



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

**REGULACIÓN DE CARTELES EN CHILE: REFLEXIONES EN TORNO A LA  
INTRODUCCIÓN DE SANCIONES PENALES Y SUS DIFICULTADES PARA  
EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

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

**AUTOR:**

Pablo Torres Villalobos

**Profesor Guía:**

Nicole Nehme Zalaquett

Santiago, Chile

2014

## **Agradecimientos**

En primer lugar, quisiera agradecer a Nicole Nehme Zalaquett, mi profesora guía, por su valiosa contribución al desarrollo de este proyecto, así como a mi formación académica.

En segundo lugar, quisiera reconocer a todo el equipo del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por los invaluable aportes que me brindaron al discutir parte de los contenidos de este trabajo.

Finalmente, agradezco el constante apoyo y compañía de mi familia durante todo mi proceso de formación.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1. CONTEXTO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE CARTELES EN EL DERECHO CHILENO .....	6
1.1. Los orígenes del derecho de la competencia: la Ley N° 13.305 de 1959 y el Decreto Ley N° 211 de 1973 .....	6
1.2. Ley N° 19.911 de 2003: la exclusión del derecho penal .....	8
1.3. Ley N° 20.361 de 2009: tomando los carteles en serio .....	10
1.4. El Artículo 285 del Código Penal y la neutralización de las reformas .....	11
1.5. El paso siguiente: ¿(re) incorporación de sanciones penales? .....	26
2. FUNDAMENTOS PARA LA CRIMINALIZACIÓN .....	30
2.1. Fundamentos jurídicos de la criminalización de carteles .....	30
2.1.1. La gravedad de los carteles.....	30
2.1.2. ¿Es el actual sistema suficiente reproche? .....	33
2.2. Fundamentos económicos de la criminalización de carteles .....	39
2.2.1. Rol disuasivo de la sanción .....	40
2.2.2. Insuficiencia de la multa .....	42
2.2.3. Mayor eficacia de la delación compensada.....	47
3. DIFICULTADES DE LA INTRODUCCIÓN DE SANCIONES PENALES....	48
4. PROPUESTA DE DISEÑO INSTITUCIONAL .....	56
4.1. Utilidad de mantener una instancia administrativa .....	58
4.2. Comunicabilidad de la delación compensada .....	61
4.3. Diseño del tipo penal.....	64

4.4. Doble incriminación ( <i>non bis in idem</i> ) .....	93
4.5. Proporcionalidad .....	100
4.6. Investigaciones paralelas. Coordinación FNE-MP .....	104
4.7. Resultados contradictorios y armonía entre los procedimientos .....	113
CONCLUSIONES .....	120
BIBLIOGRAFÍA.....	124

## INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más relevantes para el derecho de la competencia consiste en la regulación de los carteles, esto es, de aquellos acuerdos expresos entre competidores en virtud de los cuales se busca, a través de fijación de precios, repartos de cuotas de mercado, limitaciones a la producción, entre otros mecanismos, un aumento artificial de los beneficios de los partícipes, por medio de su sustracción a la presión competitiva.

La relevancia de esta materia se explica por los importantes daños que los carteles producen sobre los consumidores y el sistema económico en general, así como por los escasos o inexistentes beneficios que reportan desde el punto de vista de la eficiencia. Por tanto, no es difícil imaginar que la presencia de carteles en la economía puede afectar la legitimidad misma del mercado como mecanismo de asignación de recursos.

Debido a los costos sociales asociados a los carteles –y a su abundancia– es que son tradicionalmente considerados como la conducta más grave para el derecho de la competencia, constituyendo la mayor preocupación de las autoridades antimonopolio en los distintos sistemas jurídicos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> FOX, E. Cases and Material on U.S. Antitrust in Global Context. 3ª Ed. West Publishing, 2010. p. 59.

En esta dirección, nuestro país ha desarrollado un importante camino que ha tendido al perfeccionamiento de la institucionalidad de competencia, especialmente en lo relativo a la detección y persecución de carteles. Destaca al efecto la introducción, el año 2009, de un programa de amnistía, el fortalecimiento de las facultades investigativas de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el aumento de la multa máxima para los casos de colusión.

Sin embargo, pese a los esfuerzos del legislador y de las autoridades antimonopolio, no es posible sostener que en Chile la presencia de los carteles se haya extinguido. De hecho, en el último tiempo hemos sido testigos de casos relativos a importantes carteles que han afectado a mercados de bienes de primera necesidad. Producto de esta situación, ha surgido cierto cuestionamiento sobre la efectividad del rol disuasivo de la institucionalidad vigente.

En este contexto, se han elaborado diversas propuestas de perfeccionamiento del sistema. Así, por ejemplo, se ha discutido acerca de la posibilidad de eliminar el actual tope máximo de las multas para los casos de colusión, perfeccionar la herramienta de la delación compensada<sup>2</sup>, el uso de las facultades investigativas de la FNE, etc.

---

<sup>2</sup> La delación compensada, cooperación eficaz, política de clemencia o de amnistía (total o parcial) consiste en un mecanismo por el cual la autoridad “ofrece el perdón de las sanciones a las firmas que confiesan su participación en un cartel y aportan pruebas contundentes que

Por su parte, producto del cartel que afectó al mercado avícola<sup>3</sup>, el Presidente de la República nombró a una Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia (la denominada Comisión Rosende), la que tuvo por objeto elaborar un diagnóstico de la institucionalidad de competencia y entregar una propuesta relativa a los principales aspectos que aún sería posible perfeccionar, la cual fue presentada en julio del año 2012.

En este sentido, una idea que se ha instalado fuertemente en el debate nacional –y que ha generado especial controversia– consiste en la necesidad de reforzar la prohibición de la colusión<sup>4</sup> a través de sanciones penales para las personas naturales que participen de estos acuerdos anticompetitivos.

---

permitan condenar al resto de las firmas que lo conforman”. GONZÁLEZ, A. Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. En Foco, Expansiva (100): 2007. p. 1. La importancia de este mecanismo en la persecución de carteles será desarrollada con mayor detalle *infra*, secciones 1.4. y 4.2.

<sup>3</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 139 de 2014, Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros, Rol N° C 236-11. En este caso, tradicionalmente conocido como “caso Pollos”, el TDLC acogió el requerimiento de la FNE y condenó a dos compañías del mercado avícola –Agrícola Agrosuper S.A. y Empresas Ariztía S.A.– al pago de una multa de 30.000 UTA, y a una tercera –Agrícola Don Pollo Limitada– al pago de una multa de 15.000 UTA, declarando que estas se coludieron acordando limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignándose cuotas de producción y comercialización en el mercado de dicho producto. Asimismo, ordenó la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., asociación gremial por medio de la cual las requeridas se habrían coludido.

<sup>4</sup> El ilícito de colusión está contenido en el artículo 3°, letra a) del Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL N° 211). Dicha norma, 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:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras

El presente trabajo intenta abordar el problema de la introducción de sanciones penales para los casos de colusión, destacando la necesidad de considerar los conflictos que dicha política puede originar desde el punto de vista institucional, así como sus consecuencias para el derecho de la competencia. Esto, con el objeto de prevenir una repercusión negativa sobre el sistema y de diseñar una regulación armónica que potencie las cualidades de la institucionalidad actual, evitando cualquier tipo de retroceso en el proceso de mejoramiento de la política anti-carteles alcanzado por el legislador.

En el primer capítulo se describe el panorama actual de la política anti-carteles y su evolución desde la introducción de la normativa de libre competencia en Chile. Este análisis tiene por objetivo identificar los principales avances institucionales alcanzados en nuestro ordenamiento jurídico, así como detectar los principales defectos que subsisten y que impiden alcanzar un adecuado nivel de eficiencia y eficacia.

---

condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.”

Como se señala *infra* (1.4), el ilícito de colusión puede adoptar variadas modalidades (acuerdos, prácticas concertadas entre competidores), entre las cuales se encuentran los carteles, los que suponen acuerdos organizados entre competidores. Si bien se explicarán las principales diferencias entre las distintas manifestaciones de las prácticas colusorias, para efectos de este trabajo, cada vez que hago referencia a la posibilidad de reforzar la prohibición de la colusión a través de sanciones penales, utilizo el concepto de colusión como sinónimo de cartel. Esto significa que no planteo las sanciones penales para las infracciones materializadas como prácticas concertadas, dado que en ese caso la determinación de su carácter ilícito se hace más compleja y, por tanto, es más fácil que se incurra en error en su sanción, como se explicará más adelante.



En el segundo capítulo se busca determinar si los instrumentos represivos de que dispone el ordenamiento jurídico son suficientes para enfrentar el fenómeno de los carteles y se realiza un estudio acerca de los fundamentos jurídicos y económicos que justifican la introducción de sanciones penales al sistema de sanciones del derecho de la competencia, los que demuestran que una medida en tal sentido podría reportar grandes beneficios para la economía y la sociedad.

En el tercer capítulo se identifican los problemas y riesgos asociados a la implementación de sanciones penales como alternativa sancionatoria contra los carteles. Se estudian principalmente los diferentes fundamentos que subyacen tanto al derecho penal como al derecho de la competencia para fundar tal propuesta, los que deben ser considerados en cualquier proyecto de reforma.

El cuarto capítulo contiene una propuesta de implementación institucional que recoge las consideraciones y prevenciones desarrolladas a lo largo de los capítulos anteriores. Se identifican los elementos esenciales que deben ser considerados por cualquier intento de reforma legislativa, de manera de alcanzar una institucionalidad de competencia sólida y evitar que los avances ya alcanzados sean neutralizados.

Finalmente, se establecen las principales conclusiones alcanzadas en el trabajo.

## **1. CONTEXTO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE CARTELES EN EL DERECHO CHILENO**

Para comprender correctamente la discusión acerca de la incorporación de sanciones penales como alternativa sancionatoria contra los carteles, es necesario realizar una breve descripción del panorama actual del derecho de la competencia, tanto en materia de sanciones como de mecanismos que facilitan la detección y prueba de este tipo de ilícitos. Asimismo, es necesario describir la evolución que ha presentado nuestro ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo, desde su introducción a través de la Ley N° 13.305 de 1959 hasta su consagración con el DL N° 211 de 1973 y sus sucesivas modificaciones.

El objetivo de este análisis previo consiste no sólo en la identificación de los avances alcanzados en materia de la política anti-carteles, sino que, además, busca detectar los principales defectos que aún presenta el sistema, los que deben ser perfeccionadas con urgencia para alcanzar su debida eficacia.

### **1.1. Los orígenes del derecho de la competencia: la Ley N° 13.305 de 1959 y el Decreto Ley N° 211 de 1973**

En su inicio, el derecho de la competencia nacional estaba estructurado de manera diferente a como lo conocemos hoy, tanto desde el punto de vista orgánico como desde el punto de vista de los instrumentos represivos de que disponía para combatir las conductas anticompetitivas.

La institucionalidad antimonopolio fue implementada en Chile a través de la Ley N° 13.305 de 1959, basada en el trabajo y las recomendaciones efectuadas por la misión Klein-Saks<sup>5</sup>. Esta norma, en su título V, denominado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”, estableció la prohibición de ciertas prácticas que pudieran afectar la libre competencia, así como la creación de un órgano especializado –la Comisión Antimonopolios– que tenía por objetivo decidir los asuntos puestos en su conocimiento.

El año 1973, mediante la dictación del DL N° 211, se derogó el Título V de la Ley N° 13.305 y se estableció la actual legislación para la defensa de la competencia, la que –como se verá– ha sido objeto de algunas modificaciones desde su dictación.

Las instituciones que configuraban el sistema establecido por dicha norma en lo relativo a la prevención, investigación y represión de las prácticas anticompetitivas correspondían, por una parte, a las comisiones –Comisiones Preventivas Regionales, Comisión Preventiva Central y la Comisión Resolutiva– y por otra, a la FNE.

Ahora bien, la característica más relevante que presentaba el sistema inicial, para efectos del presente trabajo, era el hecho de que, dentro de las alternativas sancionatorias disponibles contra los atentados a la competencia,

---

<sup>5</sup> BERNEDO, P. Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010. Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2013. p. 39.

se establecieron expresamente sanciones penales<sup>6</sup>. Por tanto, no cabe duda de que, en sus orígenes, el derecho de la competencia nacional se encontraba dentro de la esfera del derecho penal. De hecho, la propia ley, en su Título V, denominado “Del Proceso Penal”, establecía el procedimiento al que se someterían los delitos perseguidos en esta sede. Así, los procesos criminales por delitos establecidos en el DL N° 211 estaban sujetos al procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública regulado por el entonces vigente Código de Procedimiento Penal, con ciertas adaptaciones en cuanto a los sujetos legitimados para iniciar el proceso, la duración del mismo y la apreciación de la prueba<sup>7</sup>.

El año 1973, mediante la dictación del DL N° 211, se derogó el Título V de la Ley N° 13.305 y se estableció la actual legislación para la defensa de la competencia, la que –como se verá– ha sido objeto de relevantes modificaciones desde su dictación.

## **1.2. Ley N° 19.911 de 2003: la exclusión del derecho penal**

La modificación introducida al DL N° 211 el año 2003 generó avances sustanciales en la institucionalidad de competencia. Su importancia no se

---

<sup>6</sup> En efecto, el inciso primero del artículo 1° del original DL N° 211 prescribía que: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia (...) será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados”.

A su vez, el inciso segundo del mismo artículo establecía que: “Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales (...) la pena se aumentará en un grado”.

<sup>7</sup> Artículos 31 a 35 del DL N° 211 de 1973.

reduce al hecho de que las comisiones existentes fueron reemplazadas por un órgano jurisdiccional especializado, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), sino que se explica además por la eliminación expresa de las sanciones penales hasta entonces vigentes.

En efecto, el legislador decidió sustituir el carácter penal de los ilícitos anticompetitivos, limitándolo al ámbito contravencional<sup>8</sup> donde la principal herramienta sancionatoria estaría constituida por una multa, cuyo monto máximo ascendía en un inicio a las 20.000 Unidades Tributarias Anuales.

Respecto a esta medida, es necesario hacer presente el hecho de que la eliminación de las penas privativas de libertad del derecho de la competencia no tuvo que ver con la valoración del legislador sobre la gravedad e impacto de los ilícitos anticompetitivos, particularmente los carteles. La sustitución por sanciones de carácter administrativo respondió, más que al bajo grado de reprochabilidad asociado a los carteles, a razones de orden práctico pues, dada la escasa aplicación de las sanciones penales, se estimó que estas no cumplían un rol disuasivo importante<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Para efectos del presente trabajo, para referirnos a los ilícitos contenidos en el DL N° 211, se utilizará indistintamente la calificación de ilícito administrativo, contravencional o infraccional. Para un análisis detallado de las distintas posturas que existen al respecto, véase VALDÉS PRIETO, D. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. pp. 211 y ss.; VALLEJO, R y DUFEU, S. Tipo de injusto monopolio: Ubicación sistemática y constitucionalidad. Revista de Derecho y Humanidades (10): 2004.

<sup>9</sup> En el Mensaje Presidencial que dio inicio al proyecto de ley, se señaló, a propósito de la eliminación del carácter penal de los ilícitos anticompetitivos, que: “Como contrapartida a la

De esta forma, al entregar el conocimiento de los atentados contra la competencia a un órgano jurisdiccional especializado –en el que dos de sus miembros son economistas– y al establecer un sistema de sanciones que, en la práctica, actuaría de manera más disuasiva que las penas privativas de libertad, se pretendió alcanzar un grado de persecución y sanción cada vez mayor.

### **1.3. Ley Nº 20.361 de 2009: tomando los carteles en serio**

La reforma del año 2009, también presentó grandes avances sobre nuestra institucionalidad antimonopolios, los que vinieron a complementar los logros alcanzados con la reforma anterior.

Particularmente en el caso de la política anti-carteles, el sistema dio un gran paso pues, además de la precisión en la redacción de la conducta descrita en el artículo 3º letra a)<sup>10</sup>, se introdujo la figura de delación compensada y se dotó a la FNE de “facultades duras” de investigación en casos de colusión, las que apuntan directamente contra la estabilidad de estos acuerdos<sup>11</sup>. En efecto, con

---

eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas (...) De esta forma, estimamos que la eliminación del carácter penal, lejos de sugerir un ablandamiento frente a las violaciones a esta ley, va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley Nº 19.911. p. 12.

<sup>10</sup> TAPIA, J. Acuerdos Horizontales restrictivos de la competencia: Una visión crítica aplicada al sistema chileno, En: MONTT R., P. y NEHME Z., N. (Eds). Libre Competencia y Retail: Un análisis crítico. Santiago, Legal Publishing, 2010. pp. 156-157.

<sup>11</sup> De acuerdo a la literatura económica, uno de los factores que influye en la prevención de carteles es la poca estabilidad que estos puedan tener. En este sentido, ver COLOMA, G.

la presencia de un programa de amnistía y de una agencia de competencia con poderosas facultades investigativas, se estimó que sería mucho más difícil para los miembros de un cartel mantenerse coordinados o tomar la decisión de formar un acuerdo de este tipo.

Por otra parte, la reforma dio un importante paso en materia de sanciones – las que se mantienen como sanciones administrativas– estableciendo un aumento de la multa máxima de 20.000 a 30.000 Unidades Tributarias Anuales para los tipos de colusión.

#### **1.4. El Artículo 285 del Código Penal y la neutralización de las reformas**

Si bien, como se señaló, el carácter penal de las prácticas anticompetitivas fue eliminado del derecho de la competencia nacional el año 2003, ciertas disposiciones del Código Penal permiten afirmar que las sanciones penales para estos ilícitos se mantienen *de facto* presentes en nuestra legislación<sup>12</sup>.

En efecto, se ha sostenido que el artículo 285 del Código Penal<sup>13</sup>, que sanciona la “alteración del precio natural” de los bienes y servicios a través de

---

Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado. 2ª Ed. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2009. pp. 96-100.

<sup>12</sup> Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Santiago, 2012. p.5. Como se señalará *infra* (nota 15), ya existe una sentencia condenatoria en que la justicia penal aplicó dichas disposiciones legales, por lo que su presencia en casos de colusión no es sólo *de facto*, sino que, y a estas alturas, también *de iure*.

<sup>13</sup> El artículo 285 del Código Penal establece que “Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas

“medios fraudulentos”, comprende el ilícito de colusión establecido en el artículo 3° letra a) del DL N° 211, siendo plenamente aplicable a dicha conducta. En este sentido, Héctor Hernández ha señalado que:

“(…) pocas dudas pueden haber sobre la posibilidad de subsumir en él la colusión de precios, que reconocidamente constituye la forma más elemental de falsificar la competencia”<sup>14</sup>.

Dicha interpretación implicaría que el Ministerio Público (MP) tiene la facultad de ejercer la acción penal pública contra los miembros de un cartel, de forma completamente independiente de lo que suceda en el procedimiento sustanciado ante el TDLC<sup>15</sup>.

---

públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menos en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

<sup>14</sup> HERNÁNDEZ, H. La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. Política Criminal, vol. 7 (13): 2012. p. 154. No obstante el hecho de que el artículo 285 del Código Penal ha sido aplicado a casos de colusión, es necesario tener en consideración que el tema sobre si dicha norma realmente cubre la hipótesis de colusión establecida en el artículo 3°, letra a) del DL N° 211 –y, por tanto, si le es correctamente aplicable– corresponde, como se verá a lo largo de este capítulo, a un tema controvertible respecto del cual existe amplia discusión en la doctrina nacional. Para un análisis detallado sobre la inaplicabilidad de la norma penal a la colusión, desde la óptica del derecho penal, véase MATUS, J.P. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. Política Criminal, vol. 7 (13): 2012. pp. 318-356.

<sup>15</sup> Esto es lo que habría sucedido, al menos parcialmente, en el denominado “caso Farmacias” (Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros, Rol C N° 184-08), en el cual la FNE presentó un requerimiento ante el TDLC contra tres cadenas de farmacias –Salcobrand S.A., Cruz Verde S.A. y Farmacias Ahumada S.A.– afirmando que dichas compañías habrían concretado, por medio de ejecutivos de distintos laboratorios, un alza coordinada del precio de al menos 206 medicamentos. El TDLC acogió el requerimiento de la FNE y condenó a Cruz Verde y a Salcobrand al pago de una multa de 20.000 UTA cada una. Por su parte, Farmacias Ahumada, celebró un acuerdo conciliatorio con la FNE, en virtud del cual reconoció expresamente ciertos hechos imputados por la autoridad, así como su participación en los mismos, obligándose a entregar antecedentes relevantes para establecer la eventual participación de las demás requeridas en los hechos, a cambio del desistimiento por parte de la FNE del requerimiento en su contra. Adicionalmente, la empresa se comprometió al pago de



Este contexto trae consigo importantes problemas institucionales que repercuten de forma negativa sobre la efectividad de la política anti-carteles, puesto que, por una parte, se produce la neutralización de algunos de los avances alcanzados por medio de las reformas a la legislación antimonopolio y, por otra, se generan importantes confusiones conceptuales que afectan el desarrollo del derecho de la competencia. A continuación se identifican algunos de estos problemas institucionales.

En primer lugar, la presencia *–de facto–* de sanciones penales para el ilícito de colusión introduce un obstáculo para la operatividad de la delación compensada, que se ve privada de toda eficacia como mecanismo para desincentivar carteles.

Si bien el importante papel de los programas de amnistía como herramienta para desestabilizar carteles es ampliamente reconocido<sup>16</sup>, su efectividad está directamente relacionada con la forma en que estos sean implementados. Efectivamente, un mal diseño institucional puede privar totalmente a estos

---

1.350 UTA, suma que se consideró como equivalente a una multa. La sentencia del TDLC fue confirmada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, tras los recursos de reclamación deducidos por Salcobrand y Cruz Verde. De forma paralela al procedimiento sustanciado ante el TDLC, el Ministerio Público, el año 2011, formalizó a 17 ejecutivos de las compañías requeridas, así como de los laboratorios involucrados en el acuerdo de precios por el delito contenido en los artículos 285 y 286 del Código Penal. Hasta la fecha, existe un condenado por la justicia penal. Se trata de un ejecutivo de Laboratorio Grünenthal, quien *–luego de un procedimiento abreviado–* fue condenado a 540 días de presidio por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago.

<sup>16</sup> HARDING, C. y JOSHUA, J. *Regulating Cartels in Europe*. 2ª Ed. Oxford, Oxford University Press, 2010. pp. 228-229; y GONZÁLEZ, A. Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. En *Foco, Expansiva* (100): 2007. p. 2.

programas de su efecto disuasivo. Al respecto, se ha señalado que todo programa de clemencia, para ser eficaz, debe reunir una serie de elementos esenciales, tales como la presencia de sanciones severas, la capacidad de la autoridad para descubrir y sancionar carteles por sí misma y la certeza respecto a la aplicación de los programas<sup>17</sup>.

Los obstáculos para la efectividad de la delación compensada en nuestro país radican principalmente en este último elemento pues, si bien el DL N° 211 establece una clara regulación de la aplicación del programa, señalando de forma precisa los requisitos que debe cumplir el ejecutor de la conducta para acceder a los beneficios de la exención o reducción de la multa<sup>18</sup>, dicha inmunidad fue diseñada sólo para tener efecto dentro del procedimiento

---

<sup>17</sup> KLOUB, J. La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles. En: Foro Latinoamericano de Competencia. Santiago, 2009. pp. 11-12.

<sup>18</sup> De acuerdo a lo señalado en el artículo 39 bis, para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá a) proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal; b) abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y c) poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

Fuera de estos requisitos generales, la norma establece que, para acceder a la exención de la multa, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.

Por su parte, para acceder a una reducción de la multa, el ejecutor de la conducta, además de los requisitos generales, deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo.

El año 2009, la FNE elaboró una guía interna sobre beneficios de exención y reducción de multas en casos de colusión, la cual precisa el alcance de los requisitos señalados en la ley. Próximamente, dicha guía será reemplazada por una nueva, cuyo borrador se encuentra actualmente en proceso de consulta pública.

infraccional seguido ante el TDLC, de modo que no presenta ninguna relación armónica con un eventual proceso penal. Así, un confesor puede ser sancionado aun en caso de haber reconocido su participación en los hechos, aportado antecedentes y haber recibido el beneficio en sede de libre competencia.

Este problema fue correctamente identificado por la Comisión Rosende, la que, a propósito de las propuestas para el perfeccionamiento del mecanismo de la delación compensada, afirmó que:

“el principal problema que posee el programa en Chile y su poca efectividad desde su implementación, proviene del hecho de que no provee de inmunidad penal efectiva para las personas que se acerquen a la FNE a delatar el cartel, luego la única inmunidad que podrían optar es la de no recibir multas por este hecho”<sup>19</sup>.

Efectivamente, es difícil imaginar que un sujeto, dada la posibilidad de arriesgar un proceso penal en su contra, tenga algún incentivo para confesar su participación en un cartel ante la autoridad de competencia, la que –de cumplirse con los requisitos del artículo 39 bis del DL N° 211– sólo podría eximirlo del pago de una multa administrativa, mas no de la responsabilidad penal.

---

<sup>19</sup> Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Santiago, 2012. p. 21.

La situación descrita demuestra que la aplicación del artículo 285 del Código Penal a la colusión elimina la certeza en la aplicación de los beneficios asociados a la delación compensada, razón por la que hoy en día esta herramienta no cumple efectivamente con su rol disuasivo y desestabilizador de carteles<sup>20</sup>. Puesto en otros términos, dado el desincentivo para confesar que ocasiona el escenario de incertidumbre en cuanto a la inmunidad, es que la reforma introducida por la Ley N° 20.361 ha sido, en este ámbito, en gran medida neutralizada.

Por otra parte, la presencia del artículo 285 del Código Penal como un componente del derecho de la competencia –producto de su aplicación a la colusión– genera importantes confusiones conceptuales y elimina la certeza respecto de qué conductas comprendidas por la letra a) del artículo 3° del DL N° 211 pueden ser sancionadas por la norma penal pues, como se verá, se trata de una norma cuyo contenido no es necesariamente coincidente con la hipótesis de colusión<sup>21</sup>. En este mismo sentido se pronunció la Comisión Rosende, al afirmar que “los conceptos que utilizan los artículos mencionados

---

<sup>20</sup> Efectivamente, desde la introducción del programa de delación compensada el año 2009, el beneficio ha sido aplicado con éxito sólo en tres ocasiones. Se trata de los casos “Tecumseh” (Requerimiento de la FNE contra Tecumseh Do Brasil S.A. y otros, Rol C N°207-10), “Buses” (Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros, Rol C N° 224-11), y “Asfaltos” (Requerimiento de la FNE contra Asfaltos de Chile S.A. y otros, Rol C N°280-14). Este último caso se encuentra actualmente en tramitación ante el TDLC.

<sup>21</sup> ESCALONA, E. Nueva ley de libre competencia: Modificaciones y desafíos sanción penal de la colusión. Revista Anales de Derecho UC (6), Santiago, 2011. p.31.

del Código Penal son imprecisos en términos de su contrapartida económica, lo que plantea un riesgo considerable de uso inadecuado de los mismos”<sup>22</sup>.

Para comprender correctamente este argumento, es necesario precisar el significado de ciertos conceptos.

El artículo 3°, letra a) del DL N° 211 establece el ilícito de colusión en términos amplios, pudiendo adoptar diferentes manifestaciones. En efecto, la definición legal señala las distintas formas en que esta conducta puede ser materializada –esto es, los distintos medios comisivos del ilícito<sup>23</sup>–, así como ejemplos de los distintos objetivos o finalidades que pueden ser perseguidos por medio del mismo<sup>24</sup>.

De la lectura de la norma, podemos concluir que, en cuanto a las formas de materialización del ilícito de colusión, el legislador establece, por una parte, los acuerdos colusorios –que pueden ser expresos o tácitos– y, por otra, las

---

<sup>22</sup> Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Santiago, 2012. p. 16.

<sup>23</sup> GRUNBERG, J. 2007. Ilícito Monopólico de Colusión. Los Acuerdos Colusorios entre Competidores. Análisis Dogmático y Jurisprudencial. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 67.

<sup>24</sup> VALDÉS PRIETO, D. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. pp. 528-529.

prácticas concertadas<sup>25</sup>. La diferencia fundamental entre los distintos medios comisivos tiene que ver con el grado de concierto existente entre las partes<sup>26</sup>.

Así, en su forma más extrema, la colusión puede manifestarse a través de acuerdos expresos entre competidores –esto es, a través de instrumentos explícitos y tangibles–, lo que, como ya se señaló, se conoce tradicionalmente bajo el concepto de cartel<sup>27</sup>.

Por su parte, los acuerdos tácitos, no se materializan por medios explícitos o directos<sup>28</sup> y se producen en aquellos casos en que el acuerdo es inequívocamente inferido de conductas aplicadas por las partes<sup>29</sup>.

Finalmente, el ilícito de colusión puede materializarse bajo la forma de práctica concertada, esto es, a través de una forma de consenso en virtud de la cual la competencia es sustituida, a sabiendas, por la cooperación práctica; consenso que no necesariamente debe ser alcanzado verbalmente o por escrito

---

<sup>25</sup> GRUNBERG, J. 2007. Ilícito Monopólico de Colusión. Los Acuerdos Colusorios entre Competidores. Análisis Dogmático y Jurisprudencial. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 63.

<sup>26</sup> NAVARRO, M. Las conductas conscientemente paralelas. Madrid, Thomson Civitas, 2005. pp. 149-150.

<sup>27</sup> TAPIA, J. Acuerdos Horizontales restrictivos de la competencia: Una visión crítica aplicada al sistema chileno, En: MONTT R., P. y NEHME Z., N. (Eds). Libre Competencia y Retail: Un análisis crítico. Santiago, Legal Publishing, 2010. p. 117.

<sup>28</sup> SPOLMANN, S. 2011. Penalización de ilícitos de libre competencia: Una propuesta normativa respecto a la colusión. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 61.

<sup>29</sup> VALDÉS PRIETO, D. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 529.

y puede provenir del contacto directo o indirecto de la partes<sup>30</sup>. Las prácticas concertadas constituyen la forma más tenue de cooperación prohibida<sup>31-32</sup>.

Entonces, sea cual sea la vía utilizada por los infractores, los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, que tienen por objeto eliminar la rivalidad entre ellos, sea a través de fijación de precios, repartos de cuotas de mercado, disminución en la cantidad producida, etc., deberán ser sancionados de igual forma por el TDLC pues se trata de conductas que de manera evidente tienen por objeto afectar la libre competencia. Así lo ha sostenido el TDLC:

“(...) sin perjuicio de que –como se señaló– las tres situaciones establecidas a modo ejemplar en el literal a) del artículo 3º del Decreto Ley N° 211, comprenden los tres casos de colusión más frecuentemente reconocidos por la jurisprudencia y por la doctrina, ello no impide considerar como atentatorios de la libre competencia los acuerdos entre competidores que versen sobre un elemento de competencia diferente de los precios, cantidades producidas o zonas o cuotas de mercado, señalados en la citada disposición”<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*, 7ª Ed. Oxford, Oxford University Press, 2010. p. 113. La Corte Europea de Justicia, en el caso *Dyestuffs*, ha definido las prácticas concertadas como “una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas” (parágrafo 64). Agrega que “por consiguiente, por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos de un acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes” (parágrafo 65). Caso 48-69, 1972, ECR 619.

<sup>31</sup> GRUNBERG, J. y MONTT, S. *Prueba de la Colusión*. Santiago, 2010. p. 44.

<sup>32</sup> Parte de la doctrina considera que las prácticas concertadas no presentan importantes diferencias con los acuerdos tácitos, por lo que debiesen ser tratados como conceptos equivalentes y cuya distinción sería irrelevante, GRUNBERG, J. y MONTT, S. *Prueba de la Colusión*. Santiago, 2010. pp. 42-43. En este sentido, Grunberg utiliza ambos conceptos de forma indistinta y considera a ambos como medios comisivos del ilícito de colusión tácita, GRUNBERG, J. 2007. *Ilícito Monopólico de Colusión. Los Acuerdos Colusorios entre Competidores. Análisis Dogmático y Jurisprudencial*. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 70.

<sup>33</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 57 de 2007, Requerimiento de la FNE contra Isapre ING S.A. y otros, Rol C 77-05, considerando 28°.

Ahora, si consideramos que el artículo 285 del Código Penal sanciona a quienes consiguieren alterar el precio natural de los bienes y servicios a través de medios fraudulentos, cabe preguntarnos si dicha norma, de ser aplicable, comprendería tanto las hipótesis de acuerdos colusorios como las de prácticas concertadas –sea que se adopten con el objeto de fijar precios, repartir el mercado, disminuir la cantidad producida, etc.– o bien, sólo comprende aquellas hipótesis materializadas en acuerdos de precios<sup>34</sup>.

Efectivamente, tratándose de un acuerdo para fijar precios, sería posible pensar que se trata, en principio, de una conducta cubierta potencialmente por el tipo penal. El problema se presenta especialmente en los casos en que el ilícito se manifiesta en la forma de práctica concertada, así como en los casos en que los acuerdos colusorios adoptan una forma distinta de la fijación de precios. Así, si el acuerdo se forma, por ejemplo, para repartir cuotas de mercado, no queda del todo claro si dicha conducta –que se trata de un caso de colusión y, por tanto, reprochable desde el punto de vista del derecho de la competencia en los mismos términos que un acuerdo para fijar precios– queda

---

<sup>34</sup> Responder esta pregunta tiene singular trascendencia. Como se señaló *supra* (nota 3), en el “caso Pollos”, el TDLC condenó a tres compañías del mercado avícola por haber acordado una reducción en las cantidades de producción y asignarse cuotas en el mercado. Esto implica que, de determinarse que el artículo 285 del Código Penal sólo comprende, dentro de sus hipótesis, los acuerdos entre competidores que tengan como objeto la fijación de precios, no podría abrirse una arista penal en este caso, a diferencia de lo que sucedió con el “caso Farmacias”, en circunstancias de que en ambos casos estamos ante el mismo tipo de ilícito, al menos desde el punto de vista del derecho de la competencia.



o no comprendida por la norma penal, que sólo se refiere a la “alteración del precio”.

Otro elemento respecto del cual existe poca claridad tiene que ver con qué es lo que debe entenderse por “alteración del precio natural”. Quienes sostienen que la colusión puede ser entendida como una manifestación específica de una alteración, a través de medios fraudulentos, del precio natural de los bienes y servicios sancionada por el Código Penal, señalan que dicha alteración se produciría cada vez que el precio no es obtenido bajo condiciones efectivas de competencia relativa<sup>35</sup>. Dicha concepción, sin embargo, no es plenamente coincidente con el concepto de colusión, generando importantes confusiones conceptuales respecto a la identidad del ilícito.

Efectivamente, existen casos en los que, si bien el precio no es obtenido en condiciones de competencia relativa, no es posible identificar la conducta con el concepto de colusión –esto es, como un acuerdo expreso, tácito o práctica concertada entre competidores– y, por tanto, no es objeto de sanción.

Por ejemplo, en los mercados oligopólicos, en los que existen pocos competidores, cada empresa tiene en consideración las decisiones y conductas de sus rivales a la hora de tomar sus propias decisiones. Se trata, en definitiva, de mercados en los que existe una reconocida interdependencia entre las

---

<sup>35</sup> HERNÁNDEZ, H. La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. *Política Criminal*, vol. 7 (13): 2012. p. 164.

firmas<sup>36</sup> y donde la acción de los agentes del mercado se basa en la anticipación y la coordinación<sup>37</sup>.

En este escenario es común la presencia de lo que se ha denominado como “paralelismo consciente”, en el cual –de acuerdo a lo señalado por Grunberg y Montt– “los competidores actúan, a sabiendas, de forma similar o coincidente, lo que es resultado de la estructura y características propias del mercado relevante”<sup>38</sup>.

Tradicionalmente se ha estimado que, si bien en un contexto de interdependencia oligopolística o mero paralelismo se producen los mismos resultados de equilibrio que en un cartel<sup>39</sup> –esto es, la presencia de precios supracompetitivos– no es posible sostener que el paralelismo consciente constituya una violación a las normas de libre competencia pues se trataría de un comportamiento racional, de origen independiente, determinado por la estructura del mercado<sup>40</sup>.

El TDLC se ha pronunciado en el mismo sentido y ha establecido que:

---

<sup>36</sup> VISCUSI, K., VERNON, J. y HARRINGTON, J. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4ª Ed. Cambridge, MIT Press, 2005. p. 101.

<sup>37</sup> GELLHORN, E., KOVACIC, W. y CALKINS, S. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. West Publishing, 2004. p. 89.

<sup>38</sup> GRUNBERG, J., MONTT, S. *Prueba de la colusión*. Santiago, 2010. p. 45.

<sup>39</sup> VISCUSI, K., VERNON, J. y HARRINGTON, J. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4ª Ed. Cambridge, MIT Press, 2005. p. 131. En el mismo sentido TAPIA, J. *Acuerdos Horizontales restrictivos de la competencia: Una visión crítica aplicada al sistema chileno*, En: MONTT, P. y NEHME, N. (Eds). *Libre Competencia y Retail*. Santiago, Legal Publishing, 2010. pp. 125-126.

<sup>40</sup> ROMERO, J. *Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?* Documento de Trabajo Centro de Libre Competencia UC, 2007. pp. 11-14.

“[N]o es suficiente dar por acreditado el paralelismo para establecer que hubo colusión. En efecto, tal como ha reconocido la doctrina, el comportamiento paralelo, si se demuestra, es uno de los factores a considerar, con el resto de las pruebas, para llegar a la conclusión que ha habido un acuerdo entre los demandados, pero el paralelismo no es en sí mismo un sustitutivo del acuerdo”<sup>41</sup>.

El problema se produce, entonces, por el hecho de que, mientras la hipótesis de paralelismo consciente no es coincidente ni constituye una hipótesis de colusión –pues no es considerado como un acuerdo expreso, tácito o práctica concertada entre competidores<sup>42</sup>– y, por tanto, no constituye una infracción a la libre competencia, podríamos pensar que en virtud del artículo 285 del Código Penal sería posible sancionar este tipo de conductas, toda vez que se trata de una situación en la que el precio de los bienes, al obtenerse como resultado de competencia oligopolística, puede ser establecido a un nivel supracompetitivo y, por tanto, podría ser considerado como una alteración del precio natural por medios fraudulentos. Tal como ha señalado Richard Posner, el resultado de la interdependencia oligopolística consiste en una tendencia a evadir la competencia por precios<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 57 de 2007, Requerimiento de la FNE contra Isapre ING S.A. y otros, Rol C 77-05, considerando 75°.

<sup>42</sup> Esto no quiere decir que el paralelismo consciente nunca pueda ser sancionado. De hecho, en presencia de factores adicionales (*plus factors*), podría determinarse que una determinada hipótesis de comportamiento paralelo, está acompañada de un acuerdo o práctica concertada, en cuyo caso sí entramos en un caso de colusión sancionable. Adicionalmente, podría ser sancionado bajo la hipótesis de abuso de posición dominante conjunta o colectiva. Para un análisis detallado del concepto de posición dominante colectiva, véase WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*. 7ª Ed. Oxford, Oxford University Press, 2012. pp. 571-582.

<sup>43</sup> POSNER, R. *Antitrust Law*. 2ª Ed. Chicago, University of Chicago Press, 2011. p. 56.

De lo expuesto, se concluye que lo que el DL N° 211 entiende por colusión no es necesariamente coincidente con la conducta que regula el Código Penal, produciéndose una importante confusión que puede llevar a que casos que no son objeto de reproche por el derecho de la competencia y, por tanto, no sancionados por el TDLC, como las hipótesis de mero paralelismo, podrían ser sancionados por el juez penal. Asimismo, muchos acuerdos sancionados por el TDLC y que correspondan a distintas manifestaciones del mismo ilícito, quedan fuera del tipo contenido en el artículo 285, de manera que se produce el sin sentido de poder sancionarse penalmente algunos casos y otros no, aunque se trate del mismo ilícito.

Esta confusión conceptual es reflejo de que el legislador penal no tuvo en mente el problema de la colusión y, por tanto, no fue ésta objeto de regulación en la dictación del Código. Esto no es extraño, pues la primera norma en el mundo que estableció prohibiciones para los carteles, la *Sherman Act* de Estados Unidos, fue promulgada el año 1890, esto es, diecisiete años después de la entrada en vigencia del Código Penal, por lo que es difícil pensar que, en ese momento, el legislador nacional hubiese tenido en mente combatir los carteles. De haber sido así, Chile sería el primer país en el mundo que tuvo

una ley de libre competencia<sup>44</sup>, lo que no es concordante con el desarrollo del derecho de la competencia nacional.

Lo anterior demuestra que la aplicación que se ha hecho del mismo a los casos seguidos ante el TDLC no responde a una decisión legislativa, sino que corresponde a una situación *de facto* que trae más dudas que aciertos.

Dado el retroceso que la aplicación del artículo 285 del Código Penal a la colusión implica para la política anti-carteles, una reforma legislativa que se haga cargo de esta situación constituye una tarea prioritaria.

En esta dirección, en la Comisión Rosende, si bien no existió acuerdo en relación a la introducción de sanciones penales al sistema de libre competencia, hubo amplio consenso en relación a la conveniencia de derogar o modificar las disposiciones del Código Penal, de manera de excluir los ilícitos anticompetitivos de su ámbito de aplicación<sup>45</sup>.

En relación a lo anterior, debemos dejar en claro que reconocer la necesidad de derogar o modificar las normas penales que actualmente podrían aplicarse a los casos de colusión, sólo tiene por objetivo evitar la neutralización o anulación de las instituciones de persecución de carteles tales como la delación compensada, así como alcanzar un desarrollo coherente y armónico de las

---

<sup>44</sup> FISCAL ECONÓMICO propone reformas al sistema de libre competencia. 2013. La Tercera, Negocios. Santiago, Chile 18 Ago. pp. 4-5.

<sup>45</sup> Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Santiago, 2012. p. 16.

mismas, y no implica una negativa en sí en torno a la implementación de sanciones penales para los carteles, lo que constituye un tema diferente.

### **1.5. El paso siguiente: ¿(re) incorporación de sanciones penales?**

Del estudio de la evolución de la institucionalidad antimonopolios y de su escenario actual, se identifican dos ideas principales que deben ser consideradas por el legislador. La primera corresponde a la necesidad urgente de ocuparse de la existencia de sanciones penales producto de la aplicación del artículo 285 del Código Penal a los casos de colusión, sea derogando tal disposición o, al menos, excluyéndola de forma explícita del ámbito de aplicación del DL N° 211. La segunda tiene que ver con la necesidad de evitar que una reforma que refuerce la prohibición de la colusión a través de sanciones penales entorpezca el adecuado desarrollo de la institucionalidad de competencia al traspasarla sin más a un área que le es completamente ajena, como el derecho penal.

Si bien en el seno de la Comisión Rosende las opiniones estuvieron divididas y no se llegó a ningún acuerdo al respecto, la idea de que las sanciones penales constituyen hoy una tarea pendiente si lo que se quiere es

alcanzar una política anti-carteles efectiva, adquiere cada vez más fuerza en el debate nacional<sup>46</sup>.

Por su parte, y en esta misma dirección, existen en el Congreso Nacional una serie de iniciativas legislativas que buscan tipificar y sancionar penalmente la colusión, las que presentan distintos grados de evolución. Las iniciativas con mayor desarrollo corresponden al “proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07) y los “proyectos que tipifican el delito de colusión y otros atentatorios del derecho del consumidor” (Boletines N° 6.438-03 y 6.439-07-1). Por otra parte, el “proyecto de ley que sanciona con pena privativa de libertad las conductas contra la libre competencia que indica” (Boletín N° 6442-06), fue recientemente desarchivado. Más recientemente, se presentó el “proyecto de ley que sanciona penalmente los atentados a la libre competencia, aumenta las sanciones pecuniarias y modifica la figura de la delación compensada” (Boletín N° 8822-07) y el “proyecto de ley que modifica diversos textos legales, con el propósito de restablecer sanciones penales y aumentar el límite de multas en casos de conductas atentatorias a la libre competencia” (Boletín N° 9043-03), ambos del año 2013.

Ahora, sin perjuicio de que la introducción de sanciones penales en nuestro sistema puede reportar importantes beneficios para la efectividad de la política

---

<sup>46</sup> COLUSIÓN Y PENAS DE CÁRCEL. La Tercera, Reportajes, 28 de julio de 2012.

anti-carteles y para el sistema económico en general, es necesario tener en cuenta una serie de prevenciones, de modo que aquellas no interfieran de forma negativa sobre la institucionalidad vigente, tal como ha ocurrido con la actual persecución penal *de facto* estudiada en el apartado anterior.

Efectivamente, la cuestión de si, en la práctica, la presencia de sanciones penales resulta beneficiosa o perjudicial, depende en buena medida de su implementación institucional. En efecto, tal como se estudiará en el capítulo 4, dadas las características propias del derecho penal, un mal diseño institucional puede generar más efectos negativos que positivos sobre el derecho de la competencia. La aplicación actual del artículo 285 del Código Penal a las prácticas anticompetitivas es una buena prueba de ello<sup>47</sup>.

En consecuencia, una eventual reforma debe ser sumamente cuidadosa de estos aspectos si pretende ser exitosa.

Si queremos sancionar penalmente, debemos hacerlo bien y diseñar un procedimiento penal que sea armónico con las instituciones propias del derecho de la competencia, evitando que, tal como sucede en la actualidad, estas sean en gran medida neutralizadas en la práctica.

---

<sup>47</sup> *Supra*, nota 20.



En el capítulo siguiente se estudian los principales fundamentos que existen, desde el punto de vista jurídico y económico, para sancionar la colusión a través de sanciones penales.

## **2. FUNDAMENTOS PARA LA CRIMINALIZACIÓN**

Luego de exponer el panorama sancionatorio vigente respecto de los carteles en el derecho chileno, así como los problemas institucionales que presenta, en el presente capítulo debemos responder a la pregunta de si las sanciones actuales constituyen instrumentos represivos adecuados en atención a la naturaleza y el impacto de los carteles sobre la economía y la sociedad, lo que a su vez nos permitirá determinar si la prohibición de la colusión en el derecho chileno debe ser reforzada punitivamente o si, por el contrario, basta con mantener y perfeccionar el actual sistema infraccional basado en la multa como principal manifestación sancionatoria.

Para responder a esta interrogante, se expondrán algunos fundamentos jurídicos (asociados a la reprochabilidad de la conducta) y económicos (asociados principalmente al efecto disuasivo de las sanciones) que demuestran la insuficiencia de los instrumentos represivos actuales y que, a su vez, ponen de manifiesto la necesidad que existe, en mi opinión, de introducir sanciones penales para los casos de colusión en el derecho chileno.

### **2.1. Fundamentos jurídicos de la criminalización de carteles**

#### **2.1.1. La gravedad de los carteles**

Existe un amplio consenso en la literatura respecto al hecho de que los carteles constituyen la infracción más grave dentro del derecho de la competencia. Dicha gravedad se desprende principalmente del importante perjuicio que esta conducta ocasiona a los consumidores, quienes o se ven obligados a pagar un precio considerablemente mayor al que existiría en un mercado competitivo, o simplemente no pueden acceder a determinado bien o servicio. Recogiendo estas ideas, Eleanor Fox ha señalado que los carteles constituyen una especie de robo a los consumidores que afecta a los sectores más vulnerables de la sociedad<sup>48</sup>.

Por otra parte, los carteles conllevan negativas repercusiones sobre la eficiencia económica, toda vez que se eliminan todos los beneficios derivados de la presión competitiva, principalmente la reducción de costos y la innovación<sup>49</sup>.

Esta valoración negativa respecto de los carteles también ha sido reconocida por la jurisprudencia nacional. En este sentido, el TDLC ha sostenido recientemente que:

“(…) la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos

---

<sup>48</sup> FOX, E. Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context. 3ª Ed. West Publishing, 2012. p. 59.

<sup>49</sup> OCDE. Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. 2002. p. 71.

competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores. Tal es la gravedad de este ilícito, que el legislador estableció en su respecto –en la reforma al D.L. N° 211 contenida en la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009– una mayor sanción y un mayor plazo de prescripción de la acción para perseguirlo, en comparación con todas las demás prácticas restrictivas de la libre competencia contenidas en dicho cuerpo legal”<sup>50</sup>.

Ahora, si bien la nocividad de la colusión y su impacto sobre los consumidores es indudable, también es ampliamente reconocido el hecho de que la valoración de los perjuicios ocasionados no es algo fácil de determinar<sup>51</sup>.

Con todo, la gravedad de los carteles no se agota en los efectos negativos que estos producen sobre el sistema económico. En este sentido, para dimensionar la nocividad de los carteles en la sociedad, Fox expone el ejemplo de que el cartel europeo de las compañías químicas en los años sesenta, al acordar la reducción de la única cura conocida contra la malaria, fue la causa de gran parte de las muertes de soldados en Vietnam producto de dicha enfermedad. Agrega que, más recientemente, las compañías farmacéuticas en Europa y Asia, así como sus subsidiarias en Estados Unidos, han traído efectos

---

<sup>50</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 119 de 2012. Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros; Rol C 194-08, considerando 195°.

<sup>51</sup> Al respecto, tal como señalan Grunberg y Montt, recientes estudios han concluido que los carteles pueden traducirse en un sobreprecio promedio del 29% en relación al precio competitivo. Ver GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 3.

perjudiciales para la salud a través del acuerdo de fijación del precio de las vitaminas<sup>52</sup>.

Por estos motivos, la autora afirma que existe una amplia justificación de la reacción del ordenamiento jurídico contra los carteles, tanto en Estados Unidos como en el resto del mundo, lo que explica que, en dicho país, tales conductas sean normalmente perseguidas por el *Department of Justice* en sede penal y no civil<sup>53</sup>.

### **2.1.2. ¿Es el actual sistema suficiente reproche?**

Una vez identificado el gran impacto que la colusión tiene sobre la economía y la sociedad, corresponde ahora plantear la pregunta acerca de si la reacción del ordenamiento jurídico contra este ilícito es acorde con su gravedad. En términos más específicos, debemos determinar si la prohibición de la colusión en el derecho chileno debe mantenerse dentro del ámbito contravencional, o bien debe ser reforzada punitivamente.

Para responder esta pregunta es necesario identificar, en términos generales, qué hay detrás del hecho de que una determinada norma de conducta se encuentre dentro del ámbito del derecho penal –y, por tanto, su incumplimiento esté asociado a una pena– o bien, sólo forme parte del ámbito

---

<sup>52</sup> FOX, E. *Cases and Material son U.S. Antitrust in Global Context*. 3ª Ed. West Publishing, 2012. p. 60.

<sup>53</sup> FOX, E. *Cases and Material son U.S. Antitrust in Global Context*. 3ª Ed. West Publishing, 2012. p. 60.

del derecho contravencional o del derecho administrativo sancionador. La importancia de tal determinación radica en el hecho de que las consecuencias que se derivan de cada una de estas manifestaciones sancionatorias permiten evaluar cuál de estas es la que resulta más idónea como forma de reacción contra los carteles.

Sin entrar a la extensa discusión en torno a la diferenciación cualitativa o cuantitativa que existe entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, existen dos principales diferencias entre estos sistemas que otorgan pistas respecto al hecho de cuál resulta la vía más idónea para sancionar los carteles. Estas diferencias han sido bien identificadas por Kindhäuser, quien ha señalado que el derecho penal, a diferencia del derecho de las infracciones administrativas, “une a la sanción un reproche ético-social y, a la vez, ofrece la posibilidad de someter al autor a una pena privativa de libertad”<sup>54</sup>. Agrega que “Precisamente por el reproche ético-social y por la posibilidad de la privación de libertad, se ve al Derecho penal como un Derecho sancionatorio más intenso en comparación con el Derecho de las infracciones administrativas, aun cuando las multas del Derecho de las infracciones

---

<sup>54</sup> KINDHÄUSER, U. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. Barcelona, In Dret, 2009. p. 5.

administrativas, por ejemplo, en el Derecho de cárteles, puede ser mucho más elevadas que la pena de multa”<sup>55</sup>.

Por tanto, la diferencia entre un delito y una infracción administrativa no pasa sólo por el hecho de que la comisión de un delito eventualmente esté asociada a la privación de libertad como posibilidad sancionatoria<sup>56</sup>, sino también por la valoración que se asigna a la conducta, de modo que el elemento que distingue principalmente una sanción penal y una administrativa consiste en la carga expresiva de reproche ético-social asociada a la primera. Como bien señala Huergo Lora, “Junto a la menor gravedad objetiva del contenido de las sanciones administrativas debe destacarse que el reproche social que las mismas comparten es igualmente muy inferior al de las penas”<sup>57</sup>.

En consecuencia, el hecho de que una determinada norma de conducta esté reforzada punitivamente implica que su contravención conlleva una expresión especial de reproche, la que se manifiesta a través de la irrogación de un mal constituido por la pena, que es la vía por la que se institucionaliza esta expresión de reproche<sup>58</sup>; y, como se señaló, este especial reproche ético-social asociado a la sanción por la inobservancia de una determinada norma no se encuentra en las normas de conducta reafirmadas a través del derecho

---

<sup>55</sup> KINDHÄUSER, U. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. Barcelona, In Dret, 2009. p. 5.

<sup>56</sup> HUERGO LORA, A. Las sanciones administrativas. Madrid, Iustel, 2007. p. 31.

<sup>57</sup> HUERGO LORA, A. Las sanciones administrativas. Madrid, Iustel, 2007. p. 162.

<sup>58</sup> MAÑALICH. J. La pena como retribución. Estudios Públicos (108): 2007. p. 163.

contravencional, como sucede actualmente con el derecho de la competencia y, en especial, con los carteles.

En atención a estas ideas, dado que en nuestro sistema jurídico la prohibición de la colusión no está reforzada con sanciones penales, es posible pensar que existe cierta inadecuación entre la gravedad asignada a esta conducta y el reproche asociado a la misma. En efecto, los carteles, al ser reprimidos únicamente por medio de sanciones administrativas, no están asociados al reproche especial propio de las sanciones penales. Esto implica que si, por el contrario, como sociedad estimamos que los carteles son una conducta especialmente repudiable, la reafirmación de su prohibición a través del reproche penal cobra sentido. Como afirma Jakobs, “el derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva”<sup>59</sup>.

Por tanto, estimamos que la reacción del ordenamiento jurídico respecto de los carteles es insuficiente dada la gravedad de su impacto sobre la sociedad.

Frente a estas conclusiones, podría afirmarse que el actual sistema infraccional que dispone de multas administrativas como la principal forma de manifestación sancionatoria contra la colusión es la vía más adecuada para una efectiva política anti-carteles. El argumento de que el verdadero objetivo del

---

<sup>59</sup> JAKOBS, G. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. En: Universidad del Externado de Colombia. Cuadernos de conferencias N° 13. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia. 1996. p. 14.



derecho de la competencia no es imponer sanciones, sino disuadir de manera efectiva la producción de prácticas anticompetitivas apunta en esta dirección. Bajo esa lógica, dado que un sistema de multas bien diseñado puede producir un importante rol disuasivo, al mismo tiempo que resulta más barato y eficiente que implementar penas privativas de libertad<sup>60</sup>, la solución más efectiva está dada por perfeccionar el actual sistema de multas y, por tanto, mantener el derecho de la competencia y los carteles en particular, dentro del ámbito del derecho contravencional.

El problema que presenta este argumento es su abierta incompatibilidad con el amplio rechazo social que existe frente al fenómeno de los carteles. Si bien la disuasión o prevención puede constituir un fundamento legítimo para las sanciones administrativas, no sucede lo mismo tratándose de las sanciones penales<sup>61</sup>, respecto de las cuales la disuasión puede ser considerada, a lo sumo, como un efecto adicional a la imposición de una pena<sup>62</sup>. En este sentido, Mañalich afirma que “se trata, a lo sumo, de consecuencias favorables no perseguidas, una instancia de los que los economistas consideran externalidades positivas. Que la imposición de la pena pueda de hecho

---

<sup>60</sup> COOTER, R y ULEN, T. Derecho y Economía. 2ª Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2008. pp. 687-688.

<sup>61</sup> Si bien el problema de la determinación de la naturaleza de los fines de la pena corresponde a un tema respecto del cual no existe una opinión uniforme, es algo que excede el contenido del presente trabajo, por lo que para efectos del mismo se entenderá la pena como una sanción de carácter retributivo. Para una contextualización acerca de las distintas teorías de la pena, así como para la exposición detallada de la teoría de la retribución, ver MAÑALICH, J. 2007. La pena como retribución. Estudios Públicos (108): 2007.

<sup>62</sup> MAÑALICH, J. La pena como retribución. Estudios Públicos (108): 2007. p. 169.

conllevar tales efectos en modo alguno supone que la imposición de la pena se justifique en atención a ellos”<sup>63</sup>.

La incompatibilidad se explica por el hecho de que si estimamos que los carteles representan conductas altamente repudiables para la sociedad, la herramienta que corresponde utilizar para reforzar la norma de prohibición de tales conductas es el derecho penal, no el derecho contravencional. Aunque la sanción administrativa se presente como un mecanismo de disuasión eficaz, el reproche ético-social asociado a la pena no puede obtenerse mediante otra manifestación sancionatoria. Por el contrario, si optamos por mantener el actual sistema contravencional, significa que la colusión no parece ser una conducta particularmente rechazada por la comunidad, aun en el caso de que las multas sean incrementadas de manera considerable.

Una buena prueba de lo anterior se encuentra en el seno de la discusión de la Comisión Rosende, en la que los argumentos esgrimidos para introducir sanciones penales para los actos de colusión apuntan a la necesidad de manifestar clara y expresamente el rechazo del legislador hacia aquellas prácticas. En el informe se señala que “la ausencia de dicha penalidad, que sí está presente en las infracciones severas de la Ley de Bancos, Ley de Valores

---

<sup>63</sup> MAÑALICH, J. La pena como retribución. *Estudios Públicos* (108): 2007. p. 169. En la misma línea, Ferrajoli reconoce que existe conexión entre retribución y prevención, toda vez que la pena, si bien tiene una naturaleza retributiva, ejerce una función preventiva o intimidatoria. Ver FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 368.

y en la Legislación Tributaria, podría interpretarse como un cierto menoscabo hacia el compromiso de sancionar los abusos monopólicos con respecto a otras prácticas económicas indeseables”<sup>64</sup>. En efecto, la prohibición de la colusión, sólo reforzada a través de una sanción administrativa, se ve desvalorizada en comparación con otro tipo de normas de conductas similares –y en muchos casos de menor relevancia– que sí son reforzadas a través de una pena. Al constatar el hecho de que el uso de información privilegiada está reforzado a través de una pena y la colusión no, cabe preguntarse si o la incriminación del primero es injustificada o bien, lo que no tiene justificación es la falta de incriminación de la segunda<sup>65</sup>. En atención a los graves perjuicios sociales asociados a la colusión, sostenemos que la situación es la segunda.

## **2.2. Fundamentos económicos de la criminalización de carteles**

Sin perjuicio de desde el punto de vista jurídico el reforzamiento de la prohibición de la colusión a través de una pena está justificado en la gravedad y en el rechazo social hacia dicha conducta, es necesario tener en consideración los argumentos aportados desde la teoría económica que también evidencian la insuficiencia de los actuales instrumentos represivos.

---

<sup>64</sup> Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Santiago, 2012. p. 16.

<sup>65</sup> KINDHÄUSER, U. Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. Revista de Derecho y Humanidades, vol. 1 (16): 2010. pp. 44-45.

### **2.2.1. Rol disuasivo de la sanción**

Existe consenso en la literatura económica en relación a la idea de que el fundamento de las sanciones en el derecho de la competencia es la disuasión<sup>66</sup>. Esto significa que la imposición de una sanción está justificada en la medida que ésta actúe como un desincentivo para la comisión de conductas ilícitas en el futuro<sup>67</sup>. Así, la sanción se impone con el objetivo de que determinados actos contrarios a la competencia no sean considerados una alternativa viable por el eventual infractor, producto del desincentivo que supone su imposición. Este rol disuasivo de la sanción se generaría en la medida que las ganancias esperadas producto de la participación en un cartel sean menores que los costos esperados de dicha participación<sup>68</sup>.

En nuestro país, el efecto disuasivo de las sanciones que dispone el derecho de la competencia, ha sido fuertemente cuestionado. Si bien existe amplio consenso en relación a la insuficiencia de las multas actuales, las falencias del sistema en cuanto a su rol disuasivo no se agotan en esto, sino que radican en gran medida en la ausencia de sanciones penales como alternativa sancionatoria contra los carteles.

---

<sup>66</sup> OECD. Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. 2002. p. 85.

<sup>67</sup> WHELAN, P. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions, *Competition Law Review*, vol. 4 (1): 2007. p. 10.

<sup>68</sup> PADILLA, J y ZOIDO, E. El papel disuasorio de las sanciones: Una reflexión motivada por la nuevas directrices comunitarias, En: Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Marcial Pons, 2008. p. 41.

En efecto, es forzoso reconocer que la posibilidad de ser objeto de una pena privativa de libertad constituye para una persona una amenaza mayor que la de sólo tener que pagar una multa. Como ha señalado González-Cuéllar, “El temor a ir a la cárcel es más aterrador que el miedo del sujeto a que le sean impuestas otras penas de distinta naturaleza y es dicha reacción emocional el factor en que se confía cuando se defiende la criminalización de los carteles”<sup>69</sup>. Por otra parte, el autor argumenta que, tomando en consideración las prioridades humanas, en la escala de intereses vitales, la libertad, profesión y patrimonio personal están situados en lugares más altos que la reputación y los fondos de las sociedades que las personas puedan gestionar en su calidad de administradores o directivos<sup>70</sup>.

Entre los motivos que existen para considerar que la privación de libertad tiene un poder disuasivo más poderoso que cualquier otro tipo de sanción, se señala que las personas asignan a la libertad un valor mayor que el patrimonio o el desarrollo de una profesión. En segundo lugar, la libertad es un bien difícil de ocultar frente a las autoridades en caso de la ejecución de una condena. En tercer lugar, la pérdida de libertad no es restituible, a diferencia del dinero dejado de percibir o que es abonado como sanción pecuniaria que sí es

---

<sup>69</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal, En: SERRANO-PIEDCASAS, J. y CESPO, E. (Eds.). Cuestiones actuales de derecho penal económico. Madrid, Colex, 2008. p. 79.

<sup>70</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. . ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal, En: SERRANO-PIEDCASAS, J. y CESPO, E. (Eds.). Cuestiones actuales de derecho penal económico. Madrid, Colex, 2008. p. 80.

susceptible de reembolso por la empresa favorecida por el hecho punible a su administrador, directivo o empleado condenado. En cuarto lugar, el efecto disuasorio de la cárcel responde a la gravísima afección de derechos e intereses personales y familiares que la cárcel ocasiona<sup>71</sup>.

En consecuencia, es indudable que la cárcel sigue siendo constituyendo el elemento disuasivo más efectivo<sup>72</sup>, por lo que existen buenas razones para incorporarla como una alternativa sancionatoria respecto de los carteles.

### **2.2.2. Insuficiencia de la multa**

Uno de los principales argumentos que se plantean en el derecho comparado para la introducción de sanciones penales contra los carteles consiste en el reconocimiento de que las multas administrativas contra las personas jurídicas resultan insuficientes para disuadir de forma eficaz la formación de carteles<sup>73</sup>.

Nuestro país representa un buen ejemplo de dicha situación. Como se afirmó anteriormente, en el derecho de la competencia nacional, la multa

---

<sup>71</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal, En: SERRANO-PIEDRECASAS, J. y CESPO, E. (Eds.). Cuestiones actuales de derecho penal económico. Madrid, Colex, 2008. pp. 80-81.

<sup>72</sup> HARRINGTON, J. Comment on Antitrust Sanctions. Competition Policy International, vol. 6, (2): 2010. p. 50.

<sup>73</sup> HARRINGTON, J. Comment on Antitrust Sanctions. Competition Policy International, vol. 6, (2): 2010. p. 43. En este mismo sentido, Daniela Gorab ha afirmado que la tendencia internacional hacia el aumento de las multas contra los carteles debe ser interpretada con precaución, ya que no necesariamente involucra un efecto disuasivo. GORAB, D. Is imprisonment of directors and managers an effective sanction to prevent cartels? Its desirability and implementation in Competition Policy. 2011. Londres, University College London. pp. 5-6.

constituye la principal herramienta sancionatoria contra los ilícitos anticompetitivos. Tratándose de los carteles, no es posible afirmar que este sistema de sanciones sea realmente eficaz como elemento disuasivo pues, aun cuando el monto máximo de la multa se aumentó, para este tipo de ilícitos, de 20.000 a 30.000 Unidades Tributarias Anuales, se han seguido identificando importantes carteles. Este contexto ha sido objeto de críticas y preocupaciones, lo cual se manifestó en el Informe de la Comisión Rosende<sup>74</sup>.

El principal problema que tradicionalmente se ha planteado en el debate respecto del monto de la multa contra los carteles se resume en el hecho de que, de establecer una multa al nivel óptimo –de acuerdo al estándar Beckeriano<sup>75</sup>– es altamente probable que ésta se fijaría por sobre la capacidad de pago de las empresas infractoras. Lo que este hecho implica es que, o bien la multa se fije en un nivel inferior al óptimo –sin lograr, por lo tanto, su objetivo de disuadir la formación de carteles– o bien se fije de acuerdo al nivel óptimo, sin hacerse cargo del hecho de que muchas empresas, en la práctica, no podrán pagarla<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Santiago, 2012. p. 10.

<sup>75</sup> De acuerdo al trabajo de Gary Becker, una sanción óptima es aquella que permite la maximización del bienestar social a través de la minimización de la pérdida social asociada al delito. Ver BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy* (76): 1968.

<sup>76</sup> BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO, G. Antitrust Sanction Policy in the Presence of Leniency Programs. *Concurrences* (4): 2006.

En este sentido, Juan José Romero señala que “respecto de los problemas de eficacia de las multas como instrumento disuasivo, se suele destacar que para las grandes compañías las multas pueden ser insignificantes, al punto de considerárseles como un mero costo de negocio. En contraste, para las empresas de menor tamaño (...) el monto de la multa pasa a ser indiferente ante la incapacidad de pago del infractor”<sup>77</sup>.

Como es de suponer, la presencia de multas establecidas en un nivel sub-óptimo permite que muchas empresas sean capaces de internalizar el costo de una eventual multa en su función de producción. De este modo, la sanción no lograría desincentivar del todo el comportamiento anticompetitivo, sino que más bien cambiaría la estructura de costos de la empresa, produciéndose de igual manera el daño a la sociedad asociado a tales conductas. Al efecto, Peter Whelan sostiene que las multas pueden actuar como una “licencia” que permite pagar para poder acceder a las ganancias obtenidas a través del cartel<sup>78</sup>.

Ahora, si bien la multa fijada en ese nivel puede ser inferior a la que resultaría deseable para constituir un medio de disuasión efectivo, el hecho de aumentarla debe ser considerado con detención pues, de no implementarse de manera adecuada, perfectamente podría producir los efectos contrarios.

---

<sup>77</sup> ROMERO, J. *Enforcement*, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno, En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thompson Reuters, 2011. p. 520.

<sup>78</sup> WHELAN, P. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions. *Competition Law Review*, vol. 4 (1): 2007. p. 28.



En este sentido, en caso de establecerse multas altas –al nivel óptimo– se ha dicho que el fenómeno de la incapacidad de pago de las empresas infractoras traería consigo innumerables problemas y daños colaterales. Así, se sostiene que la mayoría de empresas no podrían sino caer en quiebra luego de ser condenadas al pago de una multa de esta envergadura. De hecho, esta ha sido la defensa tradicional que ha surgido en el debate respecto a la idea de mantener topes de multas máximos<sup>79</sup>, como sucede en el caso de Chile<sup>80</sup>.

El argumento va un poco más allá y destaca el hecho de que la quiebra de las empresas infractoras generaría, a su vez, un gran perjuicio para el sistema económico en general (distorsión del sistema crediticio, interrupción en la cadena de pagos, etc.). Incluso, contrariamente a lo que se persigue con la imposición de la multa, podría significar un perjuicio para la competencia, toda vez que al desaparecer un competidor se daría lugar a mercados mucho más concentrados. Adicionalmente, el hecho pareciera ser más grave aún si se considera que muchas veces afectarían a sujetos que poco o nada tuvieron que

---

<sup>79</sup> BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO, G. Antitrust Sanction Policy in the Presence of Leniency Programs. *Concurrences* (4): 2006.

<sup>80</sup> El sistema actual que establece una multa máxima como un valor fijo es criticado por Javier Tapia, quien propone una alternativa consistente en que el valor de la multa sea determinado en base a un porcentaje sobre las ventas totales de la firma durante un período determinado, efectuadas en el territorio nacional. TAPIA, J. La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia. *Estudios Públicos* (132): 2013. p. 98.

ver con la participación en el cartel, como sería el caso de los trabajadores, proveedores y acreedores<sup>81</sup>.

Otro problema que se ha identificado respecto de la multa como un mecanismo insuficiente para disuadir la formación de carteles, consiste en que ésta no se hace cargo del problema de agencia que resulta producto de la falta de alineación que puede existir entre los incentivos de los administradores de la compañía y los accionistas<sup>82</sup>.

En efecto, tal como afirma Daniela Gorab, un empleado podría tomar la decisión de participar de un cartel con el objetivo de mejorar su desempeño en el corto plazo, incluso ante el rechazo de los accionistas frente a este tipo de prácticas<sup>83</sup>.

Por otra parte, en el caso de que el monto de la multa contra los carteles no tenga un grado de disuasión importante, la empresa podría no tener los incentivos suficientes para controlar el comportamiento de sus empleados, toda

---

<sup>81</sup> WHELAN, P. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions. *Competition Law Review*, vol. 4 (1): 2007. p. 31. En el mismo sentido, CRYCRAFT, C., CRYCRAFT, J. y GALLO, J. Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay. *Review of Industrial Organization* (12): 1997. p. 175.

<sup>82</sup> GORAB, D. Is imprisonment of directors and managers an effective sanction to prevent cartels? Its desirability and implementation in Competition Policy. 2011. Londres, University College London. p. 10.

<sup>83</sup> GORAB, D. Is imprisonment of directors and managers an effective sanction to prevent cartels? Its desirability and implementation in Competition Policy. 2011. Londres, University College London. p. 10.

vez que la ganancia esperada del cartel podría ser mayor que el monto de la multa. Incluso, podrían incentivarlos a la formación de carteles<sup>84</sup>.

### **2.2.3. Mayor eficacia de la delación compensada**

Otro elemento positivo de las sanciones penales sobre la política anti-carteles, tiene que ver con el potenciamiento de los programas de delación compensada. Efectivamente, es altamente esperable que, frente a la posibilidad de ir a la cárcel, un individuo involucrado en un cartel se vea altamente incentivado a delatar, situación que no se daría si el mismo sujeto sólo arriesgara una multa para la empresa. Como ha señalado Scott D. Hammond, a propósito de la experiencia de Estados Unidos, “los sistemas jurídicos que no cuentan con sanciones penales nunca serán tan efectivos respecto a inducir a la cooperación como aquellos que sí tienen”<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> GORAB, D. Is imprisonment of directors and managers an effective sanction to prevent cartels? Its desirability and implementation in Competition Policy. 2011. Londres, University College London. pp. 10-11.

<sup>85</sup> HAMMOND, S. Cornerstones of an Effective Leniency Program. En: Día de la Competencia. Fiscalía Nacional Económica. 2009. p. 50.

### **3. DIFICULTADES DE LA INTRODUCCIÓN DE SANCIONES PENALES**

El hecho de reforzar punitivamente la prohibición de la colusión implica de manera ineludible introducir parte del derecho de la competencia dentro de la esfera del derecho penal. Frente a este escenario, es necesario tener en consideración el hecho de que la naturaleza y la lógica que subyace al derecho de la competencia difieren de aquellos que informan al derecho penal. Dicha diferencia debe ser tenida en cuenta a la hora de pensar en una reforma legal, toda vez que de ella se deriva una serie de consecuencias prácticas que pueden resultar desfavorables para la eficacia de la prohibición. El presente capítulo pretende identificar algunas de estas consecuencias.

En este sentido, identificaremos algunos elementos propios del derecho penal que nos permitirán establecer con claridad cuáles son las principales diferencias con el derecho de la competencia.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el derecho penal constituye la manifestación sancionatoria más poderosa del ordenamiento jurídico, toda vez que involucra sanciones que incluyen la privación de libertad. Dada esta potestad para afectar las libertades individuales, el derecho penal está acompañado de un sistema de poderosas garantías que protegen al individuo frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, tutelando a la persona contra a

la arbitrariedad<sup>86</sup>. Como señala Claus Roxin, “con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal”<sup>87</sup>.

La base de este sistema de garantías propio del derecho penal está construida sobre el principio de legalidad. Este principio se manifiesta en la exigencia de que el legislador debe establecer de forma detallada cuáles son las conductas que son objeto de reproche penal. Al respecto, Luigi Ferrajoli distingue entre el “principio de mera legalidad”, entendido como una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de las leyes; y el “principio de estricta legalidad”, entendido como una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y precisión empírica de las formulaciones legales<sup>88</sup>. La relevancia de la distinción radica en el hecho de que el principio de legalidad no se agota en el proceso de producción de normas. Esto es, no basta que el delito esté establecido en una ley, sino que la ley debe estar diseñada de forma determinada, evitando cualquier tipo de aplicación sustancialista o decisionista por parte del juez<sup>89</sup>.

En esencia, la función garantista de este principio consiste en que los delitos no pueden ser configurados mediante el reenvío a parámetros extra-legales, ni

---

<sup>86</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 34.

<sup>87</sup> ROXIN, C. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000. p. 2.

<sup>88</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 35.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. pp. 379-380.

determinados por el juez mediante juicios de valor autónomos<sup>90</sup>. Esto implica, a su vez, una forma particular de razonamiento jurídico, toda vez que el espacio de discrecionalidad de la decisión del juez penal está ampliamente reducido.

Por el contrario, cuando nos referimos al derecho de la competencia, nos enfrentamos a un escenario radicalmente opuesto. Pues, en este caso, el legislador estableció una norma de textura abierta y de gran amplitud, de manera que el órgano encargado de su aplicación –el TDLC– debe llenar de contenido dicha disposición, para lo cual se le reconoce un importante grado de discrecionalidad. En efecto, el desarrollo de los principios jurídicos que informan el derecho de la competencia, así como la determinación del alcance de las prácticas anticompetitivas prohibidas por el DL N° 211, ha sido labor de la jurisprudencia<sup>91</sup>. Como ha sostenido Javier Tapia, “mientras las garantías penales están precisamente construidas para restringir la discrecionalidad judicial, el derecho de la competencia deja deliberadamente un amplio espacio para la creación de estándares judiciales”<sup>92</sup>.

Dada la particularidad de las normas de competencia, Santiago Montt sostiene de que el TDLC debe ser entendido como un órgano regulador del comercio, toda vez que no debe razonar como un juez criminal, sino como un

---

<sup>90</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y Razón 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 376.

<sup>91</sup> VALDÉS PRIETO, D. Libre Competencias y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 239.

<sup>92</sup> TAPIA, J. La prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Santiago, 2010. p. 40.

*policymaker* que no resuelve el caso particular sólo de cara a las partes, sino también de cara a todos los miembros de la comunidad económica<sup>93</sup>. Esto es, para decidir un caso particular, el TDLC debe necesariamente, dada la amplitud de la única disposición aplicable –el artículo 3° del DL N° 211–, recurrir a consideraciones extra-legales<sup>94</sup>.

En segundo lugar, el sistema garantista asociado al derecho penal se explica en buena parte por la especial preocupación de éste por evitar que, producto del error judicial, se condene a un individuo que en realidad es inocente. En efecto, la posibilidad de condenar a un inocente –lo que Ferrajoli denomina “cifra de la injusticia”– conlleva complicaciones gravísimas en relación con el problema de la justificación de la pena y del derecho penal<sup>95</sup>. Agrega que dicha situación se genera “producto de carencias normativas o de la ineffectividad práctica de las garantías penales y procesales, dispuestas como diques contra la arbitrariedad y el error”<sup>96</sup>.

Montt recoge esta idea y expone el contraste que existe entre la naturaleza y la lógica subyacente al derecho penal y al derecho de la competencia a través de los conceptos de error de tipo I (condenar inocentes) y error de tipo II

---

<sup>93</sup> MONTT, S. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas. Documento de Trabajo #1 Centro de Regulación y Competencia. Santiago, 2010. pp. 8-10.

<sup>94</sup> De hecho, el artículo 26 del DL N° 211 establece que “[l]a sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia”.

<sup>95</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 210.

<sup>96</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 210.

(absolver culpables). Señala que el derecho penal, dada su naturaleza garantista, presenta una especial preocupación por evitar los errores de tipo I, mientras que los errores de tipo II no son de su especial preocupación.

En oposición, el juez de libre competencia debe tener un interés balanceado por ambos tipos de errores, toda vez que no sancionar a un culpable implica un gran costo que no puede ser pasado por alto<sup>97</sup>.

La especial preocupación del derecho penal por evitar los errores de tipo I implica, a su vez, ciertas exigencias probatorias, las que se manifiestan en la necesidad del juez de alcanzar un nivel de convicción más allá de toda duda razonable para condenar a un individuo<sup>98</sup>. Extender estas garantías probatorias al derecho de la competencia conlleva un relevante impacto práctico sobre la manera en que se sancionan los casos de libre competencia, toda vez que el estándar probatorio que se exigiría al TDLC para imponer una sanción sería mucho más estricto que el que rige actualmente.

---

<sup>97</sup> MONTT, S. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas. Documento de trabajo #1 Centro de Regulación y Competencia. Santiago, 2010. p. 10. Dado el gran costo asociado a dejar un cartel sin sanción y a la baja probabilidad de que este traiga consigo algún tipo de beneficio desde el punto de vista de la eficiencia, es que, tratándose de tales conductas, la tolerancia hacia los errores de tipo I o “falso positivo” es mayor a la que existe respecto de otras conductas cuya ilicitud es difícil de determinar, como sucede en el caso de algunas restricciones verticales.

<sup>98</sup> El artículo 340 del Código Procesal Penal establece que “[n]adie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.



En efecto, tal como han afirmado Jorge Grunberg y Santiago Montt, el estándar de prueba utilizado por los tribunales nacionales para imponer sanciones por actos anticompetitivos puede situarse en un punto intermedio entre el estándar penal y aquel exigido en materia civil<sup>99</sup> –aunque más cercano a este último que al primero–, dando lugar a un estándar de “evidencia clara y convincente”, de naturaleza civil, no penal<sup>100</sup>. Esto significa, en esencia, que, de la prueba que consta en el expediente, “la hipótesis de colusión debe resultar más factible que la hipótesis de paralelismo consciente”<sup>101-102</sup>.

---

<sup>99</sup> De acuerdo a lo afirmado por los autores señalados, el estándar de prueba que rige en materia civil es tradicionalmente denominado como “*preponderance of evidence*” o “*balance of probabilities*”, definido como “el peso (comparativo) más grande de la evidencia”. GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 36. Respecto a los estándares de prueba para determinar la existencia de una infracción a la libre competencia, Juan José Romero señala que es posible distinguir tres modelos. Se trata del estándar que rige en materia civil fundado en el balance de probabilidades (*the balance of probabilities*); aquel que rige en materia penal que exige que la convicción vaya más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*); y, por último, un estándar intermedio que se caracteriza por la existencia de evidencia clara y convincente (*clear and convincing evidence*). ROMERO, J. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? Documento de Trabajo Centro de Libre Competencia UC, 2007. p. 34.

<sup>100</sup> GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 39. En el caso “Oxígeno Líquido”, la Corte Suprema determinó que la conducta imputada por la FNE no pudo ser acreditada, toda vez que la prueba presentada no era “concluyente”. CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 22 de enero de 2007, Rol N° 5057-2006, Requerimiento de la FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros, considerando 12°. Tal como señalan Grunberg y Montt, el término “concluyente” debe ser entendido como “que concluye” y no como sinónimo “irrebatible”. GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 39.

<sup>101</sup> GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 39.

<sup>102</sup> Si bien el TDLC, en el caso “Farmacias”, estableció la procedencia de las conductas imputadas por la FNE con un alto estándar de convicción, estimamos que no se debe extraer una regla general a partir de dicho razonamiento. Pues el hecho de que, para imponer una sanción, no sea necesario satisfacer el estándar más allá de toda duda razonable, no significa que en un caso específico el tribunal pueda alcanzarlo. Sobre el razonamiento del TDLC en este fallo, véase TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 119/2012, Rol C N° 194-2008, Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros, considerandos 190°, 191° y 192°.

De este modo, dado que para la imposición de una sanción penal el juez debe alcanzar un nivel de convicción más allá de toda duda razonable, en caso de incluir sanciones penales para la colusión, para condenar a un individuo por este delito, el juez deberá alcanzar dicho nivel de convicción.

Este hecho, si bien es evidente y se deriva de la pertenencia de una conducta a la esfera del derecho penal, no es indiferente desde el punto de vista práctico y de la efectividad de la política anti-carteles<sup>103</sup>. La razón radica en que los carteles constituyen un ilícito respecto del cual frecuentemente no existe evidencia directa disponible, sino que su presencia se desprende del análisis del mercado en que éste habría operado, lo que se traduce en que acreditar la presencia, miembros y forma operación de un cartel ante un juez penal se volvería una tarea sumamente difícil, sino imposible. Este escenario constituye, en definitiva, una paradoja, toda vez que pese a contar con un instrumento represivo más severo –la sanción penal– la tasa de sanción de carteles identificados disminuiría de manera considerable.

Otro elemento que es necesario considerar a la hora de pensar en sanciones penales es qué pasará con la actual institucionalidad de libre competencia ya que, como hemos visto, el TDLC no podría ser quien aplique las sanciones penales a los individuos que participan de un cartel, toda vez que –si bien se

---

<sup>103</sup> Como ha sostenido Grunberg y Montt, “en un mundo de partes sofisticadas que actúan racionalmente y orientados al lucro, un sistema de duda razonable es una invitación a la colusión”. GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 35.

trata de un órgano especializado— no comparte la lógica del razonamiento del juez penal, sino que opera de manera radicalmente opuesta. No sería admisible que un órgano que razona como regulador del comercio y, en cuanto tal, goza de un grado importante de discrecionalidad en la toma de decisiones, decida un conflicto penal.

Tener en consideración este hecho resulta fundamental pues creemos que no es deseable desechar todo el aparato institucional diseñado especialmente para la libre competencia, el cual, si bien aún admite espacio para su perfeccionamiento, ha presentado un adecuado funcionamiento. Para esto es fundamental que una eventual reforma se haga cargo de las dificultades y paradojas identificadas y se traduzca en un avance que sea plenamente compatible con los progresos institucionales hasta ahora alcanzados.

En el capítulo siguiente se elabora una propuesta que, recogiendo la necesidad de reforzar la prohibición de la colusión a través de sanciones penales, busca hacerse cargo de los principales obstáculos institucionales asociados al traslado del derecho de la competencia a la esfera del derecho penal, de manera que la reforma no constituya un retroceso en la política anti-carteles.

#### 4. PROPUESTA DE DISEÑO INSTITUCIONAL

Como se ha venido señalando a lo largo de este trabajo, la idea central que se debe tener en consideración en cualquier iniciativa legislativa que busque reforzar punitivamente la prohibición de la colusión, consiste en que su éxito o fracaso dependerá, en buena parte, de su implementación institucional<sup>104</sup>. Si bien existen buenas razones que justifican su introducción en nuestro sistema jurídico, la respuesta a la pregunta sobre si las sanciones penales son adecuadas o inadecuadas está determinada por el procedimiento que se diseñe para su aplicación.

Por tanto, se estima que criminalizar a través de un simple “traslado” de la prohibición de la colusión al ámbito del derecho penal –esto es, por medio de una aplicación abstracta o mecánica– constituye una técnica legislativa inadecuada. La adopción de sanciones penales debe estar pensada en función de la realidad nacional<sup>105</sup> y, al mismo tiempo, no debe desconocer el hecho de que la naturaleza del derecho de la competencia es distinta de la del derecho penal. De esta manera, es posible alcanzar una reforma legislativa que no repercuta negativamente sobre la política anti-carteles que se ha desarrollado en el país. Pues un diseño institucional inadecuado puede traducirse en que, al

---

<sup>104</sup> TREBILCOCK, M. y IACOBUCCI, E. Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate. *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41 (3): 2010. p. 455.

<sup>105</sup> FOX, E. Antitrust and Institutions: Design and Change. *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41 (3): 2010. p. 487.

incluir sanciones penales para casos de colusión, la persecución puede volverse más dificultosa.

Por otra parte, es necesario reconocer que en Chile la institucionalidad de libre competencia ha tenido una importante evolución que ha permitido acercarnos a modelos más avanzados como el europeo y el norteamericano<sup>106</sup>. Dicha evolución, se ha traducido en un buen desempeño de nuestra institucionalidad<sup>107</sup> por lo que, para modificarla, es necesario actuar con cautela y sin desconocer los avances alcanzados. En este sentido, la propuesta no implica cambios sustanciales ni remueve los cimientos del sistema, sino que constituye un perfeccionamiento que resulta plenamente compatible con los elementos esenciales de la institucionalidad actual.

En esencia, el objetivo de esta propuesta consiste en la adaptación del sistema a las necesidades actuales, sin que dicho avance afecte negativamente el desarrollo del derecho de la competencia y que, en definitiva, no se traduzca en una neutralización del progreso institucional alcanzado. El diseño institucional aquí propuesto debe hacer probable que esta repercusión negativa sobre la institucionalidad actual sea nula.

---

<sup>106</sup> MONTT, P y NEHME, N. (Eds.) Libre competencia y retail: un análisis crítico. Santiago, Legal Publishing, 2010. p. 2.

<sup>107</sup> Para una descripción del desempeño de la institucionalidad de competencia en Chile, véase OCDE. Derecho y Política de Competencia en Chile. 2010.

A continuación se analizan los principales elementos que el legislador debe tener en consideración para una eventual reforma que busque introducir sanciones penales para casos de colusión.

#### **4.1. Utilidad de mantener una instancia administrativa**

Al pensar en un sistema que refuerce la prohibición de la colusión a través de sanciones penales, es necesario determinar la cuestión acerca de si dicho sistema debe constituir la única alternativa sancionatoria disponible, lo que implica que la instancia administrativa que existe en la actualidad debe ser suprimida, o bien si debe coexistir con la instancia administrativa actualmente existente.

El diseño institucional que aquí se propone está sustentado sobre la idea de que las sanciones penales deben agregarse como una alternativa sancionatoria en el sistema vigente, de modo que ambas instancias –administrativa y penal– deben desarrollarse de forma paralela. En efecto, como se analizará más adelante, el ámbito de aplicación de ambas sedes es distinto. Por una parte, las sanciones penales se reservan para las personas naturales que participan de los acuerdos colusorios y las sanciones administrativas se reservan de forma exclusiva a las personas jurídicas. Por otra parte, el derecho penal no abarca el

mismo conjunto de ilícitos anticompetitivos que el derecho de la competencia, sino que se reserva a los casos más graves, esto es, a los carteles duros<sup>108</sup>.

Como se afirmó en el contexto de la discusión de una de las iniciativas legislativas actualmente en trámite, se debe pasar de un “modelo de protección limitado al ámbito del derecho administrativo sancionador” a un “modelo de protección conjunta”<sup>109</sup>.

La utilidad de establecer una instancia penal que funcione de manera “adicional” a la instancia administrativa tiene que ver con la naturaleza o características propias del derecho administrativo sancionador. En efecto, al tener este un menor alcance en cuanto al mal que puede imponer a un individuo con motivo de una contravención –lo que implica, entre otras cosas, que nunca puede imponer una privación de libertad en virtud de ella<sup>110</sup>–, el nivel de garantías aplicables a la potestad sancionadora de la administración es menor al que se aplica respecto de las sanciones penales<sup>111</sup>.

El propio Tribunal Constitucional (TC), si bien considera que la función del TDLC no corresponde al ejercicio de una potestad administrativo sancionadora,

---

<sup>108</sup> GONZÁLEZ-CUELLAR, N. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal. En: SERRANO-PIEDRECASAS, J. y CESPO, E. (Eds.). Cuestiones actuales de derecho penal económico. Madrid, Colex, 2008. p. 77.

<sup>109</sup> LÓPEZ, J. Informe en derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 1.

<sup>110</sup> PAREJO ALFONSO, L. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013. p. 756.

<sup>111</sup> HUERGO LORA, A. Las sanciones administrativas. Madrid, Iustel, 2007. p. 165.

ha reconocido el hecho de que las garantías procesales aplicables al derecho penal podrían ser extendidas a otro tipo de procedimientos sólo en la medida que “estos afecten la libertad personal o seguridad individual de una persona de un modo equiparable a la afectación derivada de una causa criminal”<sup>112</sup>.

La relevancia práctica que reviste esta conclusión, se manifiesta de forma nítida si consideramos el estándar probatorio necesario para imponer una sanción penal y una administrativa. Como se afirmó más arriba, para imponer una sanción penal, el juez debe alcanzar un nivel de convicción más allá de toda duda razonable. En cambio, tratándose del derecho administrativo sancionador –al aplicarse un nivel de garantías inferior al de las sanciones penales– el estándar de prueba necesario para imponer una sanción es menos estricto<sup>113</sup>, lo que es particularmente apropiado tratándose de los carteles (*supra*, capítulo 3). Por eso, dejar el procedimiento sancionador exclusivamente en manos del juez penal no es la mejor opción, pues para sancionar a un individuo por el delito de colusión, habría que satisfacer un estándar de prueba

---

<sup>112</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de fecha 20 de agosto de 2013, Rol N° 2381-12-INA, considerando 15°.

<sup>113</sup> En efecto, la reducción del estándar de prueba es una forma de matizar las garantías que rigen en el derecho penal. Véase GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 17.



muy rígido, lo que no resulta conveniente desde el punto de vista de la política anti-carteles<sup>114</sup>.

En consecuencia, el modelo institucional que aquí se propone debe permitir el hecho de que para imponer una sanción administrativa a una persona jurídica, el estándar probatorio sea flexible; y, a su vez, que si se va a privar de libertad a una persona, exista un debido cumplimiento de las garantías propias del sistema penal.

#### **4.2. Comunicabilidad de la delación compensada**

Uno de los elementos centrales que se debe tener en mente a la hora de implementar sanciones penales contra la colusión tiene que ver con la relación existente entre el proceso penal y la institución de la delación compensada.

Como se señaló anteriormente, el principal obstáculo que enfrenta hoy la delación compensada en nuestro sistema es la escasa efectividad que ha presentado, originada por la incomunicabilidad que existe frente a un eventual proceso penal posterior. Lo que esto implica en la práctica, es que deja abierta la posibilidad de que un individuo que accede al beneficio de la amnistía, si bien puede ser eximido del pago de una multa en sede de libre competencia, puede ser sometido a un proceso penal y ser condenado.

---

<sup>114</sup> SPAGNOLO, G. Criminalization of cartels and their internal organization. En: CSERES, K., SCHINKEL, M. y VOGELAAR, F. Criminalization of Competition Law Enforcement. Edward Elgar Publishing, 2006. p. 135.

La propia Comisión Rosende reconoció de manera unánime que el problema de la poca efectividad de la delación compensada en Chile “proviene del hecho de que no provee de inmunidad penal efectiva para las personas que se acerquen a la FNE a delatar el cartel (...) Ello debido a la existencia de canales independientes de intervención de las instituciones públicas sobre acciones estimadas como atentatorias a la libre competencia”<sup>115</sup>.

Por tanto, un sistema de sanciones que incluya sanciones penales para los casos de colusión, debe estar diseñado de modo tal que los beneficios otorgados por la autoridad de competencia sean comunicables al proceso penal. Al respecto, Kloub es claro al señalar que “El hecho de que en la mayoría de las jurisdicciones la competencia y el cumplimiento penal sean llevados a cabo por diferentes autoridades puede requerir medidas coordinadas por los organismos competentes o incluso cambios en la ley. Sin embargo, hacerlo así es crucial para el buen funcionamiento de un programa de clemencia”<sup>116</sup>.

En consecuencia, aun en caso de que la colusión pueda ser reprimida a través de distintos procedimientos y por distintas autoridades, los beneficios derivados de la cooperación con la autoridad de competencia deben ser comunicables al proceso penal, de manera que el confesor sea eximido de

---

<sup>115</sup> Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Santiago. p. 21.

<sup>116</sup> KLOUB, J. La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles. En: Foro Latinoamericano de Competencia. Santiago. p. 13.

cualquier sanción penal, no sólo del pago de la multa en sede de libre competencia. Sólo de esta manera se logra que los incentivos asociados a la amnistía no sean anulados, como sucede hoy en Chile.

Si bien pareciera ser que se trata de un tema profundamente arraigado, es necesario insistir sobre su relevancia, pues recientemente han surgido algunas iniciativas legislativas que apuntan en un sentido radicalmente opuesto al que aquí se ha venido sosteniendo. En efecto, existe un proyecto de ley en actual tramitación en el Congreso que establece no sólo que las sanciones penales deben ser reestablecidas, sino que las multas actuales deben aumentar incluso en casos en que se haya dado aplicación a la delación compensada. En el mensaje del proyecto se señala que “la revelación de informaciones no puede soslayar la existencia de una voluntad orientada a atentar contra los bienes jurídicos socialmente relevantes que protege la legislación antimonopólica, por lo que en ningún caso la aplicación de la figura puede tener como consecuencia la exención de toda sanción pecuniaria, sólo por factores probatorios”<sup>117</sup>.

Considerando lo establecido por la literatura y a la experiencia comparada en relación a los programas de amnistía<sup>118</sup>, este proyecto de ley demuestra un profundo y lamentable desconocimiento del derecho de la competencia por

---

<sup>117</sup> Proyecto de Ley que sanciona penalmente los atentados a la libre competencia, aumenta las sanciones pecuniarias y modifica la figura de la delación compensada (Boletín N° 8822-07).

<sup>118</sup> Véase KLOUB, J. La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles. En: Foro Latinoamericano de Competencia. Santiago, 2009.

parte del legislador, por lo que insistir sobre este punto, sigue siendo de vital importancia para el éxito de una eventual reforma.

#### **4.3. Diseño del tipo penal**

Uno de los elementos más polémicos que se han desarrollado en el debate en torno a la introducción de sanciones penales tiene que ver con el diseño del tipo penal.

Parte importante de los problemas que se suscitan en relación a la creación de un nuevo tipo penal que sancione la colusión, se originan en el hecho de que la definición establecida en el artículo 3º, letra a) del DL N° 211 constituye un concepto de colusión sumamente amplio, respecto del cual no existe pleno consenso en cuanto a sus alcances y es objeto de viva polémica<sup>119</sup>. Este contexto de indeterminación se produce esencialmente por la naturaleza del derecho de la competencia, cuyos conceptos propios son importados desde la teoría económica<sup>120</sup>, por lo que se trata de conceptos esencialmente dinámicos y cambiantes, y sobre los que no existe consenso en la literatura.

El obstáculo que la amplitud del concepto de colusión consagrado en la legislación antimonopolios presenta para la reincorporación de sanciones

---

<sup>119</sup> COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. Informe Comisión de Libre Competencia. 2011. p. 25.

<sup>120</sup> NIELS, G., JENKINS, H. y KAVANAGH, J. Economics for Competition Lawyers. New York, Oxford University Press, 2011. p. 2. En el mismo sentido LIANOS, I. Lost in Translation: Towards a Theory of Economics Transplants. Jean Monnet Working Paper, 2009. pp. 4-5.

penales, radica en el hecho de que una definición con tales características conlleva una eventual contravención al principio de tipicidad consagrado expresamente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República<sup>121</sup>, según el cual en un tipo penal las conductas deben estar descritas de manera precisa y determinada en la ley.

Es importante aclarar que esta contravención al principio de tipicidad no se presenta respecto del actual artículo 3° letra a) del DL N° 211, precisamente por el hecho de que dicha norma fue privada de su carácter penal, pasando a ser un ilícito contravencional, de modo que las exigencias del principio de tipicidad no reciben una aplicación tan intensa y estricta como sucede respecto de los tipos penales<sup>122</sup>. En consecuencia, al tratarse de un ilícito contravencional, la falta de determinación y la amplitud de la norma no son incompatibles con el mandato constitucional de determinación de los tipos penales.

De hecho, uno de los argumentos que motivaron la eliminación del carácter penal que tenía el antiguo artículo 1° del DL N° 211 –que consagraba el tipo de injusto monopólico– fue que no resultaba apropiado establecer conceptos ni definiciones determinadas, sino que convenía mantener un tipo abierto que permitiera su adaptación a los cambios constantes de las condiciones del

---

<sup>121</sup> COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. Informe de la Comisión de Libre Competencia. 2011. p. 27.

<sup>122</sup> VALLEJO, R. y DUFEU, S. Tipo de injusto monopólico: Ubicación sistemática y constitucionalidad. Revista de Derecho y Humanidades (10): 2004. p. 316.

mercado. El problema que esta formulación implicaba, radicaba en su incompatibilidad con la existencia de un tipo penal<sup>123</sup>. Por este motivo, y dado que se optó por mantener una formulación abierta del ilícito monopólico, para cumplir con las exigencias constitucionales, se le privó de su carácter penal y se lo dejó como un ilícito contravencional<sup>124</sup>.

Sin embargo, si bien es innegable que la redacción del artículo 3º letra a) del DL N° 211, dada su amplitud, es incompatible con un carácter penal, dicha situación está lejos de constituir un obstáculo infranqueable, por lo que no es correcto afirmar que reforzar punitivamente la prohibición de la colusión sea una tarea imposible. En efecto, un proyecto de reforma en este sentido, a la hora de diseñar el tipo, debe tener como preocupación central el cumplimiento de las garantías constitucionales que rigen en materia penal y, por tanto, debe ser plenamente compatible con las exigencias del principio de tipicidad.

En función de dicho objetivo, es necesario determinar qué alternativa de tipificación es la que más se adecúa al cumplimiento de las exigencias de precisión y determinación. Al respecto, se identifican dos alternativas principales. La primera consiste en la remisión de la nueva norma penal a la

---

<sup>123</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.911 de 2009. p.12.

<sup>124</sup> En relación a la prohibición de leyes penales indeterminadas, Roxin señala que “[u]na ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo”. ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas, 1997. p. 169.

conducta descrita en el artículo 3º, letra a) del DL N° 211. Una segunda alternativa consiste en el diseño de un tipo penal nuevo y completamente independiente de las conductas contenidas en la legislación antimonopolio.

La alternativa de la remisión ha sido planteada en algunos de los proyectos de ley que se encuentran en tramitación en el Congreso Nacional. En efecto, en el Boletín N° 6438-03, así como en el reciente Boletín N° 8822-07, se propone la re-criminalización de la colusión sobre la base de un tipo penal que no describe de forma detallada una conducta distinta de la establecida actualmente en el DL N° 211, sino que se remite a ella<sup>125</sup>.

En el caso del Boletín N° 8822-07, la remisión tiene carácter absoluto pues no existe ninguna diferencia entre el nuevo delito y la conducta contenida en la norma de libre competencia. Por su parte, en el Boletín N° 6438-07, la remisión es sólo parcial pues, si bien se hace referencia a la figura de colusión del DL N°

---

<sup>125</sup> El Proyecto del Boletín N° 6438-03 establece lo siguiente:

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

Por su parte, el Boletín N° 8822-07, establece la siguiente norma:

“Art. 1.- Agréguese a la letra a) del artículo tercero, el siguiente inciso segundo y tercero: Las personas naturales que ejecuten, acepten, u obtengan beneficios económicos de las conductas señaladas en el inciso anterior, serán sancionadas con presidio menor en su grado mínimo a máximo, sin perjuicio de las multas y sanciones establecidas en esta ley.”

211, a esta se le agrega un elemento adicional que haría distinto el nuevo tipo penal, específicamente, la “afectación de bienes o servicios esenciales”<sup>126</sup>.

Por su parte, la alternativa del diseño de un tipo independiente del contenido en el artículo 3°, letra a) del DL N° 211 ha sido reconocida en el Boletín N° 6454-07<sup>127</sup> y en el Boletín N° 9046-03<sup>128</sup>, en cuyo mensaje se señala

---

<sup>126</sup> CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en los proyectos que tipifican el delito de colusión y otros atentatorios al derecho del consumidor (Boletines N° 6438-03 y 6439-07). p. 9.

<sup>127</sup> El Boletín N° 6454-07 establece en el DL N° 211 el siguiente tipo penal:

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

Es importante mencionar que este proyecto en un principio también recurrió a la remisión total al artículo 3°, letra a) del DL N° 211 y estaba redactado de la siguiente manera:

Artículo 3° bis: El que realice cualquiera de las conductas descritas en la letra a) del artículo 3°, será castigado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

<sup>128</sup> El Proyecto incluye la siguiente norma en el Código Penal:

“Artículo 286 bis. El que celebre acuerdos o conceda prácticas de manera expresa o tácita, mediante los cuales se fijen precios, se limiten la producción, se asignen cuotas de mercado o zonas de desarrollo de la actividad o se impida el ingreso de nuevos agentes, respecto de productos o servicios esenciales relativos a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, de tal manera que con dichos acuerdos o prácticas se impida la libre competencia en la producción o en el comercio, será penado:

1°. Con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si el beneficio económico producto de la acción del infractor excediera de 10.000 unidades tributarias mensuales;

2°. Con presidio menor en su grado máximo, si el beneficio económico producto de la acción del infractor excediera de 5.000 unidades tributarias mensuales y no pasare de 10.000 unidades tributarias mensuales;

3°. Con presidio menor en su grado medio, si el beneficio económico producto de la acción del infractor excediera de 2.000 unidades tributaria mensual y no pasare de 5.000 unidades tributarias mensuales; y,



específicamente que es necesario tipificar una conducta distinta a la del artículo 3° del DL N° 211 y no hacer referencia a ella.

Una vez identificadas las distintas técnicas de tipificación, es necesario determinar cuál de estas alternativas es la que mejor se adecúa a las exigencias del principio de tipicidad que debe cumplir todo tipo penal<sup>129</sup>.

En atención a los inconvenientes para el cumplimiento con el principio de tipicidad que presenta la redacción amplia del artículo 3° del DL N° 211, en el sentido de que si esta norma tuviera –como antes de la reforma del año 2003– carácter penal, estaría en abierta contradicción con dicho principio, al sancionar penalmente la colusión a través de una norma que, en cuanto al contenido mismo de la conducta objeto de reproche, se remite a la norma antimonopolio, se reproducen los mismos problemas que en su momento presentó el antiguo artículo 1° del DL N° 211.

Dicho de otro modo, el diseño de un nuevo tipo penal que establezca el delito de colusión no puede hacer suya la técnica legislativa utilizada por el

---

4°. Con presidio menor en su grado mínimo, si el beneficio económico producto de la acción del infractor excediera de 1.000 unidades tributaria mensual y no pasare de 2.000 unidades tributarias mensuales”.

<sup>129</sup> En relación a este tema, es pertinente tener en consideración la discusión acerca de la introducción de sanciones penales para la colusión en el Reino Unido, toda vez que el tema de la remisión a la normativa de libre competencia por parte del nuevo tipo penal también fue objeto de debate. Efectivamente, en la tramitación del proyecto de ley, se evaluó, por una parte, la opción de remitirse a las conductas sancionadas bajo el Capítulo I de la *Competition Act* de 1998 (CA) o el Artículo 81 de la *European Community* (EC); y, por otra, la de separar el nuevo delito del derecho de la competencia vigente. Al respecto véase HAMMOND, A. y PENROSE, R. A Proposed Criminalisation of Cartels in the UK. 2001. pp. 9-12.

legislador antimonopolios consistente en establecer una norma amplia y abierta al dinamismo del mercado –lo que, como vimos, es plenamente conveniente tratándose del derecho de la competencia y que, al ser una norma de carácter infraccional, no presenta objeciones de constitucionalidad– puesto que se trataría de una norma que no cumple con el principio de tipicidad<sup>130</sup>. Entonces, dado que el cumplimiento con este principio es inexcusable tratándose de normas de carácter penal, la alternativa de la remisión a la norma de libre competencia no parece la vía más adecuada.

Por su parte, la alternativa de la introducción del delito de colusión a través de la creación de un nuevo tipo penal –independiente del ilícito infraccional– parece ser el camino más armónico con nuestro ordenamiento jurídico, precisamente porque esta independencia permite el diseño de una norma lo suficientemente detallada, que adopte un concepto de colusión que recoja los elementos esenciales de dicha conducta, definiendo ciertas características que la hagan particularmente merecedora de la reacción del derecho penal<sup>131</sup>. Asimismo, se evita la incertidumbre que existe en cuanto al concepto de colusión definida como ilícito administrativo, toda vez que la posibilidad de configurar la conducta sancionada de acuerdo a las dinámicas consideraciones

---

<sup>130</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal. EN: SERRANO-PIEDECASAS, J. y CESPO, E. (Eds.). Cuestiones actuales de derecho penal económico. Madrid, Colex, 2008. p. 90.

<sup>131</sup> O’KANE, M. The Law of Criminal Cartels: Practice and Procedure. New York, Oxford University Press, 2009. p. 44.

económicas queda excluida y es el legislador –y no el órgano jurisdiccional– quien dota de contenido a la norma. De este modo se despejan al máximo las imprecisiones o dudas interpretativas que se suscitan respecto de la definición amplia del artículo 3º, letra a) del DL N° 211.

Héctor Hernández ha identificado correctamente este problema y, en el marco de la discusión del Boletín N°6454-07 señaló, en cuanto a la alternativa de la remisión, lo siguiente:

“[S]in duda parece preferible evitar el método de la simple remisión a la prohibición administrativa al del art. 3º (...) especialmente por la necesidad de explicitar con claridad y precisión la conducta típica, haciéndose cargo, entre otros aspectos, por ejemplo, del momento consumativo del delito”<sup>132</sup>.

En el Reino Unido, la opción implementada por el legislador fue la de crear un tipo penal independiente que representa un intento de definir un delito cuyos elementos fueran susceptibles de ser claramente entendidos por quienes eventualmente pueden caer bajo este, al mismo tiempo que debían estar claramente definidos, de modo de no arriesgar la contravención a la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>133</sup>. Además, se estimó que, de mantener el vínculo del nuevo delito con las conductas sancionadas por la

---

<sup>132</sup> HERNÁNDEZ, H. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07). 2009. p. 1.

<sup>133</sup> HAMMOND, A. y PENROSE, R. A Proposed Criminalisation of Cartels in the UK. 2001. p. 9.

legislación de libre competencia, existía el riesgo de la presencia de complejos argumentos económicos, cuya comprensión sería difícil por los jueces<sup>134</sup>.

Por otra parte, dado que el nuevo tipo penal debe convivir con la actual infracción administrativa, deberá describir una conducta cuyos elementos lo diferencien cualitativamente de este<sup>135</sup>, lo que, como se verá más adelante, tiene importantes consecuencias respecto del *non bis in idem*, así como del principio de proporcionalidad. Por esto, será necesario identificar qué elementos de la colusión son posibles de determinar con mayor precisión en la ley<sup>136</sup>, así como aquellos elementos que agreguen un *plus* de disvalor a la conducta, de modo que se justifique la reacción del ordenamiento jurídico a través del derecho penal.

En cuanto a los elementos esenciales de la conducta, para diseñar el tipo penal, se debe tener en cuenta que dentro del concepto de colusión cabe una amplia gama de manifestaciones<sup>137</sup>, por lo que sólo aquellas que se estimen más graves deben ser objeto de la reacción penal<sup>138</sup>. Por tanto, el delito debe estar formulado, a diferencia del ilícito administrativo, en términos precisos y

---

<sup>134</sup> O'KANE, M. *The Law of Criminal Cartels: Practice and Procedure*. New York, Oxford University Press, 2009. p. 47.

<sup>135</sup> HUERGO LORA, A. *Las sanciones administrativas*. Madrid, Iustel, 2007. pp. 145-146.

<sup>136</sup> En cuanto a la determinación que debe tener el tipo penal que castigue la colusión, en la discusión del Boletín N°6438-03, Héctor Hernández recalcó que "Lo razonable es que se defina bien qué es lo que objetivamente se quiere prohibir bajo amenaza de pena y dejar jugar luego las reglas generales en materia de dolo y prueba del mismo".

<sup>137</sup> *Supra* (1.4).

<sup>138</sup> O'KANE, M. *The Law of Criminal Cartels: Practice and Procedure*. New York, Oxford University Press, 2009. p. 47.

concretos, siendo el legislador quien determine *ex ante* qué manifestaciones específicas de colusión son aquellas que se consideran lo suficientemente graves como para ser objeto de sanción penal, así como cuáles serán los distintos elementos objetivos que se deben reunir para imponer una sanción. De esta manera, se reduce al máximo las áreas grises que se presentan respecto de la norma del DL N° 211.

Si bien el artículo 3°, letra a) del DL N° 211 sanciona los “acuerdos expresos, tácitos o prácticas concertadas entre competidores, que 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”, estas distintas manifestaciones sólo constituyen algunos ejemplos de este tipo de acuerdos, por lo que perfectamente puede haber otras hipótesis no individualizadas en la norma pero que de igual modo pueden ser sancionadas por el TDLC. La norma penal, en cambio, debe mencionar de manera específica cuáles son los tipos de acuerdos que serán sancionadas, de modo de limitar el ámbito de aplicación a los casos más graves.

El primer elemento del tipo debe estar constituido por la necesidad de la existencia de un acuerdo. De acuerdo a la doctrina, este concepto debe ser entendido de manera amplia y no sólo limitado a las formas más evidentes, como son los contratos o convenciones definidos por el derecho contractual.

Javier Tapia señala que, dentro del concepto también se incluyen “conductas que eventualmente pueden llegar a no ser legalmente vinculantes, tales como las meras tratativas (*understandings*); las promesas; los protocolos de entendimiento; los llamados “acuerdos de caballeros”; las “pautas de conducta” (*guidelines*) que son meramente adheridas por otros participantes; simples circulares y “advertencias”; recomendaciones; etc.”<sup>139</sup>. Incluso, la amplitud del concepto, no se agota en las clases de acuerdos, sino que se refiere también a la forma en la que se adopta, al objeto que tenga y a los sujetos que intervienen en su formación<sup>140</sup>.

Dada la gran amplitud del concepto de “acuerdo” es que se dice que, en materia de competencia, este tiene escasa relevancia. De hecho, si bien en la ley de libre competencia se distingue entre “acuerdo expreso”, “acuerdo tácito” y “práctica concertada”, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que dichas categorías responden a una clasificación conjunta y la distinción entre ellos carece de importancia para efectos de la sanción a imponerse en sede de libre competencia, en caso de probarse las respectivas conductas<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> TAPIA, J. La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Santiago, 2010. p. 12.

<sup>140</sup> TAPIA, J. La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Santiago, 2010. pp. 13-14.

<sup>141</sup> TAPIA, J. La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Santiago, 2010. pp. 8-9. En la sentencia *Asnef-Equifax*, la Corte Europea de Justicia estableció que “(...) [E]l artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar aplicable a la concepción y al funcionamiento del Registro, sin que sea necesario calificar con precisión qué forma reviste la cooperación que de este modo se establezca entre las referidas entidades” (parágrafo 31). Agrega que “(...) [S]i la

Ahora, si bien no se desconoce que el tratamiento del acuerdo como un concepto unitario –que incluye las distintas manifestaciones que este pueda adoptar, incluso las prácticas concertadas– puede ser adecuado en el ámbito del derecho de la competencia, no podemos desatender el hecho de que, al menos desde un punto de vista probatorio, existen importantes diferencias entre las diversas formas que puede adoptar el acuerdo, las que tienen particular relevancia desde la óptica del derecho penal.

En efecto, la existencia de una práctica colusoria puede ser acreditada tanto por evidencia directa como circunstancial. La evidencia directa es aquella que habla por sí misma y que, por tanto, no requiere de inferencias adicionales para acreditar la existencia de un acuerdo<sup>142</sup>. Este tipo de prueba puede adoptar varias formas, como por ejemplo, correos electrónicos, documentos y grabaciones<sup>143</sup>. La evidencia circunstancial, por su parte, es aquella que se

---

disposición de que se trata distingue el concepto de «práctica concertada» del de «acuerdos entre empresas» o del de «decisiones de asociaciones de empresas», lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de esta disposición diferentes formas de coordinación y de colusión entre empresas. En el caso de autos, por lo tanto, una calificación precisa de la naturaleza de la cooperación controvertida en el litigio principal no puede modificar el análisis jurídico que se impone en virtud del artículo 81 CE” (parágrafo 32). Caso C-238-05, 2006, ECR I-11125.

<sup>142</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION. Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws. Chicago, ABA, 2010. pp. 51-52.

<sup>143</sup> TAPIA, J. Acuerdos Horizontales restrictivos de la competencia: Una visión crítica aplicada al sistema chileno, En: MONTT R, P. y NEHME Z., N. (Eds). Libre Competencia y Retail. Santiago, Legal Publishing, 2010. P. 147. En el mismo sentido, AMERICAN BAR ASSOCIATION. Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws. Chicago, ABA, 2010. p. 53.

infiere del comportamiento de los partícipes del acuerdo, así como de otras circunstancias relacionadas, por ejemplo, a las condiciones del mercado<sup>144</sup>.

Tratándose de acuerdos expresos, es posible que exista tanto evidencia directa como indirecta o circunstancial. Sin embargo, los acuerdos tácitos y las prácticas concertadas –especialmente estas últimas– sólo podrán ser acreditados por medio de evidencia circunstancial<sup>145</sup>. Esto implica que, al ser la evidencia indirecta menos conclusiva y confiable que la evidencia directa<sup>146</sup>, sería difícil que alguna de estas conductas logre ser debidamente diferenciada, con plena certeza y más allá de cualquier duda, de aquellas hipótesis lícitas en que, no existiendo ningún tipo de acuerdo, las empresas se comportan de manera similar dadas las condiciones del mercado<sup>147</sup>. Esto, por tanto, hace sustancialmente más complejo el dar por acreditadas prácticas concertadas en el proceso penal y con el estándar de prueba que este exige.

En definitiva, al incluir en el tipo penal los acuerdos tácitos y las prácticas concertadas, se estaría incluyendo conceptos cuya falta de determinación

---

<sup>144</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION. Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws. Chicago, ABA, 2010. p. 56. Para un completo desarrollo del concepto de prueba indiciaria en materia de colusión véase GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión, Santiago, 2010.

<sup>145</sup> De este modo, al menos desde un punto de vista práctico, la única asimilación conceptual que es posible sostener es entre el concepto de acuerdo tácito y práctica concertada, ya que ambos comparten las mismas dificultades probatorias. Sobre la asimilación entre acuerdos tácitos y prácticas concertadas véase *supra* (nota 32).

<sup>146</sup> TAPIA, J. Acuerdos Horizontales restrictivos de la competencia: Una visión crítica aplicada al sistema chileno, En: MONTT R, P. y NEHME Z., N. (Eds). Libre Competencia y Retail. Santiago, Legal Publishing, 2010. P. 147.

<sup>147</sup> Para diferenciar las conductas constitutivas de prácticas colusorias de aquellas que sólo consisten en acción interdependiente cobran utilidad los factores añadidos o *plus factors*.



puede traducirse en un mayor riesgo de error judicial, lo que no sería aceptable desde la óptica del derecho penal y de las garantías constitucionales<sup>148</sup>.

En atención a lo señalado y al hecho de que el diseño de la norma que establezca el delito de colusión debe tener en consideración la búsqueda de precisión que debe informar la creación de todo tipo penal, estimamos que el legislador debería adoptar un criterio más restringido que el que ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia en materia de competencia<sup>149</sup> y sancionar sólo los acuerdos expresos, dejando fuera del tipo aquellas manifestaciones tácitas del ilícito de colusión, esto es, los acuerdos tácitos y las prácticas concertadas, las que debieran quedar reservadas al ámbito contravencional<sup>150</sup>.

En este mismo sentido, y como consecuencia natural de lo anterior, resultaría correcto para la determinación e interpretación de la norma, excluir de manera explícita del tipo penal su aplicación en relación a las conductas que constituyen un mero comportamiento paralelo<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas, 1997. p. 141.

<sup>149</sup> Debemos dejar claro que el criterio restringido debe regir sólo desde el punto de vista del derecho penal. Pues, en materia de competencia, debe seguirse la interpretación amplia que sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia.

<sup>150</sup> En el mismo sentido, para el caso australiano, Caron Beatton-Wells y Brent Fisse han afirmado que *“any extension of the types of collusion covered by the cartel prohibitions to cover so-called facilitating or concerted practices should be confined to the civil prohibitions”*. BEATON-WELLS, C y FISSE, B. Australian Cartel Regulation: Law, policy and practice in an international context. New York, Cambridge University Press, 2011. pp. 33-34.

<sup>151</sup> CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en los proyectos que tipifican el delito de colusión y otros atentatorios del derecho del consumidor (Boletines N° 6438-03 y 6439-07). p. 24.

En segundo lugar, el tipo penal debe referirse al objeto del acuerdo. Esto es, debe establecer cuál es el contenido que debe tener un acuerdo para ser sancionado por la norma penal. Esto debido a que la antijuridicidad del acuerdo radica en su objeto.

Como se ha señalado, el delito y las sanciones penales deben estar reservadas a los carteles duros<sup>152</sup> –los cuales se manifiestan tradicionalmente en acuerdos por los que se fijan precios, se asignan cuotas de mercado, se disminuye la oferta de bienes y servicios, o se alteran los procesos de licitación– pues se trata de acuerdos cuyo objeto, por su propia naturaleza, es apto para restringir la libre competencia. En relación a ellos, no existen justificaciones que puedan contrarrestar la obviedad de tales restricciones<sup>153</sup>.

A diferencia de lo que sucede con el ilícito administrativo, la norma penal no puede enunciar la fijación de precios, asignación de cuotas, disminución de la cantidad producida, como meros ejemplos de acuerdos que afectan la libre competencia, toda vez que eso significaría dejar un amplio espacio a la discrecionalidad del juez para determinar, en el caso concreto, qué objeto se considera anticompetitivo. Para evitar esta situación, es necesario que el legislador sea quien determine qué tipo de acuerdos –o, más bien, qué objetos

---

<sup>152</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal. EN: SERRANO-PIEDECASAS, J. y CESPO, E. (Eds.). Cuestiones actuales de derecho penal económico. Madrid, Colex, 2008. p. 77.

<sup>153</sup> TAPIA, J. La Prohibición de la Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Santiago, 2010. p. 25.

específicos de los acuerdos— se consideran, por su propia naturaleza, anticompetitivos<sup>154</sup> y que, en cuanto tales, merecen la reacción del ordenamiento jurídico mediante el derecho penal.

Para alcanzar dicho objetivo, estimamos que el delito de colusión debe ser establecido como un delito de mera actividad, el cual consiste —en términos de Claus Roxin— en “aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella”<sup>155</sup>. Es decir, para comprobar la consumación del hecho, sólo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor, la que se presenta como

---

<sup>154</sup> El modelo adoptado en el Reino Unido sigue esta misma lógica y, por tanto, parece ser el más adecuado para nuestro sistema jurídico. En efecto, la sección 188 (1) de la *Enterprise Act* establece el delito de la siguiente manera:

“An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B).”

A continuación, la sección 188 (2) establece seis tipos de acuerdos cuya implementación configura el delito:

“The arrangements must be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would—

- (a) directly or indirectly fix a price for the supply by A in the United Kingdom (otherwise than to B) of a product or service,
- (b) limit or prevent supply by A in the United Kingdom of a product or service,
- (c) limit or prevent production by A in the United Kingdom of a product,
- (d) divide between A and B the supply in the United Kingdom of a product or service to a customer or customers,
- (e) divide between A and B customers for the supply in the United Kingdom of a product or service, or
- (f) be bid-rigging arrangements.”

<sup>155</sup> ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas, 1997. p. 328.

realización del tipo<sup>156</sup>. En efecto, dado que se entiende que un acuerdo celebrado con alguno de los objetos establecidos por el legislador tiene, por su propia naturaleza, la aptitud para afectar la competencia<sup>157</sup>, para configurar el delito, no sería necesario probar un resultado anticompetitivo.

En este mismo sentido, el tipo penal se establece bajo la forma de un delito de peligro abstracto, esto es, aquellos en los que “la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”<sup>158-159</sup>. Pues no sería necesario acreditar que a través del acuerdo se logró, en el caso concreto, afectar o poner en riesgo la competencia en el mercado relevante. En esencia, la afectación o puesta en peligro de la competencia es el motivo del legislador

---

<sup>156</sup> ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas, 1997. pp. 328-329. Señala el mismo autor, que el significado práctico de la distinción entre este tipo de delitos y aquellos de resultado “consiste sobre todo en que la teoría de la relación causal (...) sólo desempeña un papel en los delitos de resultado”.

<sup>157</sup> GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 24.

<sup>158</sup> ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas, 1997. p. 336. En atención a la definición de este tipo de delitos, Enrique Bacigalupo ha señalado que “los delitos de peligro abstracto *no se diferencian*, en realidad, de los delitos de pura actividad” (énfasis del original). BACIGALUPO, E. Manual de Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1989. p. 102.

<sup>159</sup> Si bien podrían existir dudas respecto de la legitimidad de sancionar penalmente los delitos de peligro, se trata de una alternativa ampliamente reconocida por la dogmática penal. Tal como ha señalado Huergo Lora, el único límite a la tipificación de este tipo de conductas está dada por el principio de proporcionalidad y, en este sentido, “el legislador puede crear este tipo de ilícitos sin vulnerarlo si considera imprescindible castigar severamente el incumplimiento de normas preventivas, en aquellos casos en que las mismas sean de especial importancia para evitar lesiones a bienes jurídicos”. HUERGO LORA, A. Las sanciones administrativas. Madrid, lustel, 2007. p. 155. En el mismo sentido, Kindhäuser establece que “se puede defender el mantenimiento de una serie de delitos de peligro en el Derecho penal. Y la responsabilidad al respecto la tiene el legislador democrático. KINDHÄUSER, U. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. In Dret. Barcelona. p. 16.

para crear la norma penal, sin que su concurrencia sea requisito para configurar el tipo<sup>160</sup>.

Esta fórmula resulta particularmente útil tratándose de carteles ya que, se trata de conductas que *a priori* se sabe son manifiestamente anticompetitivas<sup>161</sup> y, tal como ha dicho Kindhäuser, los delitos de peligro “tienen su lugar genuino allí donde se trata de proteger ámbitos institucionalizados de la vida que son *per se* peligrosos o que son en gran medida susceptibles de abuso”<sup>162</sup>.

En este mismo sentido, estimamos que es necesario que el tipo penal que establezca el delito de colusión no haga referencia a que los acuerdos colusorios sancionados confieran poder de mercado a los partícipes del cartel, a diferencia de lo que establece el artículo 3º, letra a) del DL N° 211.

En efecto, este requisito transformaría al tipo en un delito de resultado, toda vez que no bastaría con la realización de la acción típica sino que sería necesario acreditar que el acuerdo confirió, en el caso concreto, poder de mercado.

Además, al establecer dicha exigencia para la configuración del delito, se estaría incluyendo en el tipo penal un elemento de textura abierta que, tal como

---

<sup>160</sup> ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas, 1997. p. 407.

<sup>161</sup> GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 21.

<sup>162</sup> KINDHÄUSER, U. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. In Dret. Barcelona. p. 18.

ha señalado Héctor Hernández, haría prácticamente imposible la aplicación de la norma<sup>163</sup>. En efecto, dicho requisito ha sido objeto de controversia en la doctrina nacional a propósito de la aplicación del artículo 3°, letra a) del DL N° 211, específicamente respecto de si la norma antimonopolios permite que las prácticas colusorias sean o no sancionadas de acuerdo a la regla *per se*, esto es, enfocando el análisis sólo en si la conducta fue realizada y no en sus posibles efectos<sup>164</sup>.

Todas esas indefiniciones que se presentan actualmente en el derecho de la competencia deben ser alejadas del tipo penal y, por tanto, estimamos necesario prescindir de ese elemento y establecer *ex ante* qué acuerdos son, por su naturaleza, aptos para afectar la competencia y, por tanto, conferir poder de mercado<sup>165</sup>. En esencia, el poder de mercado se presume a partir de la propia conducta<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> HERNÁNDEZ, H. 2009. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 5.

<sup>164</sup> TAPIA, J. Acuerdos Horizontales restrictivos de la competencia: Una visión crítica aplicada al sistema chileno, En: MONTT R, P. y NEHME Z., N. (Eds). Libre Competencia y Retail. Santiago, Legal Publishing, 2010. P. 149. Una defensa de la aplicación de dicha regla puede encontrarse en GRUNBERG, J y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010; y en TAPIA, J. La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado. Santiago, 2010. En contra de la aplicación de la regla véase VALDÉS PRIETO, D. Tipicidad y regla *per se* en las colusiones monopólicas horizontales. Revista Anales de Derecho UC (4): 2008.

<sup>165</sup> Como han señalado Jorge Grunberg y Santiago Montt, "Se trata de acuerdos que son celebrados porque confieren poder de mercado". GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. p. 28.

<sup>166</sup> GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la colusión. Santiago, 2010. pp. 31-32.

Frente a esto podría prevenirse que, al prescindir de la exigencia de poder de mercado, podrían caer dentro del delito algunos acuerdos que no tengan un efecto anticompetitivo significativo. Sin embargo, dicha prevención no obsta a la eliminación del elemento del poder de mercado. Héctor Hernández ha reflejado con lucidez dicha situación y, en el marco de la discusión del Boletín N° 6.454-07, señaló que:

“Si lo que se quiere es excluir del ámbito típico conductas en principio típicas pero inocuas o insignificantes desde un punto de vista de mercado debe preferirse otra redacción, como por ejemplo una que haga referencia a la idoneidad de la conducta para afectar los precios de mercado. Idoneidad es potencialidad, es decir, bastaría con una valoración ex ante, sin que sea necesario comprobar lo apenas comprobable”<sup>167</sup>.

Por otra parte, es necesario tener presente que, en atención a la controversia que existe en la doctrina respecto de si es necesario que los acuerdos colusorios confieran poder de mercado para ser sancionados en sede de libre competencia, esta propuesta normativa podría dar pie a la paradoja de que una conducta sea sancionada en sede penal –donde el poder de mercado no sería exigido como un presupuesto del delito de colusión– y no en sede administrativa (debido a que, por ejemplo, no se logró acreditar que el acuerdo colusorio efectivamente confirió poder de mercado), pese al menor disvalor asociado a esta última. Con el fin de prevenir este potencial conflicto,

---

<sup>167</sup> HERNÁNDEZ, H. 2009. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 5.

estimamos conveniente que una eventual reforma al sistema considere la modificación del artículo 3°, letra a) del DL N° 211 en un sentido similar, esto es, eliminando cualquier duda respecto de la exigencia de que los acuerdos colusorios efectivamente confieran poder de mercado para ser sancionados por el TDLC<sup>168</sup>.

Por último, una de las diferencias más importantes que debe exhibir el tipo penal en relación al ilícito administrativo, recae sobre los sujetos activos del ilícito. Como sabemos, el artículo 3°, letra a) del DL 211 se refiere a los “competidores”, lo cual, si bien tradicionalmente involucra a personas jurídicas, también puede referirse a personas naturales en aquellos casos en que estas desarrollen una actividad económica por sí mismas<sup>169</sup>. Asimismo, de acuerdo al artículo 26 de la misma norma, las sanciones por los casos de colusión son aplicables tanto a personas naturales como jurídicas. Este modelo no puede ser replicado en el diseño del nuevo delito de colusión, toda vez que en nuestro

---

<sup>168</sup> En efecto, si bien el texto del artículo 3°, letra a) del DL N° 211 se refiere a acuerdos o prácticas concertadas entre competidores “*que les confieran poder de mercado*”, parte de la doctrina ha señalado que no se debe concluir que dicha frase implique la exigencia de que los acuerdos deban producir un efecto anticompetitivo –esto es, que efectivamente les confieran poder de mercado–; bastando que estos tengan la mera aptitud de conferir dicho poder. Véase TAPIA, J. Acuerdos Horizontales restrictivos de la competencia: Una visión crítica aplicada al sistema chileno. En: MONTT, P. y NEHME, N. (Eds). Libre Competencia y Retail. Santiago, Legal Publishing, 2010. p. 157.

<sup>169</sup> Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Santiago, 2012. p. 12.



país la responsabilidad penal está reservada –salvo en casos excepcionales<sup>170</sup>– a las personas naturales, por lo que éstas son las únicas que pueden ser objeto de las sanciones establecidas para el delito de colusión<sup>171</sup>.

En este sentido, el tipo penal debe establecer de forma autónoma al sujeto activo del delito, esto es, aquellas personas naturales vinculadas a las personas jurídicas involucradas en el acuerdo y que están dotadas de poder autónomo de decisión suficiente para adoptar este tipo de prácticas<sup>172-173</sup>. Se trata, en esencia, de todas aquellas personas naturales dotadas de poder de representación y que, por tanto, tienen la facultad para expresar la voluntad de la persona jurídica<sup>174</sup>.

Como se verá más abajo, para evitar cualquier tipo de conflicto con el principio del *non bis in idem*, es recomendable que el DL N° 211 también sea

---

<sup>170</sup> La responsabilidad penal de las personas jurídicas está establecida en nuestro país en la Ley N° 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

<sup>171</sup> En este sentido, es necesario tener en consideración que los carteles, si bien se materializan a través de una política de la empresa, son planificados y organizados por individuos dentro de una estructura corporativa. HARDING, C. y JOSHUA, J. *Regulating Cartels in Europe*. 2ª Ed. Oxford, Oxford University Press, 2010. p. 331.

<sup>172</sup> Es importante prevenir, siguiendo a Enrique Barros, que este poder de decisión no debe ser determinado en base a criterios formales (o relacionados con la organización técnico-jurídica de los poderes de representación), sino que se trata más bien de una cuestión de hecho que debe ser analizada en concreto. En este sentido, el autor señala que “la jurisprudencia alemana ha entendido que es representante de la persona jurídica quien carece de poderes formales de representación, pero que de acuerdo con la regulación y manejos internos de la operación, desempeña funciones esenciales de la persona jurídica que cumple con autonomía y propia responsabilidad”. BARROS, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p. 195.

<sup>173</sup> Este elemento se hizo presente en el proyecto de ley que impone penas por delitos que atentan contra la libre competencia (Boletín N° 6438-03).

<sup>174</sup> BARROS, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. p. 195.

modificado, de modo que se eliminen las sanciones para las personas naturales, siendo exclusivamente aplicables a las personas jurídicas. Esta idea fue expuesta en la discusión del Boletín N°6545-07 en el informe acompañado por Julián López, quien señaló al efecto que, para evitar la afectación al *non bis in idem*, la reforma, además de introducir sanciones penales para las personas naturales, debe suprimir la posibilidad de que las infracciones administrativas se impongan a personas naturales, así como la solidaridad de estas para el pago de las multas a que sean condenadas las personas jurídicas<sup>175</sup>.

En este sentido, en el mismo informe se establece que “reservando la responsabilidad penal para las personas naturales, desaparecería la identidad subjetiva necesaria para que exista *bis in idem* y se eliminarían los planos de superposición de la sanción administrativa y la sanción penal, las que se dirigirían, así, en contra de personas distintas y con la finalidad de aplicar sanciones de naturaleza también diversa”<sup>176</sup>.

Además, desde un punto de vista de política pública, resulta adecuado mantener las sanciones administrativas sobre las personas jurídicas y dejar las sanciones penales para las personas naturales, toda vez que el efecto

---

<sup>175</sup> LOPEZ, J. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 6.

<sup>176</sup> LOPEZ, J. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 6

disuasivo generado por estas actúa sobre los individuos y no sobre las personas jurídicas<sup>177</sup>. Este es el modelo que se ha seguido en la mayoría de los países en los que se ha implementado la criminalización de los carteles.

Si bien al considerar todos estos elementos que se han señalado, el tipo penal puede parecer bastante complejo, la virtud de esta definición de colusión más específica es que reduce el ámbito para que los demandados puedan defenderse señalando que su conducta corresponde a un acuerdo que no es constitutivo de colusión<sup>178</sup>. Efectivamente, en el Reino Unido se criticó la complejidad del tipo establecido en la *Enterprise Act*, crítica que no prosperó pues se estimó que dicha complejidad constituye un requisito ineludible y responde a la necesidad de definir el delito con un grado de precisión razonable<sup>179</sup>.

En cuanto al elemento que permite reflejar el disvalor adicional de la conducta constitutiva de delito, en una de las iniciativas legislativas se propuso como elemento adicional que la conducta tenga como finalidad “afectar actividades económicas consideradas esenciales”<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> HAMMOND, A. y PENROSE, R. A Proposed Criminalisation of Cartels in the UK. 2001. p. 33.

<sup>178</sup> HAMMOND, A. y PENROSE, R. A Proposed Criminalisation of Cartels in the UK. 2001. p. 10.

<sup>179</sup> FURSE, M. y NASH, S. The Cartel Offence. Oxford, Hart Publishing, 2004. p. 35.

<sup>180</sup> CONGRESO NACIONAL. Proyecto de Ley que impone penas por delitos que atentan contra la libre competencia (Boletín N°6438-03).

Esta alternativa presenta, sin embargo, un gran inconveniente pues se trata de un concepto impreciso respecto de cuya extensión no existe claridad. Asimismo, determinar qué actividad puede ser considerada como esencial y cuál no, implica importantes problemas interpretativos que dificultarían la aplicación de la norma. En efecto, la determinación de la concurrencia del elemento de disvalor adicional –tal como se identificó en la discusión del proyecto de ley– es tarea del intérprete, en base a aparentes criterios de gravedad caracterizados por tener un contenido indeterminado y de difícil precisión, generando la consecuente inseguridad jurídica<sup>181</sup>.

En el marco de la discusión del Boletín N°6454-07 también hubo referencia a este elemento. Al efecto, el informe acompañado por Hernández es claro al señalar que “La propuesta de restringir la extensión del tipo a prácticas ilícitas que recaen sobre “bienes o servicios de primera necesidad” sugiere un criterio ciertamente plausible (...), pero tiene el inconveniente de la excesiva vaguedad: ¿constituye un servicio de primera necesidad la televisión por cable o satelital, internet o la telefonía móvil, los pasajes de bus o en avión? ¿Constituyen bienes

---

<sup>181</sup> CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en los proyectos que tipifican el delito de colusión y otros atentatorios del derecho del consumidor (Boletines N° 6438-03 y 6439-07). p. 15.

de primera necesidad los automóviles, los computadores o los electrodomésticos?”<sup>182</sup>.

Tal como se hizo presente en la discusión del proyecto, creemos que la exigencia de que la conducta sancionada sea realizada con la intención de afectar actividades económicas consideradas esenciales no es suficiente para establecer una diferencia sustantiva con la conducta establecida en el artículo 3°, letra a) del DL N° 211, toda vez que, al remitirse a esta, el delito que se crea tendría exactamente la misma estructura –salva la exigencia de la intención de afectar actividades económicas esenciales– no agregándose ningún elemento objetivo relacionado con la gravedad de la conducta<sup>183</sup>.

Otra propuesta que apunta a establecer un elemento de lesividad adicional que justifique el mayor reproche a la conducta –que ha sido sostenido por el Ministerio Público– consiste en que el delito debe haber lesionado de forma efectiva el bien jurídico, de manera tal que sólo serán objeto de sanción penal aquellos carteles en que no sólo se acredite la existencia de un acuerdo, sino que, además, se acredite que este efectivamente se ejecutó.

---

<sup>182</sup> HERNÁNDEZ, H. 2009. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 4.

<sup>183</sup> CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en los proyectos que tipifican el delito de colusión y otros atentatorios del derecho del consumidor (Boletines N° 6438-03 y 6439-07). p. 15.

En este sentido, se señaló por parte de los representantes del Ministerio Público que:

“[A] la Fiscalía Nacional Económica le bastaría, para imponer una sanción administrativa, que se logre o alcance el acuerdo, sin perjuicio de que, al alcanzarse, ese acuerdo ya empiece a producir sus acuerdos [sic]. En consecuencia, insistió, el Fiscal Nacional Económico debería poder acreditar que el acuerdo existió. En cambio, señaló, el Ministerio Público en sede penal deberá acreditar que el acuerdo existió y, además, que, en virtud de ese acuerdo, se fijaron precios, se asignaron cuotas de mercado, etc.”<sup>184</sup>.

El problema de esta propuesta es que de considerar necesario para la imposición de una sanción que el acuerdo haya tenido los efectos buscados por los partícipes del cartel, se entendería como un delito de lesión y, por tanto, un rechazo a la regulación del tipo como delito de peligro abstracto lo que, como se vio más arriba, no es conveniente en atención a la naturaleza de estos ilícitos.

El tema del elemento diferenciador de la conducta constitutiva de delito respecto de aquella que da origen únicamente a responsabilidad infraccional ha sido considerado en el derecho comparado. En el Reino Unido, para la configuración del delito de cartel –*cartel offence*– es necesario que exista una actitud deshonesto (*dishonesty*), concepto que no está definido en la ley, sino que corresponde a una cuestión de hecho que debe ser determinada por el juez.

---

<sup>184</sup> CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyectos de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6454-07). p. 23.

Al respecto, en el caso *R v Ghosh*, se estableció que para determinar la actitud deshonesto en un caso específico, el juez debe responder dos interrogantes. En primer lugar, debe determinar la concurrencia de un elemento objetivo, consistente en si la conducta en cuestión fue deshonesto de acuerdo al estándar de una persona ordinaria. De ser así, en segundo lugar, deberá determinar la concurrencia de un elemento subjetivo, esto es, si el demandado sabía que, de acuerdo a dicho estándar, la conducta era deshonesto. De este modo, el juez, para determinar la responsabilidad, debe identificar la concurrencia de ambos elementos.

Por su parte, en Australia también se recurrió al requisito de la actitud deshonesto como elemento diferenciador entre la conducta criminal y aquella que es objeto únicamente de sanciones civiles. El Código Penal australiano establece que este requisito será probado si el juez considera, por una parte, que el acuerdo anticompetitivo fue “deshonesto” de acuerdo a los estándares de un sujeto común y, por otra parte, si el acusado sabía que el acuerdo era deshonesto de acuerdo a tales estándares<sup>185</sup>. A esto, se agregan varios indicadores de identificación de este requisito, tales como el engaño, la

---

<sup>185</sup> CLARKE, J. Criminal Penalties for Contraventions of Part IV of the Trade Practices Act. *Deakin Law Review*, vol. 10 (1): 2005. p. 159.

realización de promesas que se saben falsas o que no se llevarán a cabo, el ocultamiento de hechos respecto de los que existe un deber de revelar, etc<sup>186</sup>.

Si bien podría pensarse que este concepto puede suponer complicaciones dado su carácter subjetivo, como señala Julie Clarke, es poco probable que un individuo que concurre a la celebración de este tipo de acuerdos prohibidos no tenga conocimiento de que lo que está haciendo no es correcto y la deshonestidad es normalmente inherente a la conducta en sí misma. Por tanto, también es poco probable que este requisito sea un gran obstáculo cuando se trata de obtener una condena, siempre que los demás elementos del delito estén probados<sup>187-188</sup>.

Además, el hecho de que el sujeto no tenga conocimiento de que lo que está haciendo no es correcto, no requiere el conocimiento del delito propiamente tal,

---

<sup>186</sup> CLARKE, J. Criminal Penalties for Contraventions of Part IV of the Trade Practices Act. Deakin Law Review, vol. 10 (1): 2005. pp. 159-160.

<sup>187</sup> CLARKE, J. Criminal Penalties for Contraventions of Part IV of the Trade Practices Act. Deakin Law Review, vol. 10 (1): 2005. p. 160.

<sup>188</sup> El Gobierno, sin embargo, fue un paso más allá de la sola exigencia de deshonestidad y estableció que esta debía estar relacionada a la obtención de una ganancia pecuniaria o no pecuniaria por el demandado u otra persona. Este concepto fue, sin embargo, fuertemente criticado pues introduce elementos de complejidad a un concepto relativamente sencillo ya que se abre la posibilidad de justificar la conducta de varias maneras. Por ejemplo, un sujeto podría celebrar un acuerdo de fijación de precios, sabiendo que es ilegal, y sostener que lo realizó con fine altruistas como asegurar que su compañía no caiga producto de una competencia agresiva. Por tanto, la concurrencia de la deshonestidad debería ser suficiente. CLARKE, J. Criminal Penalties for Contraventions of Part IV of the Trade Practices Act. Deakin Law Review, vol. 10 (1): 2005. p. 160.



de modo que saber que la conducta es incorrecta no significa necesariamente el saber de que esta es antijurídica<sup>189</sup>.

Como se ha podido constatar, existen diversas alternativas para diferenciar el tipo penal del ilícito contravencional. Lo importante es que el legislador, al establecer el elemento de disvalor adicional, considere los componentes esenciales de la colusión y no obstaculice la aplicación del tipo penal producto de una mala técnica legislativa.

Tal como se ha adelantado, una consecuencia adicional de introducir un *plus* de lesividad en la redacción del tipo penal tiene efectos respecto de la compatibilidad con los principios del *non bis in idem* y de proporcionalidad, lo que se abordará en el siguiente apartado.

#### **4.4. Doble incriminación (non bis in idem)**

El principio *non bis in idem* consiste, en esencia, en la prohibición de que un sujeto sea sancionado o juzgado dos veces por un mismo hecho. Por medio de dicha garantía se tutela la libertad individual frente al poder punitivo del Estado<sup>190</sup>, toda vez que esta envuelve una prohibición a una reacción sancionatoria desproporcionada y arbitraria. Asimismo, protege la seguridad jurídica, en tanto permite a los sujetos prever las consecuencias jurídicas que

---

<sup>189</sup> CLARKE, J. Criminal Penalties for Contraventions of Part IV of the Trade Practices Act. *Deakin Law Review*, vol. 10 (1): 2005. p. 160.

<sup>190</sup> HUERGO LORA, A. Las sanciones administrativas. Madrid, Iustel, 2007. p. 439.

su actuación trae aparejada, en el sentido de que existe seguridad de que sus hechos no serán evaluados dos veces por la autoridad<sup>191</sup>.

Si bien se trata de un principio que no tiene reconocimiento constitucional expreso en nuestro país, recibe aplicación en tanto se encuentra reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados que el Estado debe respetar de acuerdo a lo establecido en el artículo 5º, inciso 2º de la Constitución Política de la República.

Dado que la esencia de este principio no sólo impide sancionar, sino también enjuiciar dos veces por los mismos hechos<sup>192</sup>, se identifican dos vertientes, una material y una procesal. Su vertiente material es aquella en virtud de la cual se impide sancionar dos veces los mismos hechos con el mismo fundamento. Dicha prohibición tiene por finalidad evitar una reacción represiva desproporcionada<sup>193</sup>. Por otra parte, en su vertiente procesal, el principio se manifiesta en la prohibición de que un sujeto sea sometido a dos procedimientos distintos por la comisión de los mismos hechos<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> CANO CAMPOS, T. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. Revista de Administración Pública (156): 2001. p. 203.

<sup>192</sup> HUERGO LORA, A. Las sanciones administrativas. Madrid, Iustel, 2007. p. 439.

<sup>193</sup> PAREJO ALFONSO, L. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. p. 776.

<sup>194</sup> CANO CAMPOS, T. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. Revista de Administración Pública (156): 2001. p. 198.

El cumplimiento de este principio ha sido una de las principales preocupaciones y uno de los asuntos más discutidos en el debate relativo al reforzamiento punitivo de la prohibición de la colusión. En todas las iniciativas legislativas en trámite, se han expuesto varias prevenciones al respecto. Por una parte, se ha afirmado que no es posible, sin infringir el principio *non bis in idem* en su vertiente material, imponer una sanción de naturaleza administrativa y una de naturaleza penal sobre el mismo ilícito y sobre el mismo sujeto<sup>195</sup>. Efectivamente, al coexistir la prohibición del artículo 3°, letra a) del DL N° 211 con el delito de colusión del Código Penal, podría darse la hipótesis de que un mismo conjunto de hechos sea objeto de persecución y sanción tanto penal como administrativa.

Por otra parte, se ha afirmado que, para no vulnerar el *non bis in idem* en su vertiente procesal, resulta necesario aplicar la prevalencia del procedimiento penal por sobre el procedimiento administrativo. Esto significa que, en caso de iniciarse un proceso penal y uno administrativo, este último debe suspenderse mientras se desarrolla el primero<sup>196</sup>. Al respecto, Julián López, en el marco de la discusión legislativa señaló que “para evitar que se produzca una infracción del principio *non bis in idem*, el proyecto de ley que se discute debería impedir que

---

<sup>195</sup> CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6454-07). p. 31.

<sup>196</sup> CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6454-07). p. 31.

se desarrollen simultáneamente una investigación penal y una investigación administrativa, estableciéndose la preeminencia del procedimiento penal por sobre el procedimiento administrativo”<sup>197</sup>.

Frente a tales prevenciones, en primer lugar, es necesario señalar que en nuestro sistema jurídico el hecho de que un determinado conjunto de hechos sea relevante tanto desde el punto de vista del derecho penal como del derecho administrativo sancionador no presenta necesariamente problemas de legitimidad. Dicho de otro modo, la concurrencia de sanciones penales y administrativas sobre un mismo conjunto de hechos no constituye, en sí misma, una vulneración a la garantía del *non bis in idem*.

En efecto, el único límite que tiene el legislador para establecer sanciones penales y administrativas en forma concurrente sobre un mismo conjunto de hechos, es la contravención al principio general de proporcionalidad, respecto del cual el legislador democrático tiene una amplísima prerrogativa de decisión autónoma<sup>198</sup>, de modo que la prohibición de punición múltiple no le es

---

<sup>197</sup> LÓPEZ, Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 3.

<sup>198</sup> MAÑALICH, J. El principio *ne bis in idem* en el derecho sancionatorio chileno. Santiago, 2011. p. 59.

vinculante<sup>199</sup>. En efecto, como se desarrollará en el apartado siguiente, su determinación responde a un criterio moral y político<sup>200</sup>.

Entonces, dado que el legislador puede establecer la acumulación de sanciones sobre hechos que satisfacen las exigencias tanto del tipo penal como de la infracción administrativa, lo esencial consiste en determinar si el legislador ha manifestado su voluntad en contra de esta eventual acumulación de sanciones penales y administrativas<sup>201</sup>.

Del análisis del derecho positivo chileno, es posible desprender que el legislador no sólo no prohíbe, sino que reconoce el ejercicio concurrente de sanciones de distinta naturaleza. Esto es lo que sucede en la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, cuyo artículo 58 establece expresamente la posibilidad de imponer sanciones administrativas de forma paralela a las sanciones penales, en caso de que los hechos investigados por la Superintendencia de Valores y Seguros sean, a su vez, constitutivos de los delitos señalados en los artículos 59 y 60 de esta misma ley.

No obstante la compatibilidad de la concurrencia de sanciones administrativas y penales con el principio *non bis in idem*, el diseño institucional

---

<sup>199</sup> MAÑALICH, J.P., El principio *ne bis in idem* en el derecho sancionatorio chileno. Santiago, 2011. p. 40.

<sup>200</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 398.

<sup>201</sup> MAÑALICH, J. El principio *ne bis in idem* en el derecho sancionatorio chileno. Santiago, 2011. p. 69.

propuesto para la implementación de sanciones penales contra los carteles es distinto y se aparta del modelo señalado –similar al que existe en materia de mercado de valores– pues en esta propuesta no existe propiamente tal una concurrencia de sanciones de distinta naturaleza por los mismos hechos. Hay una diferencia entre el tipo penal y el ilícito contravencional de libre competencia, de manera que las sanciones recaen no sólo sobre hechos distintos, sino también sobre sujetos distintos. De este modo, cualquier objeción relativa a la vulneración del *bis in idem* ocasionada por la reacción penal contra los carteles, en adición al sistema establecido en el DL N° 211, queda superada.

Como se mencionó más arriba, para evitar cualquier problema con el cumplimiento de la garantía del *bis in idem*, es necesario que el tipo penal esté diferenciado del administrativo, de modo que la conducta sancionada sea sustancialmente distinta en uno y otro caso.

En cuanto a la conducta sancionada, para cumplir con este objetivo, el diseño del tipo penal contiene un concepto de colusión más acotado que el que se establece en el DL N° 211, de modo que sólo sanciona las manifestaciones más graves de este ilícito. Esta especial gravedad de la conducta es precisamente lo que deja de manifiesto que la sanción administrativa no constituye un reproche suficiente y justifica la reacción del ordenamiento jurídico a través del derecho penal.

Desde el punto de vista de los sujetos activos, el tipo penal sólo sanciona a las personas naturales que participan de los acuerdos constitutivos de colusión y no a las personas jurídicas, como sucede con el ilícito establecido en el DL N° 211, norma que debe, por tanto, ser modificada en el sentido de excluir la posibilidad de sancionar a las personas naturales. De esta manera, el ilícito penal se limita únicamente a las personas naturales y el administrativo a las personas jurídicas.

Julián López ha graficado nítidamente este hecho y ha señalado que “reservando la responsabilidad penal para las personas naturales, desaparecería la identidad subjetiva necesaria para que exista *bis in idem* y se eliminarían los planos de superposición de la sanción administrativa y la sanción penal, las que se dirigirían, así, en contra de personas distintas y con la finalidad de aplicar sanciones de naturaleza también diversa”<sup>202</sup>.

Lo que se busca con estos elementos diferenciadores entre el tipo penal y el ilícito contravencional es romper la triple identidad necesaria para caer dentro del ámbito de aplicación del *non bis in idem*, de manera que no exista identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> LÓPEZ, J. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 6.

<sup>203</sup> PAREJO ALFONSO, L. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. p. 776.

Ahora, como con el diseño del tipo penal propuesto –que se construye en base a hechos distintos de los que configuran el ilícito contravencional del DL N° 211– no se vulnera el *non bis in idem* en su vertiente procesal, la idea de la prevalencia de la vía penal por sobre la administrativa no sería necesaria en este caso y, por tanto, no sería necesario que un procedimiento seguido ante el TDLC se suspenda en caso de existir un proceso penal en curso. En efecto, siempre y cuando se trate de la investigación de un ilícito distinto, no es necesario impedir el desarrollo de investigaciones paralelas para cumplir con el principio del *bis in idem*.

Si bien es innegable que la prevalencia de la vía penal por sobre la administrativa puede ayudar a evitar los problemas que implica la asignación de la investigación a dos órganos distintos, eso no significa que este sea el único medio para lograrlo. En efecto, en el derecho comparado se encuentra ampliamente reconocida la posibilidad de que se desarrollen investigaciones paralelas, para lo cual se emplean medios de coordinación entre los distintos organismos involucrados. Esto se desarrollará en detalle más abajo.

#### **4.5. Proporcionalidad**

Tal como señala Cano Campos, la proporcionalidad “se considera como un principio inherente al Estado de Derecho que deriva del valor justicia, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la propia dignidad de la persona, que impide toda intervención innecesaria o



excesiva que grave al ciudadano más allá de lo estrictamente indispensable para la protección de los intereses públicos”<sup>204</sup>. En el ámbito del derecho administrativo sancionador, Luciano Parejo afirma que dicho principio significa adecuación entre la gravedad de la infracción y sus efectos y de sus consecuencias sancionadoras<sup>205</sup>. Por su parte, Huergo Lora señala que este principio exige “que no se emplee una potestad gravosa para la libertad de los particulares si se puede conseguir el mismo fin con medios menos lesivos para ella”<sup>206</sup>.

Al respecto, en el debate nacional se ha sostenido que uno de los principales problemas asociados a los sistemas de protección conjunta –en que las conductas ilícitas se sancionan con sanciones penales y administrativas– consiste en la eventual vulneración del principio de proporcionalidad, toda vez que puede traducirse en una reacción punitiva excesiva. Pues es probable que si en un primer momento el legislador consideró la sanción administrativa como única forma de reacción sancionatoria y, con posterioridad, decide agregar una sanción penal que no estuvo originalmente en sus cálculos de proporcionalidad

---

<sup>204</sup> CANO CAMPOS, T. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. Revista de Administración Pública, (156): 2001. p. 204.

<sup>205</sup> PAREJO ALFONSO, L. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. p. 773.

<sup>206</sup> HUERGO LORA, A. Las sanciones administrativas. Madrid, Iustel, 2007. p.152.

al momento de establecer la sanción administrativa, este principio se vea vulnerado<sup>207</sup>.

En términos específicos, el argumento consiste en que, dado el hecho de que la reforma introducida por la Ley N° 19.911 aumentó la multa asociada a los carteles de 10.000 a 20.000 Unidades Tributarias Anuales como contrapartida a la eliminación de las sanciones penales hasta entonces existentes, y que en la reforma de la Ley N° 20.361 esta se aumentó, a su vez, a 30.000 Unidades Tributarias Anuales, sería altamente probable que una nueva reforma que reintroduzca sanciones penales, sin eliminar las multas establecidas, contravenga el principio de proporcionalidad<sup>208</sup>.

Sin embargo, consideramos que estas prevenciones son incorrectas pues, aunque en el momento de las reformas pasadas el legislador haya querido sustituir la pena de cárcel por la multa, eso no quiere decir que dicha situación sea estática o que constituya una atadura para el legislador. Es perfectamente posible que el legislador estime que la reforma que consagró las sanciones administrativas no permitió la imposición de un reproche suficiente y, por tanto, hoy busque recurrir nuevamente al derecho penal, tal como se argumentó en el capítulo 2.

---

<sup>207</sup> LÓPEZ, J. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. pp. 1-2.

<sup>208</sup> Proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6454-07). pp. 27-30.

Además, tal como señala Luigi Ferrajoli –citando a Jeremy Bentham– respecto de la proporcionalidad de la pena al delito no existe ningún criterio objetivo de ponderación<sup>209</sup>. En efecto, para establecer una pena para un delito determinado no existen criterios naturales, sino sólo criterios pragmáticos que responden a valoraciones ético-políticas o de oportunidad<sup>210</sup>. Esto implica que, dado que la determinación de cuánto sancionar una conducta específica responde a una decisión política, el legislador tiene un amplísimo margen de apreciación a la hora de realizar dicha determinación<sup>211</sup>, toda vez que se trata, en definitiva, de un problema de legitimación externa<sup>212</sup>.

Por otra parte, en el derecho comparado la reacción sancionatoria contra los carteles a través de altas multas y penas privativas de libertad está ampliamente reconocida. A modo ejemplar, podemos mencionar el caso de Estados Unidos, donde existen multas más altas que en nuestro país –de hasta 100 millones de dólares para las corporaciones y de hasta 1 millón de dólares

---

<sup>209</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 398.

<sup>210</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 398.

<sup>211</sup> HUERGO LORA, A. Las sanciones administrativas. Madrid, lustel, 2007. p. 151.

<sup>212</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 398. El autor entiende por legitimación externa la legitimación de una institución por referencia a principios externos al derecho positivo, esto es, a criterios de valoración morales, políticos o de utilidad de tipo meta-jurídico. Bajo este concepto, una institución determinada será legítima desde un punto de vista externo si se considera “justa” con arreglo a criterios morales, políticos, racionales, o cualquier otra buena razón meta-legal. Ver FERRAJOLI, L. Derecho y razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 213.

para las personas naturales– y, además, sanciones penales, las que pueden llegar hasta los 10 años de cárcel<sup>213</sup>.

No obstante, para evitar cualquier tipo de duda respecto del cumplimiento del reforzamiento punitivo de la prohibición de la colusión con el principio de proporcionalidad, como ya se ha mencionó, se debe establecer un tipo penal distinto del ilícito administrativo. De esta manera, la sanción será proporcional a cada una de estas conductas distintas. Como ha señalado Julián López, “la existencia de una delimitación adecuada entre el injusto penal y la infracción administrativa garantiza que en la tipificación de la conducta no se infrinja el principio de proporcionalidad”<sup>214</sup>.

#### **4.6. Investigaciones paralelas. Coordinación FNE-MP**

La existencia de dos procedimientos distintos aplicables al ilícito de colusión –uno para perseguir la responsabilidad de las personas jurídicas a través de multas administrativas, seguido ante el TDLC, y otro destinado a determinar la responsabilidad individual de las personas naturales que hayan incurrido en este delito, seguido de acuerdo a las reglas generales del Código Procesal Penal– implica, a su vez, la existencia de eventuales investigaciones paralelas

---

<sup>213</sup> FOX, E. Cartels: a United States story, and a research program for the world. En: CSERES, K., SCHINKEL, M. y VOGELAAR, F. Criminalization of Competition Law Enforcement. Edward Elgar Publishing, 2006. p. 240.

<sup>214</sup> LÓPEZ, J. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 2.

en el desarrollo de cada uno de estos procedimientos. Por tanto, al momento de definir la implementación institucional de la criminalización de la colusión, es necesario determinar el rol que se asignará al MP y a la FNE, así como la distribución de potestades entre dichos organismos.

Por una parte, el Fiscal Nacional Económico tiene el deber de instruir las investigaciones procedentes para comprobar las infracciones al DL N° 211, para lo cual se le reconocen importantes facultades investigativas, así como el apoyo de la Policía de Investigaciones en el desarrollo de dichas facultades<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> El artículo 39 establece, entre otras, las siguientes facultades: 1) Solicitar la colaboración e información de cualquier organismo o servicio público, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación (letra f); 2) Solicitar a los particulares la información y antecedentes necesarios con motivo de las investigaciones (letra h); 3) Llamar a declarar o pedir declaración por escrito a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieran tener conocimiento sobre los elementos objeto de la investigación (letra j).

Mención especial merecen las facultades establecidas en la letra n) del artículo 39, introducidas mediante la Ley N° 20.361, comúnmente denominadas “facultades duras” de investigación, las que significaron un decisivo avance en cuanto a los poderes disponibles para la detección y lucha contra los carteles. Al respecto, señala la ley que:

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

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

En efecto, la FNE es un órgano altamente especializado, cuya tarea está encaminada al resguardo de la libre competencia en los mercados y, por tanto, es la que está mejor posicionada para tratar el fenómeno de la colusión. Dada su calidad de experto, es que el legislador le otorgó la representación de la colectividad en el orden económico<sup>216</sup>.

En el marco del procedimiento de libre competencia por infracciones al DL N° 211, no existe problema y es indiscutible que la FNE es el órgano que mejor puede desempeñar esta labor investigativa. Sin embargo, esta calidad de experto que posee la FNE respecto del fenómeno de la colusión, enfrenta un importante obstáculo cuando ésta es objeto de sanciones penales pues, en nuestro sistema jurídico, el órgano competente para dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso ejercer la acción penal pública, es el MP. Así lo establece el artículo 83 de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público<sup>217</sup>. En consecuencia, es el MP el único que posee la legitimidad necesaria para sostener la persecución penal del delito de colusión.

---

<sup>216</sup> El artículo 39 del DL N° 211 dispone, en su literal b) que serán atribuciones del Fiscal Nacional Económico actuar como parte representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia.

<sup>217</sup> El monopolio del ejercicio de la acción penal pública que se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico al MP, está asociado al principio al principio de oficialidad, que “expresa

En este contexto, la FNE debe investigar hechos que constituyan una contravención al DL N° 211, al mismo tiempo que el MP puede investigar los hechos constitutivos del delito de colusión. Dicho de otro modo, tratándose de la infracción al artículo 3°, letra a) del DL N° 211, la FNE tendría la competencia para investigar y perseguir dicha conducta, mientras que, tratándose del delito de colusión, sería el MP quien tendría competencia para investigar y perseguir.

No obstante el MP es el único órgano con competencia para investigar hechos constitutivos de delito, lo que puede parecer trivial dadas las características de nuestro sistema jurídico, es necesario prevenir que éste carece del grado necesario de experiencia para perseguir este tipo de ilícitos que, como hemos visto a lo largo de este trabajo, requiere de importantes conocimientos técnicos, por lo que no parece una buena idea traspasar sin más la responsabilidad del tratamiento del delito de colusión a dicho organismo.

En consecuencia, el problema consiste en que la FNE, órgano que tiene la experticia necesaria para detectar carteles, carece de la legitimidad para llevar a cabo una investigación criminal; y, por otra parte, en que el MP, quien es el único órgano legitimado para llevar a cabo la persecución penal, carece de la experticia necesaria en temas de libre competencia.

---

la idea de *persecución penal pública de los delitos*, esto es, la noción de que éstos pueden y deben ser perseguidos por el Estado *de oficio*, sin consideración a la voluntad del ofendido ni de ninguna otra persona". LÓPEZ, J. y HORVITZ, M. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 36.

Una alternativa que reconoce y recoge, por una parte, la calidad de experto de la FNE y, por otra, la potestad exclusiva del MP para dirigir una investigación criminal y ejercer la acción penal pública, consiste en la implementación de un sistema que regule las investigaciones paralelas, de manera que estas se desarrollen en un contexto de coordinación y cooperación entre ambas agencias<sup>218</sup>. La eficacia de los modelos bifurcados (en que existe separación de roles) depende de la cercanía y la calidad de la relación entre ambas agencias. En efecto, la ausencia de una adecuada relación inter-agencia, puede derribar los esfuerzos de la persecución de carteles<sup>219</sup>.

Una forma de lograr este sistema coordinado puede consistir en que la FNE, al tener –en su calidad de experto– la facultad para investigar hechos que puedan constituir infracciones contra la libre competencia, en caso de detectar la presencia de un cartel que satisfaga el tipo penal, tenga la obligación de remitir los antecedentes al MP, quien pasaría a jugar su rol de acuerdo a las reglas generales del Código Procesal Penal. Se trata de un modelo que deja el inicio de la persecución penal bajo el control de la FNE, la que, si bien no tiene

---

<sup>218</sup> Es necesario dejar muy claro, que este problema solo se suscitara en el caso del delito de colusión, único en que el MP jugaría algún rol, pues tratándose del ilícito contravencional, la FNE es el único agente que puede intervenir, lo que desde luego no supone ningún problema dada su especialización y, por tanto, se mantiene igual a como está regulado hoy en día.

<sup>219</sup> BEATON-WELLS, C. y FISSE, B. *Australian Cartel Regulation: Law, policy and practice in an international context*. New York, Cambridge University Press, 2011. pp. 344-345.



la potestad para conducir la investigación ni la persecución penal, tiene la idoneidad técnica para identificar la presencia de un cartel<sup>220</sup>.

En Chile, este control sobre el inicio de la persecución penal puede lograrse a través del establecimiento de una condición objetiva de procedibilidad, de forma similar a lo que ha dispuesto el legislador en materia de delitos tributarios<sup>221</sup>, de manera que la investigación por el delito de colusión sólo pueda iniciarse por querrela del Fiscal Nacional Económico. Como sostiene Ferrajoli, “la discrecionalidad, en consecuencia, no es en tales casos del ministerio público, y menos aún del juez, sino sólo de la parte ofendida o de la autoridad pública, a los que el ordenamiento reserva el poder de decidir sobre la oportunidad de una tutela penal del bien ofendido por el delito”<sup>222</sup>.

En esencia, se trataría de una excepción al principio de oficialidad, técnica que ha sido reconocido tanto en la doctrina como en nuestra práctica

---

<sup>220</sup> De esta forma se puede dar solución a algunos de los problemas que puede acarrear la posibilidad de que se desarrollen dos investigaciones paralelas. Efectivamente, podrían suscitarse situaciones complejas, como por ejemplo que unos mismos imputados puedan ser doblemente sometidos a medidas intrusivas, por la investigación de unos mismos hechos. En este escenario, además de constituir una afectación desproporcionada de derechos fundamentales, provocaría serios problemas de coordinación entre las actividades investigativas por el órgano penal y el administrativo, de modo que se produciría una situación de competencia por la obtención de la evidencia. Véase LÓPEZ, J. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 4.

<sup>221</sup> Dispone el artículo 162, inciso 1° del Código Tributario que “Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director”.

<sup>222</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001. p. 570.

legislativa<sup>223</sup>. Al respecto, Roxin reconoce una de las limitaciones a este principio en aquellos delitos que están sujetos a un antejuicio o a una autorización especial para su persecución<sup>224</sup>. En efecto, tal como afirma dicho autor, en estos casos “[l]a necesidad de una autorización para la persecución penal queda en manos del poder discrecional de los órganos políticos competentes y depende de ello si en los hechos penales de importancia política la persecución penal se debe llevar a cabo a toda costa o si, antes bien, no debe realizarse”<sup>225</sup>.

En este caso, sería bueno que la ley estableciera con objetividad cuáles serán los criterios utilizados para determinar la activación del proceso penal. Por otra parte, se debe tratar que la decisión de remitir los antecedentes al MP no sea subutilizada, de modo que el efecto disuasivo de la sanción penal quede anulado<sup>226</sup>, tal como ocurrió con el original DL N° 211, en que se utilizó muy poco.

Se trata de un modelo similar al que existe en el Reino Unido, en que la Office of Fair Trading (OFT) tiene la responsabilidad de la investigación inicial y, en caso de estimar que el caso amerita persecución criminal, debe informar y

---

<sup>223</sup> LÓPEZ, J. y HORVITZ, M. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 147.

<sup>224</sup> ROXIN, C. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000. p. 85.

<sup>225</sup> ROXIN, C. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000. p. 85.

<sup>226</sup> CLARKE, J. Criminal Penalties for Contraventions of Part IV of the Trade Practices Act. Deakin Law Review, vol. 10 (1): 2005. p. 167.

referir los antecedentes a la Serious Fraud Office (SFO). En este sistema, la persecución penal sólo puede desarrollarse con el consentimiento de la OFT<sup>227</sup>.

En caso de que, luego de la investigación inicial, se detecte la presencia de un cartel constitutivo de delito, el rol de la FNE no debiese agotarse con la remisión del caso al MP. Por el contrario, en la investigación llevada a cabo por el MP, la FNE también puede jugar un rol activo, de manera que el persecutor penal, que es el legitimado constitucionalmente para dicha labor, aproveche alto grado de especialización que posee la FNE<sup>228</sup>. De esta forma, no se desaprovecha la experticia de la FNE al momento de la investigación.

En el derecho comparado, una forma que se ha utilizado para regular esta relación de cooperación que debe existir al momento de la investigación consiste en la celebración de un memorándum de entendimiento entre las agencias involucradas en la investigación<sup>229</sup>. Este ha sido el caso del *Memorandum of Understanding* (MOU) celebrado entre la OFT y la SFO, en el Reino Unido y entre la ACCC y la CDPP, en Australia.

---

<sup>227</sup> FURSE, M. y NASH, S. *The Cartel Offence*. Oxford, Hart Publishing, 2004. p. 34.

<sup>228</sup> La posibilidad de colaboración de organismos técnicos en la investigación del MP está reconocida en nuestro sistema procesal penal. En efecto, el artículo 321 del Código Procesal Penal establece que: "El ministerio público podrá presentar como peritos a los miembros de los organismos técnicos *que le prestaren auxilio en su función investigadora, ya sea que pertenecieren a la policía, al propio ministerio público o a otros organismos estatales especializados en tales funciones*" (el destacado es nuestro).

<sup>229</sup> Dicha instancia de colaboración permitiría a la FNE jugar un rol activo en el ámbito de la persecución penal de la colusión incluso en el momento de la acusación por parte del MP. En efecto, el memorándum de entendimiento podría establecer, por ejemplo, que el fiscal del MP, una vez declarado el cierre de la investigación, pueda solicitar la opinión del Fiscal Nacional Económico antes de formular acusación por el delito de colusión.

Una vez formulada la acusación, el MP continúa con el proceso penal de acuerdo a las reglas generales del Código Procesal Penal, pudiendo en cualquier caso consultar la opinión y asesoría de la FNE en su calidad de experto.

Es necesario dejar claro que este modelo de cooperación de la FNE con la investigación criminal comandada por el MP no busca disminuir o debilitar en modo alguno las facultades investigativas recientemente otorgadas a la agencia de competencia. Efectivamente, en paralelo a esta investigación penal, la FNE puede seguir desempeñando el rol que actualmente juega y sostener un procedimiento contra las personas jurídicas ante el TDLC. La FNE juega un rol exclusivo tratándose de la investigación desarrollada en el marco del procedimiento de libre competencia y, tratándose de una investigación desarrollada en el marco del proceso penal, su rol no es exclusivo sino compartido con el MP. De esta forma, no se desaprovecha la especialización de la FNE, como se ha prevenido en el debate legislativo<sup>230</sup>.

Con todo, dado que gran parte de la evidencia reunida será relevante tanto en sede de libre competencia como en sede penal, es necesario tener en consideración que la investigación administrativa de la FNE, debe procurar no interferir en la investigación criminal seguida contra las personas naturales

---

<sup>230</sup> CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07). pp. 16-17.

autoras del delito<sup>231</sup>. Las posibles alternativas para conseguir dicho objetivo serán analizadas en el apartado siguiente.

Por último, estimamos necesario insistir en el hecho de que esta alternativa que establece el desarrollo de investigaciones paralelas es plenamente compatible con el principio *non bis in idem* procesal, toda vez que presupone una completa diferenciación entre el ilícito penal y el administrativo, de manera que no existe la triple identidad necesaria para que se produzcan una hipótesis de *bis in idem*<sup>232</sup>.

#### **4.7. Resultados contradictorios y armonía entre los procedimientos**

Otra de las principales preocupaciones que existen en torno a la criminalización de los carteles tiene que ver con el hecho de que, al existir una instancia penal que concorra de forma paralela con una instancia administrativa, se puede dar la posibilidad de que se produzcan resultados contradictorios en los respectivos procesos, lo que sucedería –por ejemplo– si el proceso penal termina con una sentencia absolutoria respecto de las personas naturales y el proceso de libre competencia con una sentencia condenatoria respecto de la persona jurídica.

---

<sup>231</sup> FURSE, M. y NASH, S. *The Cartel Offence*. Oxford, Hart Publishing, 2004. p. 80.

<sup>232</sup> LÓPEZ, J. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009. p. 5.

Frente a este problema, que puede originar importantes confusiones, se ha planteado la idea de que el procedimiento penal debe desarrollarse en función del procedimiento de libre competencia seguido ante el TDLC. Esto podría lograrse, por ejemplo, si el proceso penal sólo pudiera iniciarse una vez concluido el procedimiento de libre competencia, de modo que sólo una vez que el TDLC haya establecido la responsabilidad de una persona jurídica por una infracción al artículo 3º, letra a) del DL N° 211, puede iniciarse la actividad del MP para investigar la eventual responsabilidad penal de los individuos que hayan participado de tales ilícitos. En este caso, se agrega un “presupuesto adicional” al tipo penal, constituido por la sentencia condenatoria en sede de libre competencia. Se trata, en definitiva, de una condición de penalidad, esto es, aquellas circunstancias exteriores especialmente previstas por la ley, que conforme a su naturaleza propia, yacen fuera de la culpabilidad del agente y cuya concurrencia es exigida para la punición de una determinada figura delictiva”<sup>233</sup>.

---

<sup>233</sup> YUSEFF, G. La prescripción penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987. pp. 64-65. Lo señalado tiene importantes consecuencias en materia de prescripción pues el artículo 95 del Código Penal establece que dicho plazo comienza a correr “desde el día en que se hubiere cometido el delito”, de modo que requiere de todos los elementos y requisitos del tipo y, por tanto, sólo puede empezar a correr desde que acontezcan estas condiciones de penalidad. Tal como ha señalado Yuseff “estas condiciones, al igual que las propias y verdaderas características típicas, ejercen un influjo en el tiempo de la consumación del delito (...) En consecuencia, en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, difieren el comienzo del plazo a la consumación del delito, es forzoso considerar las condiciones objetivas como elemento de la “consumación”, y, por ende, el plazo sólo comienza desde que ellas se presentan”. YUSEFF, G. La prescripción penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987. p. 65.

Otra alternativa que comparte la lógica de la subordinación de la acción penal al procedimiento de libre competencia consiste en que, si bien el proceso seguido ante el TDLC se debe haber iniciado, no es necesario que se haya dictado una sentencia y bien podría este órgano, en caso de estimar que los hechos expuestos a su conocimiento por parte de la FNE pueden ser relevantes desde el punto de vista del delito establecido en el Código Penal, remitir los antecedentes al MP para que este decida si iniciar o no una investigación por el delito de colusión<sup>234</sup>. La diferencia fundamental con el caso anterior, es que el “requisito adicional” para el inicio de la persecución penal está constituido por una decisión discrecional del TDLC.

Esta alternativa no es extraña en el derecho positivo chileno. El legislador ha establecido un mecanismo similar respecto del procedimiento por violencia intrafamiliar. En efecto, de acuerdo al artículo 6 de la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, los actos de violencia intrafamiliar se dividen en dos grupos, los que son constitutivos de delito, cuyo conocimiento corresponde al

---

<sup>234</sup> Esta es una variable de la idea propuesta anteriormente (*supra*, 4.6), con la diferencia que en este caso, en vez de ser la FNE la que remite los antecedentes al MP, es el TDLC el órgano que tiene dicha facultad. Sin embargo, por los motivos que se enunciarán a continuación, estimamos más adecuada la primera alternativa, no siendo deseable que sea el TDLC quien, en el marco del procedimiento de libre competencia, “gatille” la actividad del MP.

juez penal; y aquellos que no lo son, cuyo conocimiento corresponde al juez de familia<sup>235</sup>.

Si bien mediante los caminos señalados la posibilidad de obtener resultados contradictorios en el proceso penal y de libre competencia se reduce, estos no están exentos de inconvenientes.

En primer lugar, la subordinación de la acción penal conlleva una excesiva demora en el procedimiento pues será necesario esperar el resultado del procedimiento seguido ante el TDLC para poder iniciar la persecución penal, lo que podría tardar años. Este problema se presenta principalmente respecto de la primera variable de subordinación precisamente porque es necesario que el procedimiento concluya. En cambio, cuando existe la posibilidad de remitir los antecedentes antes de la sentencia definitiva, puede establecerse que esto se produzca en una etapa procesal temprana, de modo de reducir en un grado importante la demora en el eventual ejercicio de la acción penal.

---

<sup>235</sup> El artículo 14 de la Ley 20.066 dispone que, respecto del delito de maltrato habitual, “el Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 19.968”.

Por su parte, el artículo 90 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, establece respecto de la remisión de antecedentes, que “(...) En caso que los hechos en que se fundamenta la denuncia o la demanda sean constitutivos de delito, el juez deberá enviar de inmediato los antecedentes al Ministerio Público.

Si de los antecedentes examinados en la audiencia preparatoria o en la del juicio aparece que el denunciado o demandado ha ejercido violencia en los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el tribunal los remitirá al Ministerio Público.”



En segundo lugar, podría producirse el riesgo de que, al depender del TDLC que la acción penal se inicie, sin perjuicio de que en último término dependerá del MP iniciarla o no, podría aquel tender a aplicar en el desarrollo del procedimiento de competencia, estándares propios del derecho penal a la hora de imponer una sanción, lo que, como ya se vio, no es apropiado de acuerdo a la naturaleza del derecho de la competencia.

Sin perjuicio de lo señalado, el principal inconveniente que se identifica con la subordinación de la acción penal al procedimiento de competencia tiene que ver con el hecho de que, si bien la determinación de la existencia de la conducta ilícita se mantiene en organismos técnicos, dicha opción no guarda relación con el espíritu de la reforma aquí propuesta, que precisamente busca establecer un delito que sea distinto del ilícito contravencional. Bajo esta lógica de diferenciación, no se encuentra algún motivo que justifique que la acción penal deba estar subordinada y en función al desarrollo de un procedimiento por un hecho distinto.

Adicionalmente, existen buenas razones para sostener que la subordinación de la acción penal al proceso de libre competencia implicaría que el proceso penal por el delito de colusión perdería en parte importante su eficacia, transformándose, dentro de esta materia, en una institución de escasa utilidad. Esta situación se produce por el hecho de que mucha evidencia utilizada como prueba ante el TDLC no podría ser utilizada en el proceso penal, de modo que

en la práctica las herramientas para seguir un juicio por el delito de colusión se verían ampliamente reducidas. Sería posible que, cumpliendo con los estándares de la investigación administrativa, la FNE obtenga pruebas que, por no satisfacer los estándares penales, sea considerada como prueba ilícita y, por tanto, inadmisibles en el juicio penal.

Efectivamente, no se debe desconocer el hecho de que parte importante de la evidencia reunida que permita acreditar la infracción al DL N° 211 por parte de una persona jurídica, es la misma que permitirá acreditar que un individuo ha cometido el delito de colusión sancionado por el Código Penal<sup>236</sup>.

Para evitar que la evidencia obtenida por la FNE en el marco de una investigación administrativa no pueda ser inutilizada en el proceso penal, ésta debe ser obtenida en observancia de las reglas y garantías establecidas en Código Procesal Penal. En este sentido, cabe mencionar las ideas que surgieron en el marco del debate acerca de la criminalización de carteles en el Reino Unido, donde se recomendó que todas aquellas investigaciones que probablemente derivarían en una persecución criminal, debieran ser conducidas con estándares penales desde el inicio<sup>237</sup>.

Por tanto, tal como se mencionó en el apartado anterior, la FNE deberá ser especialmente prudente y debe procurar que el uso de las facultades duras en

---

<sup>236</sup> HAMMOND, A. y PENROSE, R. Proposed Criminalization of cartels in the UK. 2001. p. 33.

<sup>237</sup> HAMMOND, A. y PENROSE, R. Proposed Criminalization of Cartels in the UK. 2001. p. 33.

la investigación administrativa no perjudique la investigación ni el proceso penal. Esto, lejos de buscar ser un retroceso o una medida que termine por eliminar dichas facultades, pretende que su ejercicio sea realizado con observancia de las garantías procesales propias de sistema procesal penal, de modo que su ejercicio sea compatible y no afecte el desarrollo de un proceso penal posterior. Tal como se establece en el MOU entre la OFT y la SFO, es necesario que la investigación civil, en el marco de la *Competition Act*, no perjudique la investigación criminal paralela<sup>238</sup>.

En atención a lo señalado, en vez de buscar la separación absoluta entre ambas instancias investigativas, parece más sensato reconocer el contexto de superposición inevitable y permitir que ambas investigaciones, la administrativa a cargo de la FNE y la penal a cargo del MP, concurren y se desarrollen con un grado importante de coordinación y cooperación.

En consecuencia, la mejor es la alternativa es que ambos procedimientos, administrativo y penal, puedan desarrollarse de forma paralela. Para esto, sin embargo, será necesario alcanzar un importante grado de coordinación y cooperación entre los organismos involucrados, por lo que cualquier modificación legal debe buscar esta armonía.

---

<sup>238</sup> Memorandum of Understanding between the Office of Fair Trading and the Director of the Serious Fraud Office. 2003. N° 11.

## **CONCLUSIONES**

La ineffectividad de la institucionalidad de competencia para prevenir la formación de carteles en nuestro país es un hecho indiscutible respecto del cual existe amplio consenso. La conformación de una comisión cuya labor consistió en la elaboración de propuestas para el perfeccionamiento del sistema representa una buena prueba de ello.

Sin embargo, no es posible afirmar lo mismo respecto de los mecanismos específicos a través de los cuales la institucionalidad debiese ser perfeccionada. En el debate público existen diversas opiniones en relación a cuál debiese ser el camino a seguir para mejorar el sistema de sanciones, de manera que alcance un nivel óptimo de efectividad. En el informe entregado por la Comisión Rosende tampoco se alcanzaron acuerdos en relación a esta materia y sólo se enunciaron las alternativas existentes, que consisten, por una parte, en el perfeccionamiento del sistema de multas vigente y, por otra, en la incorporación de sanciones penales para los casos de colusión.

El propósito de este trabajo, que toma postura por la segunda alternativa, ha sido el análisis de los principales elementos involucrados en una reforma que incorpore sanciones penales para los casos de colusión. Esto, con el objetivo de identificar ciertos aspectos procesales y relativos a la tipificación del ilícito

que deben ser atendidos de manera ineludible en cualquier intento de modificación legislativa.

En primer lugar, concluimos que la aplicación del artículo 285 del Código Penal a las conductas reguladas en el artículo 3º, letra a) del DL N° 211, de estimarse vigente para estos efectos, es altamente perjudicial para el buen desempeño de la institucionalidad de competencia, toda vez que, por una parte, neutraliza los avances alcanzados por el legislador en relación a la política anti-carteles, específicamente en lo relativo a la efectividad del mecanismo de la delación compensada; y, por otra parte, genera importantes confusiones conceptuales respecto del concepto de colusión.

Por tanto, estimamos que se trata de una situación que debe ser resuelta con urgencia por el legislador, ya sea derogando las disposiciones del Código Penal que pretenden ser extendidas al ámbito de la colusión o bien, excluyendo de manera explícita su aplicación a tales casos.

Sin embargo, la necesidad de derogar las disposiciones señaladas no responde a una postura que rechaza la necesidad de disponer sanciones penales como mecanismo represivo respecto de los carteles, sino que se trata de un presupuesto o punto de partida indispensable para cualquier reforma que busque el perfeccionamiento de la institucionalidad de competencia.

En segundo lugar, concluimos que el sistema de sanciones que dispone el ordenamiento jurídico nacional contra los carteles da lugar a instrumentos represivos insuficientes para combatirlos, toda vez que no se relacionan con la gravedad y el amplio rechazo social que existe respecto de este tipo de ilícitos.

Frente a tal insuficiencia, el reforzamiento punitivo de la prohibición de la colusión parece apuntar en la dirección correcta, toda vez que la pena –a diferencia de la sanción administrativa– está asociada a un reproche ético-social, al mismo tiempo que constituye un mecanismo disuasivo más eficaz que la sola imposición de una multa.

Por último, concluimos que si bien la incorporación de sanciones penales es el camino correcto para alcanzar un sistema sancionatorio eficaz, su aplicación no debe ser mecánica. Dado que el derecho penal está sustentado en principios que difieren sustancialmente de aquellos que informan el derecho de la competencia, un simple “traslado” de las conductas reguladas en el DL N° 211, letra a) a la esfera del derecho penal puede anular completamente la operatividad del derecho de la competencia.

Este hecho significa que, por muy beneficiosas que puedan parecer las sanciones penales, el éxito de una reforma que refuerce punitivamente la prohibición de la colusión está determinado directamente por el diseño institucional empleado por el legislador. Esto significa que cada uno de los

aspectos procesales que pueden verse involucrados con la introducción de sanciones penales debe ser estudiado en detalle y diseñado de manera que resulte compatible con el buen funcionamiento que ha presentado la institucionalidad de competencia.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AMERICAN BAR ASSOCIATION. Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws. Chicago, ABA, 2010.
2. BACIGALUPO, E. Manual de Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1989.
3. BARROS, E. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
4. BEATON-WELLS, C y FISSE, B. Australian Cartel Regulation: Law, policy and practice in an international context. New York, Cambridge University Press, 2011.
5. BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach. Journal of Political Economy (76): 1968.
6. BERNEDO, P. Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010. Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2013.
7. BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO, G. Antitrust Sanction Policy in the Presence of Leniency Programs. Concurrences (4): 2006.
8. CANO CAMPOS, T. *Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. Revista de Administración Pública, (156): 2001.
9. CLARKE, J. Criminal Penalties for Contraventions of Part IV of the Trade Practices Act. [en línea], Deakin Law Review, vol. 10, (1): 2005. <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1445227](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1445227)> [consulta: 25 de mayo de 2014].
10. COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. Informe Comisión de Libre Competencia, 2011.
11. COLOMA, G. Defensa de la Competencia: Análisis económico comparado. 2ª Ed. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2009.
12. COLUSIÓN Y PENAS DE CÁRCEL. La Tercera, Reportajes, 28 de julio de 2012.



13. CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07).
14. CONGRESO NACIONAL. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en los proyectos que tipifican el delito de colusión y otros atentatorios del derecho del consumidor (Boletines N° 6.438-03 y 6.439-07).
15. CONGRESO NACIONAL. Proyecto de ley que modifica diversos textos legales, con el propósito de restablecer sanciones penales y aumentar el límite de multas en casos de conductas atentatorias a la libre competencia (Boletín N° 9.046-03).
16. CONGRESO NACIONAL. Proyecto de ley que sanciona penalmente los atentados a la libre competencia, aumenta las sanciones pecuniarias y modifica la figura de la delación compensada (Boletín N° 8.822).
17. COOTER, R y ULEN, T. Derecho y Economía. 2ª Ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
18. CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 22 de enero de 2007, Rol N° 5057-2006, Requerimiento de la FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros.
19. CRYCRAFT, C., CRYCRAFT, J. y GALLO, J. Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay. *Review of Industrial Organization* (12): 1997.
20. ESCALONA, E. Nueva ley de libre competencia: Modificaciones y desafíos sanción penal de la colusión. *Revista Anales de Derecho UC* (6): 2011.
21. FERRAJOLI, L. Derecho y Razón. 5ª Ed. Madrid, Trotta, 2001.
22. FISCAL ECONÓMICO propone reformas al sistema de libre competencia. 2013. *La Tercera, Negocios*. Santiago, Chile 18 Ago. pp. 4-5.
23. FOX, E. Cases and Materials on U.S Antitrust in Global Context. 3ª Ed. West Publishing, 2012.

24. FOX, E. Antitrust and Institutions: Design and Change. [en línea] Loyola University Chicago Law Journal. Vol. 41 (3): 2010 <[http://www.luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/lj/pdfs/fox\\_design.pdf](http://www.luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/lj/pdfs/fox_design.pdf)> [consulta: 25 de mayo de 2014].
25. FOX, E. Cartels: a United States story, and a research program for the world. En: CSERES, K., SCHINKEL, M. y VOGELAAR, F. Criminalization of Competition Law Enforcement. Edward Elgar Publishing, 2006.
26. FURSE, M. y NASH, S. The Cartel Offence. Oxford, Hart Publishing, 2004.
27. GELLHORN, E., KOVACIC, W. y CALKINS, S. Antitrust Law and Economics in a Nutshell. West Publishing, 2004.
28. GONZÁLEZ, A. Concepto y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. En Foco, Expansiva (100): 2007.
29. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal. En: SERRANO-PIEDECASAS, J. y CESPO, E. (Eds.). Cuestiones actuales de derecho penal económico. Madrid, Colex, 2008.
30. GORAB, D. 2013. Is imprisonment of directors and managers an effective sanction to prevent cartels? Its desirability and implementation in Competition Policy. Londres, University College London.
31. GRUNBERG, J. y MONTT, S. Prueba de la Colusión, en FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros, Rol C N° 194-2009. Santiago, 2010.
32. GRUNBERG, J. Los Acuerdos Colusorios entre Competidores. Análisis Dogmático y Jurisprudencial. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
33. HAMMOND, A. y PENROSE, R. A Proposed Criminalisation of Cartels in the UK, 2001 [en línea] <[http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftrreports/comp\\_policy/oft365.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftrreports/comp_policy/oft365.pdf)> [consulta: 25 de mayo de 2014].

34. HAMMOND, S. Cornerstones of an Effective Leniency Program. En: Día de la Competencia. Fiscalía Nacional Económica. 2009.
35. HARDING, C. y JOSHUA. J. Regulating Cartels in Europe. 2ª Ed. Oxford, Oxford University Press, 2010.
36. HARRINGTON, J. Comment on Antitrust Sanctions. Competition Policy International, vol. 6 (2): 2010.
37. HERNÁNDEZ, H. La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. Política Criminal, vol. 7 (13): 2012.
38. HERNÁNDEZ, H. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009.
39. HUERGO LORA, A. Las sanciones administrativas. Madrid, Iustel, 2007.
40. JAKOBS, G. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. En: Universidad del Externado de Colombia. Cuadernos de conferencias N° 13. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia. 1996.
41. KINDHÄUSER, U. Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. Revista de Derecho y Humanidades, vol. 1 (16): 2010.
42. KINDHÄUSER, U. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal [en línea]. In Dret, Barcelona, 2009. <<http://www.indret.com/pdf/600.pdf>> [consulta: 25 de mayo de 2014].
43. KLOUB, J. La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles. En: Foro Latinoamericano de Competencia. Santiago, 2009.
44. LIANOS, I. Lost in Translation: Towards a Theory of Economics Transplants [en línea]. Jean Monnet Working Paper, 2009. <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1485378](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1485378)> [consulta: 25 de mayo de 2014].

45. LÓPEZ, J. Informe en Derecho acompañado en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión (Boletín N° 6.454-07), 2009.
46. LOPEZ, J. y HORVITZ, M. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
47. MAÑALICH, J. El principio *ne bis in idem* en el derecho sancionatorio chileno, en FNE contra Tecumseh do Brasil S.A. y otros, Rol C N° 207-2011.
48. MAÑALICH, J. La pena como retribución [en línea]. Estudios Públicos (108):2007-<[http://www.cepchile.cl/1\\_4059/doc/la\\_pena\\_como\\_retribucion.html#.U4KiGv5OQc](http://www.cepchile.cl/1_4059/doc/la_pena_como_retribucion.html#.U4KiGv5OQc)> [consulta: 25 de mayo de 2014].
49. MATUS, J.P. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. Política Criminal, vol. 7 (14): 2012.
50. MONTT, P y NEHME, N. Libre Competencia y Retail: Un análisis crítico. Santiago, Legal Publishing, 2010.
51. MONTT, S. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio. Documento de Trabajo #1, Centro de Regulación y Competencia, 2010.
52. NAVARRO, M. Las conductas conscientemente paralelas. Madrid, Thomson Civitas, 2005.
53. NIELS, G., JENKINS, H. y KAVANAGH, J. Economics for Competition Lawyers. New York, Oxford University Press, 2011.
54. OCDE. Derecho y Política de Competencia en Chile. 2010. [en línea] <<http://www.oecd.org/chile/47951548.pdf>> [consulta: 6 de octubre de 2014].
55. OCDE. Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. 2002. [en línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2474442.pdf>>.
56. O'KANE, M. The Law of Criminal Cartels: Practice and Procedure. New York, Oxford University Press, 2009.

57. PADILLA, J y ZOIDO, E. El papel disuasorio de las sanciones: Una reflexión motivada por la nuevas directrices comunitarias. En: Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Marcial Pons, 2008.
58. PAREJO, L. Lecciones de Derecho Administrativo. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
59. POSNER, R. Antitrust Law. 2ª Ed. Chicago, University of Chicago Press, 2011.
60. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Informe de la comisión asesora presidencial para la defensa de la libre competencia. Santiago, 2012.
61. ROMERO, J. *Enforcement*, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thompson Reuters, 2011.
62. ROMERO, J. Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? [en línea]. Documento de Trabajo Centro de Libre Competencia UC, 2007. <<http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/papers/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf>>. [consulta: 25 de mayo de 2014].
63. ROXIN, C. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
64. ROXIN, C. Derecho Penal. Parte General. Madrid, Civitas, 1997.
65. SPAGNOLO, G. Criminalization of cartels and their internal organization. En: CSERES, K., SCHINKEL, M. y VOGELAAR, F. Criminalization of Competition Law Enforcement. Edward Elgar Publishing, 2006.
66. SPOLMANN, S. 2011. Penalización de ilícitos de libre competencia: Una propuesta normativa respecto a la colusión. Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
67. TAPIA, J. La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia [en línea]. Estudios Públicos (132): 2013.

[http://www.cepchile.cl/1\\_5455/doc/la\\_aplicacion\\_de\\_multas\\_a\\_agentes\\_economicos\\_en\\_el\\_derecho\\_chileno\\_de\\_la\\_libre.html#.VGAeavmG-74](http://www.cepchile.cl/1_5455/doc/la_aplicacion_de_multas_a_agentes_economicos_en_el_derecho_chileno_de_la_libre.html#.VGAeavmG-74)> [consulta: 6 de octubre de 2014].

68. TAPIA, J. Informe en Derecho La prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado, en FNE contra ACHAP A.G. y otros, Rol C N° 177-2008. Santiago, 2010.
69. TAPIA, J. Acuerdos Horizontales restrictivos de la competencia: Una visión crítica aplicada al sistema chileno, En: MONTT R., P y NEHME Z., N. (Eds). Libre Competencia y Retail. Santiago, Legal Publishing, 2010.
70. TREBILCOCK, M. y IACOBUCCI, E. 2010. Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate [en línea]. Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 41 (3): 2010. <[http://www.luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/lj/pdfs/trebilcock\\_iacobucci.pdf](http://www.luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/lj/pdfs/trebilcock_iacobucci.pdf)> [consulta: 25 de mayo de 2014].
71. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de fecha 20 de agosto de 2013, Rol N° 2381-12-INA.
72. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 57/2007, Rol C N° 77-2005, Requerimiento de la FNE contra Isapre ING S.A. y otros.
73. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 119/2012, Rol C N° 194-2008, Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros.
74. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 139/2014, Rol C N° 236-2011, Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.
75. VALDÉS PRIETO, D. Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales. Revista Anales de Derecho UC (4): 2008.
76. VALDÉS PRIETO, D. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

77. VALLEJO, R. y DUFEU, S. Tipo de injusto monopólico: Ubicación sistemática y constitucionalidad. *Revista de Derecho y Humanidades* (10): 2004.
78. VISCUSI, K., VERNON, J y HARRINGTON, J. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4ª Ed. Cambridge, MIT Press, 2005.
79. WHELAN, P. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions [en línea]. *Competition Law Review*, vol. 4 (1): 2007. <<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol4Iss1Art1Whelan.pdf>> [consulta: 25 de mayo de 2014].
80. WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*. 7ª Ed. Oxford, Oxford University Press, 2010.
81. YUSEFF, G. *La prescripción penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1987.