación de una concesión en un proceso que se supone debe ser competitivo, no es susceptible de reproche en sede de libre competencia”. Esto lo distingue de los casos de concesionarias y constituye una modificación jurisprudencial del todo relevante, la que desconocemos si se mantendrá.

Indica además el TDLC 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 el 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 (Considerando Septuagésimo quinto). Esgrime por ende el concepto de gravedad de la infracción contenido en el Art. 26 de la ley, mas sin indicarlo expresamente, cosa que sí hará en el caso de Bío Bío, donde expone que la multa será determinada prudencialmente por este Tribunal, considerando para tal fin como elementos de aquellos que señala el artículo 26°, inciso final, del Decreto Ley N° 211, (i) que la conducta cometida por Bío Bío constituyó un caso aislado en su práctica habitual al enfrentar licitaciones de concesiones de radiodifusión, (ii) que los efectos en el mercado afectado no fueron significativos y, (iii) que se encuentra acreditado que Bío Bío colaboró de manera suficiente durante la investigación llevada a cabo por la FNE, renunciando incluso a la concesión adquirida para la localidad de Los Vilos. (Considerando septuagésimo séptimo).

Acoge el Tribunal el requerimiento de la FNE en contra de Corporación de Radio Valparaíso Limitada, Transco S.A., Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, Radio Corporación S.A., Inversiones San José Limitada, Altronix Comunicaciones Limitada, Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada, Bío Bío Comunicaciones S.A., Cristián Wagner Muñoz y Claudio Toro Arancibia, e impone a las requeridas las siguientes multas: a Corporación de Radio Valparaíso Limitada, 200 UTA; a Transco S.A., 1 UTA; a Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada, 1 UTA; a Radio Corporación S.A., 5 UTA; a Inversiones San José Limitada, 10 UTA; a Altronix Comunicaciones Limitada, 5 UTA; a Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada, 5 UTA; a Cristián Wagner Muñoz, 200 UTA; y a Claudio Toro Arancibia, 200 UTA. Por su parte impone a Bío Bío Comunicaciones S.A. una multa, de 5 UTA

Contra esta decisión la empresa Bío Bío Comunicaciones y la Fiscalía Nacional Económica interpusieron reclamaciones ante la Corte Suprema<sup>175</sup> solicitando la primera la revocación del fallo en lo relativo a la condena que se le impuso y se le absuelva de las imputaciones formuladas en su contra, y la segunda el aumento de la multa que se le impuso a dicha empresa y la condena en costas. Sobre la multa sostuvo la Corte Suprema que en lo que dice relación con el monto de la multa impuesta, motivo de reclamación por parte de la Fiscalía Nacional Económica, corresponde señalar que de acuerdo al artículo 26 del Decreto Ley 211 es al Tribunal al que corresponde determinar su monto, considerando para ello las situaciones que se mencionan en el inciso final de dicha disposición, de manera que resulta irrelevante que hayan sido ponderados al momento de solicitarse en el requerimiento la multa a imponer. En este caso el Tribunal tuvo en consideración que fue la primera vez que Bío-Bío incurría en este tipo de conductas al enfrentar licitaciones de radiodifusión, que los efectos de ella no fueron significativos en el mercado y que incluso renunció a la concesión con posterioridad, lo que importa que finalmente no obtuvo beneficio económico, circunstancias todas que la Fiscalía también reconoce, de manera que no es posible acoger la reclamación que interpuso por este concepto.(Considerando Decimotercero) y: “Que en lo referente a las costas de la causa, corresponde considerar que el procedimiento de autos es de carácter sancionatorio y en él la empresa Bío-Bío Comunicaciones S.A. resultó condenada por haber incurrido en la conducta descrita en el artículo 3° letra a) del decreto antes mencionado por la que fue requerida, de manera que resulta procedente su condena en costas, motivo por el que en este aspecto la reclamación del ente acusador será acogida”(Considerando decimocuarto). Por lo que la Corte acogió la reclamación solo en cuanto a las costas, manteniendo en consecuencia las multas decretadas por el TDLC.

Cabe señalar en lo que constituye una novedad, que existe en esta sentencia una disidencia de los Ministros Brito y Araneda mas no en orden a rechazar las demandas y las multas, sino que precisamente lo contrario. Es una novedad pues es la primera vez que tenemos una disidencia consistente en aumento de multas. 1°) Que, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 26 del Decreto Ley N° 211, el Tribunal, para determinar el monto de la multa a imponer, debe considerar entre otros factores la gravedad de la conducta. En este caso la empresa en cuestión

---

<sup>175</sup> Sentencia de fecha 11 de enero de 2012. Rol N° 6874-2011.

ha sido sancionada por haber incurrido en la conducta de colusión, a que se refiere el artículo 3° letra a) del decreto ley antes mencionado. Tal como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, la colusión, constituye de todas las conductas que atentan contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es en definitiva el aumento de los beneficios que obtienen las participantes. Añaden además que en el caso que nos ocupa, si bien es efectivo que favorece a la empresa requerida la circunstancia de tratarse de un caso aislado en su práctica habitual al enfrentar licitaciones de concesiones de radiodifusión, que los efectos en el mercado no fueron significativos y que con posterioridad renunció a la licitación, tales circunstancias, ponderadas junto a la gravedad del delito, llevan a estimar a esta disidente que la multa de veinte Unidades Tributarias Anuales solicitada por la Fiscalía aparece como razonable, máxime si de acuerdo al artículo 26 antes citado el monto máximo a imponer como sanción por la conducta en que incurrió la requerida es de veinte mil unidades tributarias anuales.(Considerando segundo de la disidencia)

ii. El segundo caso a analizar es la sentencia N° 116/2011<sup>176</sup>. Nuevamente al igual que Agmital del año 2010 es un caso de rutas de Buses provinciales. En efecto, La Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada, que opera bajo el nombre de fantasía Buses San Carlos (“Buses San Carlos”); Empresa de Transportes EM Bus Ltda., ( “EM Bus”); don José Luis Lazo Sánchez, titular de la línea que opera bajo la denominación de fantasía Buses Ruta Muermos, (“Ruta Muermos”); y, Transportes Barrios y Cía. Ltda., ( “Transportes Barrios” o “Buses Barrios”); por supuestas conductas contrarias a la libre competencia en el mercado del transporte público rural que une las ciudades de Puerto Montt y Los Muermos, fundando su acción en que en el mes de febrero de 2007 las requeridas, junto a otras empresas de microbuses, decidieron reunirse en torno a la denominada “Agrupación de Buses de Los Muermos”, con el objeto de administrar las frecuencias de los viajes de sus integrantes y el uso de los andenes N°1 y N°2 -ambos de ubicación estratégica- del Terminal de Buses Los Muermos, y andenes 20 y 5 del Terminal de Buses de Puerto Montt, todos destinados al uso exclusivo del servicio de transporte entre ambas ciudades.

---

<sup>176</sup> De fecha 20 de diciembre de 2011. Rol C N° 217-11.



Según la Fiscalía, los integrantes de la Agrupación ejecutaron el acuerdo definiendo y asignando las frecuencias de viajes de sus miembros según el número de buses de cada uno, consistiendo el beneficio en que cada uno de ellos podía salir cada 10 minutos y cargar pasajeros sin competencia dentro de sus horarios, además de poder cobrar la tarifa máxima fijada, sin enfrentar competencia alguna. En septiembre del año 2009, todas las requeridas cobraban una tarifa a público de \$1.200. Agrega la Fiscalía que a contar de dicha fecha, las requeridas Buses San Carlos y EM Bus, -principales miembros de la Agrupación, por contar con el mayor número de máquinas, - pusieron buses por delante del horario y otros saliendo junto a los de las empresas desvinculadas, con el objeto de hostigarlas, de impedir que transitaran de conformidad a sus itinerarios, y de excluirlas de la Ruta, para lo cual se propusieron como fecha límite, fines de marzo del año 2009. El cartel para la Fiscalía fue viable y perduró, al menos, hasta los aparentes actos de disidencia de Transportes Barrios y Ruta Muermos respecto del cumplimiento de los acuerdos adoptados al interior de la Agrupación. Con posterioridad a ello, y como motivo de dichos actos, la Agrupación castigó a los miembros rebeldes que intentaron desobedecer los acuerdos adoptados, mediante hostigamientos, agresiones y el bloqueo de rutas y salidas, lo que habría tenido el efecto deseado, siendo Buses Barrios expulsada definitivamente de la Ruta en diciembre de 2009, y debiendo la empresa Ruta Muermos acatar las condiciones y directrices impuestas por los líderes de la Agrupación.

Al igual que en el primer caso del año 2011 existió una conciliación parcial, que el TDLC reconoce. Dice en su considerando tercero: “Que, (...) con fecha 5 de julio de dos mil once, este Tribunal aprobó una conciliación parcial entre las partes, (...) y que, en síntesis, son los siguientes: a) el reconocimiento por todas las requeridas de los hechos objetivos descritos en el requerimiento; b) el término de las conductas objeto del mismo por parte de todas las requeridas y su compromiso de no realizarlas en el futuro; c) el compromiso de colaboración con la Fiscalía por parte de las requeridas, aportando los antecedentes atinentes a la causa; d) el pago a beneficio fiscal, por parte de las requeridas, de la suma que este Tribunal pueda determinar como sanción en el evento de que esta judicatura califique sus conductas como contrarias a la libre competencia y resuelva aplicarles una multa; e) el reconocimiento expreso por parte de la Fiscalía de la colaboración activa de las requeridas; y f) la reducción de la pretensión de multa planteada en el requerimiento por parte de la Fiscalía, de 50 a 12,5 UTAs en el caso de las requeridas San Carlos y EM Bus, y de 10 a 2,5 UTAs para las requeridas Buses Barrios y Ruta

Muermos”. Prosigue además el TDLC indicando en su Considerando Quinto. “Que, para evaluar las determinaciones referidas precedentemente, se analizarán los siguientes aspectos: a) la eventual existencia y objeto de un acuerdo; b) el efecto que el eventual acuerdo o práctica concertada pueda haber tenido en el mercado en que inciden las conductas imputadas; c) el eventual poder de mercado que puedan haber alcanzado las imputadas en razón de un acuerdo colusorio y que pueda haber hecho posible los eventuales efectos derivados de las conductas imputadas y d) la identificación de la existencia de las circunstancias indicadas en el ya mencionado artículo 26° para efecto de la determinación de la sanción para la eventual conducta imputada” (Énfasis nuestros).

Expone además que analizará los efectos concretos del acuerdo en el mercado. Así, pues, se examinará, en primer lugar, la efectiva ejecución del acuerdo de precios; en segundo lugar, se explicará en qué se tradujo, en los hechos, el acuerdo respecto de los turnos o frecuencias; y, por último, se constatará la existencia de un mecanismo de monitoreo para la efectiva ejecución de tales acuerdos; (Considerando Décimo), lo que analizará en los 6 considerandos siguientes con singular detalle y precisión.

Cabe decir que el mercado relevante y la participación en el mismo son expuestas por el Tribunal, ayudándose en la información de la FNE como en tablas y estadísticas. Ello consta en el considerando Decimonoveno. Donde expone que: “En concordancia con lo expuesto por la FNE en su requerimiento, y que no ha sido controvertido por las requeridas en sus contestaciones, estima que el mercado relevante corresponde al transporte público de pasajeros que sirve la ruta Los Muermos-Puerto Montt (Ruta V-60), en ambas direcciones. Esta ruta tiene una distancia de 48 km entre ambas ciudades”. Apoyándose además en un cuadro disponible en el Considerando Vigésimo segundo que contiene la participación de mercado en buses, salidas y turnos de las requeridas y otras participantes en la ruta Los Muermos-Puerto Montt durante abril de 2010.

Estos conceptos anteriores son de especial importancia ya que tendrán efecto en el monto de la multa a aplicar. Así lo reconoce el Considerando Trigésimo octavo: “Que, dados los hechos establecidos en autos, es posible determinar la responsabilidad que a cada una de las requeridas cabe en las conductas atentatorias al bien jurídico que este Tribunal resguarda. De este modo, las

empresas antes individualizadas como Buses San Carlos y EM Bus poseen un mayor grado de participación en los actos que son objeto del requerimiento de la Fiscalía que las otras requeridas, Buses Ruta Muermos y Buses Barrios, dado que estas últimas intentaron salir del acuerdo, siendo por ello sancionadas por las primeras, por lo que deberá considerarse una sanción diferenciada para unas y otras tal como lo solicitó la requirente”. (Énfasis nuestros). Añadiendo finalmente: “Que, atendida la gravedad del ilícito cometido, esto es colusión para determinar precios y reparto de mercado, este Tribunal sancionará a las empresas con el máximo de la petición sancionatoria solicitada por la Fiscalía luego de la conciliación parcial” (Considerando Trigésimo noveno).

El Tribunal acoge el requerimiento e impone a Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada y a Empresa de Transportes EM Bus Ltda., una multa ascendente a 12,5 Unidades Tributarias Anuales; y a don José Luis Lazo Sánchez y Transportes Barrios y Cía. Ltda.; una multa ascendente a 2,5 Unidades Tributarias Anuales.

iii. El tercer caso lo constituye la Sentencia N° 117/2011<sup>177</sup>. Con fecha 19 de marzo de 2008, la Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra del señor John C. Malone basándose en que éste habría ejecutado actos y celebrado convenciones que infringirían la condición primera con que la Resolución N° 01/2004 autorizó la operación de concentración entre las operadoras nacionales de televisión por cable, VTR S.A., hoy VTR Banda Ancha S.A., (“VTR”), y Metrópolis Intercom S.A. Expuso la Fiscalía que, ante la que fuese la H. Comisión Preventiva Central y luego ante este Tribunal, Liberty Media Corp. -por cuyo intermedio y del de su filial United Global Com Inc. el señor Malone controlaba VTR- solicitó autorización para llevar adelante una operación que le otorgaría el control de un competidor de VTR, Metrópolis Intercom S.A. Con posterioridad y por medio de la Resolución N° 01/2004, de 25 de octubre de 2004, este Tribunal se pronunció al efecto, autorizando la operación de concentración, aunque sujetándola a una serie de condiciones, siendo la primera de ellas que el grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por si o por medio de personas relacionadas –en los términos previstos en el artículo 100 del Ley del Mercado de Valores, N° 18.045-, en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, debiendo proceder a la enajenación de cualquier participación que

---

<sup>177</sup> De fecha 29 de diciembre de 2011. Rol C N° 156-08.

mantenga actualmente en sociedades que exploten ese giro, dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de la resolución. Agregó la Fiscalía que, durante el mismo año 2004 y parte del 2005, se reorganizaron las inversiones del grupo Liberty, de forma tal que United Global Com Inc. -y con ella VTR- pasó a depender de una nueva sociedad, denominada Liberty Media International Inc., la que a su turno pasó a depender de otra nueva sociedad, Liberty Global Inc., directamente controlada por el señor Malone y separada entonces, en lo formal, de Liberty Media Corp. Indica la FNE que el grupo Liberty quedó estructurado sobre la base de dos sociedades formalmente independientes entre sí, Liberty Global Inc. y Liberty Media Corp., ambas directamente controladas por el señor Malone. En esta nueva estructura, el control sobre VTR sería ejercido por el señor Malone mediante Liberty Global Inc., la filial de ésta, Liberty Media International Inc., y la filial de ésta última, United Global Com Inc. Luego de esta reorganización de inversiones, y hacia fines del año 2006, el grupo Liberty acordó la adquisición del control de The DirecTV Group (más del 40% de la propiedad), matriz de DirecTV Chile Ltda., lo que se implementaría a través de una nueva filial de Liberty Media Corp., Greenlady Corp., de la que pasaría a depender The DirecTV Group y, por su intermedio, DirecTV. La Fiscalía comunicó su preocupación al grupo Liberty, pues el señor Malone pasaría a controlar VTR y DirecTV, la primera por medio de Liberty Global Inc., y sus filiales, y la segunda a través de Liberty Media Corp., y sus filiales, lo que infringiría la condición primera establecida por la Resolución N° 01/2004 de ese H. Tribunal, al adquirir el señor Malone, participación indirecta en DirecTV. En mérito de lo anterior la Fiscalía solicita (i) que declare que el requerido John C. Malone ha ejecutado actos y celebrado convenciones que infringen la condición primera de la Resolución N° 01/2004; (ii) que sancione a la parte requerida con una multa ascendente a 2.000 Unidades Tributarias Anuales, o al monto que este Tribunal determine; (iii) que ordene a la requerida la inmediata enajenación de las acciones, derechos sociales u otros bienes que fueren necesarios para restablecer la total independencia, en propiedad y administración, de VTR y DirecTV; y, (iv) que condene en costas a la requerida.

Antes de entrar al fondo del asunto que nos convoca el TDLC hace un análisis sobre algunas cuestiones formuladas por el requerido. Indicando: “Que, al respecto, este Tribunal ha sido claro en manifestar que, si se siguiera la argumentación de falta de jurisdicción presentada por el requerido, ésta última quedaría reducida únicamente al lugar en el que se comete, celebra, acuerda o desarrolla una conducta eventualmente anticompetitiva, sin alcanzar al lugar en el que

se producen los efectos actuales o potenciales de la misma, con lo que se llegaría “al absurdo extremo de no poder juzgarse en Chile restricciones a la competencia efectuadas en el extranjero pero que afectan a alguno o algunos de nuestros mercados, o al de juzgar conductas realizadas en Chile que no sean aptas para producir efectos anticompetitivos en el país”, faltándose en ambos casos a los principios de inexcusabilidad y de economía procesal, y perdiendo además con ello todo sentido la estructura normativa del D.L. N° 211, “cuyo propósito es el de velar, dentro del territorio de la República, por el desenvolvimiento competitivo de sus mercados” (citas de la resolución recaída en un incidente de incompetencia por falta de territorialidad, de fecha 16 de diciembre de 2010, en causa de este Tribunal Rol C N° 207-10); (Considerando Trigésimo cuarto. Énfasis en el original). Cabe decir que el TDLC es reacio a citar sus anteriores fallos o resoluciones. Lo que hace de esta sentencia una peculiaridad. Añade en su argumentación: “Que la misma resolución incidental citada precedentemente concluye señalando que opinar lo contrario “generaría el incentivo perverso de dejar en la impunidad a quienes, queriendo vulnerar la competencia en los mercados chilenos, adoptasen sus decisiones anticompetitivas o ejecutasen las acciones tendientes a implementarlas fuera de Chile ex profeso, viajando con esos propósitos a otro país, o utilizando medios de comunicación o intermediarios no situados en Chile, pues de esta forma, aunque los efectos de esas decisiones y acciones afectasen nuestros mercados, no habría manera de someterlos al conocimiento de este Tribunal”; (Considerando Trigésimo quinto. Énfasis en el original).

Pero además este fallo presenta otra particularidad. Hemos visto en el inicio de nuestro trabajo que el TDLC tiene entre sus medidas “fuertes” la aplicación de multas. Este fallo hace un análisis comparativo de la “fuerza” de estas medidas –sin indicarlo expresamente- prefiriendo la aplicación de la multa que otra medida. Así lo expresa el Considerando Nonagésimo cuarto, expresándolo como sigue: “Que al respecto cabe señalar que, en estricta lógica, incluso podría imponerse al señor Malone la sanción de dejar sin efecto la operación de concentración entre VTR y MI aprobada por la Resolución N° 1/2004, toda vez que lo que permitió su aprobación fue, precisamente, la imposición de varias condiciones, entre las cuales está la Condición Primera. Al infringirse esta condición, cae uno de los supuestos de legitimidad de la operación de concentración en ese entonces analizada por el Tribunal, por lo que esta última podría ser dejada sin efecto. Sin embargo, este Tribunal estima suficiente, en este caso, optar por la

obligación de desinversión en DirecTV Chile indicada precedentemente y aplicar la multa de la que se trata a continuación”.

Por otra parte, el Tribunal analiza las conductas del Sr. Malone y las subsume con singular precisión en el Art. 26. Lo expone del siguiente modo: “Se impondrá al requerido una multa a beneficio fiscal, para lo cual se estará a los criterios de graduación que para esta sanción contempla el inciso final del referido artículo 26: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, y la calidad de reincidente del infractor. Al respecto, se ha acreditado en autos que el señor Malone (i) es el controlador de VTR y conocía esta calidad; (ii) sabía de la Condición Primera; (iii) sin dejar de ser el controlador de VTR y a sabiendas de la condición que le afectaba, adquirió y mantiene hasta hoy una participación en la propiedad de DirecTV Chile, incluso a pesar de haber sido advertido de la ilicitud de dicha conducta por la Fiscalía Nacional Económica al iniciar una investigación en su contra; (iv) la conducta infractora del señor Malone priva de juridicidad a la fusión aprobada por la Resolución N° 1/2004 y generó en el mercado las consecuencias negativas que la Condición Primera pretendía evitar, lo que infringe el artículo 3° del D.L. N° 211 al permitir que un competidor con posición de dominio en el mercado -VTR- pueda influir, a través de un controlador común, en su competidora DirecTV, o que a lo menos pueda conocer las decisiones competitivas de esta última; (v) su conducta infractora le habría reportado a su controlada VTR -y, por ende, a él mismo- beneficios económicos al reforzar la posición de dominio de su controlada VTR; y, (vi) la conducta se ha mantenido en el tiempo por casi tres años” (Considerando Nonagésimo quinto).

El Tribunal acogió el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra del señor John C. Malone, al haber infringido este último la prohibición contenida en la Condición Primera de la Resolución N° 1/2004 de este Tribunal y, con ello, el artículo 3°, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, condenándolo al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a cuatro mil Unidades Tributarias Anuales.

Cabe indicar que esta multa es mayor que la pedida por la Fiscalía Nacional Económica, lo que es concordante con la facultad discrecional que tiene el TDLC para aplicar las multas, e incluso de oficio como lo hizo el año 2005 en la sentencia TVCable Loncomilla. Por ello es que hubo prevenciones tanto del ministro Señor Menchaca Olivares y el ministro Señor Peña Torres, quienes estuvieron por aplicar, el primero, la sanción que fue solicitada por el Señor Fiscal

Nacional Económico en su requerimiento, esto es, 2.000 Unidades Tributarias Anuales, y el segundo la suma de 3.000 Unidades Tributarias Anuales. Ello pues el Ministro Sr. Peña Torres consideró que esta última cifra de multa representa una disuasión suficiente para el ilícito sub lite, conforme el porcentaje que dicho valor representaría en relación con las ventas obtenidas por VTR al comercializar servicios de televisión pagada.

## **9. Novena Parte: Año 2012 El surgimiento de la delación compensada y el aumento en el monto de las multas.**

Hacia el año 2012 hemos tenido dos pronunciamientos muy relevantes en materia de aplicación de multas. La primera por su connotación pública y la segunda porque se detiene mayoritariamente en la aproximación al concepto de beneficio económico, nuevamente con argumentos distintos de los esgrimidos desde inicios del 2006.

i. La primera sentencia que exponemos presenta doble particularidad<sup>178</sup>. En efecto, i) es la sentencia con las más altas multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y; ii) En ella se da aplicación al programa de delación compensada. Se trata de la sentencia de las “Farmacias”, que tuvo gran impacto mediático y en la opinión pública. Para su mejor comprensión se hace imprescindible referirse –aunque sea sucintamente- a los hechos que motivaron tanto el requerimiento como la sentencia.

Con fecha 9 de diciembre de 2008, la Fiscalía Nacional Económica, interpuso un requerimiento en contra de Farmacias Ahumada S.A. (en “FASA” o “FA”), Farmacias Cruz Verde S.A. (“Cruz Verde” o “CV”) y Farmacias Salcobrand S.A. (“Salcobrand” o “SB”), (todas ellas, conjuntamente, las “requeridas” o las “Cadenas de Farmacias”), por una supuesta infracción a las normas para la defensa de la libre competencia, al ejecutar actos y celebrar convenciones que, tuvieron por objeto y efecto fijar al alza, concertadamente, el precio de venta a público de productos farmacéuticos. Ello porque en Chile, la venta minorista de productos farmacéuticos está fuertemente concentrada en las tres Cadenas de Farmacias, las que en su conjunto representan más del 90% de las ventas. Durante el año 2007, las requeridas desarrollaron una

---

<sup>178</sup> Sentencia N° 119/2012, de fecha 31 de enero de 2012. Rol C N° 184-08.

guerra de precios, a través de fuertes campañas publicitarias, las que incluían comparaciones de sus precios, lo que las llevó incluso a enfrentarse en tribunales. Así, en agosto de 2007, Cruz Verde lanzó a través de avisos y spots publicitados en televisión y prensa escrita, el denominado “Desafío Cruz Verde, Precios Bajos Sin Competencia”, en que comparó los precios de 685 medicamentos de marca y de alto volumen de rotación, con los precios de los mismos productos en Fasa, lo que dio origen a una demanda por competencia desleal. En este contexto, ingresó a la propiedad de Salcobrand un nuevo actor, con lo que ésta se fortaleció e inició un proceso de posicionamiento de marca que se extendió hasta buena parte del año 2008. Durante este proceso, Salcobrand reclutó ejecutivos de sus competidores, tanto de Fasa como de Cruz Verde. Señala además la Fiscalía que Salcobrand y Socofar S.A, concretaron una alianza estratégica y celebraron un convenio, en virtud del cual Socofar S.A. comenzó a surtir de medicamentos genéricos a Salcobrand, a partir del 1° de octubre de 2007, (el “Convenio con Socofar”).

Hacia noviembre de 2007, las tres requeridas decidieron poner fin a la guerra y coordinarse para alzar los precios de determinados medicamentos al nivel de los precios de venta a público sugeridos por los laboratorios farmacéuticos (precios comunes para todas ellas, “PVPS”), entrando en vigor el alza coetánea y dándose así inicio a la ejecución del acuerdo, el que fue implementado de manera paulatina, incrementándose en número de productos a medida que se verificaba el éxito del mismo.

La Fiscalía señala en su requerimiento que existen barreras de entrada al mercado relevante, entre ellos, costos hundidos tanto endógenos como exógenos: los primeros dados por los gastos en publicidad y promoción, y los segundos por existir una escala mínima de operación de modo eficiente bastante alta y costos irrecuperables invertidos en infraestructura y obtención de permisos. Ellos corresponderían al 1,9% del total de ventas de la industria.

Sostiene además la FNE que las requeridas ejercieron su poder de mercado conjuntamente y en forma abusiva y que han incurrido en el ilícito más grave del Derecho de la Libre Competencia: la colusión anticompetitiva. Añade que la colusión es aún más reprochable en el mercado objeto del acuerdo, en razón del bien afectado, puesto que los medicamentos son considerados un producto de primera necesidad que afecta a la salud de las personas. Además, no sólo tuvo la aptitud, sino que definitivamente causó el daño buscado y produjo el efecto querido por las tres



cadena presuntamente coludidas, aumentando con ello en más de \$27.000.000.000 sus ingresos brutos, por ello la FNE solicitó al TDLC que: (i) Declare que las requeridas han acordado fijar al alza el precio de venta de medicamentos que comercializan, impidiendo, restringiendo y entorpeciendo la competencia; (ii) Condene a cada una de las requeridas al pago de una multa a beneficio fiscal del equivalente de 20.000 unidades tributarias anuales; (iii) Ordene a cada una de las requeridas, poner término inmediato al acuerdo constitutivo de infracción, así como a todo contrato o convención que implique transacciones comerciales entre sí o con personas relacionadas a ellas; (iv) Ordene, asimismo a cada una de las requeridas, abstenerse de contar entre sus ejecutivos con personas que tengan alguna injerencia en la propiedad o la administración de las otras requeridas o sus personas relacionadas, debiendo imponer a quienes actualmente tengan tal injerencia, su inmediata y absoluta desvinculación de aquellas empresas y; (v) Concede a cada una de las requeridas al pago de las costas del juicio.

Cabe decir que Fasa, vía acuerdo de conciliación, reconoció haber participado en los hechos materia del requerimiento de autos y aceptó expresamente que el pago monetario de 1.350 Unidades Tributarias Anuales, al que quedó obligada, era equivalente a una multa, y por ende implicaba reconocimiento de responsabilidad por los hechos confesados. Ello es reconocido por el TDLC en el Considerando Duodécimo: “Que habiendo sido notificadas todas las requeridas y antes de que FASA contestara el requerimiento de autos, ésta y la FNE presentaron un acuerdo de conciliación, el que fue aprobado por este Tribunal (...) En este acuerdo, FASA reconoció, entre otras cosas que “en noviembre de 2007, algunos ejecutivos de FASA mantuvieron contactos personales con ejecutivos de algunos laboratorios”, y que “algunos de tales ejecutivos de laboratorios transmitieron a los ejecutivos de FASA la proposición de alzar coordinadamente los precios de las tres compañías (FASA, Salcobrand y Cruz Verde) para un grupo determinado de medicamentos, como solución a esta situación de mercado [esto es, la guerra de precios entre las farmacias que habría comenzado en el año 2005]”. Adicionalmente, FASA pagó “para beneficio social” la suma de 1.350 U.T.A. al Fisco de Chile, como una suerte de compensación del daño social causado por la colusión confesada, pago que indicó que sería a su juicio equivalente a una multa, además de entregar a la FNE un “cronograma” en que se muestra la evolución de los precios de los medicamentos incluidos en el requerimiento, de acuerdo a la información que FASA tenía en su poder en esa época y que, a juicio de la FNE, ilustraría la

colusión existente entre las requeridas. En dicha conciliación FASA se comprometió además a entregar a la FNE antecedentes adicionales que permitieran demostrar el acuerdo”.

El Tribunal expone que todos los indicios analizados y las circunstancias de que (i) Cruz Verde haya cotizado consistentemente los medicamentos en Salcobrand a partir del día anterior a aquél en que aumentaba el precio de cada uno de ellos; y, que (ii) FASA haya consistentemente iniciado su patrón de mayor intensidad de cotizaciones justo el mismo día del alza iniciada por SB, llevan al Tribunal a reforzar su convicción de que es imposible que sea una coincidencia el hecho que las dos cadenas competidoras de Salcobrand decidieran cotizar en esta compañía y luego subir sus precios de forma casi simultánea, en la inmensa mayoría de los casos en que Salcobrand lo hacía. Estos patrones de comportamiento respecto de las cotizaciones de Cruz Verde y de FASA, evidentemente anómalos y distintos de las políticas normales de monitoreo seguidas en fechas diferentes de aquellas en las que se verificaron alzas de precios, y su clara correlación temporal con los días de alzas en los precios moda de venta, definitivamente no son consistentes con un escenario de competencia oligopolística, sino únicamente con un escenario colusivo, en el que tanto Cruz Verde como FASA contaban con información previa sobre el día en que Salcobrand iba a alzar el precio de cada medicamento, para así ser capaces de monitorear dicha alza. Estos antecedentes, por sí solos, permitirían descartar razonablemente la hipótesis alternativa al acuerdo colusorio. Ahora, si se aprecian en conjunto con la restante y abundante prueba directa de que el acuerdo existió, analizada precedentemente, este Tribunal puede descartar sin lugar a dudas la hipótesis de interdependencia oligopolística y dar, entonces, por plenamente acreditada la colusión. (Cfr. Considerando Centésimo noagésimo)

Considerando que la actuación concertada es colusión el Tribunal señala, a efectos de fundamentar la multa la referencia al Art. 26 letra c) (Considerando Centésimo noagésimo cuarto). Luego añade que: “A juicio de este Tribunal, la apreciación de la gravedad de la conducta acreditada en autos debe efectuarse a partir de diferentes elementos. El primero de ellos viene dado por la naturaleza del ilícito sub lite, pues la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los

consumidores. Tal es la gravedad de este ilícito, que el legislador estableció en su respecto –en la reforma al D.L. N° 211 contenida en la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009– una mayor sanción y un mayor plazo de prescripción de la acción para perseguirlo, en comparación con todas las demás prácticas restrictivas de la libre competencia contenidas en dicho cuerpo legal” (Cons. Centésimo nonagésimo quinto. Énfasis nuestros).

En lo que constituye una novedad en la argumentación, el TDLC cita directamente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el concepto de colusión, así el Considerando. Centésimo nonagésimo sexto señala que: “Así ha sido reconocido también por la Excma. Corte Suprema que, en su sentencia de 29 de diciembre de 2010 (conociendo recursos de reclamación contra la Sentencia N° 94/2010 de este Tribunal) "la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes."<sup>179</sup>.

Asimismo, el Tribunal señala que el segundo de los elementos a considerar respecto de la gravedad del ilícito está dado por el tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza del producto o productos que, por causa de la colusión, fueron vendidos a un precio mayor del que se habría obtenido en ausencia de la misma. En este caso, la colusión ha afectado, a productos farmacéuticos destinados a tratar enfermedades crónicas y ha tenido la aptitud de extender sus efectos a toda la categoría de productos Farma vendidos por las requeridas, ocasionando directamente un menoscabo a personas que los requieren para sus tratamientos y que no pueden sustituirlos por otras formas terapéuticas. (Cons. Centésimo nonagésimo séptimo) por lo que la colusión de las requeridas también debe considerarse como especialmente grave por la extensión del daño causado, que viene determinada por tres factores: (i) la importante participación de mercado de FASA, CV y SB, quienes en conjunto representaban a la fecha de los hechos el 92% de las ventas totales de productos Farma en el país, lo que implicó que la conducta tuviese aptitud para involucrar a casi la totalidad de la oferta

---

<sup>179</sup> Énfasis en el original. Sobre el estándar a que hace referencia el Art. 3 letra a) y las exigencias copulativas para determinar un cartel, véase trabajo de ROMERO GUZMÁN Juan José: “Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?” en *Sentencias Destacadas 2006: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Instituto Libertad y Desarrollo, 2007, Págs. 351-411, 2007, especialmente Págs. 405 y ss.

en el mercado relevante; (ii) en segundo término, por el número de consumidores afectado por las alzas coordinadas de precios, que si se considera que dicha participación se extiende a todo el territorio de la República, necesariamente es muy elevado, alcanzando potencialmente a la totalidad de la población; y (iii) por la circunstancia de que el acuerdo probablemente se habría mantenido en el tiempo de no haberse iniciado en contra de las requeridas la investigación de la FNE que motivó el requerimiento. (Cons Centésimo nonagésimo octavo).

Prosigue el fallo del Tribunal analizando con singular detalle el “beneficio económico” obtenido por las farmacias, el cual produjo en un contexto en que los ingresos anuales por ventas obtenidos por las cadenas requeridas en la categoría de productos farmacéuticos considerando, v.gr. Los doce meses inmediatamente anteriores al acuerdo colusorio (esto es, diciembre de 2006 a noviembre de 2007, en pesos de diciembre de 2011), fueron algo más de quinientos cincuenta mil millones de pesos, conjuntamente para Cruz Verde y Salcobrand (equivalentes, a diciembre de 2011, a 1.183.834 Unidades Tributarias Anuales), a pesar de que en dicho periodo se encontraban en guerra de precios, sin la cual las ventas habrían sido superiores; (Considerando Ducentésimo primero).

Analiza además el TDLC la calidad de reincidentes de los actores, considerando una condena dada por la Honorable Comisión Resolutiva, mediante Resolución N° 432 de 16 de mayo de 1995, por acordar alzas de precios recurriendo a mecanismos similares a los descritos en la presente sentencia (Considerando Ducentésimo segundo), mas en una clara argumentación garantista señala que: “Si bien el D.L. N° 211 no establece un período dentro del cual deba haber sido condenado un infractor de sus disposiciones para efectos de determinar su calidad de reincidente, este Tribunal estima prudente en este caso no considerar la reincidencia de las requeridas como un elemento relevante para incrementar la multa a aplicar, atendido (i) el largo tiempo transcurrido desde que se dictó por la H. Comisión Resolutiva la Resolución N° 432 y (ii) el hecho que, desde esa fecha y hasta la comisión de la conducta colusoria que motiva la presente sentencia, ninguna de ellas ha sido sancionada nuevamente en esta sede” (Considerando Ducentésimo cuarto).

En una diferencia con la facultad prudencial que esgrimía el TDLC a efecto de imponer multas en cuanto acogiera requerimientos por prácticas contrarias a la libre competencia, señala el

considerando Ducentésimo quinto: “Que estos sentenciadores se ven enfrentados a un límite máximo de multa<sup>180</sup>, que es el impuesto por el artículo 26 del D.L. N° 211, en su texto vigente a la fecha de las conductas que aquí se sancionan, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley N° 20.361, la que equivale a veinte mil Unidades Tributarias Anuales a cada una de las requeridas y que sumadas representan aproximadamente el 3,4% de los ingresos conjuntos por ventas de Cruz Verde y Salcobrand en productos Farma, en el año inmediatamente anterior a la comisión de la infracción” (Énfasis nuestros) . Concluyendo – y a la vez señalando nuevamente la finalidad de las sanciones en materia de libre competencia, esto es, una eficacia disuasoria, el monto de la multa a imponer a cada una de las empresas, Cruz Verde y Salcobrand, debe ser el máximo que autoriza la ley (Considerando Ducentésimo sexto). Esta atenuante no se da con FASA que tuvo un acuerdo conciliatorio con la FNE

Acogió el Tribunal el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Cruz Verde S.A. y de Farmacias Salcobrand S.A., declarando que se coludieron para alzar los precios de al menos 206 medicamentos en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, ordenando poner término al acuerdo constitutivo de tal infracción, si éste persistiere. Condenó el Tribunal a las requeridas al pago de una multa a beneficio fiscal de veinte mil Unidades Tributarias Anuales cada una, todo ello con costas.

Hubo en la sentencia una prevención del Ministro Peña Torres, quien si bien concurre en todas sus partes al acuerdo y sus fundamentos, considera necesario aclarar que, respecto lo planteado sobre la definición del mercado relevante en su opinión lo verdaderamente central en el caso de autos es determinar si, subiendo los precios de un determinado conjunto de productos es posible para quienes los ofrecen aumentar su rentabilidad, y no sólo sus ingresos o recaudación, pues es el efecto sobre la rentabilidad lo que debiera determinar si una determinada conducta comercial es racional de acometer y, entonces, si puede ser apta para afectar la libre competencia en el mercado concernido. No discurre esta prevención sobre los fundamentos de la imposición de multas, por lo que deviene irrelevante para nuestro trabajo.

---

<sup>180</sup> ¿Constituye este razonamiento una negativa a la facultad discrecional del TDLC para imponer multas? Nos asalta la duda. Si se lee con atención parece el TDLC decir que atendidas las circunstancias se ven obligados a imponer el máximo de las multas. Y de hecho, como veremos, el tratamiento del beneficio económico (mucho mayor que el monto final de la multa) hace pensar que esta es –salva reverentia- completamente irrisoria.

Cabe decir que recientemente (7 de septiembre de 2012<sup>181</sup>) la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema, al conocer de las reclamaciones interpuestas por las sancionadas, se pronunció sobre ellas. Esta sentencia era ampliamente esperada en el foro. Pero presenta particularidades destacables: i) Es por lejos la sentencia más extensa del máximo tribunal en materia de Libre Competencia; ii) Tiene extensas referencias doctrinales sobre los múltiples puntos a discutir en la reclamación, iii) Hace referencia a muchos de sus fallos sobre el punto y que han sido tratados en este trabajo. Dada su extensión -327 páginas- no podemos referirnos únicamente a la multa, sino que a otros variados aspectos con incidencia en ella. Asumido lo anterior, exponámosla.

Expone la sentencia en su parte considerativa que Cruz Verde, en lo referido a la determinación del monto de la multa. Expresó respecto a esta materia que los criterios establecidos por la ley no fueron aplicados correctamente, además de no encontrarse probados los supuestos en que se apoyaron. Por otra parte, alegó que el juicio de reproche debió ser distinto respecto de la cadena Salcobrand, ya que la diferencia de evidencia probatoria es abismante. Finalmente, se infringe la regla de proporcionalidad en relación al beneficio otorgado a Farmacias Ahumada, siendo que ésta es la instigadora de las conductas. Por su parte, Salcobrand expresa que se desatendieron los parámetros fijados en la ley o no se aplicaron correctamente. Alega además que los supuestos de hecho en que se apoyaron los fundamentos del fallo para explicar el importe de la multa no se encuentran acreditados. Expone también que la multa debió ser igual a la aplicada a Farmacias Ahumada S.A., sin perjuicio que ésta tiene un grado de responsabilidad mayor si se considera su carácter de instigadora.

La Corte Suprema analiza las comparaciones con el derecho Punitivo que se han hecho doctrinalmente a efecto de imponer las sanciones. Expone que: “SEPTIMO<sup>182</sup>: Cumplimiento del principio de congruencia. Es necesario tener presente que tales requerimientos los formula el legislador al Tribunal en el artículo 26 del Decreto Ley 211, lo cual no impide que el Tribunal desarrolle su propia línea argumental, todo lo contrario, el legislador propende a ella y, por lo mismo, la requiere. No se llega a una exigencia extrema como en el derecho procesal penal, en el que debe litigarse respecto de cada elemento del ilícito y de las circunstancias que pueden incidir en la pena” (Cursivas nuestras). Prosigue en este razonamiento añadiendo que: “UNDECIMO:

---

<sup>181</sup> Rol N° 2578-2012.

<sup>182</sup> Las mayúsculas son del fallo del Tribunal Supremo, por ello hemos decidido mantenerlas.

Estándar de prueba. En este estado del análisis es necesario señalar que el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores (...). El fallo del Tribunal Supremo se detiene a explicar el sistema de sana crítica en el considerando duodécimo y lo hace extensamente.

Además, expone en su considerando DECIMO TERCERO que trata sobre la determinación del mercado, indicando que: “No existe discusión en cuanto a que las requeridas desarrollan, entre otras actividades, intermediación de productos farmacéuticos, específicamente la venta de remedios a consumidores finales. De la misma forma, Farmacias Ahumada. A., Farmacias Salcobrand S. A. y Farmacias Cruz Verde S.A., constituyen las tres cadenas de farmacias más importantes en el país tanto por cobertura territorial como por la proporción de venta en el mercado farmacéutico, superior al 90% en todo el país. Por otra parte, la mayoría de los medicamentos objeto de la acusación tienen la categoría de medicamentos éticos, esto es, aquellos cuya venta está precedida necesariamente de prescripción médica. A su vez, según el tratamiento de enfermedades para las cuales se suministran, éstos pueden ser: a) crónicos: destinados al tratamiento de enfermedades que requieren su consumo por un largo periodo de tiempo o por toda la vida de una persona, como los antidiabéticos, hipertensivos, antiepilépticos y b) agudos: aquellos cuyo uso es recetado para el tratamiento de una dolencia en particular por un determinado lapso de tiempo, como los antibióticos, antihistamínicos y antitusivos (...).” Posteriormente, la Corte hace referencia a diversos casos en que se ha pronunciado sobre el concepto de mercado relevante<sup>183</sup>, para luego señalar que: “No existe controversia en torno a ciertos aspectos básicos, especialmente que el mercado del producto de las farmacias está dado por la actividad de venta al detalle de medicamentos. Se ha señalado que se encuentra

---

<sup>183</sup> Destaca el fallo las siguientes sentencias: 1. La pronunciada en los autos rol N° 8077-2009, con fecha siete de julio de dos mil diez, que incide en los autos seguidos a TELEFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A., 2.- En este sentido se encuadra lo resuelto en los autos rol N° 6.155-07, sentencia de treinta de enero de dos mil ocho, pronunciada con motivo de la demanda deducida por Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Limitada en contra de Laboratorio Maver Ltda., 3.- Del mismo modo se resuelve en los autos rol 2.763- 2005, sentencia de veintisiete de septiembre de dos mil cinco, LABORATORIO LAFI LTDA., en contra de LABORATORIO PFIZER CHILE S.A., 4.- Rol N° 6.615-2010. Sentencia de catorce de enero de dos mil once, dictada en los autos sobre requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital 5.- En los autos rol N° 77-05, por sentencia de 12 de julio de 2007, recaída en el requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Isapre ING S.A., Isapre Vida Tres S.A.; Isapre Colmena Golden Cross S.A.; Isapre Banmédica S.A., e Isapre Consalud, Esto constituye una total novedad. Habíamos visto considerandos donde había referencias al debido proceso de idéntico tenor, más jamás una referencia tan detallada a otros fallos.

demostrado que las involucradas gozaban en diciembre del año 2007 de un poder de mercado cercano al total. En efecto, en su conjunto correspondía al 92% del mercado (en ventas de medicamentos), siendo un 27,7% para Farmacias Ahumada, 40, 6% para Cruz Verde y Salcobrand presentaba un 23,8%” (Considerando décimo cuarto)

Por otra parte, en un argumento de la mayor relevancia práctica, la Corte Suprema expone que este es un caso de derecho económico sancionador e indica que: “no se rige precisamente por iguales normas que el derecho penal, puesto que según ha tenido oportunidad de expresarlo este Tribunal Supremo, tales principios están adecuados o atemperados por las particularidades de otras ramas del derecho, propendiendo, en la mayor medida posible su vigencia en estas últimas, las que se ven morigeradas, en tanto no se afecten las garantías fundamentales” (Considerando SEPTUAGESIMO QUINTO: Garantías del derecho administrativo-económico sancionador. Énfasis nuestros.). Asimismo, trata en el considerando OCTOGESIMO SEXTO, que lo llama “Determinación Legal de los Hechos y Calificación”. Señalando que: “Según se ha reseñado en autos, se encuentra justificado el acuerdo, los sujetos que participaron en él, que tenía por objeto alzar los precios de venta al público de determinados productos, con lo cual no se desarrolló competencia entre tales agentes económicos en relación con esos medicamentos, obteniendo una rentabilidad total de 27.000.000.000, abusando de su poder en el mercado en perjuicio de los consumidores. Tales antecedentes fácticos de relevancia legal, permiten se les califique como constitutivos del ilícito de colusión, previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, perpetrado entre el 1° de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008”.

Finalmente, especialmente relevantes se tornan los considerandos octogésimo noveno y nonagésimo sobre las multas aplicadas. En el primero resume los argumentos de las Farmacias sancionadas en orden a indicar por qué esos montos de las multas no debieron ser aplicados. Y por su parte el considerando nonagésimo es el más importante pues analiza las antecedentes a considerar en la determinación de la multa.

Considerando NONAGESIMO: Antecedentes a considerar en la determinación de la multa. El inciso final del artículo 26 del D.L. N° 211 vigente al tiempo en que acaecieron los hechos, prescribía: “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 y la calidad de reincidente del infractor”. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró en forma predominante la gravedad de la infracción, para lo cual aludió a la naturaleza del ilícito, al tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza de los productos vendidos a un precio mayor y a la extensión de daño causado. Adicionalmente el tribunal tuvo presente el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción. De lo prescrito por la disposición legal citada se colige que la determinación del importe de una multa no es el resultado de un mero cálculo basado en los volúmenes de los negocios que beneficiaron a los implicados, sino que deben tomarse en cuenta todos los criterios de apreciación. Contrariamente a lo sostenido por las recurridas el legislador requiere explicar las consideraciones que motivan la extensión de la multa. Podría ser suficiente enunciar los criterios objetivos indicados por el legislador, pero ciertamente no es lo pretendido por él, por lo que resulta totalmente adecuado que el Tribunal haya realizado un esfuerzo argumentativo destinado a plasmar en su determinación los argumentos por los cuales impuso el monto más alto de la multa, argumentos que esta Corte comparte, razón por la cual rechaza las peticiones de las empresas requeridas.” (Énfasis nuestros).

Hace en dicho considerando una fundamentación constitucional por los medicamentos, dada su relevancia en el ejercicio de derechos constitucionales. Así expone que: “Resulta irrelevante la distinción formulada por Salcobrand respecto a la gravedad de la conducta y del ilícito, puesto que el análisis se centra en que se afectó el precio de bienes que son considerados de primera necesidad por su afección a la salud de las personas, derecho constitucionalmente protegido por el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental”. Añade además que: “Por otra parte, la gravedad de la conducta se aprecia en razón de los desorbitados niveles de alza de precio de los remedios, siendo por consiguiente indistinto desde la perspectiva del consumidor que los márgenes de comercialización hayan continuado siendo negativos. En consecuencia, las empresas implicadas cometieron una infracción de gravedad extrema, habida cuenta de su naturaleza, de sus repercusiones concretas en el mercado de venta al consumidor de los productos farmacéuticos y de la dimensión del mercado geográfico afectado. (...) El interés económico se sobrepuso a la dignidad humana, a la vida y a la salud de las personas.”

Y en este considerando analiza también un argumento propio del TDLC para aplicar multas. La finalidad de las mismas: “En este tema resulta absolutamente relevante que la imposición de la

multa disuada de persistir en conductas como las investigadas y sancionadas, puesto que esta Corte considera que la decisión sobre la cuantía de las multa lleva implícita la finalidad de reforzar su efecto disuasorio, en razón del beneficio que las empresas coludidas obtienen de la conducta ilícita a corto plazo” (Énfasis nuestros).

Por todo lo anteriormente expuesto la Suprema Corte, en un fallo unánime rechazó los recursos de reclamación deducidos por Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A. contra la sentencia N° 119/2012, de 31 de enero del año en curso, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con costas de la reclamación.

ii. La segunda sentencia del año 2012 trata de un Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de fecha 29 de julio de 2010<sup>184</sup>, presentado ante el Tribunal en contra de Tecumseh Do Brasil Ltda., “Tecumseh” o “TDB” y Whirlpool S.A., en adelante también “Whirlpool” “WSA” o “Embraco”, afirmando que las requeridas han infringido el artículo 3° del D.L. 211, al adoptar e implementar una serie de acuerdos destinados a incrementar artificialmente el precio de los compresores herméticos de baja potencia comercializados en el mercado chileno, equipos que constituyen uno de los insumos esenciales en la fabricación de equipos de refrigeración.

Considerando lo anterior, señala la FNE que los hechos fueron confesados por la empresa Tecumseh, partícipe del cartel, a propósito de una petición de exención de multa, establecida por el Artículo 39 bis del D.L. N° 211, y conforme al reconocimiento de Tecumseh, dicha empresa formó parte, por lo menos desde 2004, de un cartel internacional con Whirlpool, Danfoss, ACC y Matsushita, cuyo objeto ha sido incrementar ilícita y artificialmente el precio de los compresores herméticos. Indica la FNE que los miembros del cartel planificaban y sostenían reuniones anuales, a las que asistían altos ejecutivos e integrantes de divisiones de venta, acordando en ellas las alzas de precios, las cuales se fijaban en aumentos porcentuales por regiones del mundo y por categorías de producto. Acordado lo anterior, cada empresa comunicaba las alzas a sus clientes representados por los principales fabricantes de refrigeradores y congeladores del mercado afectado. Luego, representantes de cada compañía contactaban o visitaban a sus clientes de manera de implementar y ejecutar las alzas, verificando

---

<sup>184</sup> La sentencia es la N° 122/2012, de fecha 14 de junio de 2012. Rol C N° 207- 10.

además que todos los miembros del cartel aplicaran el incremento. En cuanto a la industria, indica la FNE que la que resulta afectada por el cartel es la de fabricación y comercialización de compresores usados en la producción de equipos de refrigeración de uso doméstico (línea blanca) y equipos de refrigeración de uso comercial (menores y mayores) e industrial. Se trata, entonces pues, de un mercado altamente tecnológico con altos costos de inversión en plantas productivas, investigación y desarrollo de nuevos productos y en donde la experiencia, economías de escala y de ámbito son relevantes para competir.

TDB confesó ante la FNE ser ejecutor de la conducta imputada, cumpliendo los requisitos para acceder al beneficio de exención de multa. Aportó declaraciones de ejecutivos que participaron activamente en el cartel. Por otra parte WSA reconoció el cartel ante la autoridad brasilera de competencia, suscribiendo un acuerdo de cese de conducta con fecha 30 de septiembre de 2009, y comprometiéndose al pago de una multa de US\$53.000.000.

Ante las declaraciones, la FNE indica que Tecumseh presentó -en su calidad de partícipe del cartel- una solicitud de exención de multa en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 bis del DL 211, tras reconocer la existencia de una cartelización a nivel global entre los mayores productores mundiales de compresores herméticos para refrigeración, proporcionando al efecto información sobre el contenido y objeto del acuerdo y otros antecedentes, que la propia FNE ha calificado como precisos y veraces (Considerando Vigésimo tercero).

El TDLC esgrimió para efectos de imponer las multas el beneficio económico obtenido, y ello quedó consignado en los considerandos centésimo vigésimo segundo y tercero. Aunque en ambos añade el TDLC que constituyen “una aproximación”. Reitera un argumento dado en el caso de las Farmacias sobre la naturaleza de la colusión, señalando que: “Dada la naturaleza del ilícito cometido, que es considerado por la doctrina internacional y la jurisprudencia nacional – tanto de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema- como el más grave de los atentados a la libre competencia, es necesaria la imposición de una multa que efectivamente constituya una disuasión de este tipo de conductas” (Considerando Centésimo vigésimo cuarto).

Atendido lo anterior, el Tribunal acogió el requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Tecumseh Do Brasil Ltda. y de Whirlpool S.A., en todas sus partes; Impuso a

Whirlpool S.A., una multa a beneficio fiscal de 10.500 UTA; Otorgó a Tecumseh do Brasil Ltda., el beneficio de exención de multa contemplado en el artículo 39 bis del D.L. N° 211 y condenó en costas a la parte de Whirlpool S.A. por haber sido totalmente vencida.

## CONCLUSIONES

Analizadas año por año las sentencias del TDLC y la Corte Suprema donde ha habido aplicación de multas (excluyendo un par de casos en que el máximo Tribunal rechazó los requerimientos) podemos traer a la vista las siguientes conclusiones:

i. Es evidente que al inicio de la potestad sancionadora del Tribunal (ya sea en el período transitorio cuando operaba la Comisión Resolutiva Central, ya sea a inicios del Tribunal), la fundamentación de ésta fue prácticamente nula. Ello solo puede ser atribuido a los pocos casos en que se acogieron requerimientos.

ii. No ocurre empero situación similar durante el año 2005. Ellas discurren sobre conceptos propios de los principios generales del Derecho (como las referencias al principio de legalidad de las sanciones (Chiletabacos) o infracción a normativa externa a la de la Libre Competencia (Las asociaciones gremiales en el caso del Instituto Profesional de Chile, facultad discrecional para aplicar multas (El Golfo Comercial S.A.), la aplicación de oficio de las sanciones (TV Cable Loncomilla.) Como en conceptos propios de la actuación monopólica (tales como las rentabilidades superiores, piénsese en el caso de Transbank), la reincidencia (Abott) y la determinación del mercado relevante (Laboratorio Knopp). Así, analizamos el período del año 2005 notamos una gran deferencia de la Corte Suprema en los planteamientos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, confirmando sus sentencias e incorporando fundamentos para ello, pero no deteniéndose en la motivación sobre las multas.

iii. Hacia el año 2006, la fundamentación de las multas en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia incorpora nuevos elementos. El primero es el de “beneficio económico” que es un factor para determinar la multa, al tenor del Art. 26 de la ley. Cabe decir que este es un concepto técnico, cuya valoración requiere de probanzas y peritajes, y que debe ser analizado por la Corte Suprema cuando conoce por vía de reclamación. La pregunta que surge es si puede un Tribunal de Derecho como el citado conocer de estas materias técnicas sin arrogarse competencias de las que carece. La especialización de la Justicia es una constante hoy y la Corte Suprema debería prevenir ello, sea aplicando deferencia en ese acápite o bien con alguna actuación distinta. Lo cierto es que la visión del beneficio económico que tiene el TDLC es

realista, llegando a extremos de sostener la imposibilidad de determinarlo a ciencia cierta (el caso Voissnet del 2010 es decidor), por lo que la Corte Suprema debería analizarlo con una mayor deferencia judicial que lo presupuestado.

iv. El año 2006 constituye una variable no sólo por la incorporación del llamado “beneficio económico”, sino por la diversidad de temas que trata, este año aparece la primera demanda en contra de una Municipalidad por una licitación (Coinca S.A.) en donde no sólo hay comprometido la prohibición monopólica, sino también exigencias propias de la Administración Pública atendidos los principios de juridicidad, libertad e igualdad que debe observar. Este año 2006 constituye una importante diferencia en atención al período anterior porque la Corte Suprema deja la deferencia practicada en el tiempo anterior para conocer las reclamaciones. Se dan casos en que incluso acoge reclamaciones desestimadas por el TDLC (CAR S.A y Quimel, ambas de este año), y en otros aparece rebajando el monto de las mismas, considerando el principio de legalidad al cual debe someterse el Tribunal (Caso CTC).

v. Hacia el año 2007 podemos observar que se mantienen las constantes del año 2006 en cuanto a fundamentación de las multas. Las conductas que motivan sanciones son el abuso de posición dominante (LAN y Shell), con la salvedad que en el segundo caso la Corte Suprema rechazó lo esgrimido por el Tribunal de Defensa. Se mantienen en el máximo Tribunal argumentos de procedimiento, sea en el asunto sometido a su decisión como en la competencia del TDLC (especialmente en Shell). Ello será recurrente al año 2008, donde veremos una mayor evolución en la línea argumentativa de ambos Tribunales. Así por ejemplo podemos encontrar referencias a la función disuasiva de las multas en análisis concurrente con el de “beneficio económico” –orientado a montos exactos o aproximados de dinero- (Edelmag, aunque revocada por la Corte Suprema, también en la sentencia de la Corte Suprema sobre colusión de Farmacias).

El empleo de la finalidad disuasiva no hace sino demostrar el análisis casi propio del Derecho Penal en cuanto a para qué se sanciona. A ello debe sumarse la incorporación del “debido proceso” por parte de la Corte Suprema como parámetro de control de las sentencias del TDLC, en especial por la motivación de las mismas. La Corte ha utilizado una tríada: Debido Proceso-Motivación-Proporcionalidad. Ello aparece tanto en la sentencia de Edelmag como en la de

Teleductos al señalar la Corte que la multa impuesta por el TDLC aparece como razonable (Cons. 12°). Asimismo, la finalidad disuasoria también aparece en la sentencia SCL.

Además surge una clara expansión del concepto de “beneficio económico” porque no solo se debe considerar lo obtenido ilegítimamente por las personas naturales o jurídicas que realizan actos contrarios a la libre competencia, sino que –incluso- las pérdidas económicas provocadas por las conductas discriminatorias (SCL. Cons. 73°), a lo que debe añadirse el efecto disuasivo de largo plazo sobre los proveedores (Sentencia del caso de los Plasmas contra de Falabella y París. Cons 161°). Esta expansión es atribuible a la libertad de prueba que existe en esta materia, pero debe ser encuadrada en parámetros de racionalidad y objetividad, puesto que al TDLC también le rige fallar conforme al mérito del proceso (Exigencia contenida en el 160 del Código de Procedimiento Civil). La Corte Suprema reiterará este mismo año la tríada Debido Proceso-Motivación-Proporcionalidad, al conocer por reclamación del caso “Guerra de los Plasmas”, en idénticos términos como hizo en la sentencia Edelmag, aunque sin citarla y expondrá los principios del debido procedimiento administrativo sancionador en extremo detalle en la sentencia sobre colusión de Farmacias.

vi. Cabe señalar que el año 2008 también muestra argumentos nuevos para atenuar el monto de las multas. Sin ser un caso de delación compensada ni aplicarse el Art. 39 del D.L. 211, el TDLC no ha querido aplicar multas altas en casos específicos considerando el perjuicio de personas indeterminadas (los habitantes. de la comuna de Curicó en requerimiento en contra de ella). El surgimiento de “atenuantes” se ha incorporado por vías elípticas, como en este caso y se reiterará en casos futuros (Nutripro del 2010, en el que incluso se empleará el factor de atribución de la responsabilidad patrimonial del Estado, la “falta de servicio”).

vii. La finalidad de las multas en materia de libre competencia se mantendrá en el año 2009, aunque habrá –además- un reconocimiento a la finalidad retributiva que además tienen, (Sentencia OPS), el concepto de “beneficio económico” que tuvo atisbos en los años 2005, ha sido totalmente afianzado a partir del año 2008 y el 2009 no constituye una excepción, formando un vínculo constante con la finalidad de la sanción en cuanto línea argumental. Con todo, en este año la referencia al beneficio económico se atenúa por un argumento de entera lógica, debe acreditarse, (Sentencia Interbus) lo que atenúa su expansión en comparación con el año anterior.

La referencia a la retribución no se mantendrá en el año 2009, refiriéndose un fallo posterior a la “prevención” como objetivo de las multas (Constructora Independencia).

viii. Por su parte, el año 2009 la Corte Suprema se pronunciará con mayor frecuencia que el tiempo anterior en la modificación de los montos de las multas sea reduciéndolos (Constructora Independencia) y ahora aumentando los ya previstos por el TDLC (Cía. de Fósforos). Cabe decir que surgen en este año disidencias que son coherentes con una interpretación rigurosa del beneficio económico obtenido (Ministra Sonia Araneda en la sentencia Compañía de Fósforos, considerando 2).

ix. El año 2010 volverá el TDLC a insistir en que debe cuantificarse los efectos de las conductas contrarias a la libre competencia (Comercial Arauco y Asociación Gremial de dueños de Buses Agmital). Habrá –como lo adelantamos- un reconocimiento de circunstancias extrínsecas para atenuar el monto de las multas (Nutripro contra Fisco de Chile y Puerto Terrestre Los Andes Sociedad Concesionaria). La exigencia de fallar conforme al mérito del proceso que surge el año 2007 volverá nítidamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema durante el año 2010 (Agmital).

x. Finalmente el año 2012 tenemos dos pequeñas pero relevantes modificaciones. La facultad discrecional de imponer multas reconocida desde principios por el TDLC y la Corte Suprema gira brutalmente con el caso Farmacias, en él se reconoce que el primer Tribunal no puede sino aplicar el máximo de las multas que le faculta la ley, haciendo notar en su redacción que está obligada a imponer determinada multa, constituyendo la mayor aplicación en su historia jurisprudencial<sup>185</sup>. A estos dos pequeños pero relevantes cambios debe considerarse la conciliación como mecanismo de reducción de multas contemplado en la propia ley, que fue usado en los dos casos del año 2012 (Farmacias y Whirlpool). El primer caso, luego de un extenso análisis sobre el beneficio económico que consideró cifras en dinero y resultados en la población en general, hace analizar si el monto de las multas previstas debe estar fijado rigurosamente en la ley o si debe atenderse a otros factores, (el tamaño de la empresa, su relevancia en el mercado, su capital, entre otros), no parece lógico ni justo que hayan sanciones

---

<sup>185</sup> Hasta antes de esta sentencia, confirmada por la Corte Suprema, la mayor multa se había dado en el caso de “La Guerra de los Plasmas”. Rol 103-06.



altas para empresas pequeñas o aun personas naturales (hemos visto que el TDLC ha conocido de casos de organismos con pocos capitales, incluso de asociaciones gremiales donde las multas han sido exiguas). Con todo, una modificación sin montos determinados en la ley podría adolecer de problemas de constitucionalidad<sup>186</sup>. Cabe decir que la referencia del fallo Whirlpool al concepto de “beneficio económico” se hace sobre variables “aproximadas” lo que es comprensible en el primer caso dado los brutales efectos que tuvo el cartel de las Farmacias, mas no así en el segundo, donde no hay una fundamentación detenida del concepto de beneficio económico, y así lo reconoce expresamente la sentencia de la Corte Suprema. Los argumentos referidos a este concepto han carecido de toda estabilidad, no obstante su frecuente invocación por el TDLC, lo que afecta indudablemente la certeza jurídica de los agentes económicos, lo que es atribuible a su calidad de concepto técnico-económico y a la natural dificultad probatoria que conlleva. El resto de los conceptos ya ha sido afianzado, aunque siempre es labor de un Tribunal motivar sus sentencias, exigencia propia de un genuino Estado de Derecho Occidental.

---

<sup>186</sup> Lo ha hecho ver con gran claridad el Presidente del TDLC, Tomás Menchaca, quien mostró a favor de transformar el actual sistema de multas en Chile por conductas como la colusión, tras el informe de la Comisión Asesora Presidencial. Sin embargo, señaló que las sanciones deben tener un límite máximo, pues de lo contrario –según expertos- podría caer en lo inconstitucional. El tema de que las multas sin límites puedan caer en lo inconstitucional, “ha sido sostenido por algunos, y aunque es un tema discutible, es claro que debe tenerse una multa máxima”. “La Constitución establece que hay un principio básico, de que no se puede sancionar a alguien si la conducta y la multa no están plenamente aclaradas en la ley”.

“Si hay un tema que es correcto, es que es bueno que exista un límite a las multas, y que tenga una relación con el tamaño de la firma sancionada por el Tribunal”, agregó Menchaca. En esta línea, considerando los límites que subraya Menchaca, tienen que haber además parámetros que acerquen la sanción del mismo y otros que la alejen. Por ejemplo, se sitúan los castigos de hasta un 30% de las ventas del año anterior de la compañía, que en varios países se aplica desde hace tiempo.

“Se puede jugar con un porcentaje de las ventas de la empresa, y otros parámetros objetivos, que son los límites máximos en montos”, manifestó Menchaca, destacando que “la multa, de ninguna manera puede establecerse matemáticamente con una fórmula, pues hay diversos criterios que llevan a determinarla”.

Cosa similar a la que sucede hoy día, donde una empresa muy pequeña, “con una facturación de \$50 millones al año, está sujeta a un caso ante el TDLC y tiene el riesgo de que se le aplique una multa de sobre US\$20 millones. En ese sentido, hoy se aplica sin distinción una sanción, pese a los criterios que hay por ley”. Diario Estrategia, versión electrónica, 26/07/2012. Disponible en [http://www.estrategia.cl/detalle\\_noticia.php?cod=61278&sec=12](http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=61278&sec=12).

## BIBLIOGRAFÍA

### I. OBRAS GENERALES DE DERECHO.

1. Barros Bourie, Enrique: “Tratado de Responsabilidad Extracontractual” Editorial Jurídica de Chile, 2006.
2. Bustos Ramírez, Juan: “Lecciones de Derecho Penal” Vol. I. Editorial Trotta, Valladolid, España, 1997.
3. Castellón Munita, Juan Agustín.:“Diccionario de Derecho Procesal Civil”. Editorial La Ley, 2004.
4. Contreras Blanco, Óscar: “La competencia desleal y el deber de corrección en la ley chilena”. Ediciones UC. Año 2012.
5. Chioventa, Giuseppe: “Principios de Derecho Procesal Civil” Tomo I. Ed Reus, Madrid, 1922.
6. Evans de la Cuadra, Enrique: “Los Derechos Constitucionales”, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Segunda Edición, 1999.
7. Fernandois V. Arturo: “Derecho Constitucional Económico” Segunda Edición, Ediciones UC.2006.
8. García de Enterría, Eduardo & Fernández Tomás-Ramón: “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, reimp 8ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2003.
9. García Machmar, William: “Manual de la libre competencia”, Editorial Thompson Reuters PuntoLex. Santiago Enero de 2011.

10. Garrido Montt, Mario: “Derecho Penal. Tomo I”. Primera Reimpresión. Editorial Jurídica de Chile, 2001.
11. Jakobs, Günther: “Dogmática de Derecho Penal y configuración normativa de la sociedad”. Editorial Thomson Civitas, Madrid, España, año 2004.
12. López Masle, Julián & Horvitz Lennon, María Inés: “Derecho Procesal Penal” Tomo I. Editorial Jurídica de Chile Año 2002.
13. Moreso, Juan José & Vilasojana, Joseph María: “Introducción a la Teoría del Derecho” Editorial MarcialPons, Barcelona, 2004.
14. Soto Kloss, Eduardo: “Derecho Administrativo. Temas Fundamentales”. Editorial LegalPublishing (LexisNexis), Año 2009.
15. Valdés Prieto, Domingo.: “La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico”. Editorial Conosur, Santiago, 1992.
16. Valdés Prieto, Domingo: “Libre Competencia y Monopolio”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2006.

## **II. ARTÍCULOS EN REVISTAS DE DERECHO Y/U OBRAS CONJUNTAS.**

1. Alcalde Rodríguez, Enrique: “Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa” en Arancibia Mattar, Jaime (Editor) “La Primacía de la persona humana”. (Estudios en homenaje a Eduardo Soto Kloss). Editorial Legal Publishing Abeledo Perrot, 2009.
2. Alcalde Rodríguez, Enrique: “Aplicación de los principios de culpabilidad y tipicidad en la infracción administrativa” en Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, N° 24, Julio de 2011.

3. Barnes, Javier: “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar” En Cuadernos de Derecho Público N° 5, 1998, Instituto Nacional de Administración Pública, España.
4. Barón A. Ignacio: “Tratamiento de las multas y su determinación por casos de infracción a la libre competencia en Chile y la Unión Europea” en Revista Anales Derecho UC N° 4, Temas de Libre Competencia. Editorial Legis. 2008.
5. Barros Bourie, Enrique & Rioseco López, Andrés: “Ley 20.169 sobre competencia desleal”. Informativo Jurídico N° 40, Año 2007. Editorial Jurídica de Chile.
6. Depolo Razmilic, Radoslav: "El Régimen Jurídico de Defensa de la Competencia en Chile. Algunas Proposiciones para su Despenalización” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 1997.
7. Domper Rodríguez, María de la Luz & Avilés Hernández, Víctor Manuel.: “Una mirada económica y jurídica al fallo Voissnet contra CTC y su impacto en el esquema de libre competencia chileno”. En Fernando V. Arturo & García, José Francisco (Editores) “Sentencias Destacadas 2006. Una mirada desde las políticas públicas”. Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, Abril de 2007.
8. Dufeu Abeliuk, Sebastián & Vallejo Garretón, Rodrigo: “Tipo de injusto monopólico. Ubicación sistemática y constitucionalidad”. En Revista Derecho y Humanidades. Universidad de Chile N°10, 2004.
9. García, José Francisco: “Criterios para fortalecer la revisión judicial económica” en Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. N° 21, Julio de 2010.
10. Gaspar, José Antonio & Araya, Fernando: “Derecho Corporativo y Libre Competencia. Comentario de Jurisprudencia”. En Revista Chilena de Derecho Privado Fundación Fernando Fueyo L. Universidad Diego Portales. N° 17, Diciembre de 2011.

11. Lara Arroyo, José Luis & Helfmann M. Carolina: “Las cláusulas abusivas en la contratación pública: su establecimiento e impugnación” en Revista de Derecho de la Empresa, Universidad Adolfo Ibáñez N° 19, 2009.
12. Lara Arroyo, José Luis & Mendoza Zúñiga, Ramiro: “La contratación administrativa y la ley 19886, aspectos a considerar en un recuento jurisprudencial”, Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. Año IX, N° 9, 2005.
13. Lewis Ripoll, Sebastián.: “El solve et repete. Estudio de una regla que debe ser derogada” en Arancibia Mattar, Jaime et. al. (coordinadores) “Litigación Pública” Colección estudios de Derecho Público. Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing Chile. Octubre de 2011.
14. Nehme Z. Nicole: “Competencia Desleal” en Decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, años 2004-2005, Tomo II.
15. Nehme Z., Nicole: “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del Estado”, en obra colectiva “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario” Thompson PuntoLex, 2011.
16. Nogueira Alcalá, Humberto: “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno” en obra colectiva “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Editorial Librotecnia. Año 2009.
17. Ríos A., Rodrigo.: “Injusto monopólico. Entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador” En Revista Derecho y Humanidades. Universidad de Chile. N° 16 vol. 1, año 2010.
18. Romero Guzmán, Juan José: “Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?” en Sentencias Destacadas 2006: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Instituto Libertad y Desarrollo, 2007.

19. Romero Guzmán, Juan José: “*Enforcement*, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno”. En obra colectiva “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”. Editorial Thompson Reuters PuntoLex. Santiago, 2011.
20. Valdés Prieto, Domingo: “La culpabilidad en el ilícito infraccional”. En “La primacía de la persona humana. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss” (Jaime Arancibia Mattar y José Ignacio Martínez Estay (coordinadores)). Editorial LexisNexis. 2009.
21. Valdés Prieto, Domingo: “El Injusto Monopólico”. Revista de Derecho de la Empresa N°5. Universidad Adolfo Ibáñez. Ed. Legis 2006.
22. Valdés Prieto, Domingo.: “Recomendación de un Competidor en Desmedro de Otro. Informe en Derecho”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen XXX N°1 (2002), Universidad Católica de Chile, Santiago.
23. Van Weezel de la Cruz, Alex.: “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en Revista Política Criminal, Vol. 5 N° 9. 2010.

### **III. TESIS DE PRE Y POST-GRADO.**

1. Poehls Bustos, Eduardo, “Delación compensada en materia de libre competencia, ventajas y desventajas de su aplicación en Chile”. (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas), Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.
2. Ramírez Andersen, Javier: “Revisión de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a la luz de un sistema sancionatorio basado en un porcentaje del valor de las venta”. (Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho de la Empresa) Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010.

#### **IV. ARTÍCULOS EN INTERNET.**

1. Cordero Quinzacara, Eduardo & Undurraga, José Gabriel: “El injusto monopolico y la sana crítica”. Artículo disponible en [http://www.guerrero.cl/el-injusto-monopolico-y-sana-critica/prontus\\_guerrero/2012-06-11/182750.html](http://www.guerrero.cl/el-injusto-monopolico-y-sana-critica/prontus_guerrero/2012-06-11/182750.html)
2. Montt Oyarzún, Santiago: “Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho Chileno”. En VI Congreso Iberoamericano de regulación, gestión y control de los servicios públicos, Mendoza, Argentina, 2011. Pág. 13. Disponible en: <http://www.sextocongresosasier.com.ar/ponencias/docPot/Autor%20MONTT%20OYARZUN,%20Santiago,%20Condiciones%20impuestas%20por%20el%20Tribunal%20de%20Defensa%20de%20la%20Libre%20Competencia%20en%20el.pdf>.
3. Rojas Covarrubias, Nicolás: Es un abuso monopolico cobrar un precio”. Artículo disponible en <http://regulacionycompetencia.blogspot.com/2008/10/es-un-abuso-monopolico-cobrar-un-precio.html>.
4. Declaraciones del presidente del TDLC, Tomás Menchaca en Diario Estrategia, versión electrónica, 26/07/2012. Disponible en [http://www.estrategia.cl/detalle\\_noticia.php?cod=61278&sec=12](http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=61278&sec=12).
5. Historia de la Ley N° 19.911, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

#### **V. OTROS TEXTOS.**

1. Barona, S. “Competencia Desleal”, (pp. 33-97). Materiales de estudio del curso “Libre Competencia y Mercados Regulados” del profesor Domingo Valdés Prieto. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Abril de 2012.
2. Maturana, Cristián: “Los órganos jurisdiccionales”. Apuntes de Derecho Procesal, Universidad de Chile, 2009.

## **VI. INFORMES EN DERECHO.**

1. Cury Urzúa, Enrique: “Informe en Derecho a Compañía Chilena de Tabacos S.A, sobre supuestas infracciones al Decreto Ley N° 211 referente a conductas antimonopólicas”. Sin fecha.
2. Hernández Basualto, Héctor: Informe en Derecho “Falta de Jurisdicción de los órganos estatales chilenos para conocer de infracciones a la libre competencia cometidas en el extranjero y vigencia en Chile del principio ne bis in ídem en su dimensión horizontal”. 28 de marzo de 2011.
3. Núñez Ojeda, Raúl. “Informe en Derecho en relación a la regulación en Chile de la Institución de la prescripción de la acción para perseguir el ilícito anticompetitivo” (a solicitud de la FNE), Marzo de 2011.
4. Valdés Prieto, Domingo. “Informe en Derecho” (a petición de Vossinet en Rol C N° 60-05) caratulado “Voissnet S.A. con Telefónica CTC Chile S.A.”, 19 de diciembre de 2005.
5. Valdés Prieto, Domingo. “Informe en Derecho. Acerca de supuestos injustos de colusión monopólica desarrollados por ACHAP, sus directores, su presidente ejecutivo y las agencias afiliadas a aquella”. Mayo de 2009.

## **VII. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.**

1. Nestlé y otros. Sentencia N° 7-2004, Rol 1-2004.
2. Laboratorios Lafi. Sentencia N° 8-2004, Rol 25-2004.
3. Laboratorio Knopp. Sentencia N° 24-2005, Rol 41-2004.
4. Chiletabacos. Sentencia N° 26-2005, Rol 11-2004.



5. TV Cabe Loncomilla, Sentencia N° 28-2005, Rol 50- 2004.
6. El Golfo Comercial S.A. Sentencia N° 30-2005, Rol 58-2004.
7. Transbank, Sentencia N° 29- 2005, Rol 16-2004.
8. Abott. Sentencia N° 33-2005, Rol 63-2005.
9. Instituto Profesional de Chile. Sentencia 35-2005, Rol 71-2005.
10. Coinca Sentencia N° 37-2006 de 10 de mayo de 2006. Rol 45-04.
11. Municipalidad de Curicó, Sentencia N° 77-2008, Rol 137-2007.
12. Fundación Chile Ciudadano N° 41-2006.(sin número de Rol en la sentencia).
13. Quimel. Sentencia N° 39-2005, Rol 42-2004.
14. Indura. Sentencia N° 43-2006, de 7 de septiembre de 2006, Rol 74-2005.
15. Voissnet Sentencia N° 45-2006, Rol 60-2005.
16. Sal Punta de Lobos. Sentencia N° 47-2006, Rol 13-2004.
17. Labbé. Sentencia N° 53-2007, Rol 87-2006.
18. LAN. Sentencia N° 55-2007, Rol 69-2006.
19. Almacenes París Sentencia N° 63-2008, Rol 103-2006.
20. Edelmag. Sentencia N° 73-2008, Rol 147-2008.

21. Atrex. Sentencia N° 75-2008, Rol 113-2006.
22. Teleductos. Sentencia N° 76-2008. Rol 100-2006.
23. Ilustre Municipalidad de Curicó. Sentencia N° 77-2008, Rol 137-2007.
24. Asociación Gremial de Buses Interbus. Sentencia N° 82/2009, Rol 140-07.
25. Constructora Independencia. Sentencia N° 85-2009. Rol 79-2005.
26. Ganadera Río Baker Limitada. Sentencia N° 86-2009 Rol 180-2008.
27. Empresa OPS Ingeniería Limitada. Sentencia N° 88-2009, Rol 126-2007.
28. Compañía Chilena de Fósforos Sentencia N° 90-2009, Rol 165-2008.
29. Voissnet. Sentencia N° 97-2010, Rol 167- 2007.
30. Nutripro. Sentencia N° 100-2010. Rol 135-2007.
31. Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses (Agmital). Sentencia N° 102- 2010, Rol 191-09.
32. Comercial Arauco Ltda. Sentencia N° 103-2010, Rol 151-08.
33. Corporación de Radio Valparaíso Limitada (“CRV”), Transco S.A. (“Transco”), Sociedad de Inversiones Santa Ignacia Limitada (“Santa Ignacia”), Radio Corporación S.A. (“Radio Corporación”), Inversiones San José Limitada (“San José”), Altronix Comunicaciones Limitada (“Altronix”), Empresa Nacional de Transmisiones y Duplexiones Limitada (“Duplex”), Bío Bío Comunicaciones S.A.(Bio Bío), Cristián Wagner Muñoz y Claudio Toro Arancibia. Sentencia N° 112/2011, Rol 94-09.

34. Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Limitada, (“Buses San Carlos”); Empresa de Transportes EM Bus Ltda., (“EM Bus”); don José Luis Lazo Sánchez, y, Transportes Barrios y Cía. Ltda., ( “Transportes Barrios” o “Buses Barrios”). Sentencia N° 116/2011, Rol 217-11.
35. John C. Malone. Sentencia N° 117/2011, Rol 156-08.
36. Farmacias Ahumada S.A. (en “FASA” o “FA”), Farmacias Cruz Verde S.A. ( “Cruz Verde” o “CV”) y Farmacias Salcobrand S.A. ( “Salcobrand” o “SB”). Sentencia N° 119/2012, Rol 184-08.
37. Tecumseh Do Brasil Ltda,“Tecumseh” o “TDB” y Whirlpool S.A., Sentencia N° 122/2012, Rol 207- 10.

### **VIII. EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA.**

1. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 4236-2005.
2. Corte Suprema, Sentencia Rol 4332-2005.
3. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 5005-2005.
4. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6359-2005.
5. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3449-2006.
6. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 2657-2006.
7. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3395-2006.
8. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 4355-2006.

9. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 5057-2006.
10. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6236-2006.
11. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3506-2007.
12. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3732-2007.
13. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 2339-2008.
14. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 5505-2008.
15. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6545-2008.
16. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6978-2008.
17. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 7796-2008.
18. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1856-2009.
19. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 5443-2009.
20. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 8077-2009.
21. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 277-2010.
22. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 2140-2010.
23. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6100-2010.
24. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6615-2010.
25. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 7500-2010.

26. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 9265-2010.
27. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 6874-2011.
28. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 2578-2012.