



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A LOS
AGENTES COLUDIDOS COMO INCENTIVO PARA SOMETERSE A
PROGRAMAS DE CLEMENCIA**

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

Eduardo Alberto Achu Moscoso
Francisco Tomás Barros Astudillo

PROFESOR GUÍA: Cristián Banfi del Río

Santiago de Chile
Diciembre, 2014

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO PRIMERO: RESPONSABILIDAD CIVIL QUE ACARREAN LOS ACUERDOS COLUSORIOS	10
1. Responsabilidad civil derivada de la comisión de ilícitos anticompetitivos	11
1.1. El artículo 30 del Decreto Ley N° 211	13
1.1.1. Elementos del inciso primero del artículo 30 del Decreto Ley N° 211	14
1.1.2. Elementos del inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley N°211	16
1.2. Los legitimados activos para demandar la reparación	18
1.2.1. Determinación de los legitimados activos	19
1.2.2. Problemas de representación de legitimados activos	23
2. Elementos de la responsabilidad civil y colusión	25
2.1. El hecho imputable	26
2.1.1. Elemento objetivo y elemento subjetivo del hecho	27
2.1.2. La capacidad en materia de colusión	29
2.2. Elemento subjetivo de la responsabilidad civil	32
2.2.1. Un concepto de culpa. Tipos de culpa	32
2.2.2. Ilícitud general de la conducta colusoria en sede civil: Culpa infraccional	36
2.2.3. Prueba de la culpa	39
2.3. El nexo causal	39
2.3.1. Causalidad natural y causalidad normativa	40
2.3.2. Prueba del nexo causal	41
2.4. El Daño	42
2.4.1. Un concepto de daño	44
2.4.2 Daños civiles y otros daños	46
2.4.3. Tipos de daño en casos de colusión	48
3. Otros regímenes de responsabilidad que acarrean los acuerdos de colusión	56
3.1. Responsabilidad por infracción a la normativa de libre competencia	57
3.2. Responsabilidad penal	60
3.3. Responsabilidad por infracción a las normas de Derecho del Consumidor	62
CAPÍTULO SEGUNDO: PROGRAMAS DE CLEMENCIA, COMO	

HERRAMIENTA PARA LA PERSECUCIÓN DE CARTELES	65
1. Elementos para el diseño de un programa de clemencia	68
1.1. Magnitud del beneficio	68
1.2. Número de participantes que podrán acogerse al beneficio	71
1.3. Momento hasta el cual se podrá solicitar el beneficio	73
1.4. Transparencia del proceso para acogerse al programa de clemencia	74
1.5. Condiciones que deben cumplirse para acogerse al programa de clemencia	75
2. Programas de clemencia establecidos en distintos ordenamientos jurídicos	76
2.1. Derecho de la competencia de EEUU	76
2.1.1. Corporate Leniency Program del año 1993	80
2.1.2. Leniency Policy for Individuals del año 1994	86
2.2. Derecho de la competencia de la Unión Europea	89
2.2.1. Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas del año 1996.	90
2.2.2. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago multas y la reducción de su importe en casos de cártel del año 2002.	95
2.2.3. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago las multas y la reducción de su importe en casos de cártel del año 2006	100
2.2.4. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas de las disposiciones del Derecho de Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea del año 2013.	103
2.3. Delación Compensada del sistema chileno	108
2.3.1. Regulación de la delación compensada en el Decreto Ley N° 211	110
2.3.2. Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión	119
3. Influencia particular de la responsabilidad civil en los mecanismos de incentivos	121
3.1. Responsabilidad civil y prevención	124
3.2. Regulación de la solidaridad como incentivo en un programa de clemencia	125
3.3. Regulación de los daños punitivos como incentivo de un programa de clemencia	126
CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	

NACIONAL EN MATERIA DE DELACIÓN COMPENSADA	129
1. Casos de colusiones relevantes en el ámbito nacional	129
1.1. Sector transporte	131
1.2 Sector salud	133
2. Problemas que ha presentado la persecución de carteles	135
2.1. Problemas en materia probatoria	137
2.2. Problemas en los elementos de la figura del cartel	139
2.2.1. Elementos de la colusión para el TDLC	140
2.2.2. Elementos de la colusión para la Corte Suprema	141
2.3. Problemas en el cálculo de la multa	142
2.4. Estándar de convicción	144
3. Colaboración de los agentes coludidos en casos nacionales	145
3.1. Colaboración mediante una conciliación	146
3.2. Colaboración mediante la delación compensada	151
4. Cálculo de los perjuicios civiles que ocasionan las infracciones a la normativa de libre competencia	156
CONCLUSIONES	160
BIBLIOGRAFÍA	165
ANEXO	170

INTRODUCCIÓN

Por medio de la Ley N° 20.361 del año 2009 se introdujo a nuestra normativa de Libre Competencia, contemplada en el Decreto Ley N° 211, el mecanismo de la delación compensada, con la finalidad de facilitar la labor de la Fiscalía Nacional Económica - órgano de la administración encargado de promover y defender la Libre Competencia de los mercados, conforme a lo preceptuado en este mismo cuerpo legal- en la detección e investigación de conductas contempladas en el artículo 3° letra a) del mismo cuerpo, que se refiere a los ilícitos de colusión o carteles.

Dicha reforma legal tuvo en consideración diversos factores, tanto de carácter económico como jurídico. Desde el punto de vista jurídico se ha señalado que los ilícitos de colusión resultan de muy difícil detección dada la forma en que se configuran, razón por la cual deberían otorgarse al órgano administrativo a cargo de la investigación herramientas más adecuadas para realizar su labor en forma eficaz y eficiente. Es por ello que, siguiendo la tendencia de otros países, se incorporó el mecanismo de la delación compensada -o programa de clemencia, como lo denominan otros ordenamientos jurídicos- mediante el cual se busca otorgar incentivos al partícipe de un cartel para que colabore voluntariamente en la investigación de dicho ilícito, debiendo cumplirse con una serie de requisitos.

Con todo, y pese a que la reforma legal en comento lleva alrededor de 5 años de vigencia, los casos en que se ha utilizado el mecanismo de la delación compensada han sido escasos. Ello hace surgir la pregunta respecto de qué tan atractivos -y por consiguiente eficaces y eficientes- resultan ser los incentivos contemplados en la Ley para que dicho agente, que se encuentra infringiendo la normativa protectora de la competencia, decida voluntariamente declarar y entregar al órgano competente todos los antecedentes que permitan perseguir a los demás integrantes del acuerdo colusorio.

Desde un punto de vista económico parece relevante determinar qué factores, adicionales a aquellos cubiertos por los beneficios contemplados en el Decreto Ley N° 211, son efectivamente tomados en consideración por los agentes económicos que se encuentran participando de una colusión, y que su regulación podrían devenir en incentivos eficaces y eficientes para que decidan acogerse a la delación compensada.

Es por ello que en este trabajo analizaremos la eficacia del sistema chileno de persecución de colusiones en su regulación actual, y la diferencia sustancial que existe entre la multa impuesta en dicha sede con el daño indemnizable que se calcula en el posterior juicio de responsabilidad civil, y determinar cómo cada uno debe ser un componente a considerar en la construcción de un programa de clemencia. Así veremos cómo las diversas

formas de regular los daños indemnizables en sede civil pueden generar incentivos más o menos eficaces para que los agentes económicos se sometan a regímenes de clemencia.

En definitiva, nuestro estudio pretende analizar diversos criterios que sirvan de incentivos eficaces para que los agentes económicos coludidos decidan auto denunciarse, centrándonos en los eventuales daños civiles que el partícipe de un cartel pueden llegar a indemnizar. No sostendremos que las víctimas de una colusión deban renunciar a su pretensión resarcitoria, pero sí creemos que establecer límites claros y objetivos a la responsabilidad civil de aquel partícipe de colusión que colabora con la persecución de dicho ilícito en ciertos casos, puede constituir un buen incentivo para obtener su colaboración. Para fundamentar nuestra hipótesis dividiremos nuestra investigación en tres capítulos.

En el primer capítulo enfocaremos nuestro estudio en la responsabilidad civil que concurre en relación a los ilícitos de colusión, y examinaremos cómo una correcta determinación del daño resulta ser de suma importancia, para efectos de cuantificar las consecuencias negativas que estos ilícitos acarrearán para diferentes individuos, por ejemplo los consumidores y demás competidores, siendo este daño distinto al sancionado en sede de libre competencia. Además nos referiremos a diversas responsabilidades –adicional

a la civil en sentido estricto- que pueden concurrir como consecuencia de un acuerdo colusorio.

Luego, en el capítulo segundo, realizaremos un análisis general de los distintos mecanismos que se han ideado para fomentar que los partícipes de una colusión otorguen voluntariamente antecedentes a los órganos de persecución. Para dicho análisis consideramos principalmente los programas de clemencia diseñados en Estados Unidos y en el derecho comunitario, para ver qué incentivos contemplan cada uno así como las ventajas o desventajas que pueden presentar unos y otros.

Por su parte, en el capítulo tercero se efectuará un análisis de la jurisprudencia nacional existente en la materia, para efectos de establecer el grado de efectividad de la institución en estudio, y problemas que pudiesen presentarse con su aplicación práctica, desde una perspectiva procesal.

Finalmente, y a modo de conclusión, se esgrimirán sendas críticas a la forma en que se regula actualmente el mecanismo de la delación compensada en el derecho chileno, en cuanto herramienta que debe facilitar la persecución de cárteles, y consecuentemente, como medio de protección a la libertad para competir en los mercados. Al mismo tiempo se sostendrán algunas propuestas de *lege ferenda*, teniendo en vista una posible –y tal vez necesaria- reforma del

Decreto Ley N° 211, según el análisis doctrinario, regulatorio y jurisprudencial de la aplicación de instituciones similares en otros ordenamientos, y conforme a la escasa aplicación que ha tenido el mecanismo en cuestión.

CAPÍTULO PRIMERO: RESPONSABILIDAD CIVIL QUE ACARREAN LOS ACUERDOS COLUSORIOS

La decisión de un agente de mercado que forma parte de un acuerdo colusorio, sobre si someterse o no a un régimen de clemencia pasa, entre otras consideraciones, por los costos que puede asumir en las distintas situaciones hipotéticas en las que se puede llegar a encontrar. Por cierto que deberá sopesar, entonces, los beneficios que puede importar mantenerse como miembro del cartel, versus los costos que podría llegar a asumir por lo mismo, esto es al menos en parte, las sanciones –en general- a las que se ve expuesto en caso de ser descubierto el acuerdo, incluyendo la reparación de perjuicios ocasionados con el comportamiento anticompetitivo. En la misma ecuación comprenderá los costos y beneficios de someterse a un sistema de clemencia. Normalmente entre los costos deberá asumir igualmente la reparación de ciertos daños y otras sanciones, y dentro de los beneficios podrá apreciar precisamente la cuantía de las exenciones o franquicias de las que se hace merecedor, cumpliendo los requisitos necesarios, por cuanto su comportamiento permitirá, al menos en abstracto, la persecución e investigación –y eventualmente la condena- del acuerdo colusorio de que se trate.

En este capítulo se trata, en definitiva, de estudiar aquellos eventuales costos a los que se vería expuesto el agente de un acuerdo colusorio que contempla la posibilidad de someterse a un régimen de clemencia. Se analiza,

en primer lugar, la responsabilidad civil que podría tener que asumir este agente, viendo en detalle cómo se configura cada uno de los elementos de esta institución en el caso particular de la acción civil indemnizatoria que se sigue de la comisión de ilícitos anticompetitivos en Chile. Luego veremos algunos otros regímenes de responsabilidad a los que se podría ver enfrentado el agente coludido: el régimen especial del Decreto Ley N° 211, la responsabilidad criminal y la responsabilidad en sede de derecho de protección a los consumidores.

1. Responsabilidad civil derivada de la comisión de ilícitos anticompetitivos

De un tiempo a esta parte, con el desarrollo de las nuevas doctrinas en el derecho civil, se ha superado la visión de la responsabilidad civil entendida, en un concepto restringido, como una sanción. Más bien la tendencia es hacia concebir esta institución como un régimen jurídico excepcional, que establece reglas que sirven para determinar quién debe hacerse cargo de un daño o perjuicio determinado sufrido en el vivir ordinario. Se ha entendido, entonces, que más que ser la responsabilidad civil una sanción ante un acto culposo – poniendo énfasis en la antijuridicidad del actuar dañoso del agente- es un sistema integral que, a la luz del análisis de varios elementos –los elementos de la responsabilidad civil- permite determinar si el daño al que hacemos mención

debe ser cargado, como ocurre por regla general, por quien lo sufre, o si, excepcionalmente, y ante la aparición indubitada de los elementos en cuestión, corresponde que un tercero responda patrimonialmente por los perjuicios ocasionados.

Dicho esto cabe ahondar en particular en la responsabilidad civil que deriva de actos atentatorios contra la libre competencia en los mercados. Siguiendo el supuesto mencionado en el párrafo anterior, no cabe sino establecer que la responsabilidad civil en estos casos será también de carácter excepcional; en efecto, sólo se dará lugar a la obligación de reparar los perjuicios cuando se trate de un acto ilícito que provoque daños, concurriendo además todos los otros elementos de la responsabilidad civil.

Cabe recordar en este punto que la naturaleza de las normas que protegen o defienden la libre competencia, no es siempre ni necesariamente de carácter sancionatorio. Más bien se puede afirmar que con el objeto de proteger la libre competencia en los mercados, éstas se hacen cargo de diversas hipótesis que pueden suponer, con un nivel de certeza más o menos alto, que un determinado agente, en un mercado relevante particular, tenga una participación que sea o pueda ser considerada como contraria a un orden económico de libertad contractual. Sólo excepcionalmente, ante hechos que revistan caracteres de ilicitud –como es el caso de los acuerdos colusorios, como veremos más adelante- que en un determinado ordenamiento son

considerados inaceptables, la naturaleza de las normas de esta materia es predominantemente sancionatoria. Esto se entiende sin perjuicio de los fines preventivos que tiene la norma.¹

En efecto, además de cumplir fines de justicia en los términos recién expuestos, este trabajo sostiene la tesis de que la responsabilidad civil es una buena forma de regular los incentivos eficientes para la persecución de acuerdos colusorios. Bajo este entendido, la regulación pormenorizada que respecto de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil se dé en un ordenamiento determinado, se torna relevante en el sentido de ser un factor a tomar en cuenta a la hora de crear, modificar o, en general, regular mecanismos de clemencia con el afán de proteger eficaz y eficientemente la libertad en los mercados.

1.1. El artículo 30 del Decreto Ley Nº 211

En materia de reparación de daños en libre competencia, la norma rectora es la que se encuentra consagrada en el artículo 30 del Decreto Ley Nº 211, la cual se encarga de establecer - en general - que la reparación de los perjuicios derivados de una conducta contraria a la libre competencia, y sancionada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), debe ser conocida por los tribunales civiles competentes.

¹ Véase. Sección 3.3

Antes de entrar al análisis pormenorizado de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil en hipótesis de aplicación de la norma recién citada – y muy particularmente tratándose de casos de acuerdos colusorios sancionados por sentencia firme y ejecutoriada del TDLC-, vamos a hacer algunos comentarios generales en torno a la redacción de la norma y sus elementos relevantes².

1.1.1. Elementos del inciso primero del artículo 30 del D.L. 211

Dicho inciso parte señalando que “La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales”, para luego agregar que la respectiva demanda de perjuicios debe tramitarse conforme a las reglas del juicio sumario, establecido en el Código de Procedimiento Civil. Así, de esta norma se desprenden los siguientes elementos:

i. La acción civil que se sigue de una sentencia del TDLC en estas materias será la de indemnización de perjuicios. Es decir, la norma en comento se circunscribe a la acción de indemnización de perjuicios (reparación por equivalencia), descartándose así otras acciones civiles, sea aquellas con las

² Nos referimos aquí a los elementos relevantes para los efectos de la responsabilidad civil, dejando de lado los aspectos procesales, particularmente aquellos establecidos en el inciso primero del artículo en comento.

que se persiga la reparación en naturaleza del daño provocado, la *actio in rem verso* y las acciones de nulidad de contratos anticompetitivos³.

Por ende, al tratarse de una acción que pretende una reparación pecuniaria de un daño debidamente acreditado en juicio, se aplicarán aquellas reglas que no proceden para los otros tipos de acción a las que hemos hecho mención. Toma interés, por ejemplo, determinar desde cuándo existe la obligación de indemnizar, la determinación del *quantum* indemnizatorio y de los reajustes e intereses.

ii. Tal acción debe ser motivada por una sentencia definitiva dictada por el TDLC: Este elemento dice relación con cuestiones netamente de carácter procesal, además de aquellas propiamente civiles o de derecho común, que resultan relevantes para el análisis que se hace en este trabajo.

En efecto, más allá de la discusión en torno a la naturaleza jurídico-procesal de la sentencia del TDLC que da origen a esta acción de indemnización de perjuicios, en sede de responsabilidad civil parece más relevante referirse a la exigencia de que la acción civil indemnizatoria sea “motivada” por la sentencia del TDLC. Estamos pensando aquí en la relación estrecha que debe existir entre la sentencia del TDLC –y, en definitiva, todo el

³ 7. BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. p. 869 y ss.; 1. ABELIUK, RENÉ. 2008. Las Obligaciones. Tomo I y II. 5ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p. 336 y ss.

juicio sancionatorio seguido ante este órgano- y el juicio civil en que se busca resarcir los daños ocasionados con la conducta anticompetitiva.

Diremos en este punto que la pretensión indemnizatoria que sostiene en juicio aquél que se ha visto afectado por una colusión debe basarse directamente en la decisión que adopte el TDLC mediante la sentencia definitiva que dicte en autos. Lo anterior tendrá relevancia, como veremos, para la forma de determinación de la culpa, para establecer el *quantum* de la indemnización civil y, en general, para los efectos de construir un juicio de ilicitud en base a aquello que ha sido fallado por el TDLC.

iii. La sentencia definitiva en cuestión se debe encontrar firme. De este modo, no deben existir recursos pendientes contra la sentencia dictada por el TDLC. Esta exigencia tiene importantes consecuencias sobre la acción indemnizatoria que puede intentar aquél que se ve dañado por conductas colusorias. También es relevante respecto del momento de determinación del daño, a partir del cual se computan los intereses y el reajuste de los daños. Es, en definitiva, una cuestión crucial para la determinación del *quantum* indemnizatorio total al que eventualmente se condenará a uno o más agentes colusorios.

1.1.2. Elementos del inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley N° 211

Contiene la segunda parte del artículo 30 del Decreto Ley N° 211 una enunciación general de extrema relevancia para el objeto de estudio de este trabajo. Señala la norma que el Tribunal civil competente “fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, dejando claramente establecida la estrecha relación que existirá entre la sentencia del TDLC y el objeto del juicio civil por indemnización de perjuicios.

Por ende, la norma pretende limitar el objeto y discusión propios del juicio civil a tales conductas, hechos y calificación jurídica.

Desde otro punto de vista, en relación al elemento subjetivo de la acción que da origen a la responsabilidad civil, lo que hace esta parte del artículo 30 del Decreto Ley N° 211 es señalar que la responsabilidad civil derivada de la comisión de ilícitos anticompetitivos es de carácter infraccional, lo que implica, en términos generales, que el deber de cuidado que deben observar los agentes del mercado está establecido en la ley de forma previa. Así la labor del juez no consiste en construir *a posteriori* un deber de cuidado de observancia general, y determinar si el agente dañoso en el caso concreto adecuó su conducta a dicho deber, como en el régimen común de responsabilidad por

culpa, sino que se limita simplemente a verificar que la conducta del agente haya sido conforme a lo que la ley señala como lícito⁴.

1.2. Los legitimados activos para demandar la reparación

El legitimado activo para demandar la reparación pecuniaria o indemnización, producto de la comisión del ilícito anticompetitivo particular, será la víctima, es decir quien ha sufrido directamente el daño⁵.

La razón por la cual merece una mención expresa este punto, más allá de la aplicación de las reglas generales que rigen en la materia, es por la existencia de dos juicios que se desarrollan ante tribunales diferentes. Así, por una parte, nos encontramos con el procedimiento seguido ante el TDLC y, por otra, el juicio civil indemnizatorio seguido ante un Juzgado de Letras Civil. Dicha dualidad puede llevar a una fácil confusión respecto de quienes serán los legitimados activos para demandar la reparación de perjuicios en cuestión, puesto que las partes en ambos procedimientos no necesariamente serán las mismas. En dicho sentido queremos destacar que, sin perjuicio de la eventual identificación de los sujetos que hayan actuado como partes en el juicio seguido ante el TDLC, el legitimado activo para demandar en sede civil será la víctima,

⁴ BARROS, Op. Cit. pp. 1044-1045, 77 y ss. y 97 y ss.

⁵ BARROS, Op. Cit. p. 930; ABELIUK, Op. Cit. pp. 327 y ss.

en primer lugar, sin importar si ha sido o no parte en el juicio conocido por el TDLC.

1.2.1. Determinación de los legitimados activos

Lo normal será que el demandante civil haya sido parte en el juicio seguido ante el TDLC. En efecto, dado el derecho que se otorga a las víctimas de las conductas lesivas a demandar su reparación en base a la sentencia del TDLC, es que estas tienen un interés cierto en el resultado de la persecución seguida en dicha sede. Así, en la práctica judicial, no son pocos los casos en que la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "FNE") actúa asistida por las víctimas en la persecución de las conductas señaladas. Con todo, la norma en estudio no hace distinción respecto a quienes pueden ejercer la acción de indemnización y tampoco señala si necesariamente se debió ser parte del procedimiento sancionatorio seguido ante el TDLC, como requisito para poder ejercer la posterior acción de indemnización.

Respecto a lo primero, no cabe dudas que la acción de indemnización debe ser ejercida por aquellos sujetos que resultaron perjudicados con la conducta contraria a la competencia – y cuya determinación se realiza ante el TDLC-, puesto que en ellos se radica el daño cuya reparación justamente se asegura con esta acción.

Sin embargo, el segundo punto parece no ser tan sencillo de resolver, ya que al no distinguir el legislador si quien ejerce la acción en sede civil debió ser parte del procedimiento ante el TDLC, se podría sostener que debemos regirnos por el efecto relativo de las sentencias, consagrado en el artículo 3° del Código Civil, de modo tal que la sentencia dictada por el TDLC solo empecé a quienes tuvieron la calidad de parte, y por tanto solo aquellas podrían aprovecharse de ésta, como sustento para la posterior acción de indemnización. En el mismo sentido, el legislador no estableció una regla especial que haga excepción a lo señalado por el Código Civil, como sí lo ha realizado en otras materias, por ejemplo, tratándose del Derecho del Consumo en donde expresamente se señaló que las sentencias dictadas en un procedimiento colectivo producen efectos *erga omnes*, facultando a los afectados por la conducta a reclamar su indemnización de perjuicios en base a tal sentencia⁶.

Si bien los argumentos anteriores parecen del todo plausibles, en cuanto se fundan en la coherencia que debe tener el ordenamiento jurídico, ellos no se condicen con los fines preventivos asignados a las normas protectoras de la competencia. En efecto, parecería poco lógico limitar la indemnización de perjuicios a quienes hubiesen tenido la calidad de parte en el procedimiento

⁶ En dicho sentido el artículo 54 de la Ley N° 19.496 dispone expresamente que “La sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efecto *erga omnes*”, para luego agregar en su inciso segundo que “La sentencia será dada a conocer para que todos aquellos que hayan sido perjudicados por los mismos hechos puedan reclamar el cobro de las indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que correspondan”.

seguido ante el TDLC – desde un punto de vista estrictamente procesal –, ya que aquello no consideraría los costos de transacción que pueden implicar participar de este tipo de enjuiciamientos. En consideración a lo anterior es que, justamente, se le encomienda a un servicio público la persecución de las conductas contrarias a la competencia, y que la misma no dependa del grado de pericia de los particulares.

En el mismo orden de ideas debemos considerar lo que ocurre en materia penal, en donde se sigue una lógica similar dado que se entrega a un órgano autónomo, el Ministerio Público, la función de velar por la protección de bienes jurídicos indisponibles para los particulares, sin exigir la intervención necesaria de las víctimas para que éstas puedan -ya sea en el mismo procedimiento o bien en uno posterior- buscar la reparación pecuniaria de los daños sufridos⁷.

Así, en base a lo señalado, es que sostenemos que el sujeto activo de la acción indemnizatoria civil no requiere haber tenido la calidad de parte en el juicio seguido ante el TDLC. Más bien basta con tener una pretensión, consistente en la reparación del daño sufrido por el acuerdo colusorio.

Complementando lo anterior, incluso puede ocurrir que sujetos procesales que tienen el carácter de actor ante el TDLC, pueden no encontrarse

⁷ Cabe señalar que el art. 59.2 del CPP, al referirse al ejercicio de las acciones civiles, le otorga a la víctima la posibilidad de ejercer la acción indemnizatoria, en contra del imputado, tanto dentro del procedimiento penal, o bien ejercerla ante el tribunal civil correspondiente.

legitimados para demandar una posterior indemnización, pese a que el Tribunal acoja su pretensión y dicten una sentencia condenatoria. Nos referimos a la FNE, quien por regla general no cumplirá los requisitos para ser legitimado activo de la acción de indemnización por una doble razón: por una parte, debido a que constituye un servicio público y, como tal, su función es actuar en resguardo de bienes jurídicos públicos como la defensa de la competencia; y, por otra parte, dado que la acción civil indemnizatoria se limita justamente a las víctimas de la conducta contrarias a la libre competencia, siendo difícil que la FNE ostente dicha posición en la práctica, dado que no es agente de mercado⁸.

Respecto al primer punto, cabe destacar que la Ley define a la FNE como un servicio público descentralizado⁹, y en dicha calidad su actuar se sujeta a los principios de legalidad y competencia, debiendo actuar solamente dentro del ámbito de atribuciones que la ley le ha otorgado en forma expresa. Junto a lo anterior, debemos considerar que al Fiscal Nacional Económico - jefe de este servicio- se le encomienda la labor de actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico ante el TDLC y los tribunales de justicia, a excepción de las investigaciones criminales. De lo señalado queda claro que la FNE se le asigna la función primaria de velar por intereses generales, mas no proteger intereses

⁸ Cabe agregar que a la luz del artículo 1, N° 1, de la Ley N° 19.496, eventualmente la FNE podría detentar la calidad de consumidor, y como tal verse afectado por una conducta contraria a la competencia. Pero aun en este caso, el sujeto afectado sería el Fisco y, por ende, el ejercicio de la acción correspondería al Consejo de Defensa del Estado.

⁹ Artículo 33 Decreto Ley N° 211.

particulares, como sería el caso de una reparación pecuniaria fundada en la infracción de las normas del Decreto Ley N° 211.

1.2.2. Problemas de representación de legitimados activos.

Una vez establecido que no es requisito haber sido parte en el juicio seguido ante el TDLC para poder interponer la posterior acción indemnizatoria, cabe hacer una breve referencia a si ciertos órganos que actúan en representación de sujetos pasivos indeterminados pueden ejercer dicha acción. En particular nos referimos a aquellos servicios públicos cuya función, justamente, es proteger y velar por la reparación de determinadas personas, como es el caso del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), y las asociaciones de consumidores, quienes son personas jurídicas de derecho privado¹⁰.

Este tema fue recientemente discutido en relación a la demanda¹¹ interpuesta por el SERNAC en contra de las farmacias sancionadas por colusión en el año 2012¹². En particular, las demandadas sostenían la falta de legitimación activa del SERNAC para solicitar la indemnización de perjuicios de los consumidores afectados por la colusión en base al artículo 30 del Decreto Ley N°211, ya que la normativa que regula dicho organismo circunscribiría su

¹⁰ Estas asociaciones se encuentran reguladas en el párrafo segundo, del Título II, de la Ley N° 19.496. En virtud de dicha normativa en nuestro país se han creado una serie de estas asociaciones, como por ejemplo CONADECUS y ODECU.

¹¹ Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde S.A. y otros, Rol C-1940-2013, 10º Juzgado Civil de Santiago.

¹² Sentencia 119 TDLC, Rol 184-08.

actuar sólo a la Ley de Protección al Consumidor contenidas en dicha ley, en base al artículo 58 de la Ley N° 19.496. Con todo, concordamos con lo señalado por la Corte de Apelaciones de Santiago¹³, en orden a que el SERNAC sí se encuentra legitimado en estos casos, dado que al encomendarse a este servicio velar por el cumplimiento de las disposiciones de protección al consumidor, dicha defensa no puede circunscribirse únicamente a la Ley N° 19.496, sino que se extiende a toda normativa que pueda afectar a estas personas, salvo que expresamente el legislador excluya alguna materia¹⁴. Así resulta indudable que el espíritu del legislador al establecer las normas de defensa de la Libre Competencia también comprendía una protección para las víctimas de dichas conductas, tales como los consumidores.

Por lo demás, el artículo 50 de la referida ley es claro al establecer que, en virtud de los procedimientos establecidos en materia de Derecho del Consumo, el SERNAC puede perseguir la reparación de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos (acciones de interés difuso). Así, en nuestra opinión, el SERNAC, y cualquier otro órgano que por ley esté autorizado para actuar en defensa de los consumidores tales como las asociaciones de consumidores, se encontrarían legitimados para ejercer la acción de indemnización de perjuicios del artículo 30 del Decreto Ley N°211,

¹³ Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde S.A. y otros, Rol 3908-2013, Corte de Apelaciones de Santiago.

¹⁴ Como ocurre con la calidad de la educación, conforme al artículo 2, letra d), de la Ley N° 19.496.

aun cuando este grupo de víctimas sea indeterminado y no haya participado del enjuiciamiento ante el TDLC.

2. Elementos de la responsabilidad civil y colusión

Este punto tiene por objeto realizar un análisis detallado de la colusión como una tipificación especial de un acto ilícito que atenta contra la libre competencia, a la luz de los elementos de la responsabilidad civil. Así abordaremos temas de suma relevancia práctica, como lo es la reparación de los daños causados a terceros por parte de los agentes que se coluden.

Es en dicho sentido que las normas que resultan aplicables a la colusión como figura especial, se analizarán al detalle los diversos elementos de la responsabilidad civil a la hora de juzgar si existe o no esta obligación de reparar daños, determinación que requiere ser analizado de manera diversa a un caso de aplicación pura y simple de la legislación común del Título XXXV del Libro IV del Código Civil (artículos 2314 y siguientes), por los especiales componentes que entran en juego.¹⁵

¹⁵ GARCÍA MACHMAR, WILLIAM. 2010. Manual de la Libre Competencia. Santiago de Chile, Thomson Reuters PuntoLex. p. 95.

A forma de prevención cabe aclarar que los casos relevantes, que serán objeto de estudio, son aquellos en que no existe un contrato entre el o los eventuales agentes coludidos y la o las víctimas, por lo que este análisis se realizará prioritariamente en sede de responsabilidad civil extracontractual. Ello es consecuencia de que se debe entender la responsabilidad aquiliana como el régimen de responsabilidad civil general y supletorio toda vez que no requiere la existencia previa de vínculo contractual para que nazca la obligación indemnizatoria.

Si consideramos entonces que la responsabilidad contractual, la cual tiene como requisitos *sine qua non* la existencia de un vínculo contractual previo (además del incumplimiento y la mora, junto a los demás elementos comunes que analizamos más adelante) es excepcional, nos encontramos con que, para determinar si existe responsabilidad contractual derivada de un actuar colusorio de una de las partes, requeriría que exista un contrato entre ambas y determinar si el actuar colusorio de una de ellas configura un incumplimiento contractual, por lo que el estudio tiende a ser mucho más casuístico.

2.1. El hecho imputable

El estudio del hecho imputable como elemento de la responsabilidad civil supone estar dentro del grupo de fuentes de las obligaciones que nacen de un acto ilícito cometido sin intención de obligarse: la obligación de reparar los daños que puedan producir los agentes colusorios se origina a partir de un acto

cometido sin la intención de obligarse a efectuar dicha reparación, hecho que además es calificado como ilícito¹⁶ y que cumple, para poder ser dictada una sentencia condenatoria que obligue a la indemnización correspondiente, con todos los otros elementos que estudiamos en esta parte.

Concretamente, el hecho imputable es la colusión, ilícito definido en el artículo 3° del Decreto Ley N°211, en los siguientes términos: *“la ejecución o celebración, individual o colectivamente, de cualquier hecho, acto o convención” que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*”. Por su parte, en el inciso segundo se contiene una enumeración ejemplar de los hechos, actos o convenciones que se considerará que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia.

2.1.1. Elemento objetivo y elemento subjetivo del hecho

El hecho imputable, en términos genéricos y abstractos, importa el reconocimiento de dos elementos distintos, a saber:

i. Elemento objetivo o material del hecho: Se refiere al comportamiento positivo o negativo, expresado o exteriorizado materialmente¹⁷, del agente responsable del daño. En particular, este elemento se refiere precisamente a la ejecución o celebración, individual o colectivamente, de cualquier hecho, acto o

¹⁶ Sobre la ilicitud de la conducta, en este trabajo será objeto de estudio en sede de culpa. Infra. Punto 2.2. de este mismo Capítulo.

¹⁷ BARROS, Op. Cit. p. 63

convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, según el artículo 3º del Decreto Ley N° 211.

Al respecto, debemos destacar que la norma en comento excluye implícitamente la posibilidad de que exista responsabilidad por omisión.

En efecto, como claramente ha señalado la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la materia, la ley ha tipificado la colusión necesariamente como un actuar, consistente en formar parte de un acuerdo colusorio¹⁸.

Asimismo, de acuerdo al artículo 3º del Decreto Ley N° 211, la colusión tiene como agente a los competidores; en efecto, señala la norma que se considerarán hechos contrarios a la libre competencia los “*acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos (...)*”. Que la ley exija que los acuerdos colusorios deban ser suscritos o alcanzados entre competidores, a pesar de ser algo que se podría desprender indirectamente de los fines que deben tener dichos acuerdos para ser ilícitos¹⁹, demuestra que es un requisito de tal importancia que el legislador ha optado por señalarlo expresamente.

ii. Elemento subjetivo del hecho: La parte subjetiva del hecho dice relación con un actuar libre por parte del agente infractor, y al hecho de poder

¹⁸ Capítulo 3, secciones 2.2.1 y 2.2.2.

¹⁹ A saber, conferir poder de mercado mediante (i) fijación de condiciones de comercialización, (ii) limitación de producción, (iii) asignación de cuotas de mercado, (iv) exclusión de competidores o (v) afectación de resultados en licitaciones.

calificar el hecho dañoso como propio del mismo²⁰, de tal manera que corresponda que se haga cargo de las consecuencias perniciosas que ese actuar puede conllevar para terceros.

En este caso corresponde estudiar una cuestión que toma gran relevancia; nos referimos a la capacidad, que trataremos en detalle a continuación, analizando al detalle la capacidad en las personas jurídicas, principales agentes en materia de libre competencia, tal como nos ha demostrado la práctica.

2.1.2. La capacidad en materia de colusión

En este respecto, tal como hemos señalado, el punto que cobra más importancia abordar es la capacidad de las personas jurídicas, en cuanto son los principales agentes dañosos en materia de perjuicios seguidos de comisión de algún ilícito anticompetitivo. En este punto nos centraremos en las cuestiones relativas a la capacidad propiamente tal, sin perjuicio que esta materia se relacione directamente con otros elementos de la responsabilidad, en particular la culpa organizacional o en la empresa.

Sobre la capacidad de las personas jurídicas, ya lo adelanta el artículo 545 del Código Civil chileno al preceptuar que se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de

²⁰ BARROS, Op. Cit. p. 64.

ser representada judicial y extrajudicialmente. De este modo tenemos que las personas jurídicas, tal y como una persona natural, pueden ser titulares de obligaciones contractuales y extracontractuales²¹. En ese sentido, ante la comisión de delitos o cuasidelitos civiles no se entendería por qué no va a nacer la correspondiente obligación de indemnizar los daños ocasionados, en virtud de las reglas generales en materia de responsabilidad civil.

Otro argumento para lo señalado, fuera de la normativa civil, podemos encontrarlo en el artículo 58 inciso segundo del Código Procesal Penal, en cuanto señala que las personas naturales responden penalmente si hubieran intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecta a la persona jurídica²². Aunque nuestra jurisprudencia ha aceptado esta teoría, ha tendido a dudar porque, dado que las personas jurídicas no actúan por sí, sino que a través de sus órganos de administración o apoderados, en general se podían dar dudas respecto de la participación y de la determinación de las personas naturales que debieran ser declaradas responsables.²³

La cuestión relevante en este punto dice relación no tanto con si acaso las personas jurídicas son susceptibles de ser declaradas responsables por comisión de delitos o cuasidelitos civiles –discusión que ya parece zanjada en

²¹ BARROS, Op. Cit. p. 68.ABELIUK; Op. Cit. p. 243-295 y ss.

²² Similar norma comprendía el artículo 39 del antiguo Código de Procedimiento Penal.

²³ ABELIUK; Op. Cit. p. 295 y 296.

favor de una respuesta positiva²⁴-, sino que con la forma en que se deberá construir el argumento para atribuir responsabilidad civil en contra de aquellas.

En lo que respecta a la capacidad, simplemente nos limitaremos a señalar que la persona jurídica debe actuar a través de sus órganos de administración correspondientes, dependiendo del tipo de persona que se trate, debiendo diferenciarse al efecto si se trata, en primer lugar, de una persona jurídica con o sin fines de lucro, y posteriormente, haciendo la distinción respecto a la especie de que se trata, para determinar, por ejemplo, si la administración le corresponde a un directorio, a los socios en conjunto, o a un apoderado en particular. Habiendo actuado válidamente el representante en nombre y representación de la persona jurídica, con poderes suficientes, al momento ejecutar o celebrar, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, quedan satisfechos los requerimientos para que la persona jurídica pueda ser declarada responsable por un lado por la comisión del ilícito anticompetitivo que corresponda, y luego, en caso que se dé la hipótesis del artículo 30 del Decreto Ley N° 211, podrá ser demandada en sede civil, con ocasión de la comisión por parte de la persona jurídica de ese ilícito, para que se declare en la sede correspondiente como responsables civiles respecto de la obligación de reparar esos daños.

²⁴ En ese sentido, sendos fallos de la Excma. Corte Suprema de fecha 16 de noviembre de 1999 y de la ltma. Corte de Valdivia de 15 de mayo de 2002, confirmado por la Excma. Corte Suprema el 24 de julio de 2003. Véase. en BARROS, Op. Cit. p. 69.

2.2. Elemento subjetivo de la responsabilidad civil.

Si bien todos los elementos de la responsabilidad civil tienen la misma importancia, dado que en estos casos nos enfrentamos a un régimen de responsabilidad por culpa – y no de responsabilidad estricta²⁵-, la culpa, y en general el elemento subjetivo, suele ocupar un lugar privilegiado en los estudios de los juristas. Es, por cierto, el factor de atribución de responsabilidad civil por excelencia, dado que cumple esa función en forma general y supletoria, frente a los sistemas de responsabilidad estricta, los cuales tienen un carácter excepcional justamente porque omiten consideraciones subjetivas respecto al actuar de los agentes. Tratándose de casos de responsabilidad civil derivada de la comisión de ilícitos anticompetitivos no es la excepción, debiéndose aplicar las reglas de la responsabilidad por culpa.

2.2.1. Un concepto de culpa. Tipos de culpa.

La culpa o negligencia ha sido definida entre nosotros como “la inobservancia del cuidado debido en la conducta susceptible de causar daño a otros”²⁶. Asimismo, ha escrito ABELIUK que si bien no hay definición legal de culpa, este concepto se puede desprender de la triple graduación contenida en el artículo 44 de nuestro Código Civil, aun cuando estima que esa graduación no aplica en responsabilidad aquiliana. En definitiva, estima que la culpa es “la

²⁵ Definición de responsabilidad estricta; por qué no se utiliza la distinción “responsabilidad objetiva vs. Responsabilidad subjetiva”.

²⁶ BARROS, Op. Cit. p. 78.

falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho o en el cumplimiento de una obligación²⁷”, siendo el primer caso de nuestro interés pues se trataría de la culpa extracontractual. En el mismo sentido CHABAS la ha definido como “un hecho ilícito subjetivamente imputable a su autor²⁸”.

Por su parte, en el *common law* se ha sostenido que la negligencia o culpa hace alusión a un estándar de conducta, a diferencia de la deliberación, intención, y temeridad que se refieren a estados mentales. Ello debido a que “la negligencia que provoca un daño no es un estado mental, sino más bien consiste en no alcanzar un cierto estándar de conducta.”²⁹ Esta la evolución del concepto de culpa es relevante por cuanto la construcción de la misma, en relación al juicio indemnizatorio que se siga de la comisión de ilícitos anticompetitivos, es típicamente una proyección de este fenómeno del devenir objetivo de la culpa civil.

Con todo, e independiente de la tradición jurídica que se trate, la culpa importa realizar un juicio de valor en relación al actuar del agente dañoso, con tal que nos permita determinar si la conducta en cuestión puede ser calificada o no como ilícita en el caso concreto. Así, al hablar de culpa -en términos generales como un elemento de la responsabilidad civil- requiere abordar esta materia desde dos proyecciones distintas:

²⁷ ABELIUK; Op. Cit. p. 218.

²⁸ CHABAS, François. Cien Años de Responsabilidad Civil en Francia. Flandes Indiano, Santiago de Chile (2009) p. 21.

²⁹ CANE, Peter. Anatomía del Derecho de Daños. Flandes Indiano, Santiago de Chile (2011) pp. 67 y 68.

i. Dolo o culpa intencional: Por un lado, la culpa importa hacer referencia a aquél actuar del agente dañoso que se refleja en una intención positiva de causar el daño a un tercero. Tratándose de la colusión, que la configuración de ilicitud –y consiguiente responsabilidad civil- se pueda construir en base a un actuar doloso es particularmente relevante, como ha señalado una ya asentada posición jurisprudencial³⁰. Cabe agregar que esta calificación de conducta se encuentra tratada en el inciso final del artículo 44 de nuestro Código Civil, en términos tales que se define al dolo como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

ii. Culpa o negligencia: En la mayoría de los casos, sin embargo, el juicio de ilicitud no recaerá sobre una intención positiva de causar daño. Más bien lo normal es que las conductas que acarreen responsabilidad consistan en una infracción no intencionada de deberes generales de cuidado. Así la culpa o negligencia constituye la regla general al momento de atribuir de responsabilidad civil a un sujeto determinado, y la consiguiente obligación de indemnizar los daños provenientes de ese actuar negligente³¹. Veremos que,

³⁰ De hecho, últimamente se ha exigido, para la configuración del tipo del artículo 3º letra a) del D.L. 211, que exista de parte de los agentes colusorios la voluntad de llevar a cabo un acto ilícito como es la colusión. *Infra.* 2.2.2. Capítulo 3.

³¹ BARROS, *Op. Cit.* pp. 75 y ss. Aunque no es materia directa de esta memoria de título, es interesante para los efectos de la discusión sobre el régimen general de responsabilidad civil extracontractual, y entender la posición que sostenemos, la que virtualmente no admite discusión entre nosotros, ver la discusión sostenida a través de sendos artículos publicados por el Centro de Estudios Públicos entre el profesor Enrique Barros y el profesor Carlos Rosenkrantz sobre el régimen general de atribución de responsabilidad civil; mientras Barros sostiene que la culpa es el factor de atribución general, constituyendo por tanto a la responsabilidad por culpa como la regla general en la materia, Rosenkrantz esgrime que tal sitial le pertenece al riesgo, y por tanto a la responsabilidad estricta. Véase: ROSENKRANTZ,

por las evidentes dificultades –principalmente probatorias- que implica la atribución de dolo a un agente dañoso, la construcción de culpa o negligencia, y la posterior calificación como tal del actuar ilícito, adquieren suma importancia.

Dicho esto, es menester hacer presente que, ante la comisión del ilícito anticompetitivo especial que es la colusión, se ha discutido si se requiere dolo o simplemente negligencia por parte del agente para gatillar la obligación de reparar los daños ocasionados mediante la indemnización correspondiente. La jurisprudencia, como ya hemos notado más arriba, se ha inclinado por señalar como requisito para que se configure este ilícito la existencia de dolo por parte de los agentes coludidos³². Por la evidente dificultad para probar el dolo ante el TDLC y en sede civil posteriormente, salvo en casos extremos en que la intervención de los agentes coludidos con otros agentes del mercado es evidente, el que la jurisprudencia exija la existencia de dolo en los términos en que venimos señalando, como una voluntad expresa de llevar a cabo actos ilícitos atentatorios contra la libre competencia, es un problema si lo que se quiere es incentivar la demanda de indemnización de perjuicios.

Por de pronto, podríamos hacer una distinción en cuanto al requerimiento de dolo para la configuración del ilícito de colusión y al elemento volitivo en la

Carlos F., En defensa de la Responsabilidad Estricta. Una revisión crítica del Tratado de Responsabilidad Extracontractual de Enrique Barros Bourie. En: Estudios Públicos, N° 112, pp. 285 y ss. Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile (2008); y BARROS, Enrique. La Responsabilidad Civil como Derecho Privado. En: Estudios Públicos, N° 112, pp. 310 y ss. Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile (2008).

³² Infra. 2.2.2. Capítulo 3.

posterior demanda civil. Pareciera ser que el dolo que se ha exigido por la jurisprudencia en este respecto no es el dolo propio del inciso final del artículo 44 del Código Civil, en cuanto se hace referencia a su existencia por configurarse una intención de incidir en un mercado relevante determinado, en los términos específicos que exige el propio artículo 3º del Decreto Ley N° 211. Dicha intención, desde un análisis abstracto, puede significar o no la intención positiva de inferir injuria a otro.

Surge la posibilidad de construir, a partir de la calificación jurídica que hiciera el TDLC al condenar la comisión de la letra a) del artículo 3º del Decreto Ley N° 211, una infracción a los deberes generales de cuidado establecidos en la ley mencionada, configurando así un caso de culpa infraccional³³, que ante las adversidades probatorias del dolo, se muestra como una razonable solución para la víctima que ha sufrido daños ocasionados por agentes coludidos.

2.2.2. Ilícitud general de la conducta colusoria en sede civil: Culpa infraccional

La culpa infraccional es aquella que nos permite construir la ilicitud del actuar del o los agentes coludidos, en sede de responsabilidad civil, a partir de la infracción de un deber de cuidado establecido en la ley.

³³ BARROS, Op. Cit. pp. 98, 1045; GARCÍA MACHMAR, Op. Cit. p. 95.

Así este tipo de culpa implica una falta de congruencia, violación, no observancia o contravención de deberes de cuidado establecidos por el legislador en normas generalmente obligatorias³⁴. Que el legislador se preocupe de esta tarea, por regla general encomendada al juez, se explica por razones de prevención de daños que potencialmente pueden revestir cierto nivel de gravedad, o bien que tiene alto riesgo de ocurrencia. Es el caso típico de leyes para accidentes del tránsito, normas que regulan daños medioambientales, daños derivados por fallas en las construcciones –en Chile dados muy particularmente por la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones-, regulación de mercado de valores, protección de consumidores y, por cierto, regulaciones atinentes a la libre competencia en los mercados³⁵. De este modo nos encontramos en presencia de normas que presentan fines claramente preventivos³⁶.

Particularmente en materia de libre competencia, vemos una determinación genérica de ilicitud siempre y cuando se quebranten o se dejen de observar aquellos preceptos del Decreto Ley N° 211 que establecen normas de comportamiento que permiten o garantizan la libre competencia en los mercados. Entre esos preceptos por cierto que se encuentra el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, la regla general en cuanto a ilícitos anticompetitivos.

³⁴ BARROS, Op. Cit. pp. 97 y 98.

³⁵ BARROS, Op. Cit. p. 98.

³⁶ BARROS, Op. Cit. pp. 43 y ss.; POSNER (2007) pp. 309.

Pudiendo contar con esta construcción de ilicitud, independiente de la calificación jurídica que el TDLC haga sobre la existencia o no de dolo en el actuar de los agentes coludidos, siempre y cuando dé por establecida la comisión de un ilícito particular -la colusión- se podría realizar un juicio de ilicitud civil, respecto del actuar de los agentes coludidos. La infracción de deberes de cuidado, o en otras palabras la determinación de si existió o no un actuar culpable imputable a los agentes coludidos, no queda entregada al juez civil competente para conocer la acción de indemnización de perjuicios, sino que se genera en parte *ex ante* por el legislador, al determinar en forma más o menos precisa cuáles acciones son contrarias a los deberes de cuidado que deben observar los competidores de un determinado mercado relevante. Por cierto que la determinación de deberes de cuidado realizada por el legislador, y que se refleja en normas con pretensión de aplicación generalmente obligatoria como es el caso del Decreto Ley N° 211, puede ser más o menos detallada. En definitiva, nunca quedará el juez liberado de hacer un ejercicio comparativo entre el actuar hipotético de un agente del mercado que respeta las normas sobre ilícitos competitivos, y el agente de mercado que ha resultado condenado por el TDLC. Esta construcción de ilicitud, como veremos más adelante, será confirmada por el juez civil en base a la calificación jurídica que antes haya hecho el TDLC en su sentencia condenatoria.

Para cerrar, se hace necesario mencionar que la mayor o menor certeza de ser declarado civilmente responsable de los daños derivados de la

participación de un acuerdo colusorio, puede funcionar como un incentivo para decidir someterse a un régimen de delación compensada. En efecto, ello permite conocer de antemano los costos generales que supone asumir el riesgo de ser condenado por colusión y, luego, en sede civil, el riesgo de tener que pagar la respectiva indemnización de perjuicios, versus los costos que importa asumir responsabilidad desde el principio en base al mecanismo de la delación compensada.

2.2.3. Prueba de la culpa

Se ha señalado que por la especialización propia de la materia, dada por implicancia de factores técnico-económicos, la determinación de la culpa como inobservancia de las normas del Decreto Ley N° 211, y específicamente la construcción del ilícito anticompetitivo de la colusión, es una cuestión que queda entregada al TDLC, y que por tanto en el juicio civil correspondiente no habría que probar la misma³⁷. En efecto, “una vez que ha sido establecida una conducta contraria a la libre competencia en la sede jurisdiccional especializada, en el juicio civil no es necesario probar la culpa, sino sólo el daño y la causalidad.”³⁸

2.3. El nexo causal

³⁷ BARROS Op. Cit. p. 1045.

³⁸ *Ibidem*. p. 1047.

El nexo causal se refiere a la exigencia de que exista una relación entre el daño y el hecho que lo provoca. Esta relación debe ser de causa-efecto; esto es, el daño debe ser causado por el hecho dañoso. Es, en definitiva, la forma de imputación de un daño o perjuicio al actuar de un sujeto determinado³⁹. Cabe agregar que este requisito es común a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y dentro de esta última categoría, se aplica tanto a regímenes de responsabilidad civil por culpa como a los regímenes de responsabilidad civil estricta.

2.3.1. Causalidad natural y causalidad normativa

El estudio de la causalidad supone enfrentarse a dos problemas distintos, a saber:

i. Causalidad natural: Determinar si existe un nexo causa-efecto entre el actuar culpable y el daño importa, en primer lugar, *dar fundamento* a la obligación de responder por los daños ocasionados. En este sentido, se exige que el acto del agente sea causa necesaria del daño. En esta sede es que se estudia la teoría de la *condictio sine qua non*⁴⁰.

El test de la *condictio sine qua non* exige que desde un punto de vista lógico, suprimido que sea el acto dañino, también lo sea necesariamente el daño o perjuicio. De esa forma se puede determinar que el acto, hecho u

³⁹ BARROS, Op. Cit. p. 373.

⁴⁰ BARROS; Op. Cit. pp. 376 y ss.; pp. 383 y ss.

omisión es causa necesaria del daño, que es su efecto. Los problemas evidentes a que lleva esta teoría son los que motivan la segunda pregunta sobre causalidad, aquella que se hace en sede objetiva o normativa⁴¹.

ii. Causalidad objetiva o normativa: Como correlato necesario al estudio de la causalidad normativa, o causalidad en sentido estricto, es menester *limitar* los actos, hechos u omisiones que siendo naturalmente causa necesaria del daño, no son objetiva o normativamente imputables a él.

Así, toda norma que establece deberes de cuidado determinados –en nuestro caso particular el artículo 3º letra a) del Decreto Ley N° 211- pretende prevenir un daño⁴². Luego, la constatación del daño que la norma pretende evitar, siempre que sea causado por la infracción de ésta, podrá ser un daño objetivamente imputable a la conducta del agente dañoso⁴³.

2.3.2. Prueba del nexo causal

La prueba del nexo causal representa un punto medio entre la acreditación del actuar culpable de los coludidos y el daño que el acuerdo puede haber producido. Por lo mismo, va a haber una parte de la prueba de la causalidad que necesariamente va a descansar sobre aquellos antecedentes que consten en el proceso seguido ante el TDLC, en que se haya declarado en

⁴¹ **Ibidem.**

⁴² BARROS; Op. Cit. p. 384.

⁴³ Hay más criterios de imputación objetiva. Hacemos referencia solamente al del que se conoce como “fin de la norma” porque es particularmente explicativo y claro en materias en que existe culpa infraccional, según lo que se ha expuesto en esta parte del trabajo.

definitiva la existencia de un actuar atentatorio contra el artículo 3º letra a) del Decreto Ley N° 211. Aplican en este respecto las mismas prevenciones que hemos hecho respecto de la prueba de la culpa: el análisis técnico-económico que se requiere para acreditar el nexo causal no debiera quedar entregado, al menos no en su totalidad, al juicio que pueda hacer un juez de letras no experto.

Por cierto que normalmente no será suficiente la prueba rendida en el proceso seguido ante el TDLC para los efectos de lograr probar plenamente el nexo causal, en los términos que hemos expuesto. En efecto, se deberían ofrecer nuevos antecedentes en el juicio civil, que deberán relacionarse con aquella parte del nexo causal que se deba acreditar desde el punto de vista del daño sufrido por el demandante. Esta prueba normalmente recaerá o tendrá por objeto acreditar en sede civil la existencia de un nexo de causalidad natural entre el acuerdo colusorio y el daño sufrido cuya reparación se está demandando en sede civil⁴⁴.

2.4. El Daño

El daño constituye un requisito común para todo tipo de responsabilidad, tanto en sede contractual como extracontractual, y en este último caso, tanto para regímenes de responsabilidad por culpa como para regímenes de

⁴⁴ BARROS; Op. Cit. p. 416.

responsabilidad estricta. Se puede considerar que el daño es fuente y medida de la obligación de indemnizar que emana de la comisión de delitos y cuasidelitos civiles. Es fuente toda vez que es requisito esencial para que se declare judicialmente la existencia de esta obligación, y es medida porque la magnitud del daño determina el *quantum* de la indemnización⁴⁵.

Justamente en esta segunda manifestación centraremos nuestro análisis. Siendo el daño la medida del *quantum* de la indemnización, se configura como buen mecanismo para determinar de qué forma, y en qué proporción, la responsabilidad civil puede operar como un incentivo a la hora de decidir el agente coludido si se somete a regímenes de clemencia.

Con este objeto es que estudiaremos primeramente un concepto de daño que resulte comprensivo de la función preventiva que puede tener la responsabilidad civil⁴⁶, además de los distintos tipos de daños que pueden resultar relevantes en materia de libre competencia –particularmente en acuerdos colusorios-, para finalizar con una reflexión sobre la relevancia que tiene la consideración de los daños cuya reparación se puede eventualmente ordenar en un juicio civil seguido de una sentencia del TDLC que condene un acuerdo colusorio determinado, al momento de decidir el agente coludido someterse a un régimen de clemencia. Todo esto porque, como ya hemos

⁴⁵ BARROS; Op. Cit. pp. 215 y 216. En el mismo sentido ABELIUK; Op. Cit. pp. 243 y 254.

⁴⁶ POSNER, RICHARD. 2007. El Análisis Económico del Derecho. 2ª Ed. (Español), Fondo de Cultura Económica, México D.F., p. 309; BARROS; Op. Cit. pp. 43 y ss.

mencionado, debido a los diversos problemas que presenta la persecución de los carteles, los mecanismos de clemencia –tales como la delación compensada- han mostrado notable eficacia a la hora de combatir estos acuerdos colusorios. De qué forma se puede dotar de mayor eficiencia a esta herramienta, es lo que estamos tratando de determinar en estas líneas

Por tanto nuestro análisis no se centrará solo en las categorías de daños que entran en juego, sino que también abordaremos cómo la determinación y la evaluación previa del daño influyen en la eficacia de los mecanismos de clemencia y, consecuentemente, facilitan la persecución de los carteles.

2.4.1. Un concepto de daño

Desde un punto de vista histórico, el concepto de daño se lo debemos al derecho común medieval. El derecho romano - como en otras materias-, no reconoció un concepto unitario de daño, sino que más bien recogió distintas situaciones fácticas que se identificarían con distintos tipos de daños⁴⁷. Un concepto más clásico de daño es el que parte de la base de la lesión a un derecho subjetivo, un daño que debe ser, en ese sentido, siempre de carácter estrictamente antijurídico⁴⁸. Hoy en día se ha dejado de lado tal concepción, estando tanto la doctrina como la jurisprudencia por aceptar un concepto de daño que sea comprensivo de las diversas situaciones de hecho en las que se

⁴⁷ BARROS; Op. Cit. p. 219.

⁴⁸ Loc. Cit.

pueden configurar perjuicios sufridos por terceros, derivados de la culpa o dolo de un agente dañoso.

En ese sentido, un concepto más moderno de daño es aquél que se basa en la lesión de un interés jurídico patrimonial o extra patrimonial. Entre nosotros la definición más clásica de daño supone una pérdida o menoscabo en la persona, bienes, o beneficios de carácter patrimonial o extra patrimonial.⁴⁹ Comprende esta idea de daño no solo la lesión a un derecho subjetivo reconocido necesariamente por el derecho positivo, sino que además se busca tutelar mediante este aspecto de la responsabilidad civil cualquier interés siempre que sea legítimo o lícito⁵⁰. Este derecho subjetivo o interés puede ser, además, de carácter patrimonial o extra patrimonial, por lo cual no es necesario que el derecho o interés en sí mismo sea susceptible de valoración pecuniaria, sin perjuicio de la valoración que en ese sentido pueda determinar el juez con el objeto de establecer el *quantum* de una eventual indemnización por la pérdida, menoscabo o afectación que haya sufrido tal derecho o interés.

Para que sea indemnizable, entonces, el daño debe ser cierto, no haber sido indemnizado de forma previa, y debe representar la lesión de un derecho subjetivo o un interés legítimo. Además, se suele señalar que el daño debe ser significativo, excluyendo meras molestias o incomodidades propias de la vida

⁴⁹ En este sentido: BARROS; Op. Cit. pp. 220 y 221; ABELIUK; Op. Cit. p. 244.

⁵⁰ ABELIUK; Op. Cit. p. 248; BARROS; Op. Cit. pp. 222 y ss.

en sociedad, y debe ser personal⁵¹. A la exigencia de que el daño sea personal, los daños difusos oponen una excepción, como ya veremos.

2.4.2 Daños civiles y otros daños

Entrando de lleno a materias propias de la libre competencia, debemos señalar que los daños de carácter civil que podrán ser objeto de un juicio de responsabilidad civil en los términos que venimos exponiendo, son solamente uno de los tantos daños que –en general- se pueden observar por la comisión de ilícitos anticompetitivos.

Sobre este punto cabe señalar que, además del daño civil, entra en juego en esta materia el daño provocado a la competencia. Si bien dicho daño no será necesariamente objeto de indemnización en el juicio civil, sí será parte de las evaluaciones generales que los miembros del cartel harán sobre los eventuales costos de la cartelización, y por ende influirá en sus posteriores decisiones de someterse o no a un régimen de clemencia. Y es que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la gravedad de la falta, y la calidad de reincidente de un determinado agente coludido, por ejemplo, son factores determinantes para la definición del *quantum* de las eventuales multas con que se sancione a los miembros del cartel, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 26 letra c) del Decreto Ley N° 211 –multas que, por cierto, en el caso de

⁵¹ ABELIUK; Op. Cit. pp. 244 y ss.; BARROS; Op. Cit. pp. 222 y ss.

la colusión pueden llegar a las 30.000 Unidades Tributarias Anuales⁵²-, por lo cual constituye un elemento de peso a considerar.

Cabe señalar que si bien las multas que aplica el TDLC – siguiendo los parámetros establecidos en la ley- constituyen un indicador bastante cercano de los daños que se radican en el mercado o a la libre competencia, en ningún caso es un indicador de daños civiles que pueden radicarse en los demás competidores, o incluso en los consumidores. Es justamente esta la razón por la cual, desde un punto de vista doctrinal, requieren ser analizados desde parámetros distintos, en cuanto ambas categorías afectan a diferentes sujetos pasivos.

Hacemos esta precisión ya que más adelante analizaremos la importancia que puede tener la consideración de los daños en general al momento de discernir un agente si se somete a un régimen de clemencia. Así sostendremos que el análisis económico –costo/beneficio- que hacen los agentes coludidos no solo se base en los daños civiles y en el régimen de responsabilidad civil que eventualmente podría resultar aplicable a su caso en particular sino que es mucho más amplio, reconociendo dentro de uno de los tantos factores a considerar el monto de indemnización por daños civiles que eventualmente se puede ver obligado a pagar a un tercero –competidor o consumidor, o grupo de consumidores, por ejemplo-.

⁵² Para el año 2013, el valor de la UTA alcanza los \$489.264.- Luego, las multas en casos de colusión pueden llegar a ascender, a ese valor, a más de \$14.600 MM.

Dicho esto, veremos a continuación qué tipo de daños civiles derivan de la comisión del ilícito de colusión. Para estos efectos, nos centraremos en los daños civiles de carácter patrimonial, que son los que típicamente demandarán dos tipos de sujetos activos diversos: competidores que fueron excluidos del acuerdo colusorio, y consumidores que sufrieron perjuicios por la manipulación ilícita del mercado relevante particular de que se trata. Esta categorización se basa en una distinción que tendremos en cuenta en el próximo capítulo de este trabajo, al analizar el daño como elemento de incentivo para decidir someterse a un régimen de clemencia. Tal como se ha reconocido en el derecho comunitario de la competencia, la existencia y condena de un cartel significa un reconocimiento tácito de la existencia de perjudicados, aunque éstos pueden ser de diversas clases, sufriendo diversos tipos de daños y, obviamente, siendo de diversa extensión el perjuicio sufrido⁵³.

2.4.3. Tipos de daño en casos de colusión

Sobre la base de distinguir entre daños patrimoniales y daños extra patrimoniales o daño moral, debemos señalar que siendo ésta la más básica distinción en la materia, solamente nos ocuparemos aquí de daños patrimoniales. Esto se debe a que es la reparación de dichos perjuicios la que perseguirán principalmente los afectados por una colusión. Es de difícil

⁵³ GOMEZ TRINIDAD, SILVIA. 2014 Aproximación a la Propuesta de Directiva sobre daños y perjuicios por infracciones de la competencia en la Unión Europea. En: Boletín Latinoamericano de Competencia. Nº 35-extra, Unión Europea, Abril 2014.

configuración, al menos, una hipótesis en que se pudiera considerar viable que se ordene la reparación del daño moral causado por un acuerdo colusorio⁵⁴. Además, dada la dificultad de la determinación del daño moral, éste no representa un buen parámetro para medir la eficacia del eventual incentivo que representaría una regulación más detallada de la determinación de daños para decidir someterse a regímenes de clemencia como la delación compensada⁵⁵.

i. Daño puramente patrimonial: Los casos más típicos de daño patrimonial son corporales, esto es, aquellos perjuicios que recaen sobre una cosa corporal determinada, o se siguen directamente de ese perjuicio. Es el caso típico de un accidente automovilístico, en que los daños que sufre el dueño de un automóvil estarán dados, por ejemplo, por los costos de reparación del vehículo, por el menor costo del mismo bien en el mercado, por los eventuales gastos médicos, por la pérdida de ingresos provocada por el tiempo que pase hospitalizado, etc. Pero típicamente no serán estos los daños relevantes en el estudio de casos de colusión.

Son daños puramente patrimoniales “los que se expresan en pérdida de dinero o disminución de un valor patrimonial expresado en dinero, sin la

⁵⁴ Véase: Pavcevic y otros con Lan Chile y otros, rol ingreso Excma. Corte Suprema N° 5835/2004 es decidir al respecto, al confirmar la sentencia de alzada que desechó la indemnización por daño moral que solicitaban los actores, seguido de ilícitos anticompetitivos, aunque en base a una sentencia condenatoria en el sistema antiguo.

⁵⁵ Esto sin perjuicio del fin punitivo que ven algunos en el daño moral, por las mismas razones aquí expuestas, sirviendo de esa forma como un buen mecanismo de incentivo al cumplimiento de deberes de cuidado determinados, o si se quiere, como un buen mecanismo para evitar los daños derivados de conductas determinadas. BARROS; Op. Cit. pp. 43 y ss.; POSNER (2007) pp. 309 y ss.

mediación de un daño a las cosas corporales o a la integridad física o moral de la víctima.”⁵⁶

Típicamente será de esta especie el daño que se siga de acuerdos colusorios, que normalmente se radican en los demás competidores directos de un mismo mercado. Por su parte, los daños radicados en los consumidores - dentro del mercado relevante en el que se ha perfeccionado el acuerdo colusorio- también serán normalmente de esta categoría de daños, aunque por un tema de orden de la exposición serán tratados en particular más adelante como daños difusos, por las características propias que presenta el juicio indemnizatorio que persiga la reparación de daños como aquellos de los que hablamos en este último caso.

Si bien la reparación de los daños puramente patrimoniales ha encontrado cierta resistencia en nuestro derecho, toda vez que se ha estimado que sus límites serían de difícil determinación, es posible que a través de los requisitos exigidos en sede de causalidad –natural y normativa- y en sede de daño, tal limitación no represente mayores problemas; no, al menos, más que los que presenta cualquier reparación que no se base en pérdidas corporales⁵⁷.

⁵⁶ BARROS; Op. Cit. p. 283.

⁵⁷ BARROS; Op. Cit. pp. 284 y ss.

ii. Daño emergente y lucro cesante: El daño emergente es el “empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio de una persona”⁵⁸, y el lucro cesante es la “utilidad que deja de percibirse”⁵⁹. Representan estas dos categorías los ejemplos clásicos de daños patrimoniales. En parte, tal importancia se da porque su reparación se encuentra expresamente reconocida en sede de responsabilidad contractual, en virtud de lo previsto en el artículo 1556 del Código Civil. Hoy en día tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en cuanto a que su reparación no solamente se limita a la responsabilidad contractual, sino que también procede en materia de responsabilidad extracontractual, dado que esta categoría de daños forma parte de los daños en general, y a cuya reparación se verá obligado el agente dañoso que por culpa o dolo haya ocasionado tales perjuicios, en virtud de las reglas contenidas en los artículos 2284, 2314 y 2329 del Código Civil.

Ambos daños, al ser de carácter patrimoniales, se determinan en concreto, y sin que se pueda recurrir a una mera diferencia patrimonial como prueba del perjuicio.⁶⁰

La más moderna doctrina respecto de este punto, ha reconocido que los daños patrimoniales en general -el daño emergente y el lucro cesante- pueden

⁵⁸ ABELIUK; Op. Cit. p. 248

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ BARROS; Op. Cit. pp. 258 y 259. Se entiende que el artículo 1559 del Código Civil, al regular los daños patrimoniales que se sigan por el incumplimiento de una obligación de pagar una suma de dinero, al determinar el perjuicio según los intereses corrientes que se hubieran devengado. Siendo este un caso de responsabilidad contractual, no es relevante para los casos que tratamos en este trabajo, aunque es importante tenerlo en cuenta.

tener su fuente en daños corporales, daños a las personas, y daños patrimoniales puros. Es en ese sentido que en materias de libre competencia, toda vez que hipótesis de hecho en las que se dañe directamente a una cosa o a una persona son virtualmente imposibles de constatar, lo que corresponderá será calificar un perjuicio determinado como un daño emergente puramente patrimonial o un lucro cesante puramente patrimonial⁶¹.

En el caso del daño emergente puramente patrimonial, se deberá acreditar que la víctima se ha empobrecido por el acto del agente coludido. Será este un caso que más típicamente se verá en daños alegados por consumidores. Por el otro lado, los daños que aleguen competidores de los agentes coludidos tendrán una naturaleza más cercana al lucro cesante, toda vez que la alegación típica será la reparación de perjuicios ocasionados por ingresos no percibidos por causa del acuerdo colusorio, por ejemplo por distribución de cuotas de producción o por aumento ilícito de participación de mercado por parte de los miembros del cartel.

iii. Pérdida de una oportunidad: La pérdida de una oportunidad es una categoría de daño o perjuicio nacida en el derecho francés, a partir de un fallo de la *Chambre des requêtes de la Cour de Cassation française* de 26 de mayo de 1932, por culpa en el actuar de un notario⁶². Esta categoría muy particular de

⁶¹ BARROS; Op. Cit. pp. 260 y 261.

⁶² CHABAS, François. 2009. Cien años de Responsabilidad Civil en Francia. Flandes Indiano, Santiago de Chile. p. 76.

daño tiene como premisa el que un interés determinado está en juego, y éste se pierde mediante un acto culposo del agente. El punto es que no existirá – porque es lógicamente imposible la prueba en ese sentido- completa certeza de que el hecho del agente dañoso sea causa necesaria del daño; el interés en juego es aleatorio, “existían solamente oportunidades de obtenerlo”⁶³. El perjuicio está dado entonces, si y solo si existe un acto culposo del agente, por el valor del interés por el porcentaje de oportunidades que se perdieron por el hecho del agente.

Típicamente este tipo de daños se ha alegado en materias de libre competencia por la posibilidad que se perdió, por causa del el actuar culposo de el o los agentes que incurren en un acuerdo colusorio, de entrar a un determinado mercado⁶⁴, o por la oportunidad que se perdió de tener una participación de mercado tal que permitiera alcanzar un nivel de beneficios establecido, dependiendo del mercado relevante de que se trate.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, la verdad es que la pérdida de una oportunidad ha sido reconocida como un perjuicio autónomo en casos muy aislados, relacionados con responsabilidad médica en general. Es relevante hacer presente que por todo lo que se ha mencionado, la pérdida de una oportunidad no es un daño equivalente ni comparable al lucro cesante.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Sección 4, capítulo 3.

iv. Daños difusos: Son difusos los daños que “afectan indiferenciadamente a un número indeterminado de personas”⁶⁵, siendo el caso típico, en materia de libre competencia y otras análogas, el de los consumidores que sufren perjuicios que en su cuantía marginal son poco relevantes, pero que tomados en su conjunto, dependiendo de la significación del mercado relevante de que se trate, pueden llegar a representar indemnizaciones millonarias. Los incentivos en estos casos están en contra de intentar acciones individuales para conseguir la reparación de los daños marginales, principalmente por los altos costos marginales que supone iniciar acciones legales por parte de un solo consumidor contra un gran agente de mercado –por ejemplo, una cadena de farmacias-. Los correctivos que el derecho ha desarrollado para esta situación suponen el advenimiento del concepto de daños colectivos, cuya representación se entrega por ley a asociaciones de víctimas, como es el caso de consumidores –SERNAC y CONADECUS, por ejemplo-. Además, el derecho norteamericano ha visto el desarrollo de las acciones populares (*class action*), que son aquellas que suponen la existencia de incentivos para que las víctimas acciones personalmente contra los agentes dañosos, en protección de sus intereses, pero con mecanismos tales que hagan más eficiente la tutela de ese derecho en el juicio de responsabilidad civil.

En Chile, tratándose de consumidores, como veremos en detalle más adelante, la ley ha entregado a las organizaciones para la defensa de los

⁶⁵ BARROS; Op. Cit. p. 242.

derechos de los consumidores, la representación de intereses difusos o colectivos de consumidores, aunque no hayan mandatado a personas específicas, en virtud del artículo 8º letra e) de la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de derechos de los consumidores. Aunque las relaciones de consumo parten de la base de la existencia de un nexo contractual⁶⁶, la práctica ha demostrado que la interpretación de la norma en comento por parte de las organizaciones que representan a los consumidores ha ido más allá, y ha defendido, de hecho, estos intereses difusos en juicios civiles seguidos de una sentencia del TDLC que condena ilícitos anticompetitivos como ya señalamos.⁶⁷ Será éste, entonces, un daño que los miembros de un cartel eventualmente tendrían que tomar en cuenta al momento de decidir si se someten a un régimen de clemencia como el de la delación compensada, por las posibilidades que existen de que, luego de una sentencia

⁶⁶ Al respecto debe señalarse que la protección de los derechos del consumidor tiene una regulación particular en nuestro sistema, a través de la Ley N° 19.496. Dicha normativa establece en su artículo 1º, N° 1, que consumidores son “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores”. Si bien dicha redacción pareciera entender que, para encontrarnos frente a un consumidor se requiere que aquel tenga una relación jurídica onerosa (generalmente de carácter contractual) con un proveedor, la doctrina ha señalado que no solo se limita a dichos casos la aplicación de la normativa en referencia. Más bien se ha sostenido que, para ser procedente la aplicación de la Ley N° 19.496, se requiere que exista una relación de consumo entre un proveedor y un consumidor, no siendo requisito una relación contractual previa. Así, por ejemplo, se ha considerado consumidor aquella persona que aparca su vehículo en un estacionamiento de un establecimiento comercial, y luego sufre daños en su vehículo, aun cuando no pague por dicho estacionamiento y no haya realizado aún alguna compra en el establecimiento comercial propietario del estacionamiento.

⁶⁷ Sección 1.2.2. Capítulo 1.

condenatoria del TDLC, se siga un juicio civil que pretenda la reparación de tal daño difuso, representando estas indemnizaciones montos considerables.

3. Otros regímenes de responsabilidad que acarrear los acuerdos de colusión

Una vez que hemos establecido los requisitos particulares que deben concurrir en la acción civil de indemnización de perjuicios, y los daños civiles particulares a los cuales puede verse expuesto a indemnizar el agente dañoso que participa de una colusión, importa hacer referencia a que otras responsabilidades – fuera del ámbito civil- pueden configurar un acuerdo ilícito de competidores.

En este sentido se ha sostenido que la colusión, entendida como un ilícito de carácter económico, es de las figuras más nocivas en materia de Libre Competencia, no sólo por los daños que puede producir a los demás competidores y agentes del mercado, sino también por los graves efectos que puede acarrear a los consumidores, por lo cual podría acarrear otras responsabilidades. Con todo, los efectos negativos particulares muchas veces dependerán del mercado al cual afecte la conducta anticompetitiva. Así existe una amplia gama de responsabilidades que eventualmente podrían configurarse, en atención tanto a las víctimas como a los mercados afectados.

Pese a ello, limitaremos nuestro análisis a aquellos ámbitos que consideramos de mayor importancia.

3.1. Responsabilidad por infracción a la normativa del Derecho de la Competencia

Al hablar de la colusión la primera normativa que se viene a la mente es la referida a la protección de la competencia. Se ha señalado que el Derecho de la Competencia es aquella rama “del derecho de los agentes económicos, de conformidad a los principios y normas de orden público económico, para participar en mercados de bienes y servicios que presenten situaciones de plena y real existencia de una concurrencia competencial económica, exenta de cualquier arbitrio, que tienda a impedirla, eliminarla, restringirla o entorpecerla, y que aseguren el interés público de mantenimiento de una economía eficiente”⁶⁸. En nuestro ordenamiento tiene su regulación particular en el Decreto Ley N° 211, el cual tiene por finalidad promover y defender la libre competencia en los mercados, estableciéndose a la libre competencia como un bien jurídico merecedor de una tutela especial. Se le encomienda a la FNE, como órgano de la administración, velar por la vigencia y aplicación efectiva de esta normativa, y

⁶⁸ MANUEL ASTUDILLO. 1999. Curso de derecho económico: Legislación Económica. (colección de guías de clases n°4) Tomo I Universidad central de Chile. Facultad de ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. pp. 83-84.

por su parte el TDLC es el órgano judicial que conoce de los conflictos que se promuevan.

Respecto a la materia particular que nos interesa, debe señalarse que el artículo 3º, letra a), del Decreto Ley N° 211 considera contrarios a la libre competencia “Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”. En dicha redacción se encontraría tipificada la conducta de colusión o cartel, estableciéndose como un acuerdo ilícito entre competidores. La razón por la cual se consideran ilícitos estos acuerdos es que, desde el punto de vista económico, las empresas llegan conjuntamente a “una producción total equivalente a la de un monopolista (o una empresa con poder de mercado) y obtienen un beneficio extraordinario que se reparten entre los distintos operadores en función de sus producciones”⁶⁹. Por tanto, al igual que los monopolios, existe un riesgo inminente que se produzca un daño a la competencia, y es aquello lo que se sanciona una vez determinada la

⁶⁹ JIMÉNEZ, FERNANDO. 2004. La persecución de los cárteles: La política de clemencia. En: PRIMER SEMINARIO DE DERECHO Y ECONOMÍA DE LA COMPETENCIA: 30 de noviembre de 2004. NERA ECONOMIC CONSULTING, Madrid. p. 21. En el mismo sentido: VALDÉS, DOMINGO. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp. 516-541.; WITKER, JORGE. 2000. Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica. p 110.

responsabilidad por estas conductas. Con todo, respecto a los elementos concretos que configuran la colusión, ha existido una evolución en nuestra jurisprudencia, tal como veremos en su oportunidad al analizar las sentencias del TDLC y la CS en la materia⁷⁰.

Cualquiera sea la conducta anticompetitiva en que se incurra, las sanciones que pueden imponerse están establecidas en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211, contemplándose desde la modificación o resolución de actos jurídicos, tales como contratos o acuerdos, hasta la imposición de multas. Tratándose de la multa en particular –sanción más frecuente para las colusiones- ésta no tiene un fin retributivo, no persigue reparar el daño a la competencia en principio, sino que más bien tiene una finalidad disuasiva, para que los demás agentes del mercado no incurran en estas conductas.

Cabe reiterar que la colusión no sólo afecta a la libre competencia, ya que también puede generar daños a los consumidores, y a los demás competidores que no forman parte del acuerdo, dado que los agentes cartelizados actuarán en bloque, fijando el precio de los bienes y/o servicios, produciéndose en la práctica un abuso de posición dominante realizada por un conjunto de agentes⁷¹. Con todo, ni competidores ni consumidores serán

⁷⁰ Infra. 2.2. del Capítulo III.

⁷¹ Cabe hacer presente que la conducta de abuso de poder dominante, en cuanto ilícito contra la normativa de la libre competencia, no exige que necesariamente sea realizada por un agente económico, sino que puede ser cometido por dos o más. Así, el artículo 3°, letra b), del DL N° 211 establece que “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de

reparados en esta sede, sino que deberán ejercer una acción civil indemnizatoria ante los tribunales civiles, conforme se ha señalado, para obtener el resarcimiento de sus daños.

3.2. Responsabilidad penal

La modificación del Decreto Ley N° 211 del año 2005 eliminó la posibilidad de solicitar una pena privativa de libertad en contra de sus infractores, a diferencia de la versión original del año 1973⁷². Con todo, se mantiene la posibilidad de sancionar al infractor de dicha normativa mediante la imposición de una multa. Existe discusión en nuestra doctrina respecto a la naturaleza jurídica de estas multas, ya que mientras algunos sostienen que reviste el carácter de multa penal propiamente tal, para otro sector dichas multas pertenecen al ámbito del derecho administrativo sancionador, y por tanto serían de menor entidad⁷³. Si bien este problema se enmarca dentro de la discusión general sobre la naturaleza jurídica de la normativa del Decreto Ley N° 211, debe recalcar nuevamente que dichas multas tienen un carácter disuasivo.

ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

⁷² El artículo 1° del Decreto Ley N° 211 disponía 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”. Véase WITKER; Op. Cit. p.149.

⁷³ Véase VALDÉS; Op. Cit. pp. 216-232.

Aun cuando se estime que las multas contempladas en el actual Decreto Ley N° 211 no son de carácter penal, las conductas de colusión podrían acarrear responsabilidad penal. En particular se ha discutido la vigencia de ciertas disposiciones del Código Penal, y que podrían resultar aplicables a las colusiones. Nos referimos a los artículos 285 y 286 del Código Penal, que se tipifican como delito quienes alteran los precios mediante medios fraudulentos⁷⁴.

La discusión en primer orden se centra en la vigencia de dichos artículos, ya que para un sector, al haberse regulado la colusión en el Decreto Ley N° 211, esta norma habría derogado tácitamente las disposiciones de los artículos 285 y 286 del Código Penal. Por el contrario, se ha sostenido que la normativa del Código Penal constituye un tipo genérico de atentado contra la libre competencia, caracterizado por el empleo de “medios fraudulentos”, término cuyo sentido y alcance se identificaría con la utilización de medios ilícitos y, por tanto, se encontraría vigente. Otro sector sostiene que, aun cuando estimáramos vigentes las disposiciones del Código Penal, este tipo no solo requiere que el autor se valga de medios ilícitos, sino que además debe existir

⁷⁴ El artículo 285 del Código Penal señala que “Los que por medios fraudulentos consiguieran alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”. Por su parte el artículo 286 del Código Penal dispone “Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos y otros objetos de primera necesidad, además de las penas que en él se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto del fraude”.

un engaño⁷⁵. Con todo, se ha señalado en contrario que esta exigencia sólo resultaría aplicable a los acuerdos de colusión de precios abiertos, pero no a los acuerdos de colusión de precios secretos, los cuales suelen ser la regla general en la materia⁷⁶.

3.3. Responsabilidad por infracción a las normas de Derecho del Consumidor

El Derecho del Consumidor surge por la necesidad de otorgar una protección especial a las personas frente a los abusos cometidos por los proveedores, en el ámbito del consumo. La colusión, al constituir un acuerdo entre agentes del mercado, puede acarrear efectos negativos para los consumidores, toda vez que estos agentes del mercado normalmente tienen el carácter de proveedores. Así, frente a una colusión, es posible que los consumidores puedan verse expuestos a precios de bienes y/o servicios más elevados respecto a los que existirían sin el acuerdo entre sus proveedores, dado que aquellos no tendrán incentivos para competir entre sí⁷⁷.

⁷⁵ Véase MATUS, JEAN PIERRE. 2012. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. *Revista Política Criminal* 7(14): 318-356.

⁷⁶ HERNÁNDEZ, HÉCTOR. 2012. La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. *Revista de Política Criminal* 7(13). p. 154.

⁷⁷ En este mismo sentido, el TDLC ha señalado que “hoy son pocas las opiniones que disputan que la misión principal del derecho de la competencia es proteger, en definitiva, el bienestar del consumidor, mediante el resguardo del proceso competitivo en los mercados”. Sentencia 133 TDLC, ROL C 224-11.

En particular, nuestro ordenamiento jurídico materializa esta protección especial por medio de la Ley N° 19.496, que establece las normas sobre los Derechos de los Consumidores, regulando una serie de deberes y derechos de estas personas⁷⁸. Dichos derechos buscan proteger - dentro de otros fines- la sinceridad y transparencia del tráfico, lo cual claramente se vería afectado por un acuerdo de proveedores, ya que en tal situación podría afectarse la libre elección de los consumidores de bienes y servicios y, por tanto, podría dar a lugar a una persecución y sanción bajo esta normativa⁷⁹.

Asimismo, la normativa en comento establece procedimientos especiales para permitir a los consumidores obtener una reparación oportuna ante la infracción de sus derechos, siendo relevante la regulación de un procedimiento colectivo. Dado que normalmente resulta difícil determinar qué personas resultan perjudicadas por las conductas que afectan a un grupo indeterminado de consumidores – como una colusión-, el artículo 50 de la misma ley permite que se inicie un procedimiento colectivo en defensa del interés difuso de consumidores⁸⁰, el cual podrían tener tanto fines indemnizatorios como sancionatorios, mediante la imposición de multas.

De todas formas no debe perderse de vista que, pese a que existe normativa especial para la protección de los consumidores en sus relaciones

⁷⁸ Artículo 3, Ley N° 19.496.

⁷⁹ Véase VALDÉS; Op. Cit. pp. 147-149.

⁸⁰ En este caso resulta interesante analizar lo que ha sucedido con el procedimiento colectivo iniciado por el SERNAC en contra de Cruz Verde S.A., Salcobrand S.A. y Farmacias Ahumada S.A, ante el 10° Juzgado de Civil de Santiago, RIT C-1940-2013.

con proveedores, nos encontramos dentro del ámbito del Derecho Civil, por lo cual sus reglas, especialmente lo relativo a responsabilidad, resultan plenamente aplicables.

CAPÍTULO SEGUNDO: PROGRAMAS DE CLEMENCIA, COMO HERRAMIENTA PARA LA PERSECUCIÓN DE CARTELES

Existe consenso en que los carteles resultan ser figuras bastante complejas de detectar y perseguir por parte de las agencias estatales de protección de la competencia, dada su configuración interna, la cual supone normalmente un acuerdo secreto entre distintos competidores, mediante el cual buscan fijar precios, distribuir cuotas de mercado, entre otras finalidades. De este modo las herramientas tradicionales de persecución resultan insuficientes, por la dificultad que significa acceder al contenido de dichos acuerdos secretos, y es por ello que las legislaciones de distintos países - especialmente en las dos últimas décadas⁸¹ - han buscado dotar a sus órganos persecutores de mejores herramientas para la persecución de estos ilícitos económicos.

Entre dichas herramientas se contemplan los programas de clemencia, mediante los cuales se persigue que algún partícipe del cartel colabore con la agencia estatal, otorgando elementos probatorios útiles que permitan acreditar

⁸¹ En dicha dirección se encuentra el establecimiento del *Leniency Program* (1978) de E.E.U.U.; *Leniency Program* (1991) de Canadá; Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (1996) de la Unión Europea; *Policy on Leniency* (1998) de Reino Unido; Delación compensada (2009) de Chile, entre otros. Redefiniendo los incentivos de la colusión: El Programa de Clemencia. Por Joan-Ramon Borrell “et al” [en línea] <http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/Borrell_Jimenez_Ordenez_Leniency_CNC.pdf>[consulta: 27 noviembre 2014] p. 1-4.

la conducta colusoria y, por ende, llegar a una sanción de la misma. Para lograr su objetivo, y obtener la colaboración del partícipe del cártel, estos mecanismos otorgan distintos incentivos a aquél, los cuales pueden ir desde la rebaja de las multas esperables, hasta el otorgamiento de recompensas a quienes colaboren con la agencia estatal⁸². De este modo, estos mecanismos buscan romper la estabilidad de los cárteles creando desconfianza entre los miembros del mismo, dado que en cualquier momento alguno de ellos podría dejar la cartelización para efectos de acogerse a los beneficios otorgados por el legislador, y colaborar con la persecución de la organización ilícita de la cual participa.

Dado que los programas de clemencia pueden implicar distintos beneficios y requerir distintos niveles de cooperación por parte del delator, conforme a la configuración particular que se le dé en cada legislación, el partícipe del cártel que pretenda acogerse a dichos programas analizará una serie de elementos para determinar si, desde un punto de vista económico, resulta atractivo para aquél delatar a los demás partícipes de la colusión.

⁸² En este sentido nos parece acertada la definición de “programa de clemencia” dada por el artículo 4 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2013, relativo a las normas que rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del derecho de la competencia, en cuanto señala que constituye “todo programa según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas en el cártel, coopera con la investigación de la autoridad de competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que conozca del cártel y su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe la dispensa del pago de cualquier multa que deba imponerse al cártel o la reducción de la misma”. Con todo, debe señalarse que dicha definición restringiría la aplicación de estos programas a un “cartel secreto”, ya que si nos encontráramos ante un “cartel público” no se presentaría en principio las dificultades probatorias que a través de este mecanismo se busca superar.

Tanto la eventual multa esperable como la responsabilidad civil por la cual deberá responder el delator del cartel, y en particular los daños patrimoniales que eventualmente deberá resarcir, constituyen algunos de los factores principales a considerar. Por tanto, la cuantía y extensión del beneficio que se le otorgue en razón de dichos elementos resultan de suma importancia, ya que si éste no resulta lo suficientemente atractivo existirá una baja adhesión a estos programas, redundando en una baja eficiencia en la persecución de las colusiones.

Con todo, y de acuerdo al ordenamiento en particular en que nos encontremos, la responsabilidad civil y las multas no son el único elemento que se tomará en consideración, sino que también pueden cobrar importancia las penas privativas de libertad que se establecen en otros sistemas, o incluso recompensas personales que puedan establecerse a quien otorga información, como ocurre en Corea del Sur⁸³. Por ello, para un correcto análisis de la materia, importa hacer una distinción entre los distintos elementos que entran en juego a la hora de construir un determinado programa de clemencia, para luego ver como éstos han sido recogidos por las distintas legislaciones al construir sus programas particulares. En el mismo sentido se analizarán las limitaciones que presentan los distintos mecanismos, así como el rol particular

⁸³ Véase GONZÁLEZ, ALDO. 2006. Fundamentos de los programas de Delación Compensada para la persecución de carteles. [en línea] Documento de Trabajo del Departamento de Economía de la Universidad de Chile N° 218, octubre de 2006. <<http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/aa591802-ac25-4b3f-aae4-43699d17e676.pdf> > [consulta: 27 noviembre 2014] pp. 19-20.

que juega la responsabilidad civil como incentivo para someterse al programa de clemencia correspondiente.

1. Elementos para el diseño de un programa de clemencia

Al momento de construir un programa de clemencia deben tomarse en cuenta distintos factores que pueden determinar la eficacia de los mismos, con el objeto de que resulten suficientemente atractivos para que los partícipes del cartel acepten el riesgo de confesar que han cometido una conducta ilícita, teniendo en consideración que dicha finalidad debe sopesarse con el interés social que existe en la persecución de las conductas contra la competencia, y la reparación efectiva del daño ocasionado con las mismas. En este punto buscaremos analizar en particular cada uno de estos elementos, y de qué manera pueden influir en una mayor o menor efectividad del programa de clemencia.

1.1. Magnitud del beneficio

Un primer elemento a considerar es la magnitud del beneficio que va a recibir aquel partícipe del cartel que decida colaborar con los órganos de persecución. En general los beneficios pueden ser de dos tipos: exención total o parcial de multas y/o responsabilidades, y por otra parte otorgar recompensas a quienes colaboren con la persecución de los carteles.

Respecto a la exención, ésta podría recaer sobre todo o parte de las multas esperables por la comisión de una conducta atentatoria contra la libre competencia. Para aquellos sistemas que contemplan penas privativas de libertad, también podría concebirse como incentivo la constitución de una eximente de responsabilidad penal para el delator, o inclusive llegar a excluir o limitar su responsabilidad civil de resarcimiento a las víctimas. La exención de multa implica que el estado renuncia a perseguir una suma de dinero que se le impondría al partícipe del cartel que colaboró con la investigación de dicho ilícito, pese a que efectivamente provoque un daño a la competencia. Cabe recordar que estas multas buscan la persuasión de los agentes de mercados, para que no se cartelicen, a riesgo de tener que soportar dicha carga pecuniaria, y no la reparación de las víctimas. Por tanto este incentivo – exención de multa - en nada afectaría la pretensión de los demás competidores (no cartelizados) y consumidores a recibir una compensación por los perjuicios que les acarrea el cartel, puesto que en estos casos las legislaciones aseguran que puedan perseguir dicho resarcimiento por medio de la normativa civil.

Tratándose de la eximición de responsabilidades, debemos distinguir si ésta se produce en sede civil o penal. La exención de responsabilidad penal en principio sólo tiene sentido en aquellos países en que justamente establecen penas privativas de libertad a las conductas contra la competencia; así, se puede ofrecer al partícipe del cartel que colabora, que no recibirá una pena

corporal. En cualquiera de los casos, esta opción tampoco afecta al interés de los perjudicados del cartel en recibir una reparación efectiva.

En cambio la exención de responsabilidad civil resulta una alternativa mucho más compleja, ya que se estaría disponiendo de las justas pretensiones de los terceros, que se vieron afectados por el acuerdo ilícito, a que se le indemnice el daño sufrido por el autor de dicho daño. Cabe señalar que muchas legislaciones establecen responsabilidad civil solidaria por los perjuicios derivados de las conductas colusorias, de modo tal que el beneficio civil podría consistir en no hacer deudor solidario al delator del cártel, debiendo éste responder solo por los daños efectivamente ocasionados a sus víctimas directas. Por su parte, en aquellos países que se contemplan daños punitivos por las conductas contrarias a la competencia, el beneficio puede consistir en limitar la responsabilidad civil del colaborador a la indemnización de los daños compensatorios. Así, desde una perspectiva civil, el beneficio no solo se limita a la exención total de responsabilidad civil, existiendo un abanico de posibilidades.

Respecto al otorgamiento de incentivos, dicha opción también resulta del todo conflictiva desde un punto de vista social, ya que implicaría otorgar directamente un pago monetario, a cargo de los fondos públicos, a quien comete un ilícito de carácter económico. Con todo aquí podría hacerse una distinción respecto a quién se le otorga la recompensa, ya que no

necesariamente debe ser otorgada a la empresa cartelizada - es decir a una persona jurídica- , sino que también podría establecerse en beneficio de aquel empleado - persona natural - que dentro de una empresa otorgue información útil para la persecución del cartel, con lo cual se introduce un factor de inestabilidad adicional⁸⁴.

Sea cual sea el beneficio que otorgue el programa en particular, debe tenerse presente que aquél tendrá mayor eficacia cuanto mayor sea la sanción asociada a los delitos de colusión, y por supuesto relacionado con la efectividad de la persecución que realizan los órganos competentes⁸⁵. Así se sostiene que ambos elementos - beneficio y sanción- se encuentran en una relación directamente proporcional, para efectos de establecer la efectividad de un programa de clemencia. Con todo, ello no significa imponer una sanción sin límites para fortalecer estos programas, ya que la misma debe ser proporcionada con el perjuicio provocado con el acto ilícito.

1.2. Número de participantes que podrán acogerse al beneficio

⁸⁴ Como ya habíamos adelante, este sería el caso del sistema de incentivos contemplados de Corea del Sur, que en el año 2002 introduce un programa de recompensa directa a personas que revelan la existencia de un cartel. En el mismo sentido se encuentra la *False Claim Act* de Estados Unidos, el cual premia monetariamente a quienes reportan acciones fraudulentas en contra del gobierno federal. GONZÁLEZ. 2006; Op. Cit. p. 20.

⁸⁵ HAMMOND, SCOTT. 2004. Cornerstones of an effective Leniency Program. En: ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia, November 22-23, 2004. 20 pp. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014] p.3. En el mismo sentido FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2009. Desafíos recientes para el combate a carteles: El nuevo programa de clemencia de Chile. En: FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA: 9 y 10 de septiembre de 2009. Santiago. p. 3-4.

Constituye un factor importante a determinar cuántos de los partícipes de un cartel podrán acogerse al mecanismo de clemencia - y su correlativo incentivo-, ya que si, por ejemplo, el beneficio fuera otorgado a todo aquel que colabora con la investigación, no existirían incentivos para que alguien declare antes que otro, lo cual claramente repercute de forma negativa en la efectividad del programa. En cambio, si se establece el beneficio sólo al primer declarante, o bien a los declarantes posteriores se les ofrece un beneficio menor, se produce una “fuerte inseguridad dentro del cártel y cierta carrera por denunciar en primer lugar”⁸⁶.

La primera opción que tiene el legislador es establecer que sólo el primer colaborador puede acogerse al beneficio⁸⁷; y en segundo término permitir que los declarantes posteriores también puedan acceder a ciertos incentivos. En este último caso, deberá verse si se otorgara el incentivo a un número limitado o ilimitado de colaboradores, y si acceden a los mismos beneficios que el primer declarante, o en una menor cuantía. La determinación de la extensión de este elemento determinará la mayor o menor urgencia que tendrán los agentes

⁸⁶ JIMÉNEZ; Op. Cit. p. 15.

⁸⁷ VEGA OPAZA, ANA. 2011. Eficacia de la delación compensada en materia de libre competencia en el derecho chileno. Análisis comparativo con el programa de clemencia de la Unión Europea. Valdivia. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. p 42.

coludidos en apresurar su autodenuncia y, por tanto, para que se genere esta carrera por delatar a sus cómplices⁸⁸.

Relacionado con esto, deberá determinarse si se otorgará el beneficio a cualquier partícipe del cártel, sea cual sea el rol que cumple en la administración del mismo, o bien se excluirá a quien ostente la calidad de líder, como lo han realizado algunas legislaciones. Además algunos ordenamientos han establecido como requisito negativo para acogerse a estos programas, que quien solicita el beneficio no haya coaccionado a otros individuos a formar parte del cartel. La justificación de estos requisitos son más de carácter moral, en cuanto se ha estimado que dichos agentes realizaron una conducta aún más reprochable que la simple colusión, y por ello debe negárseles el acceso a beneficios.

1.3. Momento hasta el cual se podrá solicitar el beneficio

Importa determinar si el mecanismo de clemencia puede operar solo cuando no exista una investigación por el órgano persecutor en contra del agente coludido, o bien si se podrá optar por el beneficio aun cuando ya se hubiere iniciado tal investigación.

⁸⁸ Véase GONZÁLEZ, ALDO. 2007a. La delación compensada o amnistía en la lucha anti-carteles. [en línea] Trabajos de Investigación en Políticas Públicas N°2, Departamento de Economía Universidad de Chile, enero 2007 <<http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014] p. 9.

Esta distinción cobra relevancia ya que, si bien los órganos de persecución pueden tener problemas para probar un cartel por la configuración misma de estos ilícitos, ello no impide que en muchos casos exista efectivamente una investigación en contra de un supuesto cartel, pese a no existir mayores antecedentes. Por ello limitar los mecanismos de incentivos sólo a los casos en que no se haya iniciado una investigación puede resultar poco conveniente, ya que la sola circunstancia de existir una investigación no implica que ésta termine en resultados favorables⁸⁹.

1.4. Transparencia del proceso para acogerse al programa de clemencia

Entre mayor sea la transparencia en el proceso mediante el cual se determinan las empresas que pueden acogerse al beneficio, que conlleva un programa de clemencia, mayor será la efectividad del mismo, en cuanto se otorgará mayor seguridad a éstas, resultando ser más atractivo⁹⁰. La mejor forma de garantizar esa transparencia será fijando las condiciones, beneficios y procedimiento de otorgamiento de incentivos de forma previa, mediante una ley.

⁸⁹ Debe considerarse que en muchos casos nuestro órgano persecutor, la FNE, ha tratado de perseguir carteles sin contar con medios de “prueba material” emanados de los agentes coludidos. Si bien en muchos de esos casos el TDLC ha declarado culpable a los requeridos, considerando que la conducta de ellos sólo se explicaba mediante una cartelización, luego nuestra Corte Suprema revocó dichas Sentencias, dado la falta de “prueba directa”. Véase Sentencia TDLC N° 38 Rol C 12-04; Sentencia CS Rol N° 3395-2006.

⁹⁰ Véase HAMMOND, SCOTT. 2009. Recent Developments Relating to the Antitrust Division's Corporate Leniency Program. En: The 23th NATIONAL INSTITUTE ON WHITE COLLAR CRIME, San Francisco, California, March 5 2009. 7 pp. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/244840.pdf> [consulta: 27 noviembre 2014] p 3. En el mismo sentido: GONZÁLEZ. 2007a; Op. Cit. p. 8.

Con todo, puede resultar que por la técnica legislativa del país no se establezca el procedimiento en particular por medio de la ley, sino que se confíe a otras normativas de carácter administrativo. De todas formas, sea cual sea el caso, lo importante es que dicho proceso, en cuanto a su regulación, esté establecido de forma previa y tenga la suficiente difusión para que sea conocida por los distintos competidores, cumpliendo siempre con las garantías del debido proceso.

Relacionado con esta materia, resulta de utilidad que los órganos persecutores utilicen sus diferentes canales de difusión para efectos de dar a conocer a las empresas la existencia de estos beneficios, y los requisitos que deben cumplir. Así, es recomendable que publiciten estos programas de clemencia por ejemplo a través de sus páginas webs, revistas, u otros medios de difusión de los cuales disponen.

1.5. Condiciones que deben cumplirse para acogerse al programa de clemencia

Finalmente importa considerar las condiciones particulares que se establecen en cada ordenamiento para que los declarantes puedan acceder a los beneficios. En este sentido, desde el punto de vista del órgano persecutor, importa que la empresa o persona que decida colaborar facilite elementos probatorios eficaces para la detección del cartel, de modo tal que sin su colaboración no se hubieran podido detectar o sancionar estas conductas.

Relacionado con la transparencia de los programas, debe realizarse una enumeración lo más clara posible de los requisitos que deben cumplirse, así como los elementos probatorios que efectivamente debe aportar el agente coludido para poder hacerse acreedor del beneficio al que postula. Asimismo, y dado que el agente que colabora se encuentra participando de una conducta ilícita, normalmente se exige que aquel ponga fin a la misma.

2. Programas de clemencia establecidos en distintos ordenamientos jurídicos

Una vez establecidos los elementos principales que tomará en consideración el legislador al momento de construir un programa de clemencia, importa revisar cómo los mismos han sido recogidos por distintos ordenamientos jurídicos al construir sus propios programas. En este punto limitaremos nuestro análisis de derecho comparado al sistema de defensa de la Competencia de E.E.U.U. y al sistema comunitario de la Unión Europea, dada la relevancia que tienen ambos ordenamientos jurídicos en esta materia, para finalizar con un estudio de la Delación Compensada existente en nuestro Decreto Ley N° 211.

2.1. Derecho de la Competencia E.E.U.U.

Al hablar sobre los programas de clemencia, y de la persecución de carteles en general, el primer ordenamiento que resulta relevante analizar es el

estadounidense, dado que es el que más evolución ha presentado en la materia, estableciendo los lineamientos a seguir por los demás países. Cabe señalar que la protección de la competencia comenzó en dicho país con la dictación de la *Sherman Antitrust Act*, en el año 1890, normativa que disponía que “*every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*”⁹¹. De esa forma se buscaba sancionar los acuerdos entre competidores justamente por los efectos nocivos que acarrear al mercado, estableciéndose multas bastantes estrictas, contemplándose incluso la privación de libertad para los agentes coludidos⁹².

Con todo, dicha normativa no resulta comprensiva de todas las conductas contrarias a la competencia. Es por ello que en el año 1914 fue complementada por otras dos leyes: la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*, las cuales se refirieron a otras conductas tales como la discriminación de precios o la competencia desleal⁹³. Dentro de la materia que nos compete, queremos destacar que la *Clayton Act* permite a las víctimas

⁹¹ United States Code, Title 15, Chapter 1 (traducción libre: “Todo contrato, combinación en forma de acuerdo o de otra manera, o conspiración, para restringir el comercio o el comercio de los diversos Estados, o con las naciones extranjeras, es declarada como ilegal”)

⁹² La actual normativa establece que “*Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court*”. Cabe señalar que la actual redacción es producto de la reforma introducida por la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* del año 2004, ya que anterior a dicha fecha las multas y penas contempladas por la *Sherman Antitrust Act* eran bastante inferiores.

⁹³ BORK, ROBERT. 1993. *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*. New York. The Free Press. p. 48.

afectadas por la infracción de las normas que protegen la competencia, demandar a los agentes coludidos hasta por tres veces el monto de los daños efectivamente ocasionados⁹⁴ (daños punitivos⁹⁵), lo cual resulta ser un desincentivo a las conductas anticompetitivas establecido en la normativa civil, y como tal fortalece la eficacia de sus programas de clemencia ya que - como hemos señalado - mientras más estricta es la sanción a estas conductas, mayor será el atractivo para que los agentes dañosos se acojan a estos programas.

Si nos referimos a los programas de clemencia en particular, el primero de ellos en surgir es justamente en E.E.U.U. en el año 1978, denominado *Leniency Program*. Dicho programa no resultó ser lo suficientemente atractivo, dado que presentaba deficiencias tales como la falta de automaticidad, por lo cual su eficacia durante los años de vigencia fue bastante reducida⁹⁶. Por ello,

⁹⁴ United State Code, Title 5, Chapter 1, § 15 a) “ (...) any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee (...)”

⁹⁵ Aunque no es objeto de este trabajo en forma directa, es necesario hacer presente que los daños punitivos son una institución propia de sistemas del *common law*, que se desarrolla dentro de la lógica preventiva del derecho de daños en general. De esa forma, sobrepasan los principios de reparación integral del daño y justicia correctiva que informan la regulación de la responsabilidad civil en sistemas de derecho civil o continental.

⁹⁶ HAMMOND 2004; Op. Cit. p 3. En el mismo sentido: HAMMOND, SCOTT. 2010. The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades. En: The 24th NATIONAL INSTITUTE ON WHITE COLLAR CRIME, Miami, Florida, February 25 2010. 16 pp. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014] p 2-3; WILSON, WESLEY y ELLIS, CHRISTOPHER. Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn’t Kill Us Makes Us Stronger. [en línea] <https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2008&paper_id=339> [consulta: 27 noviembre 2014].p. 6.

en el año 1993 es objeto de una modificación sustancial mediante la dictación del *Corporate Leniency Program*, y en el año 1994 se complementa con la *Leniency Policy for Individuals*, el cual establece beneficio a los particulares que a nombre propio, y no en representación de una empresa, colaboran con la persecución de las conductas contrarias a la competencia, salvándose así de la eventual persecución penal por sus actos. Adicionalmente en el año 1999 se introdujo el *Amnesty Plus Program*, dirigido a dar ciertos beneficios al miembro de un cartel que, estando bajo investigación, aporte con la persecución de otro cartel⁹⁷.

Dicho esto, procederemos a analizar en particular los programas de clemencia en este país, enfocando nuestro análisis en la *Corporate Leniency Program* de 1993 y la *Leniency Policy for individuals* de 1994, ya que son los principales referentes en la materia. Cabe agregar que la aplicación de ambos programas se le encomienda a la *Antitrust Division* (en adelante AD), agencia dependiente del Departamento de Justicia de E.E.U.U.⁹⁸.

⁹⁷ HAMMOND 2004; Op. Cit. p 16. En el mismo sentido: GRIFFIN, JAMES. 2003. A summary overview of the Antitrust Division's criminal enforcement program. En: The American Bar Association Section of Antitrust Law annual meeting, San Francisco, California, August 12, 2003. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014]. p. 9.

⁹⁸ Entre las funciones de dicha agencia, además de la aplicación de estos programas, se encuentra la iniciación de acciones judiciales civiles y criminales para el caso de infracciones a la normativa de la competencia; intervenir ante agencias administrativas federales; y la defensa y promoción de políticas pro competitivas. BARÓN ALSINA, IGNACIO. 2007. Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea. [en línea] Documento de trabajo Centro de la Libre Competencia Universidad Católica. <<http://www.lcuc.cl/home2011/wp->

2.1.1. *Corporate Leniency Program* del año 1993

Lo primero a destacar de este programa es que distingue los beneficios que favorecen a las personas jurídicas, de aquellos a los que pueden optar las personas naturales relacionadas (directores, administradores, funcionarios y empleados). Sin perjuicio de ello, la *Corporate Leniency Program* se preocupa principalmente de establecer los casos en que las personas jurídicas pueden acceder al beneficio consistente en el cese de la persecución penal, distinguiéndose si la colaboración se presenta antes o después de iniciarse una investigación por la AD. El primer caso -colaboración antes de iniciarse una investigación- se encuentra tratado en la sección A del referido programa, estableciéndose seis condiciones copulativas, a saber:

i. Que al momento en que la empresa revele su actividad ilegal, la AD no hubiera recibido información relativa a dicha actividad ilegal;

ii. Que la empresa, al momento de revelar la actividad ilegal, tome inmediata y efectivamente acciones para terminar su participación en la actividad;

iii. Que la empresa informe sobre la actividad ilícita con franqueza y detalle, y proporcione una cooperación permanente y completa a la AD durante la investigación;

iv. Que la confesión de la actividad ilegal sea un acto corporativo verdadero, distinto de las confesiones que de forma individual puedan hacer los directivos o los administradores;

v. Que, cuando sea posible, la empresa debe restituir el daño causado a los perjudicados;

vi. Que la empresa no coaccione a las otras partes a participar en la actividad ilegal y que claramente no sea el líder, u originador, de la actividad⁹⁹.

Sólo aquellos solicitantes que cumplan todos estos requisitos podrán acceder al beneficio de la clemencia o amnistía total por la responsabilidad penal que pueden tener estas personas jurídicas, la que conforme a la *Sherman Antitrust Act* puede llegar a multas de hasta USD \$100.000.000. Junto a ello, y conforme lo dispone la sección C del programa, al cumplir la empresa con estos requisitos automáticamente se extiende el beneficio - de no persecución penal- a los directores, administradores, funcionarios y empleados que formaron parte de la confesión empresarial.

⁹⁹ Corporate Leniency Policy, Section A, Leniency Before an Investigation Has Begun. Department of Justice, U.S.A. [en línea]<<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>[consulta: 23 de octubre de 2014]

Si la empresa no cumple con todas las condiciones anteriores, e independientemente de si se ha iniciado o no una investigación, puede aún acceder al beneficio anterior si se cumplen los requisitos establecidos en la sección B:

i. Que la empresa sea la primera en revelar información y en solicitar clemencia respecto a la actividad ilegal;

ii. Que la AD, al momento en que la empresa acude a ella, no tenga pruebas en contra de la empresa que puedan servir para condenarla;

iii. Que la empresa, al revelar la actividad ilegal, tome inmediata y efectivamente las acciones para terminar la participación en la actividad;

iv. Que la empresa informe sobre la actividad ilegal con franqueza y detalle, y proporcione de forma detallada, completa y continua su cooperación a la AD durante la investigación;

v. Que la confesión de la actividad ilegal sea un acto corporativo verdadero, distinto de las confesiones que de forma individual puedan hacer los directivos o los administradores;

vi. Que, cuando sea posible, la empresa debe restituir el daño causado a los perjudicados;

vii. Que la concesión de la indulgencia no resulte injusta para los otros agentes, considerando la naturaleza de la actividad ilegal, el rol de la empresa denunciante y el momento en que la empresa acude a ella. En relación a este

requisito, también se considerará si la empresa denunciante es líder, u originador, de la actividad ilícita¹⁰⁰.

Todo el procedimiento para establecer si un solicitante del beneficio puede acogerse o no a él se realiza directamente ante la AD¹⁰¹, sin la intervención de tribunales, lo cual claramente da mayor seguridad a los solicitantes. De esta forma se establece una automaticidad en el beneficio, sin ser susceptible de posterior calificación por un tribunal respecto a su procedencia. En términos de transparencia y reglas claras, un mecanismo de esta naturaleza claramente será un buen incentivo a someterse al programa de clemencia.

De los requisitos establecidos en las secciones A y B se puede observar que el beneficio de las personas jurídicas se limita al primer denunciante - e independiente de si se ha iniciado o no una investigación-, con lo cual se busca generar una carrera entre los miembros del cartel respecto a quien denuncia primero la conducta ilícita, lo cual favorece a la inestabilidad de la asociación al generar desconfianza entre los miembros. Asimismo se exige que las empresas tengan una cooperación real y efectiva en la investigación, y que reparen el

¹⁰⁰ Corporate Leniency Policy, Section B, Leniency Before an Investigation Has Begun. Department of Justice, U.S.A. [en línea]<<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>[consulta: 23 de octubre de 2014]

¹⁰¹ Corporate Leniency Policy, Section C, Leniency Before an Investigation Has Begun. Department of Justice, U.S.A. [en línea]<<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>[consulta: 23 de octubre de 2014]

daño ocasionado a los perjudicados cuando sea posible, pese a que en el programa mismo no se especifica el alcance de estas exigencias.

Cabe destacar que en ambos casos se establece como requisito excluyente que el solicitante no tenga la calidad de líder u originador de la conducta ilícita, lo cual ha sido criticado, dado que si el beneficio es para todos los miembros - incluyendo al líder-, eso genera una mayor desconfianza entre los demás miembros del cartel¹⁰². Esto se debe a que normalmente el liderazgo lo ejerce el agente con mayor poder de mercado y, por ende, quien recibirá mayores beneficios del acuerdo ilícito. Por tanto, si potencialmente aquel puede acceder al beneficio, no solo será el miembro que mayores utilidades le reportó el cartel, sino que en este sistema será el único que quedará indemne de persecución penal, situación que claramente puede ser vista como injusta para los demás miembros, y los motive a colaborar antes.

Los beneficios contemplados en el programa sólo se refieren a la persecución penal, y por las conductas contrarias a la competencia confesadas dentro de E.E.U.U. Por tanto los acreedores del beneficio igualmente pueden ser objeto de persecución respecto de los ilícitos no confesados, como también permite que los particulares ejerzan las acciones civiles que procedan para perseguir la reparación de sus perjuicios. Sobre esto último -y tal como ya hemos señalado-, se debe considerar que en el sistema norteamericano las

¹⁰² GONZÁLEZ, 2006; Op. Cit. p. 25.

víctimas pueden demandar en sede civil el triple de los daños sufridos. Así no sólo se perseguirá la reparación de los daños compensatorios sino que, adicionalmente, dos terceras partes de la indemnización corresponderán a daños punitivos¹⁰³. De este modo la regulación en este sistema busca establecer sanciones tanto penales como civiles, mirando ambos sistemas como inclusivos en su rol de disuadir la formación de carteles, y conductas anticompetitivas en general. Tal como señala POSNER, los agentes cartelizados consideran los costos totales de la conducta colusoria, no limitándose sólo a los daños a la competencia, sino también evaluando los costos civiles y penales de su actuar¹⁰⁴.

Dada la existencia de esta sanción civil, para hacer más atractivo los programas de clemencia se estableció desde el año 2004¹⁰⁵ un beneficio adicional para quienes colaboren con la persecución de un cartel del cual forma parte, consistente en que dicho agente sólo debe reparar los daños efectivamente soportados por las víctimas, y no los daños punitivos. Para que opere este beneficio es necesario que el agente coludido preste “cooperación

¹⁰³ POSNER, RICHARD. 2007. El análisis económico del derecho. Traducción de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. Ciudad de México. Fondo de Cultura Económica. p 511.

¹⁰⁴ POSNER, RICHARD. 2001. Antitrust law. 2nd ed., Chicago, University of Chicago Press. p. 47.

¹⁰⁵ Este beneficio se introdujo mediante la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* del año 2004, estableciéndose en la sección 213 (a) que “*any civil action (...) based on conduct covered by a currently effective antitrust leniency agreement, the amount of damages recovered by or on behalf of a claimant from an antitrust leniency applicant (...) shall not exceed that portion of the actual damages sustained by such claimant which is attributable to the commerce done by the applicant in the goods or services affected by the violation*”.

satisfactoria” (*satisfactory cooperation*)¹⁰⁶ ante el juez civil, debiendo, por ejemplo, informar de todo hecho relevante y entregar los documentos que puedan servir para el ejercicio de la acción civil por parte de las víctimas. Con todo, la calificación sobre la efectividad de la cooperación, y por tanto el acceso a este beneficio, se le entrega al juez civil en una etapa *ex post*, no interviniendo la AD ni haciéndose extensiva la inmunidad prestada por dicha entidad de forma automática¹⁰⁷.

2.1.2. Leniency Policy for Individuals del año 1994

Este programa busca otorgar el beneficio de no persecución penal por ilícitos de colusión, a las personas que individualmente se acercan a la AD a prestar una confesión por dichas conductas antes que se iniciara una investigación. Para acceder al beneficio es necesario cumplir con ciertos requisitos copulativos, tratados en la sección A del programa:

i. Que la AD, al momento en que la persona acude a ella, no haya recibido información de la actividad ilícita por cualquier otra fuente;

¹⁰⁶ *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, Section 213 (b) Requirements.

¹⁰⁷ Esto ha sido objeto de críticas ya que se genera un factor de inseguridad al agente coludido, al exigirse una nueva colaboración ante el tribunal civil y quedar a su calificación para acceder a este beneficio, con independencia a lo resuelto por la AD. Véase: ARNOLD & PORTER LLP. 2010. ACPERA’s Civil Damages Limitation Provisions Extended for 10 Years. [en línea] <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/Advisory-ACPERA%E2%80%99s_Civil_Damages_Limitation_Provisions_Extended_for_Ten_Years_72010.pdf>[consulta: 27 noviembre 2014]

ii. Que la persona informe sobre la actividad ilegal con franqueza y detalle, y proporcione de forma detallada, completa y continua su cooperación a la AD durante la investigación;

iii. Que la persona no coaccionara a otra persona a participar en la actividad ilegal y que claramente no sea el líder, u originador, de la actividad.

Si no se cumple con todos estos requisitos, igualmente la agencia puede otorgar indulgencia conforme a las circunstancias del caso¹⁰⁸. En cuanto a la tramitación de la solicitud, al igual que en el caso de la *Corporate Leniency Program*, ésta se realiza en su integridad ante la AD, sin requerir una calificación judicial posterior.

Si bien la aplicación de este programa no ha alcanzado los niveles de aquel dirigido a las empresas, su mayor aporte es constituir un factor de inestabilidad para los carteles, ya que los agentes coludidos ya no solo se encontrarán en una carrera contra los demás miembros del cártel para acceder al beneficio, sino que también contra sus propios empleados que no deseen ser sancionados¹⁰⁹. En ese sentido, el factor de riesgo de ser delatado, y posteriormente condenado, es relativamente más alto respecto de un sistema

¹⁰⁸ En relación a esto cabe la posibilidad que exista una sentencia de conformidad - *consent decrees* o *plea agreements*-, mediante la cual el imputado, persona que forma parte del cartel en este caso, acepta declararse culpable a cambio de la sustitución del delito que se le impute, o bien que se eliminen ciertos cargos o se rebaje la pena impuesta.

¹⁰⁹ HAMMOND 2004; Op. Cit. p. 11.

que no considera la posibilidad de que pueda delatar una persona natural de forma separada a la empresa.

2.2. Derecho de la competencia de la Unión Europea

El Derecho de la Competencia en la Unión Europea se configura a partir del título VII del capítulo primero, del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea. En particular, en lo que se refiere a carteles o acuerdos entre empresas en general, cobra importancia lo dispuesto por el artículo 101 de dicho tratado, en cuanto señala que “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”, para luego señalar casos particulares de carteles, tales como aquellos dirigidos a la fijación de precios, limitar la producción o repartición de mercado entre competidores. Por su parte, el Reglamento (CE) N°1/2003 se encarga de regular la aplicación práctica de las normas sobre la competencia prevista en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102), encomendando a la Comisión Europea la tarea de imponer los remedios que sean necesarios para poner fin a la infracciones a la normativa en cuestión¹¹⁰, sin perjuicio de las facultades que se le reconocen a los órganos administrativos

¹¹⁰ Punto 12. Reglamento (CE) N°1/2003 del consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TFUE.

y judiciales de cada estado miembro de la Unión Europea¹¹¹. En cuanto a las sanciones, se establece un sistema de multas, no contemplándose penas corporales.

En particular, los programas de clemencia han sido desarrollados a través de tres comunicaciones. Todas estas normativas parten de la premisa que los acuerdos colusorios son de las figuras que producen mayor restricción a la competencia y que traen como última consecuencia el aumento de los precios y la reducción de la oferta a los consumidores, e incluso atentan contra la innovación de las empresas y encarecen las materias primas, todo lo cual repercute en el empleo¹¹². A su vez, pueden existir determinadas empresas que forman parte de los acuerdos colusorios que si bien pueden desear salirse del mismo, no lo hacen debido a las sanciones internas que puede prever el propio cartel, razón por la cual se deben ofrecer a dichas empresas incentivos suficientemente atractivos para que cooperen y salgan del cártel. En dicho sentido, se sostiene que la sociedad posee un mayor interés en que se ponga término a los carteles, que la imposición de multas a empresas particulares, por lo cual debe fortalecerse la investigación de dichas conductas.

¹¹¹ Si bien se reconoce la facultad a los tribunales nacionales de sancionar las conductas en comento, se establece un deber de uniformidad con las decisiones ya adoptadas por la Comisión, conforme lo señalado en el artículo 16 del Reglamento (CE) N°1/2003 del consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TFUE.

¹¹² Sección A. Introducción. Punto 1. Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empres (96 / C 207 / 04).

Con todo, los programas de clemencia de la Unión Europea no han estado exentos de críticas en su aplicación práctica, razón por la cual se han encontrado en constante perfeccionamiento, sobre todo en lo que se refiere en otorgar mayor seguridad a la empresa declarante, estableciéndose procedimientos de mayor transparencia.

En esta sección nos encargaremos de analizar brevemente los elementos de las tres comunicaciones que se han dictado hasta el momento, estableciendo programas de clemencia para los partícipes de un cartel, para efectos de apreciar los problemas que han presentado en su aplicación práctica. Asimismo, se hará referencia a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, de junio de 2013, dado que dicho instrumento contiene proposiciones para perfeccionar y hacer más atractivo el actual programa de clemencia vigente en la Unión Europea.

2.2.1. Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas del año 1996

Esta Comunicación se encuentra dividida en cinco secciones, regulándose en las secciones B, C y D distintos porcentajes de reducción de

multas, conforme si se cumplen los requisitos particulares de cada una de ellas. A su vez, la sección E se encarga de regular el procedimiento a ser aplicado para poder acogerse a un programa de reducción de multas.

La sección B establece los casos en que se puede obtener una reducción de multa desde un 75% hasta la exoneración total de la misma. Para dichos efectos debían cumplirse los siguientes requisitos copulativos:

i. Que la empresa denuncie el acuerdo secreto a la Comisión antes de que ésta haya realizado comprobación por vía de decisión, en los locales de las empresas que participan del acuerdo y sin que dé la suficiente información para probar la existencia del acuerdo denuncia;

ii. Que la empresa sea la primera en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo;

iii. Que haya puesto fin a su participación en la actividad ilícita, a más tardar, en el momento de denunciar el acuerdo;

iv. Que facilite a la Comisión toda la información que considere útil, así como todos los documentos y elementos de prueba de que disponga en relación a dicho acuerdo y mantenga con ella una cooperación permanente y total mientras dure la investigación;

v. Que no haya obligado a otra empresa a participar del acuerdo ni haya sido instigadora o haya desempeñado un papel determinante en la actividad ilícita.

Por su parte, la sección C establece que, cuando las empresas que no cumplan con el primer requisito de la sección B -y por tanto denuncian el acuerdo secreto luego que la Comisión haya realizado una comprobación- la empresa que denuncie el acuerdo podrá optar por una reducción de la multa del 50 al 75 %.

Finalmente, la sección D establece los casos en que las empresas, sin quedar comprendidas en los casos anteriores, pueden gozar de una reducción de la multa del 10% al 50%, beneficio que aplicará en dos supuestos:

i. Que antes del envío del pliego de cargos, una empresa facilite a la Comisión información, documentos y otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción;

ii. Que tras recibir el pliego de cargos, una empresa informe a la Comisión que no pone en duda la veracidad de los hechos en que la Comisión funda sus acusaciones¹¹³.

Si bien la adopción de distintos tramos de beneficios parece un buen

¹¹³ Sobre esto último, la doctrina ha señalado que en el primer caso se requeriría una cooperación activa de la empresa denunciante, en cuanto se otorga información útil a la Comisión para establecer la infracción, mientras que el segundo supuesto hace referencia a una cooperación pasiva, en cuanto facilita la labor de la Comisión al no realizar objeciones al pliego de cargos. ILUNDÁIN, SANTIAGO. 2002. Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la Competencia. [en línea] Serie de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos N° 2-2002, marzo de 2002. <<http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/3075/1/NA307520.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014] p. 22.

mecanismo para incentivar la colaboración de los partícipes del cartel, y de esta forma no limitarlos sólo a la primera empresa que colabora como ocurre en E.E.U.U., esta Comunicación recibió críticas en cuanto a la cuantía de los beneficios que ofrecía, y respecto a la transparencia del procedimiento con el cual se asignaban.

Respecto a los beneficios, en ningún caso se asegura la exención total de la eventual multa al primer declarante. Más bien se faculta a la Comisión para que ésta otorgue una exención de un mínimo del 75%. Adicional a ello, este mecanismo de reducción de multa no operaba de forma automática, sino que la Comisión se reservará en cada caso el poder de apreciación, determinando en un momento *ex post*, y no con la sola solicitud cumpliendo los requisitos señalados, si procedía otorgarse el beneficio. Por tanto las empresas quedan en la difícil situación de optar por auto incriminarse, sin saber si efectivamente obtendrán la reducción de la multa, y la magnitud efectiva de dicha reducción¹¹⁴. Esto repercutió en que el procedimiento, por el cual se determina la procedencia de la reducción o exoneración de multa, careciera de la transparencia necesaria para ser suficientemente atractivo para los eventuales denunciadores de la conducta.

Sumado a lo anterior, se criticó que el máximo beneficio, contemplado en la sección B, solo se reservaba para los casos en que no se haya iniciado una investigación. Con todo, en la práctica puede suceder que el órgano persecutor

¹¹⁴ *Ibidem.* p. 24.

inicie una investigación pero no logre reunir elementos probatorios de la calidad suficiente para poder iniciar un proceso judicial, caso en el cual seguirá siendo primordial la colaboración de un partícipe del cartel y, por ende, se justificaría que aquél pudiera acceder al beneficio de manera íntegra.

Podríamos también señalar que esta Comunicación, si bien exigía a una empresa aportar elementos determinantes que permitiesen comprobar la conducta denunciada, para poder acogerse al beneficio de la sección B no se especificaba en qué consistían los mismos, lo cual atenta contra la seguridad jurídica, ya que sería la Comisión, al final del proceso, quien determinaría si los elementos probatorios ofrecidos cumplían con dicha exigencia¹¹⁵.

Otro punto criticable es que se excluía de los beneficios al líder del cartel, al igual que en el sistema de norteamericano. Si bien, desde un punto de vista ético, parece plausible que dicha empresa sea excluida de la eventual multa, en la práctica – como ya indicamos en su oportunidad- dicho requisito puede atentar contra la efectividad del programa de clemencia, ya que extender el beneficio a dicho agente constituye un factor de inestabilidad del cartel.

¹¹⁵ En el mismo sentido PEÑA CASTELLOT señala que la exigencia de aportar “elementos determinantes” constituye un freno para que los participantes más pequeños o marginales de un cártel decidan cooperar, ya que las mismas podrían temer que la información que poseen, al no estar dentro de la cúpula del cártel, no es considerada por la Comisión como suficiente para alcanzar un nivel de exención de multa atractivo. PEÑA CASTELLOT, MIGUEL. 2002. Cinco años de aplicación de la Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas. [en línea] Serie de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos N° 1-2002, 21 DE DICIEMBRE DE 2001. <<http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/aplicacion-de-la-Comunicacion-de-1996.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014] p. 17.

Además, muchas veces no existirá un líder único, sino que pueden ser varios agentes quienes detenten dicha calidad, o bien puede resultar que el líder y, por tanto, quien vela por el cumplimiento del acuerdo colusorio, pueda ir rotando entre los distintos participantes de la colusión de modo tal que el número de empresas que pudiesen optar por la reducción o exoneración de multa se ve bastante reducido.

Llama la atención que en la sección B, relativa al procedimiento, la Comunicación excluye expresamente que un individuo, miembro del personal de la empresa cartelizada, pueda solicitar el trato favorable para la empresa. Si bien se entiende esta limitación, en cuanto no todo trabajador de una empresa cuenta con las facultades y poder de representación o personería suficientes como para representar a la misma, es también cierto que esta Comunicación no establece ningún mecanismo particular para incentivar a los demás trabajadores de una empresa para que denuncien estas conductas, limitándose los beneficios solo a las empresas. Es preciso reiterar que tal como ha señalado GONZÁLEZ¹¹⁶, el hecho de otorgar incentivos a miembros de la empresa coludida, distintos de aquellos que están a cargo de la administración y representación de las mismas, constituye un efectivo factor de desestabilización de los carteles, en cuanto genera inseguridad dentro de las empresas mismas.

2.2.2. Comunicación de la Comisión del año 2002 relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cartel

¹¹⁶ GONZÁLEZ, 2006; Op. Cit. p. 30.

Dado las distintas críticas que presentaba la Comunicación de 1996, y que atentan contra la eficacia del programa de clemencia, decidió dictarse una nueva Comunicación en el año 2002, buscando aumentar el grado de transparencia y precisión en cuanto a las condiciones para la concesión de reducciones de las multas, así como aumentar la correspondencia entre el nivel de reducción de multas y el valor de la contribución de la empresa para establecer la práctica ilegal¹¹⁷.

Esta nueva Comunicación se dividió en dos secciones, adicionales a la parte introductoria y a las consideraciones generales. Mientras que la sección A versa sobre la dispensa del pago de multas, estableciéndose dos supuestos, la sección B establece los requisitos para la reducción del importe de la multa, para aquellas empresas que no cumplieren los requisitos para la dispensa total de la misma. Cabe agregar que cada sección regula un procedimiento distinto para optar a tales beneficios.

Como señalamos, la sección A establece dos supuestos en que una empresa puede optar por la dispensa del pago total de la multa, estableciéndose requisitos específicos en cada caso. Estos supuestos son:

i. Que la empresa sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión, le permitan adoptar una decisión por la que se ordene una verificación, en virtud del apartado 3 del artículo del Reglamento N° 17, en

¹¹⁷ Introducción, Apartado 5. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de multas y reducción de su importe en casos de cartel. (2002/ C 45/ 03)

relación al presunto cartel. En dicho caso es necesario que, al momento de aportarse los datos a la Comisión, ésta no disponga de elementos suficientes para adoptar una decisión de efectuar una verificación, conforme a la normativa del Reglamento N° 17 señalado;

ii. Que la empresa sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión, le permitan probar una infracción al artículo 81 del Tratado CE, en relación al presunto cartel. En este caso se requiere que, al momento de aportarse los elementos de prueba, la Comisión no posea los elementos de pruebas suficientes para establecer una infracción a la norma citada del Tratado CE.

Junto con los requisitos específicos de cada supuesto, además se exige en ambos casos que la empresa que desee acogerse a la dispensa de multa coopere plena, continua y diligentemente a lo largo de todo el procedimiento, debiendo facilitar los elementos de prueba que obren en su poder, poner fin a la participación de la presunta infracción y no debe haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar de la infracción.

Como puede apreciarse, y a diferencia de la Comunicación de 1996, se permite que aun cuando se haya iniciado la investigación, las empresas podrán igualmente acogerse a la exoneración total de la multa. Asimismo, se eliminó el requisito que excluye a los líderes del cartel como posibles beneficiarios de esta dispensa.

En cuanto al procedimiento se destaca el aumento de transparencia, en cuanto a que si una empresa no cumple con los requisitos específicos para acogerse a la dispensa, se le comunicará de inmediato a dicha empresa. Asimismo, en cuanto a los antecedentes que debe entregar la empresa que solicita acogerse a este programa, se permite que bien opte por facilitar de inmediato los elementos de prueba en que funda su solicitud, o bien que se incline por presentar dichos elementos de manera hipotética, dejando en claro la naturaleza y contenido de aquellos.

Por su parte, la sección B regula las condiciones para la reducción del importe de la multa para la empresas que no puedan optar por la dispensa total de la misma, estableciendo como requisito general que la empresa facilite a la Comisión elementos de prueba de la presunta infracción que aporte un valor añadido significativo, con respecto a los elementos que ya disponía la Comisión, junto con terminar su participación en la presunta infracción. Asimismo, se establecieron rangos diferenciados de reducción de multas conforme al orden en que las empresas que solicitan estos beneficios logren cumplir con los requisitos. Así, la primera empresa que cumpla podrá obtener una reducción entre un 30% a un 50%; la segunda empresa opta a una reducción entre un 20 % a un 30 %, y las demás empresas sólo pueden optar a una reducción de hasta un 20%.

Respecto al procedimiento para optar por una reducción de multa se establece que los antecedentes deben ser entregados a la Dirección General de Competencia, quien acusa recibo de los mismos con indicación de la fecha de recepción. Luego de ello, la Comisión debe revisar si dichos elementos cumplen el requisito de otorgar un valor añadido, para posteriormente comunicar su decisión a la empresa que solicita este beneficio.

De esta forma la nueva Comunicación de 2002 daba mayor flexibilidad sobre los requisitos para que una empresa pudiese optar por una reducción de multa, en cuanto ya no se exigía que las mismas aportaran pruebas determinantes, sino que solo bastaba con que se ofrecieran elementos de pruebas con un valor añadido¹¹⁸.

En general, si bien esta nueva Comunicación presentó un avance importante en cuanto a la transparencia del procedimiento para optar a los beneficios del programa de clemencia, lo cual indudablemente los hace más atractivos para las empresas que quieran desertar del acuerdo colusorio, aún presentaba problemas de precisión en cuanto a qué tipos de elementos de prueba en concreto permitirán optar por uno u otro beneficio. Junto a ello, el procedimiento para cada caso era perfectible, toda vez que no existían plazos detallados en los cuales la Comisión debía adoptar la decisión de aceptar o no la solicitud de acogerse al programa de clemencia.

¹¹⁸ ILUNDÁIN; Op. Cit. p. 28.

2.2.3. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel del año 2006

La nueva comunicación, al igual que la del año 2002, buscó perfeccionar el procedimiento por el cual los declarantes solicitaron acogerse a un mecanismo de clemencia, favoreciendo la transparencia del mismo. Asimismo, se pretendió explicitar de mejor forma el tipo de prueba que debe aportar un declarante para que sea un aporte real a la investigación, de tal manera que se justificara otorgarle el beneficio al cual postula.

Finalmente, dicha comunicación establece mecanismos de resguardo para el declarante, en orden a que la información proporcionada durante su solicitud para acogerse a un programa de clemencia posteriormente no podrá ser usada en otro procedimiento en su contra. En este sentido, en la parte introductoria de la comunicación aludida, se señala que los posibles solicitantes de clemencia podrían verse disuadidos de cooperar con la Comisión si tales iniciativas pudieran redundar en un perjuicio de su posición en pleitos civiles, en comparación a las demás empresas pertenecientes al mismo cartel que no cooperan.

En cuanto a los requisitos para acogerse a los programas de clemencia, la segunda sección de esta Comunicación establece los requisitos para poder acogerse al beneficio de dispensa del pago de la multa. Al igual que la Comunicación del 2002, permite que dicho beneficio sea otorgado tanto en los

casos en que la Comisión no cuenta con información sobre el presunto cartel, como en aquellos casos en que ya se haya iniciado dicha investigación, estableciéndose requisitos particulares en cada hipótesis, además de requisitos comunes a ambos supuestos. Por tanto, debemos distinguir dos supuestos en los cuales la empresa declarante puede optar a la exención total de la multa.

i. Que la empresa sea la primera en facilitar la información y elementos de prueba que permitan a la Comisión efectuar una inspección oportunamente orientada sobre el presunto cartel. En este caso, para que la empresa pueda acogerse al beneficio, la nueva Comunicación establece expresamente qué tipo de información y de elementos de prueba debe facilitar la empresa. En particular, exige en primer término una declaración de la empresa, la cual debe contener necesariamente ciertos datos, tales como una descripción del presunto cartel, nombres y dirección de los solicitantes del beneficio, etc. Asimismo, se exige a la empresa solicitante del beneficio que entregue las demás pruebas relativas al presunto cartel que estén en su poder, en especial las que daten de la época del cártel;

ii. Que la empresa, además de ser la primera en facilitar la información y elementos de pruebas que permitan determinar la existencia de una infracción al artículo 81 del Tratado CE -siendo irrelevante en este caso si ya se ha iniciado una investigación- es necesario que al momento de aportarse los elementos de prueba la Comisión disponga elementos de prueba suficientes para determinar la infracción de la normativa en comento.

En cuanto a los requisitos comunes exigidos en ambos supuestos para acogerse a una exoneración completa de la multa, se especificó de mayor forma la cooperación verdadera, completa, permanente y diligente que debe prestar el declarante a la Comisión durante la fase investigativa. Asimismo se establecen deberes positivos para el declarante, en orden a no destruir, falsificar u ocultar pruebas. Se mantiene la exigencia consistente en que el declarante debe poner fin a su participación en el presunto cartel desde el momento de efectuar la solicitud, y la exclusión del beneficio a quienes coacciones a que otras empresas se unan o permanezcan en el cartel.

El procedimiento se perfeccionó, en orden a otorgar mayor seguridad a las empresas que desean cooperar, dado que antes de formalizar su solicitud (y prestar efectivamente sus elementos de prueba, ya sea de forma efectiva o hipotética) se les otorgará un indicador, otorgándoles un plazo para reunir los antecedentes necesarios para formalizar la solicitud, y no perder su lugar.

Respecto a la reducción de multas, la sección tres se encarga de establecer los requisitos, así como los tramos de rebaja de la multa que pueden optar las empresas, conforme al orden en que éstas cumplan con los requisitos. En este sentido, la nueva Comunicación mantiene la exigencia que las empresas aporten elementos de prueba con un valor añadido, pero en esta normativa se da una mayor explicación de los requisitos específicos que deben cumplir dichos elementos. Así se señala que la Comisión dará mayor valor a las

pruebas escritas que daten del periodo en que se produjeron las conductas colusorias, o bien, elementos de prueba incriminatorios directos.

Tal como se había adelantado, lo más llamativo de esta Comunicación es la protección que se establece a las empresas declarantes, ya sea que soliciten una exención total o parcial de la multa. Con dicho objeto únicamente se concede el acceso al expediente a los destinatarios de un pliego de cargos, a condición que la información así obtenida sólo se utilice a efectos de procedimientos judiciales o administrativos de aplicación de las reglas comunitarias de competencia que sean objeto del procedimiento administrativo al que corresponda el expediente. De esta forma se pretende otorgar mayor seguridad a las empresas declarantes en cuanto a que la información otorgada durante su solicitud de clemencia, *a posteriori*, no será utilizada en su contra en el proceso civil de indemnización de perjuicios.

2.2.4. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas de las disposiciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea del año 2013

Finalmente realizaremos una mención a la propuesta de Directiva del año 2013 la cual, si bien no busca establecer un nuevo programa de clemencia distinto al de la Comunicación de 2006, contiene elementos que persiguen perfeccionar la eficacia de dicho programa.

En particular, esta propuesta de Directiva persigue garantizar la eficaz aplicación de las normas de la competencia de la UE mediante la optimización de la interacción entre la aplicación pública y privada del Derecho de Competencia, y garantizar que las víctimas de infracciones de normas de la competencia de la UE puedan obtener un pleno resarcimiento del perjuicio ocasionado. De estos dos objetivos el que nos interesa analizar es el primero, puesto que la disparidades de criterios entre la aplicación pública y privada de la normativa en comento ha devenido en que los programas de clemencia sean menos atractivos¹¹⁹.

Al referirnos a la aplicación pública del Derecho de la Competencia nos debemos enfocar tanto en la Comisión como en las autoridades nacionales de competencia de la UE reguladas en la normativa relativa al Derecho de la Competencia. En cambio, la aplicación privada se refiere a la labor realizada por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE, en cuanto hacen efectivos los derechos y obligaciones que surgen una vez verificadas las conductas anticompetitivas. En particular, interesa en materia de colusión el deber que tienen los infractores de reparar los daños y perjuicios provocados a las víctimas, directas e indirectas, por la infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE.

¹¹⁹ Véase: BANFI DEL RÍO, CRISTIÁN. 2013. La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del Derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado* (7): pp. 217-258

Uno de los problemas de la actual configuración de la aplicación privada de la normativa de la competencia es que cada Estado miembro de la UE aplica sus propias normativas y procedimientos, lo cual ha devenido en una disparidad de criterios, lo que en definitiva repercute en la falta de seguridad jurídica. Esto conlleva a que las empresas que deseen acogerse al programa de clemencia no pueden saber al momento de su cooperación ante las autoridades de la competencia, si posteriormente las víctimas del cartel tendrá acceso a la información que facilitan voluntariamente, dado que en el estado actual de las cosas corresponde al órgano jurisdiccional nacional decidir, sobre la base de la legislación nacional y en cada caso particular, si permite la exhibición de documentos, incluidos los presentados en el programa de clemencia¹²⁰.

El problema anteriormente descrito ya había sido tomado en cuenta por la Comunicación de 2006, razón por la cual en su apartado 3 limitaba el acceso a las declaraciones realizadas por una empresa - en el marco de un programa de clemencia - sólo a los demás destinatarios del pliego de cargos, excluyendo a otras partes. Con todo, en la práctica debe considerarse que la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia pueden compartir información en virtud de la Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo¹²¹. Así podría ocurrir que la

¹²⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. p. 3.

¹²¹ Como ya hemos señalado, dicho reglamento se refiere a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TFUE. Sobre el particular, interesa el artículo 12, en cuanto autoriza el intercambio de información, incluso confidencial entre la Comisión y

autoridad nacional de competencia comparta con sus tribunales nacionales, conforme a su derecho interno, los elementos de prueba que a su vez le fueron facilitados por la Comisión¹²², situación que claramente genera una desconfianza para las empresas que evalúan si se acogen o no un programa de clemencia.

Es por ello que la propuesta de Directiva pretende establecer la no injerencia entre los sistemas de aplicación pública y privada del Derecho de la competencia¹²³, mediante el establecimiento de límites a la información aportada en un programa de clemencia¹²⁴, y sobre la materia en estudio, en particular se establece la prohibición de exhibición de las declaraciones otorgadas en el marco de un programa de clemencia como una regla común a

las autoridades de competencia de los Estados miembros. La misma disposición no establece limitaciones para emplear dicha información para imponer sanciones de carácter civil a personas físicas, como sería el caso de una sentencia de condena para reparar los perjuicios ocasionados por un cartel. Con todo, la misma disposición se encarga de prohibir que la información intercambiada sea utilizada por la autoridad receptora para imponer penas privativas de libertad. Por su parte la *Antitrust Division* de E.E.U.U. busca asegurar la confidencialidad de la información proporcionada por el agente que obtiene la amnistía, para de esa forma fortalecer el atractivo de su programa, sin perjuicio que dicha reserva puede romperse en ciertos casos. Véase GRIFFIN; Op. Cit. p. 10.

¹²² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. P. 13.

¹²³ En términos generales, se señala que la directiva es el mecanismo más adecuado para lograr este fin, en cuanto es un instrumento flexible que permite introducir normas comunes en ámbitos del Derecho nacional de cada Estado miembro, tanto en materia sustantiva como procedimental, dejando un margen suficiente a los distintos Estados miembros para tomar medidas adicionales, si así lo desean. Propuesta de Directiva. p. 1

¹²⁴ GÓMEZ, SILVA. 2014. Aproximación a la Propuesta de Directiva sobre daños y perjuicios por infracciones de la competencia en la Unión Europea. Boletín Latinoamericano de Competencia, Abril 2014. (35). p.4.

todos los Estados miembros¹²⁵. En particular, el Artículo 6 de dicha propuesta establece los límites de exhibición de los medios de prueba incorporados en el expediente de la autoridad de competencia, señalando que en los casos de demandas por daños y perjuicios, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden ordenar en ningún caso la exhibición de las declaraciones corporativas otorgadas en un programa de clemencia.

Esta Propuesta de Directiva no sólo mejoraría la confianza en los programas de clemencia, sino que además mejoraría los incentivos a quienes obtengan una exención total de la multa. Debe recordarse que los programas de clemencia se dirigen a otorgar beneficios en sede del Derecho de la Competencia, pero no alcanzarían en principio las consecuencias civiles de las conductas ilícitas. Por ende, aun cuando una empresa obtenga la exención total de la multa bajo un programa de clemencia, de todos modos dicha empresa debe responder por los daños civiles causados a las víctimas directas e indirectas, sean consumidores o proveedores. Más aún, en la práctica normalmente la empresa que se beneficia de un programa de clemencia suele ser la primera en contra de quien se dirigen las demandas por daños, lo cual claramente constituye otro desincentivo para dicho instrumento.

¹²⁵ En términos generales, podemos señalar que las Directivas son un instrumento legislativo que permite introducir normas comunes y vinculantes para los Estados miembros de la Unión Europea, dejándose a las autoridades internas competentes decidir la forma y medios para la aplicación concreta de las mismas. Propuesta de Directiva. p. 15.

Por eso la Propuesta de Directiva, junto con establecer la responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas que infringen las normas de competencia por el total del perjuicio causado por la infracción, pretende que se limite la responsabilidad civil del beneficiario de la dispensa de pago de multas¹²⁶ en virtud de un programa de clemencia, así como la limitación de la contribución de la deuda respecto de los demás co infractores, sólo al perjuicio efectivamente causado a sus propios compradores o proveedores directos o indirectos. Con todo, dicha limitación no sería absoluta, ya que si las partes perjudicadas (distintos de sus propios compradores o proveedores) no pueden obtener el pleno resarcimiento al dirigirse contra los demás infractores, la empresa beneficiada por la dispensa de todas formas seguirá siendo plenamente responsable como último deudor.

2.3. Delación Compensada del sistema chileno

La delación compensada es el nombre que recibe nuestro programa de clemencia, el cual fue introducido en el Decreto Ley N° 211 mediante la Ley N° 20.361, la cual tenía como objetivo perfeccionar nuestra normativa para la protección de la competencia. En este sentido, el mensaje presidencial del proyecto de ley es claro al señalar que 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

¹²⁶ Cabe señalar que este beneficio sólo se otorgaría a quien se le otorga una exención total de la multa, pero no se haría extensivo a quien obtuvo una reducción de la multa. GÓMEZ; Op. Cit. p.19.

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.

El otro eje central de dicho proyecto era fortalecer las atribuciones que debe tener la FNE, en tanto órgano que investiga las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados, particularmente en lo que dice relación con las herramientas que dispone para detectar colusiones. La experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo. Frente a ello, un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes es la delación compensada, de eficacia comprobada en nuestro país en la lucha contra el narcotráfico y que, por la gravedad de ciertas conductas que atentan contra el sistema de mercado, es conveniente replicar, con los debidos ajustes, en virtud de los diferentes bienes jurídicos que protege

nuestra legislación antimonopólica respecto de la ley de tráfico de sustancias estupefacientes¹²⁷.

Así, en virtud de este segundo objetivo es que se pretende establecer la delación compensada como forma de incentivar a las empresas que actualmente se encuentran participando de un cártel, para que colaboren con el órgano administrativo persecutor, la FNE, para la detección y sanción de tales conductas. Para abordar este tema analizaremos por separado el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, y la historia de dicha disposición, y por otra parte la Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en caso de colusión de la FNE, que establece el procedimiento concreto mediante el cual un agente coludido pueda solicitar en nuestro país acogerse a los beneficios de la delación compensada.

2.3.1. Regulación de la delación compensada en el Decreto Ley N° 211

Por medio de la incorporación de la delación compensada en nuestro ordenamiento el legislador siguió las tendencias del derecho comparado, en cuanto que la mejor forma de aumentar la detección, y correlativa de sanción de carteles, es establecer incentivos para que los propios miembros colaboren en la investigación. Este tipo de mecanismo no era del todo nuevo en nuestro país, ya que en el ámbito penal, particularmente en la persecución del narcotráfico,

¹²⁷ Historia de la Ley N° 20.631. Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de Economía, fomento y Reconstrucción de 2004, sobre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 13 de julio, 2009. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. p. 7.

ya se establecían mecanismos de esta índole. Con todo, dada la diferencia de los bienes jurídicos comprometidos en esa rama del derecho, no se hacía posible aplicar directamente estos mecanismos en materia de defensa de la competencia, por lo cual se requiere una regulación específica.

Así en el año 2006 la presidenta BACHELLET envió al Congreso Nacional el proyecto de la Ley N° 20.361, siendo uno de sus objetivos fortalecer las facultades de la FNE para la persecución de las prácticas colusorias, junto con buscar otorgar a dicho órgano facultades para ordenar a la fuerza pública el allanamiento, descerraje y registro de recintos públicos o privados, o la incautación de documentos y antecedentes, además de autorizar la interceptación de comunicaciones. En definitiva, se perseguía dotar de mejores herramientas a la FNE para perseguir estas conductas y, en particular, poder obtener elementos de prueba que posteriormente permitieran presentar un requerimiento con mejores posibilidades de llegar a una sentencia condenatoria.

Debe recordarse que las prácticas colusorias son de muy difícil comprobación, dado que la estructura misma que adoptan las empresas coludidas hace muy dificultoso para los órganos de persecución hacerse de elementos de prueba directos. Si bien los requerimientos y sentencias del TDLC no necesariamente deben fundarse en este tipo de pruebas, dado que en esta materia rige la libertad probatoria, en la práctica ésta resulta de vital importancia

ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema la ha exigido en desmedro de la prueba indirecta¹²⁸, como ocurrió en los casos Combustibles, Isapres y Oxígeno, entre otros¹²⁹. Así la delación compensada es un mecanismo que fomenta que los propios sujetos partícipes del cártel aporten prueba directa para demostrar la existencia del mismo, como informar quienes son los demás integrantes, su duración y ganancias obtenidas por el cartel.

La primera redacción original del programa de delación compensada - contemplada en el artículo 26 bis del proyecto de la ley en comento- no resultó muy precisa, ya que si bien establecía beneficios a quienes siendo miembros de un cartel colaboraran con la FNE, consistentes en una reducción o exención de la multa, no se establecían claramente los requisitos para uno u otro caso, ni tampoco se establecían rangos de beneficios conforme al lugar de llegada, como en los programas de la U.E. Además la concepción original de nuestro programa de clemencia no operaba de forma automática – con la sola aprobación de la FNE-, reservando al TDLC la facultad de pronunciarse “sobre la eficacia de la revelación aportada” al momento de dictar la sentencia

¹²⁸ En términos generales prueba directa se refiere a aquella que por sí misma sirve para acreditar un hecho determinado, sin tener que recurrir a otros medios de prueba. El más típico ejemplo es la prueba documental. En cambio, prueba indirecta es aquella que no permite acreditar un hecho por sí misma, sino que resulta necesario recurrir a otros medios probatorios, por lo cual (desde un punto de vista de la prueba legal tasada) la convicción que genera en el juzgador es menor. Claro ejemplo de esto último podría ser una presunción judicial, donde solo se encuentra acreditado un hecho base: por ejemplo, tratándose de un cartel, que en X periodo de tiempo el precio de X producto se incrementó en cierto porcentaje.

¹²⁹ Historia de la Ley N° 20.631. Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de Economía, fomento y Reconstrucción de 2004, sobre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 13 de julio, 2009. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. p. 315.

definitiva, incluso pudiendo aplicar una multa mayor a la propuesta por la FNE, circunstancias que atentaban contra la seguridad jurídica del programa.

Cabe destacar que dicho proyecto contemplaba una modificación del artículo 30 del Decreto Ley N° 211, en cuanto se proponía establecer una excepción a la responsabilidad solidaria que recae en los partícipes del cártel, señalando en particular que las personas que se acogieran al programa de delación compensada sólo serían responsables de los perjuicios causados por su conductas, no siendo aplicable el artículo 2317 del CC. Sin embargo esta proposición no prosperó en la ley que en definitiva se aprobó, suprimiéndose en razón a una indicación sustitutiva presentada por el Ejecutivo durante la tramitación del proyecto en la Cámara de Diputados¹³⁰.

Dadas las deficiencias que presentaba el programa de delación compensada original, el Ejecutivo presentó un nuevo programa durante la tramitación de la ley, y que es el que en definitiva se contempla en el actual artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, el cual fue aprobado sin mayores cambios. Para fortalecer la eficacia de este programa además se incrementó la cuantía de la multa para la sanción de colusiones, pasando a las actuales 30.000 UTA. Se siguió la idea en orden a que la eficacia de un programa de clemencia se encuentra en una relación proporcional, a cuanto mayor sea la

¹³⁰ Historia de la Ley N° 20.361. Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de Economía, fomento y Reconstrucción de 2004, sobre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 13 de julio, 2009. Biblioteca del Congreso Nacional del Chile. p. 163.

sanción de los carteles y la probabilidad de detección del mismo¹³¹. Así, al haberse eliminado de nuestro sistema las sanciones corporales, el único medio de incrementar la sanción es mediante el aumento de las multas (sin entrar al establecimiento de sanciones civiles, como los daños punitivos). Con todo, esta reforma en particular fue bastante discutida, tanto en el Senado como en el Parlamento, dado que se argumentaba que al no establecerse criterios específicos para el incremento de la multa resultaba arbitraria la cifra, además que sería innecesario dicho incremento dado que hasta ese momento no se había aplicado la multa máxima vigente, que era de 20.000 UTA para toda conducta contraria a la competencia¹³². Si bien compartimos la crítica, en cuanto que el incremento de una multa debe basarse en parámetros objetivos, en particular en el daño ocasionado a la competencia¹³³, en el estado actual de las cosas resultaba necesario incrementar la sanción a los carteles, ya que la cantidad del mismo no resultó ser suficientemente disuasiva para que se

¹³¹ GONZÁLEZ, ALDO. 2007b. Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. [en línea] En foco N° 100. <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007121329.pdf> [consulta: 27 noviembre 2014] p 11. En el mismo sentido AGOSTINI, CLAUDIO. 2007. Institucionalidad e incentivos para la libre competencia. [en línea] En Foco N° 99 <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007114142.pdf> [consulta: 31 de marzo de 2014] p 7-8.

¹³² En dicho sentido encontramos la opinión del señor diputado ELUCHANS, para quien resultaba innecesario el incremento de la multas dado que hasta ese entonces nunca se había aplicado la multa máxima por el TDLC. Historia de la Ley N° 20.361. p. 224.

¹³³ Sección 4, capítulo 3.

siguieran formando los mismos como la práctica lo demostró; e incluso se planteó en la discusión de la Cámara Alta restablecer las penas corporales¹³⁴.

El programa de delación compensada aprobado en definitiva, al igual que el actual programa de clemencia de la U.E., establece requisitos distintos para quienes deseen obtener una exención y quienes sólo obtienen una reducción de multa. Así quienes deseen obtener una exención total del pago de la multa deberán cumplir con lo siguiente:

- i. Que el ejecutor de la conducta proporcione antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el TDLC¹³⁵;
- ii. Que el ejecutor se abstenga de divulgar la solicitud de estos beneficios, hasta que la FNE formule el requerimiento y ordene archivar los antecedentes de la solicitud de acogerse a la delación compensada;

¹³⁴ Así, por ejemplo, el senador ARENAS, influenciado por lo ocurrido en el caso Farmacias, sostuvo que la efectividad de los programas de clemencia requieren necesariamente la existencia de pena de cárcel en los casos de colusiones. *Ibidem*. p. 512.

¹³⁵ En este sentido debe tenerse en consideración la sentencia de la Corte Suprema en el caso Farmacias, quien en su considerando veinticuatro establece los criterios que deben cumplirse para otorgar valor probatorio a las declaraciones emanadas de un agente económico, mediante las cuales reconoce su participación involucrando directamente a otras empresas implicadas en el acuerdo colusorio, a saber: 1.- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos; 2.- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables; 3.- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión; 4.- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso. Corte Suprema, Sentencia Rol 2578-2012, de 7 de septiembre de 2012.

iii. Que el ejecutor ponga fin a su participación de la conducta inmediatamente después de presentar la solicitud;

iv. Que el ejecutor sea el primero en aportar estos antecedentes a la FNE, dentro del grupo de responsables de la conducta.

Por su parte la reducción de multa está contemplada a los ejecutores que no sean los primeros denunciadores, estableciendo como beneficio máximo la reducción de la multa hasta en un 50%. Para acceder a tal beneficio, junto con cumplir los requisitos del primer ejecutor denunciante (salvo, justamente, ser el primer denunciante), es necesario aportar “antecedentes adicionales” respecto de los ya facilitados por quien obtuvo una exención total de la multa. Se estableció como límite temporal para solicitar ambos beneficios el momento en que se presente el requerimiento de la FNE, ya que será en dicho documento en el cual se establecerá el beneficio.

Nuestro programa establece un requisito negativo para quienes deseen acogerse a una exención o reducción de multas, ya que si el TDLC determina que uno de los solicitantes era “organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella” igualmente se podrá aplicar una multa, independiente de lo resuelto por la FNE. Este elemento no formaba parte del proyecto del Ejecutivo, sino que fue introducido durante la discusión del

proyecto de ley en el Senado¹³⁶, dándose argumentos de orden moral para excluir al líder del cártel de los beneficios contemplados en la ley. Con todo, y tal como ya se señaló en relación al sistema de E.E.U.U. y de la U.E., existen fuertes argumentos para incluir al líder -o en nuestros términos organizador- dentro de los beneficiados, dado que introduce un factor de desequilibrio dentro de la organización del mismo¹³⁷, creando desconfianza entre los ejecutores de la conducta, además de los problemas que se presentan en los carteles en donde no existe un líder completamente definido, ya sea porque dicha figura rotaría entre todos los partícipes o bien porque todos los miembros tengan funciones análogas. De todas formas es destacable que para excluir de los beneficios no solo se requiere ser organizador, sino que además se requiere haber coaccionado a los demás miembros a participar del cártel, requisito que iría en la misma línea de las últimas reformas de las Comunicaciones de la Unión Europea.

La anterior no es la única crítica que se podría realizar a la redacción de nuestro programa de clemencia, ya que tratándose del requisito de los elementos de prueba que debe aportar quien solicita los beneficios de clemencia, la norma establece que deben facilitarse a la FNE “antecedentes precisos, veraces y comprobables”, pero sin definir qué elementos de prueba cumplen dichas características, ni siquiera a modo ilustrativo. En la práctica la

¹³⁶ Historia de la Ley N° 20.361. p. 545.

¹³⁷ GONZÁLEZ, 2006; Op. Cit. p. 32.

FNE ha señalado qué especies de elementos probatorios cumplirían dicho estándar¹³⁸, pero por razones de técnica legislativa, transparencia de este mecanismo, y seguridad para quienes deseen acogerse¹³⁹, estimamos que esto debería encontrarse establecido directamente en el Decreto Ley N° 211.

Respecto a la reducción de multas se extraña una mayor precisión en cuanto a los rangos efectivos de reducción que puede optar cada delator de la colusión. Si se optó por otorgar beneficios a quienes no son los primeros declarantes de la conducta ilícita, creemos que debería establecerse un número límite de ejecutores que pueden acogerse al beneficio, y establecerse distintos rangos de reducción de multas en razón al orden en que se solicita el beneficio. De esa forma se sigue fomentando una carrera entre los ejecutores de la conducta, en orden a quien aporta con mayor prontitud antecedentes para recibir una mayor recompensa. Al no establecerse estos parámetros esto repercute en una mayor efectividad de la delación compensada, ya que se quita la presión sobre el agente dañoso de colaborar lo antes posible¹⁴⁰.

Por último, en cuanto a los requisitos comunes a la reducción y exención de multas, sería deseable que se establezca un deber de cooperación continua del ejecutor acreedor de dichos beneficios, de modo tal que durante el

¹³⁸ Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión. Fiscalía Nacional Económica. Octubre 2009. P 8.

¹³⁹ Debe tenerse en cuenta que la guía interna de la FNE tiene naturaleza administrativa, por lo cual su reforma dependerá de los criterios de dicha institución en un momento determinado, por lo cual nada asegura a los ejecutores que los elementos de pruebas que tengan en un momento determinado luego les sirvan, ya que podrían cambiar los criterios del órgano administrativo respecto a qué pruebas cumplen con los requisitos de ser "precisos, veraces y comprobables".

¹⁴⁰ GONZÁLEZ, 2006; Op. Cit. p. 25.

desarrollo del procedimiento aquellos sigan colaborando con la FNE, debiendo facilitar todo nuevo elemento de prueba a los cuales tuviesen acceso, e incluso condicionando el beneficio a que no realicen conductas tales como la destrucción de dichos elementos, todo lo cual sería controlado por el TDLC en el desarrollo del proceso.

2.3.2. Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión

En virtud que el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211 encomienda a la FNE el control de los requisitos legales establecidos para los programas de delación compensada, y en su caso determinar si procede o no otorgar el beneficio solicitado, es que dicho organismo elaboró una guía interna con el objeto de otorgar certeza jurídica a los solicitantes respecto a la metodología que empleará para la aplicación del programa en análisis¹⁴¹.

Respecto al contenido de dicha guía podemos señalar que principalmente viene a regular un procedimiento administrativo, mediante el cual se establecen los pasos a seguir para acogerse a los beneficios, y el modo en el cual cada solicitante garantiza su lugar en el cual solicita los beneficios. Junto a ello se establecen los criterios del órgano para dar por cumplidos los requisitos, destacándose la ejemplificación que realiza dicho órgano respecto de qué antecedentes cumplen con el requisito de ser “precisos, veraces y

¹⁴¹ Guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión. Fiscalía Nacional Económica. Octubre 2009. p. 2.

comprobables”, por ejemplo una declaración escrita o verbal, con determinadas individualizaciones, documentos referentes a la existencia y participación en la colusión, estudios, informes, estadísticas, etc.

Sobre el procedimiento en general, se establece un sistema electrónico en el cual se puede manifestar por los interesados su intención de acceder a los beneficios, relleno un formulario electrónico, luego del cual se lo cita a una reunión de programación. En dicha reunión, junto con entregarse un “Indicador de Postulación” - el cual indica el lugar que ocupa el solicitante respecto de otras solicitudes que se realizará sobre la misma materia - se acuerda en qué forma el solicitante facilitará los antecedentes para acogerse a los beneficios. Posteriormente se realiza una reunión en la cual se hace entrega efectiva de los antecedentes, y finalmente el Fiscal evalúa si los mismos cumplen o no con las exigencias legales.

Así esta guía se encuentra acorde con las últimas comunicaciones de la U.E., buscando ante todo otorgar seguridad a los solicitantes de delación compensada el lugar en que realizan su solicitud, lo que determinara si podrán acogerse a una exención total o solo a la reducción de la multa. Con todo, no contiene normativa que busque asegurar a quien colabora que la información otorgada no será utilizada posteriormente en otro procedimiento, o bien compartida con otros órganos administrativos.

3. Influencia particular de la responsabilidad civil en los mecanismos de incentivo.

Hemos estudiado en el capítulo primero los elementos de la responsabilidad civil, y los hemos visto a la luz de la regulación específica del Decreto Ley N° 211, particularmente en relación a la institución de la delación compensada como mecanismo de lucha contra los acuerdos colusorios. A continuación, hemos descrito las principales características de algunos regímenes de clemencia del derecho comparado, además de explicar el funcionamiento del sistema chileno. Veremos ahora de qué manera la regulación de la responsabilidad civil resulta relevante para los efectos de establecer claros incentivos para que los agentes coludidos decidan someterse a regímenes de clemencia y, en definitiva, evitar la propagación de carteles en mercados competitivos.

Como cierre de este capítulo, veremos a la luz de ciertos criterios económicos, de qué forma algunas herramientas relacionadas con la responsabilidad civil de los agentes coludidos, que se han adoptado en otros sistemas en el derecho comparado, han aportado a la eficiencia y eficacia de los mecanismos de clemencia.

Es relevante entender la delación compensada como un mecanismo de persecución de carteles, y por tanto de defensa y promoción de la libre

competencia en los mercados. Se encuentra, en ese sentido, a un lado de la persecución e investigación que lleve a cabo el órgano correspondiente –en nuestro caso la FNE-. La diferencia radica en que la delación compensada tiene un enfoque primordialmente individualista, a nivel de cada agente coludido. Funciona sobre la base de otorgar incentivos a cada uno de los agentes para que actúen en forma individual y no como un cartel, de tal manera que la estructura fundante de este acuerdo se torne más débil.¹⁴²

En un supuesto en que la persecución que lleva a cabo la FNE es la única amenaza al cartel, la delación compensada viene a introducir otro factor: la posible deserción de uno de los agentes, con la posibilidad de que, además, dicha deserción aumente drásticamente las posibilidades de que la persecución de la FNE resulte exitosa, llegando a una condena por parte del TDLC. Utilizando principios básicos de teoría del juego, de lo que se trata es de generar beneficios alternativos para los agentes coludidos, que sean mayores a los beneficios esperados por la continuación del cartel.¹⁴³

Siguiendo un claro ejemplo propuesto por el profesor GONZÁLEZ¹⁴⁴, pensemos en un mercado con solamente dos agentes, en que el ente persecutor –FNE en Chile- tiene indicios de que hay un acuerdo colusorio, mas no cuenta con evidencias concretas como para presentar un requerimiento ante el TDLC. El mecanismo de la delación compensada, en ese caso, genera una

¹⁴² GONZALEZ. 2007a. p. 4.

¹⁴³ Loc. Cit.

¹⁴⁴ Loc. Cit.

variación relevante en los beneficios que los dos agentes perciben como efecto de mantener el acuerdo colusorio en el tiempo. Cada agente tendrá la posibilidad de desertar o no desertar, y su decisión dependerá, por cierto, de lo que haga su competidor: si cualquiera de los dos decide desertar, los beneficios de mantener el acuerdo son inexistentes, pues la condena es prácticamente segura.

Bajo ese panorama, en Chile hoy en día la responsabilidad civil no cumple ninguna función relevante como incentivo para la utilización de la delación compensada como mecanismo de lucha contra los carteles. Sumado a eso, y respecto de la reparación de perjuicios seguidos de la comisión del ilícito de colusión, se puede señalar que no ha habido casos en que se discuta la responsabilidad civil de los miembros del cartel, lo que lleva, lógicamente, a una sensación de impunidad al respecto por parte de los agentes coludidos. A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones estudiadas, la indemnización a la que deberían ser condenados los miembros de un cartel luego de una sentencia dictada por el TDLC en su contra no entra en los cálculos mencionados más arriba. Veremos a continuación de qué forma, adoptando criterios que han tenido buenos resultados en el derecho comparado, la responsabilidad civil sí puede funcionar potencialmente como un buen mecanismo de incentivo para someterse a regímenes de clemencia. En este sentido, si se estableciera, en primer lugar, un régimen de responsabilidad civil por la comisión de ilícitos anticompetitivos que promueva el litigio en contra de

los agentes de mercado coludidos, al mismo tiempo que se generaran beneficios en sede de responsabilidad civil para quien se someta a un régimen de clemencia, entonces el flujo de beneficios explicado más arriba se podría ver afectado por el régimen de responsabilidad civil aplicable, en el sentido de promover los regímenes de clemencia como la delación compensada.

3.1. Responsabilidad civil y prevención.

Hoy en día no se discute que la responsabilidad civil cumple varios fines, entre ellos uno de prevención de conductas ilícitas. Esto se debe, en parte, a un aporte de la doctrina del análisis económico del derecho, surgida en la segunda mitad del siglo XX, que vino a traer sofisticación y desarrollo a los planteamientos utilitaristas de años anteriores. De esta forma, la responsabilidad civil como mecanismo de prevención y maximización de bienestar social se contrapone a la visión de la misma como medio de consecución de la justicia –correctiva, por ejemplo, en el puro concepto de la reparación de un daño-.¹⁴⁵

Desde un punto de vista puramente preventivo, al analizar mecanismos de clemencia en sistemas de derecho comparado, hay dos cuestiones que llaman la atención: la asunción básica de que los coautores de un hecho ilícito responden solidariamente por los daños que su conducta provoque –lo que también reconoce fundamentos de justicia correctiva y retributiva-, y la

¹⁴⁵ BARROS, Op. Cit. p. 53.

aceptación y procedencia de daños punitivos. Sobre la solidaridad, hay que decir que asume una función preventiva cuando se encuentra al lado de mecanismos de clemencia que establezcan medios para que el agente que decida acusar al resto de los miembros del cartel.

3.2. Regulación de la solidaridad como incentivo en un programa de clemencia.

La obligación solidaria es aquella en que se debe una cosa divisible y existe pluralidad de sujetos activos o pasivos, estando cada acreedor facultado para exigir el total de la obligación, y cada deudor puede ser obligado a cumplirla íntegramente.¹⁴⁶ Solidaridad, en los términos a los que nosotros nos referimos en esta parte, es exclusivamente pasiva, esto es, existen varios deudores que pueden ser obligados a cumplir íntegramente la prestación. En el derecho chileno, en base a lo dispuesto en el artículo 2317 del Código Civil, si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito. Todo fraude o dolo otorga la misma acción solidaria.

Como ya hemos mencionado, en otros sistemas, como en el sistema del derecho europeo comunitario, se entiende que todos los miembros del cártel son solidariamente responsables por los perjuicios que ocasionan con su actuar. Las nuevas tendencias en el sentido de dotar de mayor eficacia a los

¹⁴⁶ ABELIUK, Op. Cit. p. 418.

mecanismos de clemencia en el sistema comunitario han optado por señalar que uno de los beneficios que se otorguen a quien decida denunciar la existencia del acuerdo colusorio, puede ser la exclusión del régimen de responsabilidad solidaria.

En Chile, aunque no se ven obstáculos para que aplique la norma de la responsabilidad solidaria del artículo 2317 del Código Civil, hasta el momento no ha habido un pronunciamiento claro en ese sentido¹⁴⁷. Un mecanismo de clemencia que regulara expresamente la responsabilidad solidaria para todos los miembros de un cartel, al mismo tiempo que otorgara un beneficio de exclusión de ese sistema de responsabilidad excepcional, podría funcionar como buen incentivo en la lucha contra los carteles.

3.3. Regulación de los daños punitivos como incentivo de un programa de clemencia.

Cuando el *quantum* de la indemnización excede el monto de los daños efectivamente causados por el agente dañoso, estamos en presencia de daños punitivos. La indemnización que comprende daños punitivos cumple funciones de una pena civil. Los fines preventivos están claros: no solamente la

¹⁴⁷ Hay un fallo (Pivcevic y otros con Lan Chile y otros, rol ingreso N° 5835/2004 de la Excma. Corte Suprema) en que se declaró solidariamente responsables a los condenados, pero no fue durante la vigencia del sistema del DL 211 actualmente vigente. Véase: BANFI, Op. Cit. pp. 241-242. Tal como muestran las actas y la historia de la ley, en la tramitación de la ley N° 20.361 se estudió la posibilidad de establecer expresa exención de la solidaridad de los miembros del cartel que fueran beneficiados por someterse al régimen de la delación compensada, de acuerdo a un apéndice del art. 30 del DL 211, el que finalmente nunca llegó a ser ley. Véase: Historia de la ley N° 20.361. pp. 12, 43, y 264.

indemnización pretende reparar las pérdidas patrimoniales o extrapatrimoniales que haya sufrido la víctima del delito o cuasidelito; también hay un fin disuasivo que mira al futuro, en el sentido de que se pretende que el agente dañoso y otros que se encuentran en una situación similar a él como eventuales actores de un daño similar al que se pretende reparar –en parte- eviten actuar de manera tal que se hagan merecedores de una condena que comprenda daños punitivos¹⁴⁸.

Hemos visto que en los Estados Unidos, la *Clayton Act* ha previsto la posibilidad de que a un agente coludido se le condene a pagar hasta tres veces los daños ocasionados con su actuar ilícito¹⁴⁹. Aunque en sistemas del *common law*, los daños punitivos son comunes, este representa uno de los casos de mayor relevancia, por encontrarse reconocido expresamente en un texto con fuerza generalmente obligatoria. En definitiva, se reconoce que hay una preeminencia del fin preventivo y sancionador de la responsabilidad civil en casos extremos de ilicitud –como es el caso de los carteles, por la forma en que afectan a toda la sociedad- por sobre la naturaleza eminentemente reparadora basada en la justicia correctiva que se reconoce más propia del derecho civil continental.

Los daños punitivos, aunque de difícil aceptación en nuestro derecho por encontrarse reñidos con el principio de la justicia correctiva y la reparación

¹⁴⁸ BARROS, Op. Cit. pp. 304 y ss.

¹⁴⁹ Sección 2.1. de este mismo capítulo.

integral del daño, se muestran como un mecanismo de eficacia demostrada en cuanto incentivo para la persecución de carteles y acuerdos colusorios. Un sistema de derecho de la competencia que reconozca expresamente la posibilidad de que los agentes coludidos sean condenados a reparaciones o indemnizaciones punitivas funciona también como un excelente incentivo para que las víctimas que han sufrido daños por los actos ilícitos del cartel busquen en sede judicial la reparación de los daños. Este será también un factor que tendrá en cuenta el agente coludido que esté pensando en someterse a un régimen de clemencia.

CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DELACIÓN COMPENSADA

En el presente capítulo se analizarán los principales casos de colusión perseguidos en los últimos años en nuestro país, centrándonos en la aplicación práctica que ha presentado la delación compensada, así como de otras herramientas que también persiguen facilitar la sanción de los carteles. De esta forma buscamos apreciar de mejor manera los problemas prácticos que ha presentado la persecución de carteles, ver de qué manera la delación compensada ha ayudado a solucionar los mismos y determinar qué aspectos necesitan ser perfeccionados.

1. Casos de colusiones relevantes en el ámbito nacional.

Desde la creación del TDLC hasta la actualidad, se puede observar que las colusiones han representado un gran número de casos que han debido ser analizados por dicho tribunal. Si bien la expansión económica de nuestro país en las últimas décadas ha traído mayores agentes de mercado, siguen existiendo muchos sectores productivos en donde los competidores son bastante concentrados y a su vez los mismos suelen relacionarse a través de asociaciones de carácter gremial, factores que aumentan el riesgo de que se

produzcan acuerdos entre ellos, con el fin de afectar el normal funcionamiento de nuestro mercado.

En la breve vida que lleva dicho tribunal se puede observar que la sanción a carteles se han centrado en ciertos mercados particulares, principalmente en relación con el sector transporte y salud, sin perjuicio de existir otros mercados en que se han formado carteles de gran envergadura, que incluso revisten el carácter de colusiones a nivel global que producen efectos negativos en nuestro mercado interno, como es el caso Compresores de Refrigeradores¹⁵⁰. Con todo, en su mayoría los casos de colusión sancionados en Chile han tratado de acuerdos alcanzados entre competidores dentro de las fronteras nacionales, como ha ocurrido en el sector del retail o del turismo por ejemplo.

Los carteles nacionales no solo se han limitado a la fijación de precios y repartición de mercados, sino que también se han configurado para efectos de excluir otros competidores, o incluso hacer fracasar licitaciones, lo cual se engloba dentro de las conductas de boicot colectivo¹⁵¹. Además, si bien en la mayoría de las colusiones nacionales ha existido un acuerdo directo entre los competidores, en muchos de nuestros casos las asociaciones gremiales - y figuras similares- han jugado un rol importante al facilitar que se alcancen este

¹⁵⁰ Sentencia 122 TDLC, ROL 207-10; Sentencia CS ROL 5308-2012.

¹⁵¹ La jurisprudencia del TDLC, al igual que la doctrina, ha sostenido que el boicot colectivo es una especie de colusión, razón por la cual puede ser sancionada bajo dicha figura, y consistirá en “la negativa concertada de un grupo de competidores a contratar con uno o más de sus clientes o con un competidor que no forma parte del club”. Sentencia 128 TDLC, ROL C 177-08.

tipo de acuerdos, razón por la cual han sido sancionadas en reiteradas ocasiones, e incluso se ha ordenado la disolución de algunas, como ocurrió recientemente en el caso Pollos¹⁵².

Dicho lo anterior, pasaremos a analizar en términos generales qué ha ocurrido en los principales mercados que han sido objeto de enjuiciamiento en materia de colusión, esto es, el sector transporte y el sector salud, los cuales representan el 53% y 16% respectivamente de los casos sancionados por el TDLC para este tipo de conductas¹⁵³.

1.1. Sector transporte

En primer lugar debemos señalar que dentro de este punto incorporamos tanto el mercado del transporte terrestre como el marítimo. Sobre este último, encontramos la colusión de las agencias navieras para cobrar a los exportadores de servicios no solicitados a aquellos¹⁵⁴, en el cual el TDLC se basó fundamentalmente en prueba de carácter económica para generar su convicción sobre la efectividad de la conducta señalada, en cuanto exista simultaneidad y similitud de los cobros realizados por tales agencias¹⁵⁵. Sin embargo la Corte Suprema, conociendo del recurso de reclamación, revocó la decisión del TDLC fundado en que no se acreditó la voluntad de los agentes de

¹⁵² Sentencia 139 TDLC, ROL 236-11.

¹⁵³ Véase Infra. Anexo. Punto 1.

¹⁵⁴ Sentencia 38 TDLC, ROL C 12-04.

¹⁵⁵ Véase GONZÁLEZ. 2007a; Op. Cit. p 7 -8.

mercado en cuanto a la realización de los cobros, siendo la voluntad un elemento esencial para dicha corte en los casos de colusión¹⁵⁶.

Fuera del caso señalado, más importante aún han resultado ser los casos de colusiones en el transporte terrestre de pasajeros, en donde se han concentrado la mayoría de las sanciones del TDLC en los últimos años. La mayoría de los casos perseguidos se han tratado de acuerdos secretos entre competidores del rubro, con la finalidad de fijar los precios de boletos de transporte de pasajeros, tanto de carácter urbano como interurbano. En estos casos se ha demostrado la utilidad de las nuevas facultades otorgadas a la FNE en el año 2009, tales como la posibilidad de interceptar comunicaciones telefónicas así como la delación compensada, ya que éstas han mejorado sustancialmente la capacidad de dicho organismo para hacerse de material probatorio de mejor calidad y, por consiguiente, para formar la convicción del TDLC sobre la efectividad del acuerdo entre competidores¹⁵⁷.

Además de la fijación de precios, otros acuerdos se han realizado con el fin de excluir a determinados competidores de un mercado. Los competidores de este mercado han adoptado distintas fórmulas para alcanzar dicha finalidad, las cuales han ido desde la distribución de mercados y fijación de precios entre competidores existentes, con la finalidad de hacer inviable a los nuevos

¹⁵⁶ Sentencia CS, ROL 3.395-2006.

¹⁵⁷ Véase Sentencia 133 TDLC, ROL C 224-11; Sentencia 134, ROL C 223-11; Sentencia 136 TDLC, ROL C 234-11; Sentencia 137, C 248-13.

competidores ingresar a un mercado por las bajas ganancias¹⁵⁸, hasta la exclusión de los nuevos competidores impidiéndoles la utilización de terminales de buses y rodoviaros existentes¹⁵⁹. Esto demuestra que las colusiones otorgan al cartel un poder de mercado tal que facilita a aquél comportarse como un monopolio, pudiendo adoptar estrategias de mercado para excluir toda competencia.

1.2 Sector salud

Desde un punto de vista cualitativo, en virtud de la sensibilidad de los productos y servicios comprendidos dentro de este sector, importa hacer referencia a los principales casos de colusión que se han producido en el sector salud. En particular uno de los casos más relevantes ha sido la colusión de las farmacias, sancionada por el TDLC en el año 2012¹⁶⁰, en el cual las principales cadenas farmacéuticas del mercado nacional acordaron fijar el precio de distintos medicamentos, algunos de ellos de consumo crónico, posterior a una guerra de precios entre aquellas, y utilizando a los laboratorios farmacéuticos como agentes coordinadores del acuerdo. En este caso existió una conciliación parcial entre la FNE y una de las requeridas¹⁶¹ -Farmacias Ahumada-, lo cual permitieron al órgano persecutor hacerse de pruebas. Dichas pruebas, junto a

¹⁵⁸ Sentencia 82 TDLC, ROL C 140-07.

¹⁵⁹ Sentencia 134 TDLC, ROL C 223-11.

¹⁶⁰ Sentencia 119 TDLC, ROL 184-08

¹⁶¹ A la fecha en que se inició el procedimiento, no existía la posibilidad para que Farmacias Ahumada se acogiera a una delación compensada ya que aún se encontraba tramitando en el Congreso Nacional el proyecto de ley respectivo.

las de carácter económico, permitió al órgano adjudicador formar su convicción sobre la veracidad de las conductas denunciadas, decisión que luego fue confirmada por la CS¹⁶². Así quedó patente en este caso lo vital que puede resultar la cooperación de un agente coludido para conseguir la sanción de un cártel, ya que sin la ayuda de aquél, hubiese sido muy difícil que la FNE se hiciera de prueba directa en este caso, sobre todo considerando que por la época de la conducta dicho organismo aún no disponía de la facultad de allanamiento.

También importa hacer referencia al caso oxígenos¹⁶³, en el cual se denunció a los mayores proveedores de oxígeno líquido o gaseoso, insumo utilizado en hospitales públicos, de haberse coludido con la finalidad de hacer fracasar una licitación de CENABAST, y de esa forma mantener la repartición de mercado existente entre ellos. Si bien el TDLC estuvo por acoger el requerimiento, luego el fallo fue revocado por la CS, fundándose dicha corte en que los hechos acreditados no servían como base para construir una presunción de colusión¹⁶⁴. Así, al no existir la colaboración de alguno de los agentes coludidos - a diferencia del caso Farmacias - no se logró obtener elementos de prueba suficientes para generar la convicción de nuestra CS, ya que la prueba de carácter económica por sí misma no solo sirve para corroborar

¹⁶² Sentencia CS ROL 2578-2012

¹⁶³ Sentencia 43 TDLC, ROL C 74-05

¹⁶⁴ Sentencia CS, ROL 5057-2006. C. 13.

la hipótesis de colusión, sino que también sirve para otras teorías del caso¹⁶⁵ que explican el comportamiento de los agente de mercado.

Finalmente, dentro de este ámbito, nos interesa hacer referencia al caso de médicos de Punta Arenas¹⁶⁶, en donde un grupo de 84 profesionales del área, a través de la formación de una sociedad - AM Patagonia S.A.- acordaron fijar un arancel para sus servicios, conforme a la especialidad de cada profesional. Dado que los requeridos reconocieron la circunstancia de acordar precios, y que los mismos constaban en un documento incorporado en el procedimiento, el TDLC acogió el requerimiento de la FNE. Así, una vez acreditada la existencia del acuerdo y el carácter de voluntario, ello es suficiente para la sanción de la conducta, dado que tendría una aptitud objetiva de producir resultados anticompetitivos¹⁶⁷.

2. Problemas que ha presentado la persecución de carteles

La persecución de los carteles, por la configuración de la misma, que normalmente presenta el carácter de un acuerdo secreto entre competidores (salvo casos excepcionales), históricamente ha dificultado tanto su detección

¹⁶⁵ En el mismo sentido se encuentra lo resuelto en el caso Isapres, en donde se rechazó el requerimiento de la FNE por supuesta colusión de las Isapres respecto al haber sustituido de forma concertada los planes de salud a sus clientes, dado el paralelismo que existe en dicha sustitución pudo tener otras explicaciones, tales como una competencia estratégica. Sentencia 57, ROL C 77-05 TDLC; Sentencia CS ROL 4052-2007.

¹⁶⁶ Sentencia 74 TDLC, ROL C 121-06

¹⁶⁷ Sentencia CS ROL 5937-2008 C.8.

por los órganos persecutores, como las posibilidades de que los mismos se hagan de medios probatorios de suficiente calidad como para producir la convicción de los tribunales nacionales. Se ha tratado de solucionar el primer problema tanto por los mecanismos de colaboración de los miembros de los carteles –como la delación compensada-, como también con el otorgamiento de mayores facultades intrusivas a la FNE. Muestra de lo último es la posibilidad de intervenir las comunicaciones telefónicas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39 literal n) del Decreto Ley N° 211. En cambio el segundo problema, en cuanto a la calidad de los medios de prueba necesarios para generar la convicción del juzgador, se relaciona más bien con el estándar probatorio que rige en materia de libre competencia, el cual no ha sido resuelto por el legislador de forma tajante.

Relacionado con lo anterior, otro problema que se ha presentado para los tribunales es determinar cuáles son los elementos que configuran a la colusión en su esencia, y por ende que deben ser acreditados para efectos de sancionar la conducta en sede de Libre Competencia, existiendo una importante evolución en la materia tanto del TDLC como de la Corte Suprema. A esto debemos agregar la existencia de una dificultad extra, dada porque la jurisprudencia ha exigido una prueba negativa, en el sentido de que se deberá acreditar no sólo la existencia del acuerdo colusorio, sino también que las consecuencias económicas desfavorables (aumento de participación de mercado de un agente, alza de precios, etc.) no encuentran su fuente en otra

hipótesis razonable, como ha señalado la Corte Suprema, por ejemplo, en el caso Oxígenos.

Finalmente, podemos agregar que otro tema en el cual se han presentado dificultades para los tribunales que intervienen en la materia ha sido en relación al cálculo de la multa, dado que si bien la ley señala parámetros a seguir, la aplicación de los mismos no siempre ha resultado fácil.

2.1. Problemas en materia probatoria

Como ya señalamos, los problemas en esta sede se centran en dos aspectos: en primer lugar, las herramientas que disponen los órganos persecutores - en nuestro caso la FNE - para hacerse de medios probatorios, y; en segundo término, el estándar probatorio que exige la jurisprudencia para generar su convicción sobre la efectividad de la conducta.

Para solucionar el primer problema, en cuanto a la obtención de medios probatorios, la reforma del año 2009 introdujo dos herramientas: la delación compensada y la interceptación telefónica. Sobre la primera nos referiremos más adelante en profundidad, pero respecto a la interceptación de comunicaciones podemos señalar que vino a introducir en el sistema de libre competencia las facultades duras que se le otorgan al Ministerio Público en materia penal, en donde la idea base es que el sujeto investigado no tenga conocimiento que se están escuchando sus conversaciones privadas. En la

práctica, ello ha permitido a la FNE hacerse de mejores pruebas, las cuales han sido utilizadas en las últimas causas tramitadas ante el TDLC, por ejemplo en el caso Pollos, y persecuciones en el sector transporte en general.

Tal como se ha expuesto a lo largo de todo el trabajo, el hecho de contar con información –prueba documental, por ejemplo- de primera fuente, obtenida por un involucrado directo en la organización del acuerdo colusorio (sea de forma voluntaria o no), aumenta notoriamente las posibilidades de que el órgano encargado de juzgar conductas antimonopólicas se forme una convicción tal de la existencia del acuerdo ilícito que permita la condena, lo que a su vez aumenta la posibilidad de que las víctimas puedan ejercer acciones civiles, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto Ley N° 211.

Del estudio detallado de los casos de colusión que han llegado al conocimiento del TDLC, se puede desprender que la información aportada por los propios involucrados es vital para lograr una condena. Esto se nota más claramente en los casos en que ha operado la delación compensada, pero aplica también en aquellas situaciones en que, buscando una condena menos gravosa, los involucrados han negociado con la FNE, alcanzando acuerdos extrajudiciales en que, a cambio de información, se ha logrado que la pretensión sancionatoria originalmente prevista en el requerimiento respectivo sea reducida sustancialmente.

2.2. Problemas en los elementos de la figura del cartel

Unos de los problemas que ha presentado la persecución de los carteles, pero que se ha ido atenuando con el transcurso de los años, dice relación con los diferentes criterios que existen entre el TDLC y la CS para configurar la figura de los carteles.

Esta discrepancia era más patente en los primeros casos de colusiones, en donde en general el TDLC estaba por acoger la conducta en cuanto se cumplían los requisitos establecidos en la ley, interpretando que el acuerdo entre competidores podía ser incluso de carácter tácito¹⁶⁸. Sin embargo la CS solía revocar dichos fallos señalando que la voluntariedad es un elemento fundamental en las colusiones, lo cual no era un elemento a probar para el TDLC, sumado a que generalmente en dichas causas se acogían las sentencias en prueba de carácter económica o indirecta, siendo que la CS tiene una preferencia de exigir prueba directa en estas conductas.

Además, se debe señalar que en una primera etapa la Corte suprema, dentro de lo que denomina el elemento de voluntariedad o subjetivo, exigía dolo, esto es, la intención de generar ciertos efectos en el mercado relevante de

¹⁶⁸ Tal es el caso, entre otros, de la sentencia en causa rol C 12-04, sentencia N° 38 del TDLC, FNE con Ultramar y otros. En ese caso, el TDLC dio por acreditado el acuerdo colusorio basado principalmente en la simultaneidad de cobros realizados por agencias navieras, mientras que la Corte Suprema lo rechazó por no haberse acreditado el elemento de voluntariedad.

que se tratara en el caso particular. Tal fue la interpretación exigida en el caso Bencinas 1 del año 2004¹⁶⁹.

Otra cuestión problemática respecto de las interpretaciones entre la Corte Suprema y el TDLC ha sido la exigencia del segundo de la existencia de un poder de mercado relevante. El criterio de la Corte Suprema en ese sentido ha sido excluir el poder de mercado como elemento de juicio a la hora de determinar si existe o no colusión. Tal fue el caso Agencias de Turismo¹⁷⁰.

A modo de conclusión, y considerando que los criterios jurisprudenciales no se encuentran asentados en un sentido o en el otro, sí se puede ver que existe una disparidad de criterios entre lo que considera el TDLC como suficiente para dar por acreditada una colusión ilícita, y los criterios que para el mismo objeto requiere la Corte Suprema.

2.2.1. Elementos de la colusión para el TDLC

El caso Agencias de Turismo¹⁷¹ presenta aspectos relevantes por varias razones. La principal es, como cuestión anecdótica, que la Corte Suprema revocó una sentencia del TDLC que había rechazado un requerimiento de la FNE, y a cambio estableció que sí había colusión. En el caso Asfaltos¹⁷² el

¹⁶⁹ Sentencia N° 18 del TDLC, causa ROL C 10-04 FNE contra Copec y otros.

¹⁷⁰ Sentencia N° 113 del TDLC en causa ROL C 197-09, fallada por el TDLC el año 2011. La Corte Suprema revocó la sentencia del TDLC que rechazó la colusión, por considerar que el hecho de que los agentes no tuvieran suficiente poder de mercado no implica que no puedan cometer el ilícito de la colusión.

¹⁷¹ Causa rol C 197-90, sentencia N° 113 del año 2011.

¹⁷² Sentencia N° 79-2008 TDLC

TDLC resolvió, reproduciendo los importantes pronunciamientos de la sentencia 74-2008, que para dar por acreditada la conducta ilícita de la colusión, se debe dar por probado:

- i. La existencia de un acuerdo entre competidores;
- ii. La incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último;
- iii. La aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido,

2.2.2. Elementos de la colusión para la Corte suprema

En el mismo caso *Agencias de Turismo*¹⁷³ la Corte Suprema señaló, haciendo un notable recuento de los diversos criterios para fallar que han distanciado el juzgamiento del TDLC de aquél hecho por la Corte, que para configurar un caso de colusión ilícita, se debe acreditar:

- i. La existencia de un acuerdo;
- ii. Su objeto;
- iii. La aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y
- iv. La voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

¹⁷³ Sentencia Corte Suprema, considerando 9, de fecha 20 de septiembre de 2012, ingreso corte N° 10954-2011, pronunciado por la Tercera Sala.

2.3. Problemas en el cálculo de la multa

Al respecto debemos señalar que el propio Decreto Ley N° 211 señala al TDLC criterios que deben seguirse en el cálculo de la multa, conforme a lo preceptuado en el artículo 26 letra c) de dicho cuerpo legal. Señala la citada norma que en la sentencia definitiva el TDLC podrá aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales en el caso de acuerdos colusorios. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente o a quienes hayan actuado en su representación en la comisión del ilícito correspondiente. La persona jurídica no puede pagar una multa aplicada a persona natural, ni puede pagar una multa impuesta a empresas relacionadas de acuerdo a lo señalado en el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias:

- i. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción;
- ii. La gravedad de la conducta;
- iii. La calidad de reincidente del infractor y;
- iv. Para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.

Con todo, la jurisprudencia especializada, particularmente por parte de la Corte Suprema, fue estableciendo como criterio adicional que la multa debe ser

al menos igual al perjuicio producido a la competencia con la conducta sancionada¹⁷⁴. Hoy en día ese criterio es plenamente compartido por el TDLC¹⁷⁵. Por tanto, si bien la multa no tiene una finalidad retributiva, por medio de la finalidad de persuasión se ha utilizado el cálculo de los eventuales perjuicios para considerarlo como parámetro para el cálculo de la misma.

En la materia no hay una solución pacífica, y la forma de determinar el *quantum* de la multa sigue teniendo un bajo nivel de certeza. Por cierto que, en atención a lo que ya hemos mencionado, esto afecta a la eficacia de programas de clemencia como la delación compensada, máxime si dicho programa, como en el caso chileno, se basa en beneficios que se otorgan sobre la multa eventual a la que puede ser condenado un agente coludido. Esta diferencia de criterios a la que hacemos referencia ha llegado incluso a ser derechamente una contradicción, tal como sucedió en el caso Compresores¹⁷⁶.

El caso Pollos, que fue fallado por el TDLC hace unos meses con gran repercusión en la opinión pública, nos muestra de qué manera los criterios para la fijación del *quantum* de la multa no se encuentran asentados en la jurisprudencia. En este caso, el TDLC optó por condenar a Ariztía y a Agrosuper a la multa máxima, y a Don Pollo a doce mil unidades tributarias anuales.

¹⁷⁴ Considerando 35 de la sentencia de la Corte Suprema dictada en ROL de ingreso N° 2339-2008 el 13 de agosto de 2008, por la Tercera Sala de la Excma. Corte.

¹⁷⁵ Considerando Tricentésimo cuadragésimo séptimo de la sentencia 139-2014, causa ROL C 236-11 seguida ante el TDLC, el último pronunciamiento sobre colusión de este tribunal especial.

¹⁷⁶ Sentencia 122 del TDLC, en causa ROL C 207-10, que se conoció en la Corte Suprema en ROL ingreso N° 5308-2012, sentencia dictada por la Excma. Corte con fecha 24 de septiembre de 2013.

Sorprende el argumento del TDLC, que alejándose del texto legal, toma en consideración cuestiones tales como una supuesta proporcionalidad en la sanción y la capacidad de pago de Don Pollo en relación a los dos otros agentes coludidos, y establece la multa en base a determinar “como límite prudencial un 10% del volumen total de negocios de la compañía en el último año” para los efectos de señalar que el monto de la multa debe encontrarse alrededor de las doce mil unidades tributarias anuales. Queda pendiente el fallo de la Corte Suprema sobre este caso, pero es probable que haya un pronunciamiento de fondo al respecto.

2.4. Estándar de convicción

En cuanto al estándar de convicción, es este un tema en constante discusión, y se relaciona más en general con la naturaleza de las normas jurídicas del Decreto Ley N° 211. En ese sentido, debe recordarse que la versión original del año 1973 contemplaba la posibilidad de imponer penas privativas de libertad a los infractores de las normas en comento. Con todo, posterior a la modificación señalada, se eliminó dicha posibilidad, existiendo actualmente como sanción máxima la imposición de multas. Pese a la eliminación de las penas privativas de libertad, la discusión sobre el estándar de convicción que debe alcanzar el juez al momento de imponer sanciones tales como las multas ha seguido latente¹⁷⁷. Dado que no es el objeto de este trabajo

¹⁷⁷ Véase ROMERO, JUAN JOSÉ. 2007. Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? [en línea] Documento de trabajo Centro de la Libre Competencia Universidad

zanjar este asunto, nos limitaremos a señalar que la jurisprudencia más reciente del TDLC ha señalado que no corresponde aplicar el estándar penal en esta materia.¹⁷⁸

3. Colaboración de los miembros de carteles en casos nacionales

La persecución de los carteles, por la configuración normalmente secreta de dichos acuerdos, resulta muy difícil, y más complejo resulta aún obtener medios de prueba de la entidad suficiente para producir la convicción del juzgador. Es por ello que la colaboración de los partícipes del cartel resulta fundamental en estas investigaciones, y de la misma forma otorgar los incentivos correctos para que aquéllos accedan a colaborar con el órgano persecutor.

Si bien la delación compensada es la principal institución que ha sido creada para dicho propósito, fomentando la colaboración de particulares con la FNE, no constituye la única institución procesal que ha servido a esta tarea, ya que incluso aún antes de su entrada en vigencia en nuestro sistema solía emplearse otros canales de colaboración, principalmente la celebración de

Católica.<<http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/papers/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014] p 35 y ss.

¹⁷⁸ En este sentido se ha pronunciado el TDLC en sentencias N° 136-2014, N° 137-2014 y en el bullado caso Farmacias, sentencia N° 119-2012, y conociendo reclamación interpuesta contra esta última sentencia, ha ratificado tal interpretación la Corte Suprema en sentencia de 7 de septiembre de 2012 dictada por la Tercera Sala de la Excm. Corte, rol de ingreso N° 2578-2012.

conciliaciones entre las partes de los procedimientos. Si bien nuestro objeto no es analizar en profundidad cómo ha operado dicha institución en materia de Derecho de la Competencia, sí nos parece relevante hacer referencia a las conciliaciones particulares que se han celebrado en persecuciones de carteles y ver de qué manera ha influido en las solicitudes de delaciones compensadas en nuestro país.

Separaremos el análisis de la colaboración de los miembros de carteles distinguiendo los casos en que dicha colaboración se ha hecho en el marco de la delación compensada – y, por tanto, anterior al inicio del procedimiento - , de aquellos en que se ha producido a raíz de una conciliación alcanzada durante la tramitación del juicio.

3.1. Colaboración mediante una conciliación

En primer término importa señalar que la conciliación, conforme a lo señalado por la doctrina tradicional, se ha definido como “el acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo”¹⁷⁹. Corresponde a un equivalente jurisdiccional, por cuanto está destinado a producir iguales efectos que una sentencia definitiva para las partes que lo celebran. En este sentido persigue que las partes lleguen a un acuerdo dentro del marco de un procedimiento ya iniciado, y que el mismo sea guiado por el

¹⁷⁹ COLOMBO, JUAN. 1991. La Jurisdicción en el Derecho Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. pp. 16-17.

órgano adjudicador. Dentro de la materia que nos ocupa, las conciliaciones se encuentran reguladas en el artículo 22 del Decreto Ley N° 211, estableciéndose como trámite que puede ordenar el tribunal de forma prudencial, antes de recibir la causa a prueba.

En la práctica no han sido pocos los casos en los cuales se ha llegado a una conciliación entre la FNE y uno o varios de los requeridos. La jurisprudencia y doctrina exigen que las partes que celebran la conciliación se comprometan a realizar prestaciones recíprocas. En materia de colusiones, la práctica normal ha sido que la FNE se comprometa a renunciar a su pretensión sancionatoria, o bien disminuir el monto de la multa exigida, y por su parte el requerido que celebra la conciliación, junto con reconocer los hechos objeto del requerimiento, se compromete a colaborar con la investigación del órgano persecutor, e incluso a pagar una suma de dinero a modo de multa como ocurrió en el caso Farmacias.

Es este último caso el que importa analizar en mayor detalle, ya que a través de la celebración de una conciliación parcial entre la FNE y uno de los requeridos - Farmacias Ahumada -, se establecieron la entidad de las prestaciones mutuas debidas por las partes. A raíz de la discusión surgida por la validez de dicha conciliación, es que la CS establece los criterios de colaboración con la investigación al cual debe comprometerse el requerido, los cuales han sido ocupados en los casos posteriores de conciliaciones e incluso

en casos de delación compensada. Dado que en este caso la FNE realizó una renuncia total de su pretensión en contra del requerido con quien se celebró la conciliación, y el TDLC acogió aquello, se terminó la persecución contra aquel, lo cual en principio resultó positivo para Farmacias Ahumada, pero ello en ningún caso impidió - como sucedió en los hechos - que se iniciara posteriormente una demanda civil de indemnización de perjuicios por parte del SERNAC invocando su deber de defender el interés difuso y colectivo de los consumidores que había sido conculcado con la colusión sancionada en sede de libre competencia.

En una situación similar a la anterior se encuentra el caso Radios¹⁸⁰, ya que en éste la FNE presentó un requerimiento en contra de una serie de radios que habían celebrado una serie de acuerdos para afectar distintos concursos públicos convocados por la SUBTEL. En particular, varias radios decidieron celebrar una conciliación con el objeto de colaborar con la investigación en contra del requerido que se rehusó a conciliar - radio Bío Bío Comunicaciones S.A. - , y a su vez la FNE se comprometió a rebajar la multa que solicitaría. Llama la atención que, a diferencia del caso anterior, acá no se terminó el procedimiento respecto a las partes que concilian, siendo la conciliación un equivalente jurisdiccional, y por tanto produciendo efectos de sentencia. Más bien se dejó al TDLC la determinación de la multa, la que a su vez fue idéntica a la solicitada por la FNE en la conciliación.

¹⁸⁰ Sentencia 112 TDLC, ROL C 194-09; Sentencia CS ROL 6874-2011.

De todas formas, ambos casos fueron antecedentes del tipo de acuerdos y colaboración que se exigiría a las posteriores conciliaciones, e incluso a las delaciones compensadas, dado que ambos casos son anteriores a la entrada en vigencia de las modificaciones del Decreto Ley N° 211 del año 2009. Por ello, con la entrada en vigencia de dicha institución, lo normal sería pensar que el número de conciliaciones bajaría en materia de colusiones, en favor de la institución de la delación compensada, la cual justamente estaba regulada de modo tal de propender a la colaboración de los partícipes de un cartel a cambio de un beneficio tarifado previamente por el legislador, creando una mayor seguridad para quienes deseen colaborar.

En la práctica, pese a lo señalado, se ha observado cómo la celebración de conciliaciones ha seguido siendo utilizada como herramienta para obtener la colaboración de los requeridos, aún después de la entrada en vigencia de la delación compensada, particularmente en colusiones producidas en el mercado de transporte de pasajeros¹⁸¹. Si uno analiza los acuerdos conciliatorios llegados en estos casos, se puede observar cómo el beneficio obtenido por los partícipes del cartel que deciden colaborar con la investigación de la FNE puede llegar a ser incluso superior al que obtendrían si se acogieran a un programa de delación compensada.

¹⁸¹ Véase Sentencia 116 TDLC, ROL C 217-11; Sentencia 134 TDLC, ROL 223-11; Sentencia 137 TDLC, Rol C 248-13.

Resulta esclarecedor lo ocurrido en el caso de Buses San Carlos y otros¹⁸², en el cual la FNE interpuso un requerimiento en contra de una serie de empresas de transporte de la zona sur del país, distinguiendo dos grupos de ejecutores de la conducta, con multas distintas para cada uno: líderes del cartel - Buses San Carlos y EM Bus-, para quienes se solicitó imponer una multa de 50 Unidades Tributarias Anuales; otros partícipes del cartel - Buses Barrios y don José Luis Lazo Sánchez-, para quienes solicitó imponer una multa de 10 Unidades Tributarias Anuales. Con todo, una vez alcanzada la conciliación, y siendo ésta aprobada por el TDLC, la FNE redujo su pretensión de sanción a 12,5 Unidades Tributarias Anuales en contra de los líderes del cartel, y a 2,5 Unidades Tributarias Anuales contra los demás partícipes de la conducta. Por tanto existió una reducción neta de un 75% de la pretensión sancionatoria para ambas categorías. En cambio, si vemos los beneficios a los que podrían acogerse dichas empresas en la delación compensada, conforme a lo dispuesto en el art. 39 bis del DL N° 211, se observa que tratándose de los partícipes del cartel que no sea el primero en aportar antecedentes sólo podrá acceder a un beneficio consistente en la rebaja de la multa, la que no puede ser “superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no puedan acogerse a los beneficios de este artículo”. Así, si aplicáramos el mismo criterio en este caso, en cuanto a que no nos encontramos ante primeros denunciadores de la conducta sino partícipes del cartel que colaboraron con

¹⁸² Sentencia 116 TDLC, ROL C 217-11

posterioridad en una investigación y requerimiento de la FNE, el máximo beneficio por el que pudieron haber optado los líderes del cartel, debió ser una reducción a 25 Unidades Tributarias Anuales, y los demás ejecutores de solo 5 Unidades Tributarias Anuales¹⁸³.

En síntesis, bajo los supuestos señalados es posible que los partícipes de carteles no tengan los incentivos suficientes para colaborar *ex-ante* con la FNE, dado que si esperan a que se inicie el procedimiento por dicho órgano siempre tendrá la posibilidad de evaluar -en el transcurso del mismo- si aquél posee los medios probatorios inculpatorios suficientes para que los sancionen, y de ser más probable dicha hipótesis recién ahí decidir colaborar mediante una conciliación, para de ese modo obtener un beneficio cuantitativamente similar – o inclusive mayor- al que hubiera tenido con la delación compensada, aún sin ser el primer delator. La existencia de la conciliación en materia de libre competencia, en su regulación actual, sirve como incentivo negativo fomentando la litigación estratégica de los agentes coludidos, y a su vez quita relevancia a esta carrera por denunciar primero a los demás miembros del acuerdo ilícito, todo lo cual va en desmedro de la delación compensada.

3.2. Colaboración mediante la delación compensada

¹⁸³ No consideramos la hipótesis de una exención de multa ya que resultaría aún más dudoso aplicar dicho beneficio, en atención a que - como señalamos- acá nos encontramos ante un procedimiento ya iniciado, mientras que los beneficios de la delación compensada están pensada para actuar en una etapa *ex-ante* a un proceso judicial, justamente cuando el órgano persecutor no posee los suficientes antecedentes para iniciar un procedimiento con probabilidades de llegar a una sentencia favorable a su pretensión.

Desde la entrada en vigencia de la delación compensada solo en dos ocasiones se ha aplicado esta herramienta, a saber: en el caso Compresores¹⁸⁴ y en el caso buses Pullman Bus Costa Central S.A. y otros¹⁸⁵. Cabe agregar que recientemente la FNE presentó un requerimiento en relación al mercado de asfalto¹⁸⁶, solicitando el beneficio referido, particularmente la exención total de multa respecto de una de las requeridas - Empresa Nacional de Energía Enx S.A.-, pero debido a que dicho procedimiento se encuentra en etapas tempranas de tramitación será omitido en nuestro análisis.

El caso Compresores es el que resulta más atractivo de analizar, no solo por ser el primer caso nacional en que se acoge una delación compensada, sino también por ser un caso de colusión a nivel internacional que produjo sus efectos negativos dentro del mercado chileno. En particular, se trató de un acuerdo entre competidores de las empresas fabricantes de compresores herméticos de baja potencia, utilizados a su vez en la fabricación de equipos de refrigeración. El acuerdo que produjo los efectos negativos en nuestro mercado fue alcanzado fuera de nuestro país, por lo que en la causa se alegó por las requeridas, entre otras cosas, la falta de jurisdicción del TDLC, reclamaciones que fueron desechadas.

Este cartel -previo a la sanción impuesta por el TDLC- ya había sido investigado y sancionado en diversas jurisdicciones, como por ejemplo en la

¹⁸⁴ Sentencia 122 TDLC, ROL 207-10; Sentencia CS ROL 5308-2012.

¹⁸⁵ Sentencia 133 TDLC, ROL 224-11.

¹⁸⁶ Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros, ROL C 280-14.

Unión Europea, Brasil o Estados Unidos, razón por la cual se podría suponer que nuestro órgano persecutor, la FNE, ya disponía de la información necesaria para llevar adelante un procedimiento contencioso contra los partícipes del mismo. Era esperable que la FNE, a través de la colaboración con sus similares en Brasil por ejemplo, se pudiese hacer de los medios de prueba necesarios para sostener por sí mismo un requerimiento en contra de las empresas ya investigadas en el extranjero, y con fuertes posibilidades de llegar a la imposición de una nueva multa dentro de nuestro país. Pese a lo señalado, en la causa la FNE aceptó la solicitud de delación compensada, señalándolo así en el respectivo requerimiento, y consecuencia de ello Tecumseh quedó exonerada de toda multa, siendo solo sancionada Whirlpool.

Posteriormente la CS, conociendo de un recurso de reclamación en la causa, decidió rebajar la multa impuesta a Whirlpool sosteniendo que si bien estaba conforme a los criterios utilizados por el TDLC al imponer la misma, “se estima que la función disuasoria y retributiva que tiene esta sanción se satisface plenamente con una disminución prudencial del monto regulado por el fallo recurrido”¹⁸⁷, razón por lo cual accedió a la pretensión de Whirlpool disminuyendo la multa desde las 10.500 Unidades Tributarias Anuales impuestas por el TDLC a sólo 5.000 Unidades Tributarias Anuales. Esta disminución realizada por la CS sin mayor fundamentación sólo atenta contra la función disuasiva de las mismas, además de hacer menos atractiva la delación

¹⁸⁷ Sentencia CS ROL N° 5308-2012, C 30.

compensada, en cuanto disminuye la diferencia de tratamiento entre quien decide delatar el cartel - y colaborar con su persecución -, respecto de los demás partícipes¹⁸⁸.

Fuera de las críticas anteriores, se puede observar que al ser la primera delación compensada de la cual conocía el TDLC, éste no realizó un examen profundo respecto a los requisitos que deben concurrir para la procedencia de dicha institución, limitándose a señalar que Tecumseh proporcionó “información sobre el contenido y objeto del acuerdo y otros antecedentes, que la propia FNE ha calificado como precisos y veraces”¹⁸⁹ y que “la Fiscalía en su requerimiento ha solicitado la exención completa de la multa (...) indicando que Tecumseh do Brasil ha cumplido los requisitos exigidos por la ley para la procedencia del citado beneficio”¹⁹⁰. De este modo, y conforme al espíritu de la reforma legal que introduce la delación compensada, el TDLC no realiza ningún control sobre los requisitos dispuestos en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211, quedando entregada dicha labor de forma íntegra a la FNE.

¹⁸⁸ En este mismo sentido se encuentra la opinión de FERNANDO ARAYA, en cuanto sostiene “para que las empresas se auto delaten a la mayor brevedad posible (...) es fundamental que exista una asimetría importante entre el tratamiento que el sistema brinda al primero que se autodenuncia (en este caso, Tecumseh) y los demás copartícipes de la colusión (los que cooperan en un momento posterior y los que, como Whirlpool en este caso, nunca cooperan). La rebaja de la multa que otorga la CS disminuye esta asimetría”. ARAYA, FERNANDO. 2013. Algunas luces en los desafíos de la gobernanza transnacional en carteles internacionales: Corte Suprema, 24 de septiembre de 2013, rol 5308-2012. Revista Chilena de Derecho Privado (21). p. 442.

¹⁸⁹ Sentencia 122 TDLC, ROL 207-10. C.23.

¹⁹⁰ Ibídem. C. 25.

Distinto resulta ser el caso buses Pullman Bus Costa Central S.A. y otros., ya que en éste acá se solicitó la delación compensada pero sin que existiera una sanción -en otras jurisdicciones- al partícipe del cartel que realizó la solicitud de beneficio, por lo cual aquél tendría una mayor incertidumbre respecto a si se efectuaba o no una investigación en su contra. En particular, se trató de un acuerdo de competidores de buses, en la cual se fijaron frecuencias de salidas de sus vehículos de transporte de pasajeros por empresas y las tarifas, pero frente al hostigamiento que efectuaron contra uno de los miembros -Atevil- éste decidió salirse del acuerdo, y denunció al cartel, solicitando a su vez acogerse a los beneficios de la delación compensada. Al igual que en el caso compresores, el tribunal no realizó un control de fondo de los requisitos del artículo 39 bis del DL N° 211, señalando “que habiéndose acreditado la conducta de colusión delatada, y no habiéndose acreditado que Atevil fue el organizador de esta conducta ilícita, debe preferirse aplicar la exención de multa solicitada por la FNE en su requerimiento”¹⁹¹.

En definitiva, el TDLC en ninguno de los casos señalados ha entrado a analizar el fondo de los requisitos que exige la ley para que un ejecutor de la conducta de colusión pueda acceder a los beneficios, dejando dicho control plenamente a la FNE. Se ha limitado a cumplir la única tarea que le encomienda la ley sobre esta institución, en cuanto a controlar que el ejecutor de la conducta que solicita el beneficio no fuese el organizador de la misma. Si bien el control

¹⁹¹ Sentencia 133 TDLC, ROL 224-11, C. 205.

de los requisitos corresponde a la FNE, en ningún momento ésta ha señalado en los casos en que se ha otorgado los beneficios de qué manera se efectuó el control de los mismos, ni en el requerimiento ni en sus actuaciones posteriores, señalando simplemente que determinado requerido cumplió con los requisitos legales para acogerse a la delación compensada.

4. Cálculo de los perjuicios civiles que ocasionan las infracciones a la normativa de libre competencia

La determinación de los perjuicios ha sido un problema recurrente en la responsabilidad civil, tanto por su valor esencial como parte de la materia en comento, como por las dificultades que genera, las que derivan en buena parte del concepto mismo de daño y las diversas clasificaciones y naturalezas que éste admite¹⁹². Recordemos que a la luz del principio de la reparación integral del daño, en un sistema de responsabilidad civil informado por nociones básicas de justicia correctiva como el nuestro, la determinación de los perjuicios efectivamente sufridos llevará, en definitiva, a la determinación del *quantum* indemnizatorio.¹⁹³

No es de extrañar, entonces, que en una materia tan técnica – eminentemente jurídico económica- como el derecho de la competencia, la determinación de los perjuicios, y por tanto el objeto de la acción de

¹⁹² Véase Supr. Punto 2.4 Capítulo I

¹⁹³ Barros, Op. Cit. p. 216

responsabilidad civil que se intente en base al artículo 30 del Decreto Ley N° 211 no haya encontrado criterios que asienten fácil y pacíficamente en la jurisprudencia.

Como comentario previo, hacemos presente que no hay fallos respecto de acciones civiles seguidas de condenas por colusión; se han estudiado fallos en base a condenas del TDLC en términos generales. Debemos señalar, además, las consideraciones que ya hemos expuesto sobre el daño en tanto elemento de la responsabilidad civil.

En efecto la Corte de Santiago, en Chile Tabacos¹⁹⁴, caso en que el TDLC condenó al demandado por prácticas abusivas de posición dominante y poner barreras de entrada al mercado particular, razona en base a las categorías y requisitos del daño propios del derecho civil común. Es interesante la forma en que argumenta la ltma. Corte en este caso, porque se pronuncia sobre cuestiones de fondo relacionadas a la indemnización del lucro cesante, que tal como hemos dicho antes¹⁹⁵, es una categoría de daño relevante en materia de libre competencia respecto de los daños que típicamente alegarían competidores que se han visto afectados por las prácticas anticompetitivas. Dijo la ltma Corte, respecto del lucro cesante, que cuando se trata de una conducta excluyente del mercado “a fin de establecer y determinar la indemnización que se analiza ha de considerarse el desempeño del agente económico víctima en

¹⁹⁴ ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, rol de ingreso N° 1520-2010, de 8 de noviembre de 2011.

¹⁹⁵ Supr. 2.4.3 ii. del Capítulo I.

el mercado hipotético en que dicha conducta contraria a la libre competencia no se habría producido.”¹⁹⁶ Esto viene a afirmar lo que estamos diciendo.

Sobre uno de los aspectos que hemos visto toma relevancia en la reparación de daños en el derecho comparado, como es la responsabilidad solidaria entre los agentes coludidos, no hay pronunciamientos de nuestros tribunales que permitan una interpretación clara al respecto. Nos remitimos, entonces, a lo mencionado anteriormente.

Desde un punto de vista estrictamente económico, sin embargo, cabe hacer algunas precisiones sobre la determinación del *quantum* indemnizatorio. En efecto, éste debe ser la justa medida entre una adecuada compensación a las víctimas de los agentes coludidos –consumidores y competidores, por ejemplo-, y una herramienta de prevención eficaz¹⁹⁷. A continuación señalamos, como una enunciación sin pretensiones de ser taxativa, algunos criterios que pueden ser útiles para conciliar de buena forma estos dos fines¹⁹⁸:

i. El castigo total –considerando penas y reparaciones- al que se someta al o los agentes coludidos, depende de la gravedad del ilícito, y debe ser equivalente al costo que la comisión del ilícito genera a la sociedad toda. Castigos menores al costo social del ilícito promueven la comisión de tales

¹⁹⁶ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, rol de ingreso N° 1520-2010, de 8 de noviembre de 2011.

¹⁹⁷ POSNER (2007) pp. 309 y ss.; POSNER (2001) pp. 43 y ss.

¹⁹⁸ POSNER (2001) pp. 267 y ss.

ilícitos, mientras que castigos demasiado altos limitarán la actividad eficiente de ese mercado determinado;

ii. El castigo debe considerar como factor las posibilidades de que los agentes coludidos sean efectivamente descubiertos, juzgados y condenados. Es esta la razón que justifica la existencia de los triple daños en materia de colusión en el derecho de la competencia en Estados Unidos: se estableció como un valor convencional para prevenir la comisión de ilícitos anticompetitivos, considerando las posibilidades de que el cartel no fuera descubierto.

iii. Independiente de si se ven beneficiados o no con la existencia del acuerdo colusorio –sin ser parte de él, o sin entrar en general en la comisión de actos ilícitos, los competidores de los agentes coludidos deberían tener acción contra éstos. Se determinará, en el juicio civil respectivo, si cumplen o no con los requisitos para que proceda una indemnización a su favor, más allá de la consideración sobre daños punitivos. Esto es importante porque introduce un elemento importante de inestabilidad al cartel, y aumenta los riesgos de que, de perseverar en el acuerdo colusorio ilícito, el órgano persecutor correspondiente descubra el cartel. Además, funcionará como un buen incentivo para que los consumidores, u otros competidores perjudicados por el acuerdo, sigan acciones civiles cuando corresponda, para que se reparen los perjuicios sufridos.

CONCLUSIONES

El efectivo empleo de un programa de clemencia está íntimamente relacionado con la cuantía de las sanciones e indemnizaciones debidas por los agentes coludidos y con el beneficio que ofrecen estos programas.

Tratándose de la indemnización debida resulta de suma importancia que los tribunales tengan parámetros claros de cómo se configura la responsabilidad civil, ya que si bien su determinación está en relación con lo resuelto en el juicio ante los tribunales de protección a la competencia, la configuración de sus distintos elementos es autónoma a ese primer enjuiciamiento. Una vez determinada la procedencia de la responsabilidad civil - y en el tema que nos ocupa- se hace necesario que los tribunales empleen mecanismos igualitarios para el cálculo del daño civil que acarrearán las colusiones a las víctimas, ya que la cuantía del daño constituye uno de los disuasivos de las conductas colusorias, y a su vez fortalece la efectividad del programa de clemencia.

Si bien la mayoría de los programas de clemencia apuntan a otorgar beneficios ante los órganos protectores de la competencia, para que su atractivo sea mayor esto se ha ido complementando con beneficios en el procedimiento civil posterior de indemnización de perjuicios. Ello porque un agente coludido, al evaluar si delata o no a sus compañeros, lo que más considera es la cuantía del beneficio al que puede acceder. Con todo, nuestra

delación compensada no contempla ninguno de estos beneficios, pese a que el Proyecto de Ley N° 20.361 original contemplaba una limitación al artículo 2317 del Código Civil, la cual lamentablemente no prosperó en la Ley promulgada.

Si el beneficio sólo se refiere a exoneración (total o parcial) de multas en sede de defensa de la competencia, y no beneficios civiles, el programa puede resultar poco atractivo, ya que en nuestra tradición jurídica, al derivarse de los delitos de colusión responsabilidad civil extracontractual, todos los partícipes del cartel se ven expuestos a responder solidariamente de todos los daños provocados a las víctimas del cartel en su conjunto. Así, por ejemplo, si un agente se acoge a una delación compensada, en nuestro país igualmente en sede civil podría ser obligado a responder por los daños sufridos por las víctimas de los otros miembros del cartel no acogidos al beneficio de la delación. Claramente esto sería un desincentivo desde la perspectiva civil.

En cambio, si mediante el mecanismo de la delación compensada el beneficio ofrecido al agente consiste en limitar la responsabilidad por la que podría responder en caso de ser condenado –como en el sistema norteamericano se limita la posibilidad de responder por daños punitivos o como en las más recientes propuestas en el sistema comunitario europeo se podría limitar la responsabilidad solidaria, por ejemplo-, el atractivo de esta herramienta sería mucho mayor, y no se afectaría el derecho de las víctimas a una reparación íntegra, ya que los perjuicios ocasionados igualmente deberán

ser reparados por los demás miembros del cartel. En ese mismo sentido, también sería de utilidad que un beneficio de esta índole operará de forma automática, una vez que la delación compensada fuese acogida en sede de libre competencia, de forma de otorgar al agente coludido una mayor seguridad jurídica cuando se enfrente al juzgamiento ante los tribunales civiles.

Otras formas de fortalecer un programa de clemencia -y en particular nuestra delación compensada - es aumentar derechamente el monto de las sanciones. Desde la perspectiva del derecho a la competencia, la tendencia de los países ha sido aumentar la multa máxima, e inclusive las penas privativas de libertad. Creemos que una reforma en este sentido -aumentar las multas- resulta necesaria en nuestro país, porque la actualmente existente no ha resultado ser un disuasivo efectivo, como ya lo han demostrado carteles recientemente sancionados (caso Pollos, caso Farmacias, etc.). Otra opción sería establecer una sanción civil, como es el caso de los daños punitivos en *common law*. Con todo, dado que dicha institución es ajena a nuestra tradición jurídica, y que el aumento de sanciones puede subsanarse desde el Derecho a la Competencia, no creemos recomendable regular esta institución en nuestro ordenamiento jurídico de momento, solo en materia de colusiones.

Del análisis de jurisprudencia queda claro que nuestra delación compensada no ha sido del todo efectiva, ya que si bien ha aumentado la persecución de carteles desde la reforma del Decreto Ley N° 211 en el año

2009¹⁹⁹, no ha sido así el uso de esta herramienta²⁰⁰. Creemos que unos de los principales problemas de su poco empleo, aparte de la cuantía de sus beneficios, ha sido el empleo de otra herramienta en su reemplazo: la conciliación²⁰¹. Si bien nadie puede negar la vigencia de este equivalente jurisdiccional en materia de Derecho de la Competencia, la circunstancia que a través del mismo un delator pueda obtener beneficios incluso superiores a los de una delación compensada, es un problema que debe solucionarse si es que queremos darle aplicación efectiva a nuestro programa de clemencia. El hecho de existir una delación compensada, con regulación estricta de requisitos de procedencia, no solo es una garantía para el delator quien accede a sus beneficios, sino que para la ciudadanía en general. La conciliación, al no tener límites en cuanto al arreglo que puede alcanzar la FNE con un agente coludido, ni respecto la oportunidad, orden de solicitud ni monto del beneficio, claramente hace desconfiar sobre el control de los beneficios otorgados, y es un problema que debe ser solucionado.

En definitiva hemos comprobado que la responsabilidad civil, y el daño en particular, son factores relevantes a considerar en la aplicación práctica de un programa de clemencia. Así, si queremos que tenga una mayor aplicación,

¹⁹⁹ Véase Supr. Anexo. Punto 2.

²⁰⁰ Véase Supr. Punto 3.2, Capítulo III.; MENCHACA, TOMÁS. 2013. Novena cuenta pública del presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. [en línea] <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLC/Cuenta%20Publica%202013.pdf>> p 11.

²⁰¹ Véase Sentencia TDLC 119 ROL C 194-08; Sentencia TDLC 112 ROL C 194-09; Sentencia TDLC 116 ROL C 217-11; Sentencia TDLC 134 ROL C 223-11; Sentencia TDLC 137 C 248-13; Sentencia TDLC 141 ROL C 244-12.

junto con mejorarse los criterios de determinación de daños civiles, debe fortalecer el sistema de sanciones a las colusiones, así como trabajar en beneficios en sede civil a los agentes coludidos que aceptan delatar a sus co-partícipes.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK, RENÉ. 2008. Las Obligaciones. Tomo I y II. 5ª ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1293 pp.
2. AGOSTINI, CLAUDIO. 2007. Institucionalidad e incentivos para la libre competencia. [en línea] En Foco N° 99 <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007114142.pdf> [consulta: 31 de marzo de 2014]
3. ARAYA, FERNANDO. 2013. Algunas luces en los desafíos de la gobernanza transnacional en carteles internacionales: Corte Suprema, 24 de septiembre de 2013, Rol 5308-2012. Revista Chilena de Derecho Privado (21): 433-445.
4. ARNOLD & PORTER LLP. 2010. ACPERA's Civil Damages Limitation Provisions Extended for 10 Years. [en línea] <http://www.arnoldporter.com/resources/documents/Advisory-ACPERA%E2%80%99s_Civil_Damages_Limitation_Provisions_Extended_for_Ten_Years_72010.pdf>[consulta: 27 noviembre 2014]
5. BANFI DEL RÍO, CRISTIÁN. 2013. La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del Derecho de la competencia. Revista Chilena de Derecho Privado (7):217-258.
6. BARÓN ALSINA, IGNACIO. 2007. Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea. [en línea] Documento de trabajo Centro de la Libre Competencia Universidad Católica. <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-ntent/documentos/documentos/Referencia_al_Derecho_Comparado.pdf> [consulta: 27 Noviembre 2014]
7. BARROS BOURIE, ENRIQUE. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1230 pp.
8. BORK, ROBERT. 1993. The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself. New York. The Free Press. 479 pp.

9. CANE, PETER. 2011. Anatomía del Derecho de Daños. Flandes Indiano, Santiago de Chile. 340 pp.
10. CHABAS, FRANÇOIS. 2009. Cien Años de Responsabilidad Civil en Francia. Flandes Indiano, Santiago de Chile. 128 pp.
11. COLOMBO, JUAN. 1991. La Jurisdicción en el Derecho Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 64 pp.
12. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2009. Desafíos recientes para el combate a carteles: El nuevo programa de clemencia de Chile. En: FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA: 9 y 10 de septiembre de 2009. Santiago. 8 pp.
13. GARCÍA MACHMAR, WILLIAM. 2010. Manual de la Libre Competencia. Santiago de Chile, Thomson Reuters PuntoLex
14. GÓMEZ, SILVA. 2014. Aproximación a la Propuesta de Directiva sobre daños y perjuicios por infracciones de la competencia en la Unión Europea. Boletín Latinoamericano de Competencia, Abril 2014. (35): 22 pp.
15. GONZÁLEZ, ALDO. 2007a. La delación compensada o amnistía en la lucha anti-carteles. [en línea] Trabajos de Investigación en Políticas Públicas N°2, Departamento de Economía Universidad de Chile, enero 2007 <<http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/8ca92c23-e188-4d46-9845-306999ffc174.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014]
16. GONZÁLEZ, ALDO. 2007b. Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. [en línea] En foco N° 100. <http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/07052007121329.pdf> [consulta: 27 noviembre 2014]
17. GONZÁLEZ, ALDO. 2006. Fundamentos de los programas de Delación Compensada para la persecución de carteles. [en línea] Documento de Trabajo del Departamento de Economía de la Universidad de Chile N° 218, octubre de 2006. <<http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/aa591802-ac25-4b3f-aae4-43699d17e676.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014]
18. GRIFFIN, JAMES. 2003. A summary overview of the Antitrust Division's criminal enforcement program. En: The American Bar

Association Section of Antitrust Law annual meeting, San Francisco, California, August 12, 2003. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/201477.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014]

19. HERNÁNDEZ, HÉCTOR. 2012. LA punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. *Revista de Política Criminal* 7(13): 147-167.
20. HAMMOND, SCOTT. 2010. The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades. En: The 24th NATIONAL INSTITUTE ON WHITE COLLAR CRIME, Miami, Florida, February 25 2010. 16 pp. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/255515.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014]
21. HAMMOND, SCOTT. 2009. Recent Developments Relating to the Antitrust Division's Corporate Leniency Program. En: The 23th NATIONAL INSTITUTE ON WHITE COLLAR CRIME, San Francisco, California, March 5 2009. 7 pp. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/244840.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014]
22. HAMMOND, SCOTT. 2004. Cornerstones of an effective Leniency Program. En: ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia, November 22-23, 2004. 20 pp. [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014]
23. ILUNDÁIN, SANTIAGO. 2002. Leniency: La política de exoneración del pago de multas en Derecho de la Competencia. [en línea] Serie de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos N° 2-2002, marzo de 2002. <<http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/3075/1/NA307520.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014]
24. JIMÉNEZ, FERNANDO. 2004. La persecución de los cárteles: La política de clemencia. En: PRIMER SEMINARIO DE DERECHO Y ECONOMÍA DE LA COMPETENCIA: 30 de noviembre de 2004. NERA ECONOMIC CONSULTING, Madrid. 27 pp.
25. MATUS, JEAN PIERRE. 2012. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. *Revista Política Criminal* 7(14):

318-356.

26. MENCHACA, TOMÁS. 2013. Novena cuenta pública del presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. [en línea] <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLC/Cuenta%20Publica%202013.pdf>>
27. PEÑA CASTELLOT, MIGUEL. 2002. Cinco años de aplicación de la Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas. [en línea] Serie de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos N° 1-2002, 21 DE DICIEMBRE DE 2001. <<http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/aplicacion-de-la-Comunicacion-de-1996.pdf>> [consulta: 27 noviembre 2014]
28. POSNER, RICHARD. 2007. El análisis económico del derecho. Traducción de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. Ciudad de México. Fondo de Cultura Económica. 1120 pp.
29. POSNER, RICHARD. 2001. Antitrust law. 2nd ed. Chicago, University of Chicago Press. 316 pp.
30. Redefiniendo los incentivos de la colusión: El Programa de Clemencia. Por Joan-Ramon Borrel “et al” [en línea] <http://www.cncompetencia.es/Portals/0/PDFs/Docs/Borrell_Jimenez_Ordonez_Leniency_CNC.pdf>[consulta: 27 noviembre 2014]
31. ROMERO, JUAN JOSÉ. 2007. Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? [en línea] Documento de trabajo Centro de la Libre Competencia Universidad Católica.<<http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/papers/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf> > [consulta: 27 noviembre 2014]
32. VALDÉS, DOMINGO. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 751 pp.
33. VEGA OPAZA, ANA. 2011. Eficacia de la delación compensada en materia de libre competencia en el derecho chileno. Análisis comparativo con el programa de clemencia de la Unión Europea.

Valdivia. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 48 pp.

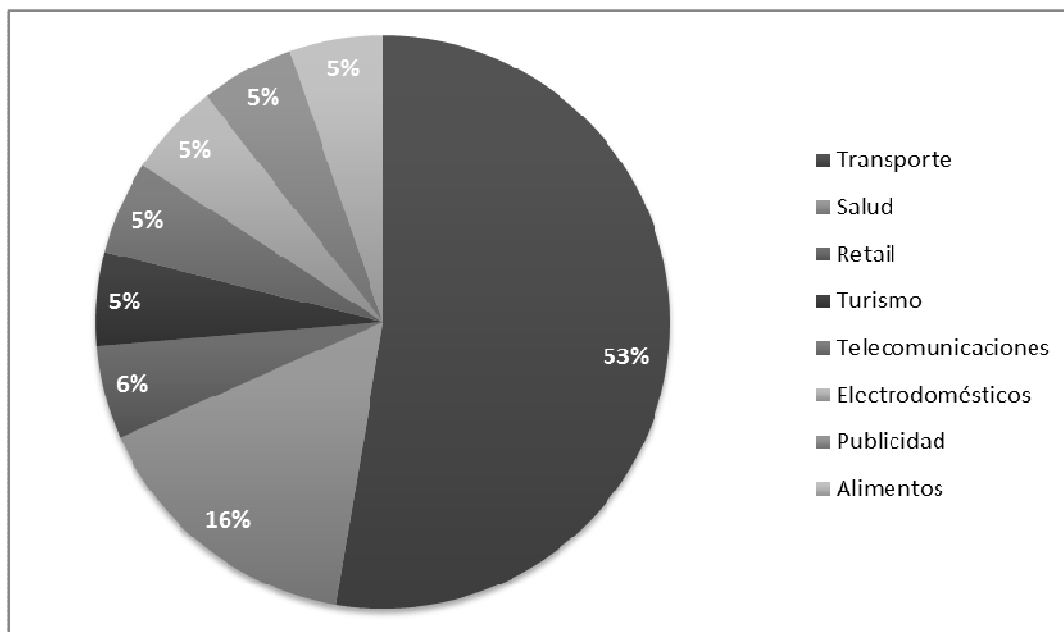
34. WILSON, WESLEY y ELLIS, CHRISTOPHER. Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger. [en línea] <https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2008&paper_id=339> [consulta: 27 noviembre 2014]
35. WITKER, JORGE. 2000. Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica. 344p.

ANEXO: JURISPRUDENCIA DE CHILE EN MATERIA DE COLUSIÓN

El presente anexo pretende exhibir estadísticas sobre la persecución y condenas a carteles realizados en nuestro país, tanto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como por la Excelentísima Corte Suprema. Nuestro análisis comprende tanto las sentencias dictadas por el TDLC, fruto de un procedimiento contencioso indiciado ante el por infracciones al artículo 3, letra a), del Decreto Ley N° 211, como aquellas sentencias pronunciadas por la CS conociendo del recurso de reclamación interpuestos contra sentencias del TDLC. Cabe mencionar que la recopilación de datos se ha realizado en base a la información disponible en las páginas web de los respectivos tribunales.

1. Sanción de colusiones por la jurisprudencia nacional según mercados

El presente grafico se refiere a los casos de colusiones que se encuentran actualmente sancionados en nuestro país, sea por sentencias del TDLC que declarando la existencia de una colusión, fuere confirmada por la CS; sentencias del TDLC que rechazando la existencia de una colusión, fuere revocada por la CS dictándose sentencia de reemplazo estableciendo una colusión; y sentencias que declarando la existencia de una colusión, no existe de momento un pronunciamiento por parte de la CS. Para facilitar el manejo de la información, las causas sólo se identificarán en base al número de ROL asignado por el TDLC.



Sector Transporte: TDLC Rol C 140-07 - FNE contra la Asociación Gremial de Buses Interbus y otros.; TDLC Rol C 224-11 - FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros.; TDLC Rol C 234-11 - FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros. ; TDLC Rol C 248-13 - FNE contra Casther y otros.; TDLC Rol C 223-11 - FNE contra Empresa de Transportes Rurales Ltda. y otros.; TDLC Rol C 149-07 - FNE contra Transportes Central Ltda. y otros.; TDLC Rol C 12-04 - Investigación de oficio en denuncia de Asoex y requerimiento de la FNE contra Ulltramar y otros.; TDLC Rol C 191-09 - FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital; TDLC Rol C 217-11 - FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Ltda. y Otros.; TDLC Rol C 244-12 - FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A y otros.

Sector Salud: TDLC Rol C 121-06 - FNE contra AM Patagonia S.A. y otros; TDLC Rol C 184-08 - FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros.; TDLC Rol C 74-05 - FNE en contra de Air Liquide Chile S.A. y otro.

Sector Retail: TDLC Rol C 103-06 - FNE contra Almacenes Paris y Falabella.

Sector Turismo: TDLC Rol C 197-09 - FNE contra Abercrombie & Kent S.A. y otros.

Sector Telecomunicaciones: TDLC Rol C 194-09 - FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y otros.

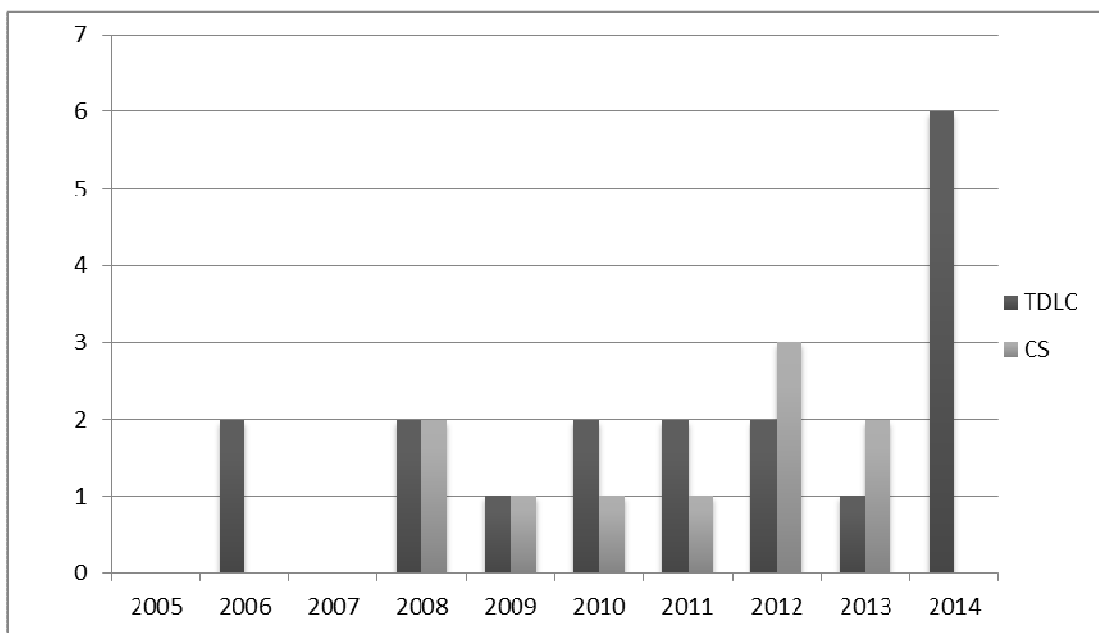
Sector Electrodomésticos: TDLC Rol C 207-10 - FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro.

Sector Publicidad: TDLC Rol C 177-08 - FNE contra ACHAP A.G y otros.

Sector Alimentos: TDLC Rol C 236-11 - FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.

2. Sanción de colusiones conforme al año

El presente gráfico muestra las colusiones que han sido declaradas existentes, distinguiendo entre el TDLC y la CS, conforme al año.



TDLC

2006: TDLC Rol C 12-04 - Investigación de oficio en denuncia de Asoex y requerimiento de la FNE contra Ulltramar y otros; TDLC Rol C 74-05 - Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Air Liquide Chile S.A. y otro

2008: TDLC Rol C 103-06 - FNE contra Almacenes Paris y Falabella; TDLC Rol C 121-06 - FNE contra AM Patagonia S.A. y otros.

2009: TDLC Rol C 140-07 - FNE contra la Asociación Gremial de Buses Interbus y otros.

2010: TDLC Rol C 149-07 - FNE contra Transportes Central Ltda. y otros.; TDLC Rol C 191-09 - FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital.

2011: TDLC Rol C 194-09 - FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros. ; TDLC Rol C 217-11 - FNE contra Sociedad Agrícola Comercial y Ganadera Palo Santo Ltda. y Otros.

2012: TDLC Rol C 184-08 - FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otros.; TDLC Rol C 207-10 – FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro.

2013: TDLC Rol C 177-08 - FNE contra ACHAP A.G y Otros.

2014: TDLC Rol C 224-11 - FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros.; TDLC Rol C 234-11 - FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros.; TDLC Rol FNE contra Casther y otros.; TDLC Rol C 223-11 - FNE contra Empresa de Transportes Rurales Ltda. y Otros.; TDLC Rol C 236-11 FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.; TDLC Rol C 244-12 - FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A y otros.

CS

2008: CS Rol N° 2339-2008 - FNE contra Almacenes Paris y Falabella.; CS Rol N° 5937-08 - FNE contra AM Patagonia S.A. y otros.

2009: CS Rol N° 1856-2009 - FNE contra la Asociación Gremial de Buses Interbus y otros.

2010: CS Rol N° 1746-2010 - FNE contra Transportes Central Ltda. y otros.

2011: CS Rol N° 6615-2010 - FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital.

2012: CS Rol N° 6874-2011 - FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros.; CS Rol N° 10954-2011 - FNE contra Abercrombie & Kent S.A. y Otros.; CS Rol N° 2578-2012 - FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros.

2013: CS Rol N° 2666-2013 - FNE contra ACHAP A.G y otros.; CS Rol N° 5308-2012 - FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro.