



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Económico

**HACIA UNA NUEVA MIRADA DEL ARTÍCULO 3 DEL DL 211 Y SUS EFECTOS SOBRE LA  
PRESCRIPCIÓN**

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

Autora: Natalia Niedmann Álvarez

Profesora guía: Nicole Nehme Zalaquett

Santiago, Chile

2017

“What does God want? Does God want goodness or the choice of goodness? Is a man who chooses the bad perhaps in some ways better than a man who has the good imposed upon him?”

A Clockwork Orange, Part II, chapter 3. Anthony Burgess

A Juan, Baltazar y Simona, por quienes vale la pena hacerse las preguntas.

## Contenido

|  |            |
|--|------------|
| <b>Introducción .....</b>  | <b>6</b>   |
| <b>1. La prescripción como institución transversal al derecho .....</b>  | <b>8</b>   |
| 1.1. <i>Evolución de la prescripción en los distintos sistemas jurídicos.....</i>  | <i>8</i>   |
| 1.2. <i>Recepción en el derecho nacional .....</i>   | <i>11</i>  |
| 1.3. <i>La prescripción en el Decreto Ley N°211 sobre defensa de la libre competencia</i><br><i>("D.L. 211").....</i>          | <i>14</i>  |
| <b>2. La prescripción antes de la reforma.....</b>   | <b>20</b>  |
| 2.1. <i>Ambulancias .....</i>  | <i>21</i>  |
| 2.2. <i>KDM.....</i>   | <i>24</i>  |
| 2.3. <i>Whirlpool .....</i>  | <i>30</i>  |
| 2.4. <i>Silfa .....</i>  | <i>36</i>  |
| <b>3. Cómo entender los criterios de la jurisprudencia .....</b>   | <b>44</b>  |
| <b>4. Jurisprudencia Norteamericana .....</b>  | <b>49</b>  |
| 4.1. <i>Criterios .....</i>  | <i>49</i>  |
| 4.2. <i>Análisis de su compatibilidad con la legislación chilena.....</i>  | <i>55</i>  |
| <b>5. Consideraciones dogmáticas respecto a los criterios utilizados por la</b><br><b>jurisprudencia.....</b>                  | <b>58</b>  |
| 5.1. <i>La importancia de la capacidad del infractor en el cómputo de la prescripción .....</i>                                | <i>58</i>  |
| 5.2. <i>La procedencia del uso de la gramática penal en la caracterización de los ilícitos</i><br><i>anticompetitivos.....</i> | <i>89</i>  |
| <b>6. La reforma de 2009 en Chile.....</b>   | <b>99</b>  |
| 6.1. <i>Contenido.....</i>   | <i>99</i>  |
| 6.2. <i>Historia de la ley .....</i>   | <i>100</i> |

|   |            |
|---|------------|
| <b>7. Caso C.C.U.....</b>                               | <b>105</b> |
| <b>8. Caso Pollos .....</b>                             | <b>112</b> |
| 8.1. <i>Los hechos del caso .....</i>                   | <i>113</i> |
| 8.2. <i>Sentencias de los Tribunales .....</i>          | <i>114</i> |
| <b>9. Consecuencias Prácticas.....</b>                  | <b>118</b> |
| 9.1. <i>Tipo del DL 211 .....</i>                       | <i>118</i> |
| 9.2. <i>Carga de la Prueba .....</i>                    | <i>125</i> |
| <b>Conclusiones: el alcance de la prescripción.....</b> | <b>133</b> |
| <b>Bibliografía .....</b>                               | <b>138</b> |

## **Introducción**

En el presente trabajo nos hemos planteado como objetivo analizar el estado actual del debate sobre la prescripción en materia de procedimientos contenciosos de libre competencia en Chile y, a partir de los desafíos que esta suponga, elaborar una propuesta preliminar para su superación. A lo largo de nuestra investigación, empero, nos encontramos con que los problemas asociados a la aplicación e interpretación de la prescripción se relacionan íntimamente con la comprensión que se tenga de los ilícitos del Decreto Ley N°211 de 1973 (en adelante “DL 211”) por lo que, para responder a éstos, será necesario hacernos cargo también de algunos puntos concernientes a la estructura típica de los ilícitos anticompetitivos, en particular, respecto al rol que en éstos juega la voluntad.

Habremos de hacer un rápido recuento de la situación actual de la prescripción como institución transversal al ordenamiento jurídico y los desafíos que plantea. Para evaluar la situación concreta de nuestro ordenamiento hemos seleccionado los casos que nos parecen más relevantes, en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC” o el “Tribunal”) y la Corte Suprema (en adelante “CS” o la “Corte”) han conocido materias de prescripción en libre competencia, para analizar el razonamiento empleado en cada uno de ellos. Posteriormente revisaremos también algunos de los criterios elaborados por la *Supreme Court* de los Estados Unidos en materia de

prescripción, relativos a indemnizaciones de perjuicios por ilícitos anticompetitivos, para analizar cuáles de ellos, si alguno, pueden resultar útiles para nuestro análisis.

El objetivo de este trabajo será finalmente, el de identificar qué consideraciones han de ser relevantes al momento de determinar el inicio del término de la prescripción, es decir, desde qué momento se computa, a fin de determinar cuál es el alcance de ésta y qué relación tiene con el resto del ordenamiento jurídico. Para ello, como mencionamos, analizaremos el tipo del Art. 3 del DL 211 de 1973 (versión refundida y vigente a a junio de 2016) que fija normas para la defensa de la libre competencia con el fin de, desde ahí, empezar a esbozar un criterio adecuado para la determinación del cómputo de la prescripción. Nos referiremos para estos efectos a la reforma a la normativa de la rama que tuvo lugar el año 2009 para evaluar sus consecuencias en materia de prescripción. Finalmente, a partir de las reflexiones de este estudio, propondremos una forma de re-interpretación de los ilícitos anticompetitivos que a nuestro juicio podría aportar desde una mirada teórica al problema de interpretación que aqueja a los tribunales para el cómputo de la prescripción.

## 1. La prescripción como institución transversal al derecho

### 1.1. Evolución de la prescripción en los distintos sistemas jurídicos

La prescripción es una institución transversal a los distintos ordenamientos jurídicos. Actualmente, todos los sistemas jurídicos contemplan algún tipo de limitación temporal para el ejercicio de derechos jurídicamente protegidos, lo que en algunos se conoce como delimitación de derechos y en otros como prescripción (extintiva o negativa).<sup>1</sup> Ello, sin embargo, no ha sido siempre así y, por el contrario, en el derecho romano la regla general era que las acciones legales no se encontraban sujetas a plazo alguno.<sup>2</sup> En la misma situación se encontraban el derecho sudafricano, inglés, y germánico.<sup>3</sup> En este último, la visión imperante se resumía en el aforismo conforme al cual “algo que ha estado mal por cien años no puede estar bien ni aun por una hora”.<sup>4</sup> Esta diferencia abismal entre unos y otros sistemas evidentemente no es una casualidad y se deriva de la diferencia que se ha dado entre distintas formas de comprender el derecho.

---

<sup>1</sup> ZIMMERMANN, R. 2004. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge, Cambridge University Press, p. 62. Traducción libre de: “All legal systems today recognize certain temporal limitations, be it under the name of (negative, or extinctive) prescription, or limitation of actions”.

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> Ídem.

<sup>4</sup> Ídem, refiriéndose a GRAF, E. y DIETHERR, que cita del siguiente modo: [M. Eduard Graf and Mathias Dietherr, *Deutsche Rechtssprichwörter* (2nd edn, 1869), p. 95]



Para una, la prescripción no era una preocupación pues el derecho no era algo distinto de la moral, por lo que cualquier limitación absoluta de éste no podía consistir sino en una aberración y una injusticia, atentando directamente contra el propio sistema de derecho. Se trataba simplemente de una expropiación disfrazada, pues el sujeto perdía el valor que el derecho representaba para su patrimonio al no poder ser ejercido ante un tribunal.<sup>5</sup> Como hemos mencionado, en los sistemas de derecho actual la opción ha sido justamente la opuesta y la prescripción se ha expandido ampliamente en los distintos sistemas, fundándose en la comprensión moderna del derecho y por razones eminentemente prácticas que han sido bien sintetizadas por la *Law Commission* de Inglaterra.<sup>6</sup> En términos generales, dichas razones afirman que el paso de los años no es irrelevante para el ejercicio de un derecho: con él resulta más difícil para los deudores defenderse de la pretensión de su acreedor; da lugar a que razonablemente las personas tengan la expectativa de que determinada situación es firme y les permite actuar conforme a esto; finalmente, incentiva a que las disputas legales se resuelvan dentro de un lapso de tiempo razonable para no crear situaciones de inseguridad e injusticia y elevar el costo de litigar.<sup>7</sup>

La prescripción es, por tanto, una institución nuclear en nuestro derecho actual ya que hace compatible su funcionamiento con las necesidades de nuestra sociedad, cuyo

---

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 63

<sup>6</sup> ENGLISH LAW COMMISSION. 1998. *Limitation of Actions*, Consultation Paper No. 151. pp. 2-3 [en línea] <[http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc270\(2\)\\_Limitation\\_of\\_actions.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc270(2)_Limitation_of_actions.pdf)> [Consultado el 3 de enero de 2014]

<sup>7</sup> *Ídem.*

dinamismo sería insostenible por la práctica legal sin su auxilio. Ello no obsta a que, en ciertos ámbitos, la prescripción haya sido objeto de fuertes cuestionamientos y críticas, destacando, por ejemplo, el plano de los derechos humanos, en que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de la Organización de las Naciones Unidas la ha derogado para ciertos crímenes.<sup>8</sup> Asimismo, en materia penal, el profesor Paul Robinson se ha manifestado en contra de la prescripción –en particular en dicho ámbito penal-, sosteniendo que el avance de la tecnología ha hecho de esa institución una cada vez más innecesaria por haberse superado en forma importante los problemas de defensa que la justificarían.<sup>9</sup> Los cuestionamientos para esta institución en el derecho público, por tanto, han sido cada vez menos tímidos y han llegado incluso a derogarla para una serie de casos. En derecho privado, sin embargo, las críticas han sido relativamente superficiales y han versado más sobre el momento en que debe empezar a correr que sobre su necesidad. En este sentido la *Law Commission* inglesa ha sugerido que la prescripción se funde más en el conocimiento del afectado de la causa de su acción que en la perpetración u ocasión de la misma.<sup>10</sup> Como tendremos oportunidad de revisar, similar lógica ha seguido la *Supreme Court* de los EE.UU. en temas de libre competencia.

---

<sup>8</sup> La convención entró en vigor el 11 de noviembre de 1970 en Chile pero no fue ratificada sino hasta el año 2009 cuando finalmente entró en vigencia interna con su publicación en el Diario oficial el 18 de julio del mismo año.

<sup>9</sup> ROBINSON, P. 2000. Justice Can Never Come Too Late. Washington Post. Washington, Estados Unidos. 3 de mayo. Op-Ed. A-23.

<sup>10</sup> Op. Cit., ENGLISH LAW COMMISSION. pp. 256-260

## *1.2. Recepción en el derecho nacional*

La doctrina nacional también se ha referido a la prescripción, legándonos algunas definiciones tradicionales para delimitar la institución en nuestro derecho. Así, se ha dicho que “prescripción extintiva es un modo de extinción de los derechos resultante del silencio de la relación jurídica de que emanan, durante el tiempo marcado por la ley”.<sup>11</sup> Esta definición, aunque general, recoge adecuadamente los elementos más importantes de la prescripción extintiva: lo relevante es, entonces, el paso del tiempo y el silencio de las partes o, dicho en otras palabras, el tiempo es la medida que se utiliza para justificar la limitación que se impone a las partes en el ejercicio de sus derechos. Las razones para ello son diversas y se corresponden con las ofrecidas generalmente para justificarla en los distintos sistemas jurídicos modernos. Respecto a esto se ha dicho que “está[n] en el orden social y económico: grandes trastornos se seguirían si la ley amparara la reclamación de acreedores que trataran de hacer efectivos sus derechos después de muchos años”.<sup>12</sup> Lo que resulta evidente dada la dificultad que su prueba conllevaría y la inseguridad que suscitaría para las personas en general el que no existan situaciones jurídicas consolidadas.

En cuanto al objeto de la prescripción, se ha señalado que “la prescripción afecta a derechos que, por su naturaleza, pueden tener una vigencia perpetua. El tiempo actúa

---

<sup>11</sup> LIRA P. RDJ Doctrina. Santiago Chile. Tomo XXIV (9 y 10). pp. 607-608 citando la definición de Leopoldo Alas recogida por Escribar.

<sup>12</sup> *Íbid.* p. 605.

como hecho extintivo que se ve acompañado continuamente por la inactividad del titular”,<sup>13</sup> lo que pone de manifiesto que el fundamento de la prescripción se relaciona con la inactividad del titular. En este sentido, la prescripción nace como una necesidad externa, pues no se trata de que las situaciones que dan lugar a acciones judiciales, por su contenido, tengan inherente y naturalmente una fecha de término. Por lo mismo, es necesario fijar ese momento de término para que tengan un límite y entonces nuestro ordenamiento las puede hacer exigibles solamente durante un plazo delimitado.

La prescripción en la doctrina nacional ha sido tratada principalmente por el derecho civil; nos referiremos, sin embargo, sólo a la prescripción extintiva pues es la que interesa para el presente estudio. Se ha considerado que la acción de prescripción extintiva es “la facultad o poder de exigir a otro un comportamiento, activo o positivo, para la satisfacción de nuestro interés, y se reclama del órgano judicial”<sup>14</sup> la cual, como revisamos, sólo puede ejercerse dentro de un determinado plazo que finaliza con la prescripción. Esto resulta relevante si lo comparamos con la doctrina y jurisprudencia internacional reciente, que ha cuestionado o, más bien, reformulado dicha premisa, al entender que la acción importa también el conocimiento del afectado, es decir, la facultad

---

<sup>13</sup> LAGOS, O., 2005. Para una recepción crítica de la caducidad. Revista de Derecho Privado Fundación Fernando Fueyo. Santiago (4). p. 83.

<sup>14</sup> DIEZ, L. y GULLÓN A. 2012. La Prescripción y la Caducidad. En: Sistema de Derecho Civil, 12º edición. Madrid, Tecnos. p. 443.

relativa<sup>15</sup> del interesado de exigir su derecho frente a un tribunal.<sup>16</sup> Importa así ya no sólo la facultad abstracta del sujeto de hacer valer su pretensión frente a la judicatura, sino la facultad relativa de saber que contaba con dicha posibilidad para poder verdaderamente ejercerla. No se trata en este caso de un conocimiento de la ley (pues se reputa conocida por todos), sino de los hechos que dan lugar a la acción. Así, por ejemplo, la prescripción no empezaría a computarse para todos los casos con la suscripción del contrato que dio lugar a la acción, sino cuando el afectado pudo saberlo.

La prescripción entonces es una figura central de los ordenamientos modernos, incluyendo el chileno y, más allá de las críticas de que ha sido objeto, sigue manteniéndose como una institución fundamental para la gran mayoría de los estatutos jurídicos.

Resulta claro que la prescripción es una necesidad para cualquier legislación moderna especialmente por los efectos que tiene en términos de disminución de los costos del sistema. La decisión acerca del plazo de prescripción dependerá exclusivamente del legislador y de sus nociones de justicia, quien debe ponderar y definir el equilibrio entre la eficacia y la justicia. La tarea más compleja, sin embargo, que corresponde al intérprete,

---

<sup>15</sup> Dependiente de su posibilidad material de conocer su interés, como en el caso de la doctrina norteamericana que se revisará *infra*.

<sup>16</sup> No queremos decir con esto que dependa de las representaciones que se haya hecho efectivamente en su fuero interno y privado el afectado sino, como en todo el derecho, de las que haya podido hacerse -vg., las que se hubiere tenido de haber empleado un grado normal de diligencia en ello-. Se trata de un concepto normativo de voluntad y no psicológico.

consiste en determinar a qué actos o eventos debe atribuir el nacimiento de un determinado derecho o situación jurídica y su consiguiente cómputo de prescripción.

### *1.3. La prescripción en el Decreto Ley N°211 sobre defensa de la libre competencia ("D.L. 211")*

#### 1.3.1 El bien jurídico protegido

El derecho de la libre competencia procura la tutela de un bien jurídico que es a la vez su fundamento y objeto -la libre competencia-<sup>17</sup> cuyos efectos benefician no sólo a una parte afectada sino que a la comunidad en general.

Nos parece que el bien jurídico protegido es éste y no otro por el potencial de emancipación que tiene el mercado como espacio plural. El problema de acudir a otros bienes jurídicos es que se tiende a concentrar la atención o bien en los derechos de los

---

<sup>17</sup> Tal definición, no obstante, no es pacífica. En este sentido adherimos a la postura planteada por el profesor VALDES en Libre Competencia y Monopolio. 2006. Editorial Jurídica, Santiago. Por el contrario, parte de la doctrina ha señalado que el bien jurídico tutelado sería otro, distinto de la libre competencia en sí misma. Para sostener dicha afirmación, se han esgrimido como posibles, diversos bienes jurídicos, entre ellos: la autonomía privada, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la eficiencia y la protección de los consumidores. Estos, no obstante, deben ser descartados por no referirse exclusivamente al ámbito de la libre competencia, aun cuando todos se beneficien de ella de uno u otro modo. Para un análisis más profundo al respecto véase GUERRA, Figueroa, M.A., 2011, La responsabilidad civil derivada de ilícitos monopólicos, memoria para optar al grado de licenciado de ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago. pp. 11-21.

oferentes (en los casos de la autonomía privada o el derecho a desarrollar cualquier actividad económica) o bien en los beneficios de los consumidores (en el caso de la protección o bienestar del consumidor) los que además se traducen casi siempre en términos de precios. Lo mismo sucede con la eficiencia<sup>18</sup> como bien jurídico protegido, la cual tiende a reducirse (a lo menos en la visión tradicional) a la eficiencia estática, y, además, cuando se trata de la eficiencia social, sin siquiera considerar el valor que le atribuyen oferentes y consumidores a las eficiencias (excedente del productor o consumidor) provenientes de un determinado arreglo de mercado, omitiendo que “la valoración -o utilidad marginal- que los propietarios de las empresas otorgan a dichos excedentes es inferior a aquella que le dan los usuarios a las mismas (consumidores)”.<sup>19</sup> Respecto de la protección de los consumidores como bien jurídico protegido, el problema es que el beneficio para éstos se materializa en un menor precio, no obstante, la virtud de un mercado, en su mejor versión, no es sólo que permita la obtención de bienes a un menor costo, sino que se trata de un sistema que porta una infinidad de información de manera instantánea<sup>20</sup> y que permite, por ello, la realización de expectativas radicalmente diferentes entre sí. De este modo, la eficiencia dinámica por un lado y, la diversidad en la oferta por otro, son valores fundamentales que un mercado que funciona tiene la virtud de

---

<sup>18</sup> Dado que “si bien la corriente que apuesta a la eficiencia como objeto único de la normativa de competencia abraza formalmente las eficiencias dinámicas, lo cierto es que, como bien señala Lande, más bien “se limite a relegarlas a la sección de notas al pie.”” YBAR. MARIO, 2010, ¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia? Un análisis aplicado al caso supermercados. En: Libre Competencia y Retail: un análisis crítico. Santiago, Abeledo Perrot. p.8

<sup>19</sup> Ibid. p. 5

<sup>20</sup> Al respecto véase HAYEK, V., 1968, La competencia como proceso de descubrimiento, Philadelphia Society.

promover, ninguna de las cuales es especialmente tutelada si el bien jurídico protegido es solamente la protección a los consumidores dado que el criterio relevante en tal caso será la defensa de la oferta de bienes a un menor costo pero no necesariamente de una mayor variedad de bienes. Así, en el mercado, distintas alternativas pueden realizarse de una forma que resulta relativamente poco costosa en la medida en que proporciona un espacio de encuentro entre diversos oferentes y demandantes. La plataforma mercado, como institución, permite la consecución de proyectos distintos dentro de un mismo espacio. De este modo, creemos que el bien jurídico protegido no es sólo la protección de los oferentes (para poder ofrecer sus productos) ni de los consumidores (para poder acceder a un menor precio) sino que lo que se protege es la plataforma que hace probable que las expectativas de todos los incumbentes se realicen de la mejor manera posible, (v.g., se protege “el proceso competitivo”).<sup>21</sup> Podría argumentarse desde luego que una mirada más compleja de lo que significa el bienestar del consumidor podría incluir no sólo beneficios en términos de precio sino también de variedad, calidad e innovación en la oferta, pero nos parece que una forma que porta menos posibilidades de error en la cuantificación de dichos valores está en el perfeccionamiento del proceso competitivo que parece aportar una mirada más neutra para la definición de dichos intereses en la medida en que son los propios *incumbentes*<sup>22</sup> quienes los definen.

---

<sup>21</sup> Op. Cit. YBAR. M. p. 8

<sup>22</sup> Los participantes de una práctica social, en este caso del proceso competitivo.



Lo anterior permite la realización de un verdadero espacio de autodeterminación y libertad que hace viable la convivencia de distintas alternativas de vida. La promesa del mercado entonces es propiciar un espacio de realización de la utopía nozickana en que “there will not be *one* kind of community existing and one kind of life led in utopia”.<sup>23</sup> Es precisamente porque las personas son diferentes que vale la pena permitir que todas ellas puedan expresar esa diferencia y potenciarla. Ello, por supuesto, resulta muy atractivo para espacios de autodeterminación, lo que no implica que todos los ámbitos de la vida puedan sostenerse en esos términos (v.gr., en varios ámbitos se requieren espacios de deliberación colectiva y no basta la consecución de fines privados), pero nos parece que la utopía nozickeana resulta un representante fiel del potencial del mercado en los ámbitos en que se requiere un espacio de autonomía individual.

Así, el bien jurídico protegido por la libre competencia es en nuestra opinión el proceso competitivo entendido como la plataforma que hace probable el espacio de encuentro de distintos proyectos de forma eficiente, lo que nos parece consistente con el concepto en sí de “libre competencia”.

### 1.3.2. La prescripción dentro del sistema nacional de libre competencia

Para una primera aproximación al problema, resulta especialmente relevante la figura de los ilícitos de comisión permanente y la distinción entre éstos y los ilícitos que por su naturaleza extienden sus efectos en el tiempo. Estos últimos no debiesen retardar

---

<sup>23</sup> Traducción libre: “no existirá sólo una forma de comunidad y una forma de vida en la utopia” NOZICK. R, 1980, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Blackwell, Oxford, pp. 311-312

el inicio del cómputo de la prescripción a la espera del término de dichos efectos, mientras que los primeros sí debiesen procurar tal suspensión. En este nivel, empero, no resulta demasiado esclarecedora la determinación del legislador quien, en la redacción del DL 211 de 1973 que estuvo vigente hasta el 2009,<sup>24</sup> señalaba en su Artículo 20:

“Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal.”

Esta formulación dejó abiertas varias preguntas fundamentales para entender y aplicar la prescripción a los ilícitos anticompetitivos, cuyas respuestas se encuentran en distintos estados de avance. Así, a modo de ejemplo, de una primera lectura del precepto resultaba evidente que no se encontraban resueltos los casos de interrupción de la prescripción y su alcance. No obstante, la solución de este problema se fue dando progresivamente en el tiempo, en tanto el TDLC, siguiendo el razonamiento de la doctrina y jurisprudencia nacional respecto al artículo 2518 del Código Civil, señaló en reiteradas ocasiones que la prescripción se interrumpía con la notificación de la demanda o del

---

<sup>24</sup> Año en que fue reemplazada por la redacción actual que se abordará más adelante, la norma sobre prescripción a la que aquí se hace referencia fue incorporada al DL 211 por el Artículo 17 E, el 14 de noviembre de 2003 con la publicación en el Diario Oficial de la Ley N°19.911.

requerimiento al demandado o requerido, y no por su sola interposición ante el Tribunal.<sup>25</sup> Ello fue razonable y nos parece que resultó armónico con el ordenamiento pues, además de ser así por regla general en nuestro derecho, dado que sólo desde la notificación de la demanda se traba la *litis*,<sup>26</sup> ello constituye una garantía para los administrados que concretiza el principio de publicidad,<sup>27</sup> fundamental para el derecho administrativo,<sup>28</sup> lo cual resulta relevante en los casos en que la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”) inicia una investigación o interpone un requerimiento.

El precepto, sin embargo, dejó abierta una interrogante muy importante que es precisamente la que da lugar a este trabajo: ¿Qué debe entenderse por ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia? ¿El criterio para delimitarla debe ser el mismo para todos los ilícitos? La respuesta categórica y completa a dichas preguntas, por supuesto, excede las pretensiones del presente trabajo en el que abordaremos los criterios que ha usado el TDLC en distintos fallos y esbozaremos una interpretación alternativa de

---

<sup>25</sup> Así lo ha señalado en *Ambulancias* (Sentencia N°106/2010 del TDLC), *KDM* (Sentencia N°118/2012 del TDLC), *Whirlpool* (Sentencia N°122/2012 del TDLC) y *Silfa* (Sentencia N°126/2012 del TDLC).

<sup>26</sup> CONTRERAS, L. Interrupción Civil de la Prescripción Extintiva. *Revista de Derecho y Jurisprudencia Doctrina*, Santiago. XLII (7 y 8). pp. 113-146.

<sup>27</sup> “Este principio supone en términos simples que la actividad desarrollada por la Administración debe ajustarse a un estricto sistema de exposición de fundamentos y de acceso a la información por parte de los ciudadanos de manera de mantener un permanente escrutinio público de las actividades públicas. Uno de los temas esenciales en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que no lo son y que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades.” CORDERO L. 2015. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago, Thomson Reuters. pp. 114-115

<sup>28</sup> En este caso en particular permite que los administrados conozcan el actuar de la administración y ello a su vez fomenta que la administración, en este caso la FNE haga un mejor uso de sus facultades pues estará sometida al escrutinio público y en especial, de los afectados.

las normas de prescripción en atención a la voluntad de los agentes, ayudándonos para ello de algunas de las categorías penales al respecto para apreciar el asunto desde una perspectiva distinta a la tradicional.

## 2. La prescripción antes de la reforma

La prescripción que el DL 211 contemplaba antes de la reforma de 2009, como podrá notarse, era una brevísima de dos años para cualquier atentado contra la libre competencia. Ella corría desde la ejecución del ilícito y se interrumpía con la notificación de la demanda o requerimiento. Ahora, como mencionamos, qué contaba como ejecución del ilícito es algo que no fue unívoco en la jurisprudencia del TDLC. En los próximos apartados, analizaremos las sentencias del TDLC sobre la materia que a nuestro juicio resultan más relevantes: *Ambulancias*,<sup>29</sup> *KDM*,<sup>30</sup> *Whirlpool*<sup>31</sup> y *Silfa*.<sup>32</sup> El objetivo es, a partir de éstas, delimitar cuáles fueron los criterios que se utilizaron en casos concretos de distintos ilícitos.

---

<sup>29</sup> Fiscalía Nacional Económica contra Sociedades Bertonati Vehículos Especiales Limitada, Conversiones San José S.A. y Kaufmann S.A. Vehículos Motorizados. Sentencia N°106/2010 del TDLC.

<sup>30</sup> Fiscalía Nacional Económica contra Kiasa Demarco S.A. y varios municipios. Sentencia N°118/2012 del TDLC.

<sup>31</sup> Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh do Brasil S.A. y Whirlpool S.A. Sentencia N°122/2012 del TDLC.

<sup>32</sup> ACAM S.A. contra Comercial e Industrial Silfa. Sentencia N°126/2012 del TDLC.

## *2.1 Ambulancias*

El caso ambulancias consistió en una colusión pero no, como típicamente se asume, de fijación de precios (directamente, aunque por supuesto la alteración del precio en el mercado es su efecto natural) sino de repartición de cuotas de mercado, en particular, de repartición de cuotas en una licitación pública.

### 2.1.1 Resumen de los hechos

Tanto los hechos<sup>33</sup> del caso como su calificación en términos de qué cuenta como ejecución resultan muy relevantes. Entre los hechos mencionados por las requeridas y la FNE destacan como fundamentales: **(i)** la presentación de las ofertas<sup>34</sup> de los participantes de la licitación el día 5 de septiembre de 2006; y, **(ii)** el Estado, una vez adjudicada la licitación, procedió a recibir materialmente las ambulancias (que adquirió con ocasión de la licitación) el 26 de enero de 2007,<sup>35</sup> fecha en la que se adjudicó finalmente el contrato de suministro de las referidas.

---

<sup>33</sup> Sentencia N°106/2010 del TDLC p. 1-13.

<sup>34</sup> Íbid. (1.7) p. 2.

<sup>35</sup> Íbid. (Decimoquinto). p. 18.

Atendido lo anterior, resulta crucial la determinación del hecho que cuenta como “ejecución de la conducta” a efectos de la prescripción, pues el requerimiento se notificó a las requeridas con fecha 8 de octubre de 2008<sup>36</sup>, por lo que todos los actos perpetrados con anterioridad al 8 de octubre 2006 se encontrarían prescritos.<sup>37</sup> En consecuencia, de ser **(i)** el momento de ejecución de los actos (presentación de las ofertas) éstos se encontrarían prescritos, mientras que de ser **(ii)**, esto es, la recepción material de los bienes, no habría prescripción. Finalmente, el 24 de noviembre de 2006 se llamó nuevamente a licitación.<sup>38</sup>

#### 2.1.2. Sentencias de los tribunales

El TDLC acogió<sup>39</sup> la excepción de prescripción pues entendió que ilícito anticompetitivo se ejecutó en el momento de presentación de las ofertas **(i)**, cuestión que explicó en su considerando vigésimo en los siguientes términos:

“resulta evidente que los actos materiales necesarios para poder llevar adelante la conducta descrita no serían otros que los conducentes a

---

<sup>36</sup> Íbid. (5.10). p. 8.

<sup>37</sup> La notificación del requerimiento interrumpe la prescripción para cada uno de los acusados de colusión individualmente. Por ello, como las notificaciones se practicaron en días distintos, la misma diferencia opera respecto al cómputo de prescripción. En el caso, la FNE había interpuesto y notificado el requerimiento con anterioridad pero, como decidió ampliarlo, la fecha de notificación no es la del primer requerimiento sino la de su posterior ampliación.

<sup>38</sup> Íbid. (1.8). p. 2.

<sup>39</sup> Op.cit. N°106/2010. (Considerando Vigésimooctavo). p. 21

presentar en ambas licitaciones ofertas previamente acordadas entre San José y Bertoniati, con la tranquilidad además de saber que sus actuales o potenciales competidores no podrían presentarse”<sup>40</sup> y que “[e]n otros términos, los actos materiales de la conducta son necesaria y exclusivamente actos que debieron ejecutarse con anterioridad a la fecha de presentación de las ofertas a ambas licitaciones, o a más tardar hasta el día mismo en que éstas se presentaron, toda vez que, después de esa fecha, sólo cabía a las supuestamente coludidas esperar a que la autoridad diera a conocer el resultado de la licitación, sin que los actos materiales de ejecución o las conversaciones que pudieren haber sostenido las requeridas al respecto con posterioridad a ese momento hayan podido tener alguna utilidad o sentido”.<sup>41</sup>

### 2.1.3. Criterios

El criterio que utilizó el TDLC en la sentencia en comento difiere del utilizado para el caso de colusión por precios que revisaremos *infra*. El Tribunal en este caso realizó una distinción entre las colusiones con ocasión de licitaciones, las licitaciones individuales y las sucesivas. En particular, se refirió a ellas del siguiente modo:

---

<sup>40</sup> *Íbid.* (Considerando Vigésimo). p. 19

<sup>41</sup> *Ídem.*

“por definición, en los casos de colusión en licitaciones individuales y no sucesivas –esto es, en licitaciones a las que se llama por una sola vez, sin que se espere otra u otras licitaciones para continuar proveyendo el mismo bien o producto u otros similares en el corto o mediano plazo- los actos que la componen se agotan y cesan con la presentación de las ofertas, debiendo entonces entenderse por ejecutada la conducta precisamente en ese momento, y no con posterioridad al mismo”.<sup>42</sup>

Al respecto cabe destacar que el Tribunal se refirió al agotamiento y cese de la conducta y no a la verificación de la misma, dando pie además para entender que el agotamiento y el cese son momentos distintos. Segundo, el criterio que empleó el Tribunal podría entenderse como uno que limita la prescripción en los casos de colusión en licitaciones individuales a la última instancia en que los coludidos pudieron revertir su acuerdo el cual en esta ocasión era al momento de presentar las ofertas. Revisaremos las implicancias de dichas afirmaciones con mayor detenimiento más adelante en este trabajo.

## 2.2. *KDM*

Uno de los casos más comentados en materia de prescripción es el caso del requerimiento que formuló la Fiscalía Nacional Económica en contra de la empresa Kiasa

---

<sup>42</sup> *Íbid.*<sup>42</sup> Op. Cit. N°106/2010 del TDLC.



Demarco S.A. (en adelante, “KDM”) y una serie de Municipalidades.<sup>43</sup> La tesis de la autoridad administrativa en dicho caso consistió en que las requeridas infringieron la libre competencia al levantar barreras de entrada anticompetitivas en el mercado de las licitaciones de tratamiento y disposición final de residuos de basura lo que, como consecuencia, impidió la entrada de nuevos actores al mercado y con ello de nuevas tecnologías.

#### 2.2.1. Resumen de los hechos

El 16 de junio de 1995<sup>44</sup> la empresa KDM y los municipios del Consejo de Alcaldes Cerros de Renca (Conchalí, Pudahuel, Renca, Las Condes, Lo Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, Quinta Normal, Recoleta, Independencia y Huechuraba) suscribieron un contrato a través del cual éstos contrataban con aquella servicios de tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos domiciliarios por un lapso de 16 años. Este contrato, al que se denominó “Tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos domiciliarios”<sup>45</sup> contenía además una cláusula de renovación automática<sup>46</sup> que operaba si antes de 2 años de finalizado el contrato inicial las partes no señalaban su oposición a la renovación mediante instrumento

---

<sup>43</sup> Sentencia N°118/2012 del TDLC.

<sup>44</sup> Íbid. (1.2). p.1.

<sup>45</sup> Ídem.

<sup>46</sup> Íbid. p. 2

público, cuyo otorgamiento sería debidamente notificado a la otra parte por intermedio de un notario. Es decir, si llegado el año 14 las partes nada habían señalado en la forma establecida por el acuerdo, se entendía el contrato renovado por un período de 16 años más. En los mismos términos se obligaron con KDM sucesivamente los municipios de Providencia (9/09/1996)<sup>47</sup>, Santiago (16/09/1996)<sup>48</sup>, La Reina (13/11/1996)<sup>49</sup>, Ñuñoa (27/11/1996)<sup>50</sup>, Curacaví (16/10/1998)<sup>51</sup>, San Joaquín (07/04/2000)<sup>52</sup>, Llay-Llay (12/05/2000)<sup>53</sup>, San Miguel (10/07/2001)<sup>54</sup>, La Cisterna (19/12/2001)<sup>55</sup> y Maipú (15/12/2003)<sup>56</sup>. Transcurridos los 14 años correspondientes a cada Municipalidad, sólo las de Huechuraba, San Joaquín y Maipú manifestaron su voluntad de no renovar<sup>57</sup> los contratos, poniendo término a la relación con el cumplimiento del periodo inicialmente pactado.

La FNE estimó que la acción no se encontraba prescrita al momento de presentarse el requerimiento pues la ejecución del acto consistía en la renovación del contrato.<sup>58</sup> En

---

<sup>47</sup> Op. Cit. N°118/2012. p. 1

<sup>48</sup> Ídem.

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> Ídem.

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> Ídem.

<sup>53</sup> Ídem.

<sup>54</sup> Ídem.

<sup>55</sup> Ídem.

<sup>56</sup> Ídem.

<sup>57</sup> Íbid. p. 2

<sup>58</sup> Íbid. (1.5) p.4

contra de dicho planteamiento, KDM<sup>59</sup> y las Municipalidades<sup>60</sup> sostuvieron que de haber existido un ilícito anticompetitivo éste habría tenido lugar al momento del contrato original, pues éste ya contenía la cláusula cuestionada.

### 2.2.2. Sentencias de los tribunales

#### 2.2.2.a. TDLC

El TDLC acogió el razonamiento de KDM y las Municipalidades y estimó, en su considerando decimosexto que:

“la decisión –expresa o tácita- de las requeridas de renovar sus respectivos contratos de tratamiento y disposición final de residuos sólidos domiciliarios no puede aislarse del establecimiento de la cláusula o estipulación que permite hacerlo. En otras palabras, el ejercicio de los derechos y obligaciones que en un contrato libremente pactado establece para las partes es el efecto natural del mismo y no puede, por lo tanto, cuestionarse el ejercicio de tales derechos sin atacar la fuente de los

---

<sup>59</sup> Op.Cit. N°118/2012 (8.1) p. 13.

<sup>60</sup> Íbid. Según consta en el fallo alegaron la prescripción conforme a este razonamiento las siguientes municipalidades; San Miguel (5.6) y Ñuñoa (6.1) p.8., Las Condes (7.2) p. 11, Conchalí, Pudahuel, Lo Barnechea, Vitacura, Cerro Navia, Lampa, Colina, Quilicura, Lo Prado, La Cisterna (9) p. 19 y (9.4), p. 21, Renca (11.10) p. 27.

mismos que, en la especie, corresponde al Contrato Original y sus Adhesiones”.<sup>61</sup>

En el considerando decimoséptimo agregó que el razonamiento de la FNE debía ser desechado toda vez que no correspondía “confundir la conducta ilícita que es objeto de reproche con los efectos perniciosos de la misma. Las conductas infraccionales que se efectúan en un momento determinado de tiempo se entienden cometidas en dicho instante, por prolongados que sean los efectos que ellas produzcan”.<sup>62</sup> Por ello, las conductas imputadas se encontrarían largamente prescritas dado que para el Tribunal la ejecución del acto correspondió a la suscripción del contrato<sup>63</sup> y no a la ejecución de sus cláusulas.

#### 2.2.2.b. Corte Suprema

Nuestro máximo tribunal, conociendo del recurso de reclamación interpuesto por la FNE en contra de la sentencia del TDLC, señaló en su considerando sexto que:

“aun [...] de entenderse que la conducta invocada por la Fiscalía Nacional Económica es la ejecución de la cláusula de renovación automática [...] las partes al renovar tácitamente los contratos se

---

<sup>61</sup> Íbid (decimosexto) p. 46.

<sup>62</sup> Op. Cit N°118/2012. p. 46.

<sup>63</sup> Íbid. (vigésimo) p. 47.

limitaron a dar cumplimiento a las estipulaciones pactadas al momento de la celebración de los contratos en cuestión”.<sup>64</sup>

Así, la Corte Suprema confirmó el razonamiento del TDLC, rechazó las alegaciones<sup>65</sup> y situó la perpetración del eventual ilícito al momento de la celebración del contrato.

### 2.2.3. Criterios

En primer lugar, el TDLC realizó en la sentencia en comento una distinción muy importante entre los ilícitos de ejecución instantánea y los de ejecución permanente, que si bien no resulta determinante para el caso, sí constituye un criterio importante en términos de prescripción.<sup>66</sup> En segundo lugar, más directamente vinculado a la solución del caso, el Tribunal efectuó una distinción entre el ilícito anticompetitivo y sus efectos. Así, el Tribunal entendió que el acto atentatorio contra la libre competencia era el acto jurídico que servía de presupuesto para la acción de las requeridas el que, en tanto unidad, no podía ser separado de sus cláusulas y los efectos que ellas pudieran tener. El atentado

---

<sup>64</sup> Sentencia de la Corte Suprema, ROL N°2255-2012. 7 de diciembre 2012. p. 10.

<sup>65</sup> Íbid. p. 11.

<sup>66</sup> “Decimotavo: Que lo anterior no contradice la doctrina establecida en otras decisiones de este Tribunal, en el sentido que existen infracciones de carácter permanente, que son aquellas cuya acción se prolonga en el tiempo y respecto de las cuales, mientras se estén ejecutando, no ha empezado a correr el plazo de prescripción. Sin embargo, en el caso de autos debe entenderse que la conducta reprochada es la celebración del contrato que contiene la cláusula de renovación automática cuyos efectos se cuestionan, conducta que se produce en un instante preciso y determinado en el tiempo.” Sentencia N°118/2012 TDLC, p. 46.

contra la libre competencia era, entonces, la suscripción de un acuerdo que podía, en determinada hipótesis de acción, generar efectos anticompetitivos.

La Corte Suprema agregó un criterio propiamente contractual que caracterizó al contrato como instrumento generador de deberes y derechos. De tal definición, la Corte desprendió que no era posible separar una cláusula accesoria de su contrato principal, por lo que si el contrato se pactó con la cláusula, el uso posterior de ésta no era más que una forma de dar cumplimiento al contrato, por lo que el cómputo de la prescripción debía empezar a correr con la suscripción de éste.

Sintetizando las posturas, el TDLC utilizó principalmente tres criterios para delimitar la prescripción. Estos fueron: **(i)** la distinción entre actos de ejecución instantánea y permanente; **(ii)** el atentado contra la libre competencia como uno consistente en el acuerdo sobre un determinado curso de acción (jurídicamente establecido); y, **(iii)** finalmente, la distinción entre el acto anticompetitivo y sus efectos. La Corte Suprema, por su parte, agregó una preocupación específica por el contrato como generador de obligaciones.

### *2.3 Whirlpool*

El caso *Whirlpool* correspondió al de un cartel internacional. A diferencia del caso *Ambulancias*, el caso en comento se trató precisamente de una colusión por precios.

Teniendo ello en consideración, cabe señalar que el ilícito de colusión es el más nocivo de los ilícitos anticompetitivos y el más notorio ante la opinión pública, especialmente la colusión que consiste en el acuerdo de alza de precios. El nivel de reproche que dicha conducta despierta es tal que en el sistema norteamericano se han establecido incluso penas de cárcel<sup>67</sup> y en el Europeo multas altísimas para sancionarlo,<sup>68</sup> lo que también es materia de nuestro sistema de libre competencia a contar de la reforma de 2016.<sup>69</sup> Por lo mismo este ilícito debe analizarse con sumo cuidado pues, como en el derecho en general, las instituciones que sirven de carta de presentación ante el sistema tienden a ser un buen termómetro del estado de las cosas en la rama.

### 2.3.1. Resumen de los hechos

El año 2009 se detectó la existencia de un cartel internacional sostenido por las grandes productoras de compresores herméticos (parte fundamental para la producción de refrigeradores). Los involucrados comenzaron a recurrir a las distintas agencias de libre

---

<sup>67</sup> Las penas pueden alcanzar hasta 10 años de cárcel para los ejecutivos de las empresas que se coludan. [En línea] Price Fixing, Bid Rigging and Market Allocation Schemes, En: The United States Department of Justice, <http://www.justice.gov/atr/price-fixing-bid-rigging-and-market-allocation-schemes> [Consultado el 03.09.2015]

<sup>68</sup> En el caso de las multas éstas corresponden a una fórmula (publicada por la UE en el Diario Oficial de la Union Europea, 1.9.2006, C 210/3) que tiene como límite el que la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) no 1/2003.

<sup>69</sup> La ley N°20.945 fue finalmente promulgada el 30 de agosto de 2016 y su análisis no fue incluido en el presente trabajo dado que se aprobó cuando el mismo se encontraba ya terminado.

competencia alrededor del mundo para acogerse al beneficio de la delación compensada.<sup>70</sup> En el caso chileno, Tecumseh do Brasil Limitada (en adelante, “Tecumseh”) acudió a la FNE para acogerse a dicho beneficio<sup>71</sup> y delatar a su cómplice Whirlpool S.A. (en adelante Whirlpool), entre otros que participaban en el cartel internacional.<sup>72</sup>

Los antecedentes del caso, que son los aportados por Tecumseh, dan cuenta de distintos momentos a contar de los cuales podría iniciarse el cómputo de la prescripción: **(i)** en enero de 2005 comenzaron a regir las primeras listas de precios concertados en Chile,<sup>73</sup> **(ii)** durante agosto de 2008 se remitió a los clientes chilenos la última lista de precios concertados,<sup>74</sup> y, **(iii)** por último, durante el mes de diciembre de 2008, finalizó la vigencia en Chile de la última lista de precios concertados.<sup>75</sup> Como el requerimiento fue notificado el 8 de noviembre de 2010,<sup>76</sup> para que se encontrase prescrita la acción era necesario que se entendiese como finalización de la ejecución del ilícito la remisión a los clientes chilenos de la última lista de precios concertados por parte del fabricante y no alguno de los actos perpetrados con anterioridad (esto es **(i)** o **(ii)**). Por tanto, únicamente si se entendiese como ejecución del atentado a la libre competencia la vigencia de los precios concertados en el mercado (hito **(iii)**) no se encontraría prescrita la acción que permitía el requerimiento de la FNE.

---

<sup>70</sup> TDLC N°122/2012 (1.30) p. 4

<sup>71</sup> Íbid. (1.2) p. 1.

<sup>72</sup> Íbid. (1.3) p. 1.

<sup>73</sup> Op. Cit N°122/2012. (Considerando Sexagésimo sexto) p. 40.

<sup>74</sup> Íbid. (Considerando Cincuagésimo séptimo) p. 35.

<sup>75</sup> Íbid (Considerando Decimosexto) p. 20.

<sup>76</sup> Ídem.



### 2.3.2. Sentencias de los tribunales

#### 2.3.2.a. TDLC

El Tribunal afirmó, respecto de la caracterización del acto que constituye la ejecución del ilícito de colusión, que éste

“se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o supresión del concierto de voluntades que lo configura. Los acuerdos entre competidores requieren, por regla general, de un conjunto de acciones que mantengan el estado de cosas contrario a derecho que provocan, y se extienden temporalmente mientras subsiste la supresión de la competencia entre los partícipes que resulta de los mismos. Lo anterior, dado que en este caso existiría una unidad de acción y no una serie de ilícitos distintos e independientes entre sí”.<sup>77</sup>

Es decir, la práctica colusoria constituyó en opinión del TDLC una unidad de acción que se extendió hasta que los precios dejaron de estar concertados. Señaló que, por lo tanto, “el momento a partir del cual debe computarse la prescripción se suspende hasta la terminación del ilícito, esto es, hasta el cese de su ejecución, que se extiende,

---

<sup>77</sup> Op. Cit. N°122/2010 (Considerando Undécimo. Sentencia N°122/2012).

mientras dura la producción de sus efectos anticompetitivos”<sup>78</sup> que en el caso de la fijación de precios consiste en la presencia de los precios en el mercado. Además el Tribunal afirmó que “en los acuerdos de reparto de mercado, ya sea geográfico, de clientes, o de cuotas de producción, subsiste mientras cada zona geográfica, cada cliente, o cada cuota de producción asignados, se mantenga en manos del competidor convenido, en cumplimiento de lo acordado”,<sup>79</sup> lo que si bien no era relevante para el caso concreto, sí lo es para la prescripción en general.

#### 2.3.2.b. Corte Suprema

Nuestra Corte Suprema, por su parte, siguió la misma lógica y señaló que “con la pérdida de vigencia de la última lista de precios convenida por los competidores en el mes de diciembre de 2008, dejó de subsistir la voluntad concertada de Whirlpool S.A. y Tecumseh de mantener el aumento de precios previa e ilícitamente pactado”.<sup>80</sup> Por tanto, consideró que la vigencia de los precios colusorios en el mercado en cuestión constituía parte de la ejecución del ilícito y por ello no debía empezar a correr el plazo de prescripción mientras ella subsistiera.

---

<sup>78</sup> Ídem., (Considerando Décimotercero).

<sup>79</sup> Ídem., (Considerando Decimosegundo).

<sup>80</sup> Corte Suprema, (Considerando Vigésimotavo), ROL°5308/2012, de 24 de septiembre de 2013.

### 2.3.3. Criterios

Tanto el TDLC como la Corte Suprema adoptaron criterios diversos a los previamente comentados. Ambos tribunales reconocieron en el ilícito de colusión un carácter particular que hizo variar su comprensión del concepto de “ejecución” y con ello la forma de computar los plazos de prescripción.<sup>81</sup>

Dado que en los ilícitos de colusión la ejecución del acto es compleja, dado el nuevo criterio, entendemos que ésta no se limita al acto mediante el cual las partes acuerdan alzar los precios, sino a toda la vigencia de los mismos. Dicha vigencia implica una continuación de su ejecución, dado que se necesitaría de la correspondiente fiscalización de cumplimiento por parte de las involucradas, lo que también importaría la materialización de un ilícito anticompetitivo.

En el caso de la fijación de precios, este criterio, según afirmó el propio TDLC, alcanzaría todo el tiempo en que permanezcan los precios acordados en el mercado y, en el caso de la repartición de cuotas de mercado, mientras la repartición subsista.<sup>82</sup> La Corte Suprema, por su parte, se refirió a la subsistencia de la voluntad concertada de los agentes

---

<sup>81</sup> Anteriormente habían fallado tanto el TDLC como la Corte Suprema en este sentido en sus sentencias N° 57/2007 y la que conoció de la reclamación de la misma (dictada 28 de enero de 2008), respectivamente.

<sup>82</sup> Sentencia. N°122/2012 (Considerando Duodécimo) del TDLC que se refiere a su vez a la Sentencia N°57/2007 del mismo tribunal.

coludidos como criterio delimitador, llegando a través de éste en todo caso a la misma conclusión que el Tribunal.

#### 2.4. *Silfa*

Un caso más reciente, en lo que nos preocupa, concerniente a restricciones verticales, fue el caso de ACAM S.A. (en adelante, “ACAM”) con Comercial e Industrial Silfa (en adelante, “Infanti”). A diferencia de los demás casos que revisamos, en ACAM contra Infanti se enfrentaron dos particulares por lo que el TDLC conoció del asunto por la vía de la interposición de una demanda y no de un requerimiento (por no estar involucrada la FNE). ACAM acusó a Infanti de la explotación abusiva de su posición dominante, manifestada en la creación de barreras de entrada –que logró mediante la suscripción de ciertas restricciones verticales-.<sup>83</sup> El TDLC sintetizó la postura de ACAM señalando que ésta sostenía que las restricciones verticales impuestas por Infanti “genera[n] un grave problema de parasitismo. Al expoliar la representación de una marca y establecer una restricción vertical sobre la misma, la dominante aprovecha todo el esfuerzo desplegado en inversiones realizadas por el competidor expoliado para su penetración y comercialización en Chile”<sup>84</sup> lo que tendría como efecto el cierre del mercado.

---

<sup>83</sup> TDLC N°126/2012 (1.1) p. 1.

<sup>84</sup> *Íbid.* (1.10) p. 2.

#### 2.4.1. Resumen de los hechos

El 26 de agosto de 2011<sup>85</sup> ACAM interpuso demanda contra Infanti ante el TDLC por infracción al Art. 3 letra c) del DL 211. Acusó de la demandada el abuso de su posición dominante que tuvo como efecto el cierre del mercado por la imposición de barreras de entrada y restricciones verticales.<sup>86</sup> Acusó además a la demandada de realizar actos de competencia desleal, inducir a proveedores a incumplir sus obligaciones con ACAM y engañar a los consumidores respecto de la procedencia de sus propios productos y así desviar clientela.<sup>87</sup> Infanti por su parte afirmó que, además de no constituir sus actos ilícitos anticompetitivos,<sup>88</sup> de hacerlo, se encontrarían prescritos al momento de notificación de la demanda (30 de septiembre de 2011).<sup>89</sup> La primera acusación consistió en una supuesta inducción por parte de Infanti a ciertos proveedores para que incumplieran sus deberes con ACAM.<sup>90</sup> Respecto a ésta, mientras que Infanti señalaba que la ejecución del acto presuntamente ilícito debía tener lugar antes de la modificación del contrato de distribución (10 de marzo de 2009),<sup>91</sup> ACAM sostuvo que éste debía ser el término del contrato de distribución (19 de enero de 2013)<sup>92</sup> pues esta terminación unilateral, así como la modificación, fueron inducidas por Infanti. En cuanto a la desviación de clientela, ésta

---

<sup>85</sup> Op. Cit. N°126/2012. (1.1) p. 1.

<sup>86</sup> Ídem.

<sup>87</sup> Ídem.

<sup>88</sup> Íbid. (2.29) p. 11.

<sup>89</sup> Íbid. (Considerando Cuarto) p. 18.

<sup>90</sup> Íbid.(1.5) p. 2.

<sup>91</sup> Íbid. (Considerando Quinto) p. 18.

<sup>92</sup> Íbid. (Considerando Quincuagésimo Segundo) p. 31.

habría consistido en una supuesta desviación cuya causa era la inducción de Infanti a sus clientes a pensar que sus productos eran de origen italiano.<sup>93</sup> Para afirmar lo anterior, ACAM se basó en que el nombre de la marca, “Infanti”, parecía tener dicho origen.<sup>94</sup> Respecto a esto, mientras Infanti señaló que la fecha de ejecución del ilícito sería la creación de la marca y su difusión masiva correspondiente ambas al año 2002;<sup>95</sup> ACAM argumentó que la conducta sería el acto de desviación y por ello habría seguido ejecutándose.<sup>96</sup> Respecto a las restricciones verticales impuestas por la demandada la pregunta es si se trataba de ilícitos de ejecución permanente o si por el contrario debían entenderse perpetrados al momento del establecimiento del contrato.<sup>97</sup>

#### 2.4.2. Sentencias de los tribunales<sup>98</sup>

##### 2.4.2.a. TDLC

---

<sup>93</sup> Op. Cit. N°126/2012. (1.21) p. 4.

<sup>94</sup> Íbid. (1.20).

<sup>95</sup> Íbid. (Considerando Octavo) p. 19.

<sup>96</sup> Íbid. (Considerando Décimo).

<sup>97</sup> Íbid. (Considerando Duodécimo) p. 20.

<sup>98</sup> En realidad las excepciones en el caso fueron acogidas sólo parcialmente y posteriormente se determinó respecto a aquellas que no fueron acogidas que no constituían ilícitos en este caso. Lo relevante para el presente trabajo, no obstante, no es esto sino las consideraciones que se tuvieron en cuenta para la determinación del momento de la ejecución de las conductas (pese a no resultar infracciones en este caso) más que enunciar la conclusión final del tribunal respecto a cada una de ellas en cuanto a su ilicitud.

El TDLC, respecto a los actos de competencia desleal, no acogió<sup>99</sup> la excepción de prescripción por dos motivos. En cuanto a la supuesta inducción realizada por Infanti - para que los proveedores de ACAM incumplieran sus deberes contractuales-, señaló que como ella no sólo consistía en la inducción a la modificación del contrato sino también a la terminación unilateral por parte del distribuidor, este último acto de la conducta imputada pudo ser hasta esa fecha (no así después de esa fecha en la medida en que la conducta supuestamente deseada por Infanti ya se hubiere materializado por lo que no tendría sentido su consecución).<sup>100</sup> Respecto a la inducción errónea a los consumidores sobre la procedencia de sus productos, determinó que lo relevante no era el año de inscripción de la marca (el acto jurídico relevante) sino la acción que continuó ejecutando al mantener la desviación de clientela. En este sentido, señaló que “el hecho de que Infanti haya sido creada y registrada el año 2002 y dada a conocer masivamente en esa época, no importa entender, a juicio de este Tribunal, que la conducta ya se ejecutó si con posterioridad a ello Silfa continuó utilizando dicha marca y difundiendo sus productos mediante ella, como es el caso”.<sup>101</sup>

En lo que respecta a los actos de exclusión a través de la imposición de restricciones verticales en las relaciones con sus proveedores por parte de Infanti, el Tribunal realizó una distinción entre los proveedores cuyos contratos de distribución

---

<sup>99</sup> Íbid. (vigésimo primero) p. 22.

<sup>100</sup> Op. Cit. N°126/2012. (sexto) p. 18.

<sup>101</sup> Íbid. (Considerando Décimo) p. 19.

fueron exhibidos durante el juicio y por ende cuya fecha se conoció,<sup>102</sup> de aquellos cuyo contrato no fue conocido no siendo posible por ello determinar una fecha precisa para el inicio de su ejecución. Al efecto, sostuvo que: “en relación con los contratos de distribución que Silfa celebró con los proveedores Hampton y Forge Ltda., Phillips Chilena S.A., Phil & Teds Most Excellent Buggy Company Limited, Summer Infant Asia Ltd. y Kids II Far East Limited, en todos ellos, salvo en aquel celebrado entre Silfa y Phillips Chilena S.A., se contienen cláusulas en virtud de las cuales se designó a la demandada como distribuidora exclusiva en Chile y otros países de Sudamérica de los productos del respectivo proveedor”<sup>103</sup> y que, conforme a su jurisprudencia anterior, no correspondía confundir la conducta ilícita con sus efectos.<sup>104</sup>

Sin embargo, para los proveedores cuya exclusividad no fue controvertida, el TDLC estableció que al señalar la demandada que no existían acuerdos o contratos escritos, no se podía establecer la fecha precisa de dicha exclusividad y por ende de su ejecución en términos del artículo 20 del DL 211. La formulación exacta del Tribunal fue la siguiente “no existiendo controversia respecto de la exclusividad que tendría Silfa de las marcas [...] correspondía a la demandada acreditar los supuestos fácticos que harían aplicable la institución de la prescripción extintiva, lo que no ocurrió en la especie pues salvo señalar que no existían acuerdos o contratos escritos, no aportó evidencia alguna que permitiera a

---

<sup>102</sup> Íbid. (Considerando Duodécimo) p. 20.

<sup>103</sup> Op. Cit. N°126/2012. (Considerando Décimotercero) p. 20.

<sup>104</sup> Íbid. (Considerando Décimoquinto) p. 20 refiriéndose a las Sentencias N°118/2012 (KDM) y N°122/2012 (Whirlpool)



este Tribunal establecer la fecha precisa en que se habría acordado dicha exclusividad y, por ende, ejecutado la conducta para los efectos previstos en el artículo 20 del D.L. 211”.<sup>105</sup>

#### 2.4.2.b. Corte Suprema

Nuestro máximo tribunal rechazó la reclamación de ACAM en lo que respecta a la prescripción del ilícito anticompetitivo por pactar las referidas cláusulas de exclusividad, al señalar de modo general que “la conducta reprochada, esto es, el establecimiento de cláusulas de exclusividad a favor de la demandada se verificó y se agotó en el momento de suscribir o celebrar los respectivos contratos en que ellas se incorporan”.<sup>106</sup> Respecto a la competencia desleal no se pronunció directamente sobre la prescripción por estimar que “no es posible advertir una interferencia desleal de un competidor hacia otro”<sup>107</sup> y que la imputación de desviación de clientela era infundada y carecía de prueba suficiente.

#### 2.4.3. Criterios

---

<sup>105</sup> Íbid. (Considerando Vigésimo) p. 22.

<sup>106</sup> CS (Considerando Cuarto) ROL N° 9427/2012. Resolución n°43957. 1 julio 2013. p.13

<sup>107</sup> Íbid (Considerando Duodécimo).

El fallo de la Corte Suprema confirmó el criterio de distinguir entre la ejecución de un acto y sus efectos,<sup>108</sup> situando la ejecución del acto al momento del nacimiento de la obligación jurídica cuyos efectos atentarían contra la libre competencia. Para ello asumió que el acto anticompetitivo “se verificó y agotó en el momento de suscribir o celebrar los respectivos contratos”.<sup>109</sup> Esta distinción, ya esbozada en el caso *Ambulancias*, es relevante porque implica que es posible distinguir entre la verificación del acto, que sería algo como el principio de ejecución,<sup>110</sup> y el agotamiento, que sería (o al menos podría ser bajo cierta hipótesis) un momento distinto del primero y que impediría que empezase a computarse la prescripción sino hasta su término.

El TDLC, por otro lado, si bien también hizo la distinción entre acto y efecto, la aplicó de una forma que resulta interesante, particularmente respecto al caso de las restricciones verticales (más allá de que luego absolvió a Infanti por razones sustantivas). A este respecto razonó que, como no era identificable el momento del contrato de algunos de los acuerdos<sup>111</sup> (por no tener acceso a su versión escriturada), como se probó que (o se tuvo por probado que), pese a no existir acuerdo escrito, existieron restricciones verticales que pudieron afectar la libre competencia, se entendió que el mantenimiento de éstas

---

<sup>108</sup> *Ibid* (Considerando Cuarto).

<sup>109</sup> *Ídem*.

<sup>110</sup> El principio de ejecución es aquel “instante en que el hecho pasa [a] constituir una realización parcial del tipo de delito” MAÑALICH R. J., 2004, El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía, [En línea] <<http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15042/15462>> REJ, Santiago. N°5 p. 3 [Consulta: 6 de junio de 2014]

<sup>111</sup> Op. Cit. ROL N° 9427/2012 (Vigésimo) p. 22.

constituyó la ejecución de la acción ilícita en términos de libre competencia. Es decir, durante toda la vigencia de las restricciones verticales cuya fuente escrita no se exhibió en el proceso,<sup>112</sup> la conducta anticompetitiva estaba siendo realizada y al no establecerse una fecha precisa<sup>113</sup> para su inicio no podía iniciarse el cómputo de prescripción.<sup>114</sup>

En el mismo sentido, respecto a la competencia desleal el TDLC señaló que la conducta de desviación de clientela no pudo reconducirse al registro de la marca que inducía a la confusión pues, como el ilícito consistía en la difusión o uso de aseveraciones incorrectas sobre el bien que se comercializa, no se iniciaría el plazo de prescripción mientras no cesare dicho uso o difusión.

Asimismo, respecto a la inducción por parte de Infanti a los proveedores de ACAM a modificar y luego terminar con el contrato que los ligaba, el Tribunal consideró que, como la acción relevante era la incitación material por parte de Infanti a que el proveedor no cumpliera con sus obligaciones, ella pudo tener lugar hasta el momento de la terminación unilateral. Esto en la medida en que tanto la incitación a la modificación que se ejecutó finalmente al momento de cambiar el contrato (eliminándose la exclusividad previamente convenida) como la terminación unilateral de la relación contractual por el proveedor de ACAM habría sido incitadas por Infanti.

---

<sup>112</sup> Íbid. (Décimo noveno) p.22.

<sup>113</sup> La determinación de dicha fecha, ha establecido el tribunal, correspondía a la demandada por no haber controvertido su existencia. Íbid. (Vigésimo) p.22.

### 3. Cómo entender los criterios de la jurisprudencia

En las secciones previas hemos revisado los criterios que han utilizado el TDLC y la Corte Suprema para determinar la fecha en que se inicia el cómputo de la prescripción. En los apartados siguientes analizaremos cómo se podrían relacionar dichos criterios para otorgar una respuesta más adecuada al problema de la prescripción, que no implique la reducción de los problemas de competencia a problemas de actos jurídicos. Para ello revisaremos qué criterios pueden dar espacio a una adecuada teoría de la prescripción y cuáles creemos deben ser desechados por distorsionar el sentido y espacio de la institución.

Como podrá haberse notado, la jurisprudencia previa a la reforma del DL 211 de 2009, esbozó distintos tipos de consideraciones para enfrentarse a las dificultades que plantea la prescripción. Los criterios que hemos identificado en lo precedente podrían resumirse en las siguientes consideraciones: **(i)** es necesario distinguir entre los ilícitos de ejecución instantánea y los de ejecución permanente,<sup>115</sup> **(ii)** se entendería que el acto atentatorio contra la libre competencia es el acuerdo (acto jurídico) a través del cual los

---

<sup>115</sup> KDM, Sentencia N°118/2012 del TDLC.

requeridos/demandados conciertan realizar el comportamiento ilícito,<sup>116</sup> **(iii)** es imprescindible distinguir los ilícitos anticompetitivos de sus efectos,<sup>117</sup> **(iv)** en caso de no existir acuerdo escrito no empezaría el cómputo de prescripción mientras el ilícito subsista materialmente,<sup>118</sup> **(v)** en algunos casos, la comisión del ilícito no podría ser reconducida simplemente a un acto jurídico inicial (ej. desviación de clientela, inducción a excluir competidores),<sup>119</sup> **(vi)** el ilícito de colusión tiene un carácter particular que hace que se trate de un ilícito complejo por lo que la prescripción no debe empezar a computarse desde el acuerdo sino mientras subsistan los precios<sup>120</sup> en el mercado<sup>121</sup> -dado que existe una unidad de acción- y, **(vii)** en casos de licitaciones, esto tendría como limitación las licitaciones individuales.<sup>122</sup>

Creemos que estos criterios, que no se relacionan necesariamente de forma unívoca, en realidad sí pueden ser reconstruidos con cierta coherencia basándonos en la estructura jurídica inherente al proceso de libre competencia (nos referiremos a esto con más detalle *infra*).

---

<sup>116</sup> Ídem.

<sup>117</sup> Ídem. y Silfa, Sentencia N°126/2012 del TDLC.

<sup>118</sup> Silfa, Sentencia N°126/2012 del TDLC.

<sup>119</sup> Ídem.

<sup>120</sup> En este sentido la jurisprudencia se adelanta al legislador pues todos estos fallos fueron dictados antes de la reforma de 2009 en que se dicta una norma especial para la colusión que establece que el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras subsistan los efectos de ésta en el mercado.

<sup>121</sup> Whirlpool, Sentencia N°122/2012 del TDLC.

<sup>122</sup> Ambulancias, Sentencia N°106/2010 del TDLC.

El problema que la judicatura tuvo en este período, a nuestro juicio, radica en haber centrado su atención de forma excesiva en el acto jurídico que materializa o hace exigible en términos jurídicos la conducta anticompetitiva. En este sentido, el error que creemos cometió el adjudicador fue reconducir la perpetración del acto anticompetitivo a su manifestación jurídica, no obstante la perpetración del acto pueda llegar a ser la de un acto material que no tenga fuerza jurídica obligatoria (v.gr., la desviación de clientela que realice una marca al imitar la estética de su competidor).<sup>123</sup> Así, si bien la distinción que elaboraron los tribunales, que diferenció entre el acto anti-competitivo y sus efectos,<sup>124</sup> es correcta en términos dogmáticos, estos erraron al equiparar dicha distinción con la que existe entre los actos jurídicos que materializan actos anticompetitivos y sus efectos<sup>125</sup> (entre los que se incluyen los actos anticompetitivos sin fuerza jurídica obligatoria), igualando de este modo el acto anti-competitivo con su manifestación jurídica.

El criterio recién comentado fue corregido en los casos de colusión, donde la jurisprudencia reconoció que no son los actos jurídicos o el acuerdo (ilícito) el único factor a evaluar, debiendo analizarse la conducta en términos más amplios.<sup>126</sup> No obstante, la jurisdicción pareció creer que tal consideración resultaba aplicable exclusivamente a esos

---

<sup>123</sup> Como en el ya comentado caso Silfa TDLC N°126/2012

<sup>124</sup> A la cual se refiere explícitamente como ya señalamos en las sentencias KDM (N°118/2012), Whirlpool (N°122/2010) y Silfa (N°126/2012) del TDLC.

<sup>125</sup> Como lo hizo en los casos Ambulancias (N°106/2010) y KDM (N° 118/2012).

<sup>126</sup> Así lo hizo en Whirlpool en que consideró que la colusión era un ilícito complejo por lo que no debía iniciarse el cómputo de prescripción mientras se mantuvieron los precios colusorios en el mercado (Considerando Undécimo, sentencia N°122/2010 del TDLC) pero lo contrario ocurrió en Ambulancias por considerar que en las licitaciones individuales la conducta se agotaba con la presentación de las ofertas (Considerando Vigésimo, sentencia N°106/2010 del TDLC).

casos dada su estructura particular (ya que el ilícito no era sólo el acuerdo de precios o de cantidades, sino también el monitoreo posterior del cumplimiento del acuerdo).

Creemos que esta confusión ha llevado a interpretaciones equivocadas de la institución de la prescripción en libre competencia, ya que si bien es cierto que en los casos de colusión (exceptuando los casos de licitaciones) es especialmente evidente que su perpetración no se limita a la celebración del acuerdo, no es menos cierto que existen también otros casos en que la celebración del acto jurídico no alcanza a contener la perpetración del ilícito anticompetitivo. Más aún, generalmente la perpetración del acto anticompetitivo no se agota sino que, apenas comienza, con la suscripción del acto jurídico que la materializa y continúa durante la ejecución de las obligaciones contenidas en éste. Por lo mismo, resulta equivocado, creemos, equiparar la perpetración de un ilícito anticompetitivo con el acto jurídico que le da lugar, pues la ejecución del primero no se limita a la suscripción del segundo.

Esta cuestión quedó de manifiesto en la sentencia de la CS para el caso KDM, donde estableció, como vimos, que no podían separarse las cláusulas accesorias de un contrato de su contrato principal para efectos de la prescripción y, por ende, la ejecución de una cláusula contenida en un contrato equivalía simplemente a dar cumplimiento a dicho contrato aun tratándose de cláusulas facultativas.

Respecto a esto, nos parece dudoso que una cláusula de renovación automática constituya una obligación a la que se deba dar cumplimiento y no una facultad o derecho que puede o no ejercerse. Estimamos que la distinción entre dar cumplimiento a una obligación y ejercer un derecho es relevante en la medida que la primera puede anticiparse jurídicamente mientras que la segunda sólo puede suponerse ya que su ejercicio es facultativo o, en otras palabras, sólo eventual y no cierto. En este sentido en el primer escenario (el de una obligación) el ordenamiento jurídico puede,<sup>127</sup> en términos normativos, predecir la acción que el sujeto realizará y en caso de verse defraudado, exigir –a través del poder coercitivo del Estado- del sujeto que cumpla con su obligación. Por el contrario, en el caso de un derecho, el sujeto es libre de ejercerlo o no, por lo que al ordenamiento le es indiferente en términos de exigibilidad la decisión que el sujeto tome respecto a su ejercicio y nada puede hacer al respecto. En este sentido, la reconducción de la perpetración del ilícito anticompetitivo a la suscripción del contrato entre las municipalidades y la empresa resulta poco cuidadosa y equivocada.

En suma, buscamos desechar este criterio por ser incompatible con una comprensión holística del derecho, proponiendo una reinterpretación de los demás criterios y asignándoles una ubicación que creemos más sistemática dentro del ordenamiento jurídico, esto es, coherente con el funcionamiento del resto de las normas, para analizar caso a caso las características del ilícito y el significado de los contratos en ese contexto. Para aventurarnos con dicho análisis resulta fundamental considerar la

---

<sup>127</sup> O en el caso de controversias entre particulares, el afectado.



capacidad del infractor de evitar la conducta anticompetitiva. Revisaremos esta hipótesis en lo que sigue del presente trabajo.

#### 4. Jurisprudencia Norteamericana

Los problemas interpretativos y de delimitación planteados no son exclusivos de la práctica chilena, sino que son transversales a las distintas legislaciones, cuyas respuestas reflejan también esta problemática. Su revisión, por lo mismo, puede resultar un aporte para complementar las consideraciones esbozadas hasta aquí.

En el presente apartado analizaremos los criterios más relevantes que la *Supreme Court* de los EE.UU. ha levantado y su posible aplicación para el caso chileno.<sup>128</sup>

##### 4.1. Criterios

La *Supreme Court* de los EE.UU. se ha enfrentado a varios de los problemas sobre prescripción que hemos abordado. Los fallos que analizaremos en realidad se refieren a acciones indemnizatorias fundadas en infracciones a la *Clayton Act*,<sup>129</sup> pero cuyos criterios creemos son relevantes para nuestro análisis por los fundamentos que les subyacen.

---

<sup>128</sup> No se analizaron para el presente trabajo fallos de la UE pues se privilegió el examinar con un mayor grado de profundidad la jurisprudencia norteamericana.

<sup>129</sup> Aprobada el 10 de octubre de 1914 con el objeto de complementar la legislación antimonopólica, contra restricciones ilícitas y otro propósitos. SIXTY-THIRD CONGRESS

En este sentido uno de los criterios más importantes es el sustentado por la Corte en el caso *Zenith*. En dicho caso “*the court reaffirmed that at least some violations of antitrust laws represent modified continuing violations*”.<sup>130</sup> El caso consistió en que, tras expirar en 1959 el acuerdo de licencia que tenía la empresa *Zenith* (fabricante de radios y TV para su venta en los EE.UU. y otros países), con Hazeltine Research Inc. (“HRI” en adelante) que le permitía utilizar todos los paquetes de licencias estándar de esta última, se negó a renovarlos argumentando que dicha licencia ya no era necesaria. En noviembre de 1959, HRI demandó a *Zenith* por infracción al derecho de patentes a lo que *Zenith* respondió señalando que no había infracción alguna por la invalidez de la patente invocada y además acusó a HRI de conspirar con consorcios de patentes extranjeras en su contra. En mayo de 1963 *Zenith* demandó reconventionalmente a HRI por daños triples<sup>131</sup> y medidas *cautelares*, alegando que se habían violado las disposiciones del Sherman Act de patentes por parte de HRI, tanto en lo que correspondía al procedimiento que se estaba llevando a cabo como respecto a la conspiración que tenía con *Hazeltine Corp.* (empresa relacionada) en Australia, Inglaterra y Canadá. La Corte finalmente respaldó la posición

---

SESSION, sess. II, chapters 320. 323, 1924 [En línea] [Disponible en: <http://www.legisworks.org/congress/63/publaw-212.pdf>]

<sup>130</sup> GRAHAM. K. 2007. The Continuing Violations Doctrine. [en línea] *Gonzaga Law Review*. Vol. 43:2. <<http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/21/>> [Consulta: 25 de noviembre de 2013] p. 313. [Traducción libre: la corte reafirmó que al menos algunas violaciones a la normativa de libre competencia representan violaciones continuas modificadas]

<sup>131</sup> Es decir, por una indemnización que ascienda al triple del monto del daño cometido. Es un ejemplo de lo que se conoce como daño punitivo en que la atribución de responsabilidad busca desincentivar la comisión de las conductas ilícitas.

de *Zenith* en todas sus reclamaciones, señalando que no hubo infracción al derecho de patentes de HRI. En cuanto a la demanda reconvenzional, estableció que HRI había mal usado sus patentes domésticas para coaccionar a *Zenith* a aceptar paquetes de licencias de 5 años e insistir en extraer rentas de productos no patentados. Finalmente la Corte afirmó que HRI y *Hazeltine Corp.* habían efectivamente conspirado para excluir a *Zenith* del mercado Canadiense, Inglés y Australiano.<sup>132</sup> Al respecto la Corte señaló que:

*“if a plaintiff feels the adverse impact of an antitrust conspiracy on a particular date, a cause of action immediately accrues to him to recover all damages incurred in that date and all provable damages that will flow in the future from the acts of the conspirators on that date [...] the cause of action for future damages... will accrue only on the date they are suffered, there after the plaintiff may sue to recover them at any date within four years from the date they were inflicted”.*<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> 401 U.S. 321 (1971).

<sup>133</sup> Op. Cit. 401 U.S. 321 (1971). [Traducción libre: Si un demandante experimenta el impacto adverso de una conspiración anticompetitiva en una fecha determinada, se origina inmediatamente para el una acción para recuperar todos los daños incurridos en tal fecha y todos los que emanarán en el futuro de los actos de los conspiradores en tal fecha [...] la acción para futuros daños surgirá sólo desde la fecha en que se hayan sufrido, por lo tanto el demandante puede demandar su reparación en cualquier fecha dentro de los cuatro años desde la fecha en que le fueron infligidos.] Op. Cit. 401 U.S. 321 (1971).

Lo que en el fondo no fue más que la constatación de que la prescripción no podía empezar a computarse si no se había producido (o, siguiendo nuestro razonamiento, pudiera preverse con un grado razonable de certeza) el daño, pues ello equivaldría a exigir la determinación de un ilícito aún inexistente en la medida en que sería imposible para la víctima ejercer su acción.<sup>134</sup>

Por otro lado en *Hennegan*,<sup>135</sup> el dueño de una tienda de regalos interpuso una acción en sede de libre competencia contra *Pacifico Creative Service Inc.* (agencia de turismo), fundado en que éste desviaba clientela potencial hacia su competidor. *Pacifico Creative Service Inc.* habría acordado con el competidor de *Hennegan* que desviaría a los clientes que pasaren por la tienda de *Hennegan* para dirigirlos hacia la de su competidor. Si el cómputo de prescripción se iniciaba con el acuerdo entre las agencias de turismo y el competidor de *Hennegan*, la acción se habría encontrado prescrita al momento en que fue interpuesta. En cambio, si cada acto de desviación de los turistas por parte de la agencia reiniciare la prescripción, no habría habido problemas para ejercer la acción. En consecuencia, si la prescripción comenzaba a contarse desde la celebración del acuerdo,

---

<sup>134</sup> KOOB, E. C. y KAZANOFF, E. P. 2004. *Global Counsel Competition Law Handbook*. [en línea] *Competition Law* 2004/05. < <http://www.stblaw.com/docs/default-source/cold-fusion-existing-content/publications/pub484.pdf?sfvrsn=2>> [Consulta: 25 de noviembre de 2013] p. 29, en el mismo sentido se pronuncia KENETH. 2006. *Private anti-trust remedies under US law*. [en línea] *PLC Cross-border Competition Handbook* 2006/07. Volume 1 < <http://www.steptoe.com/assets/attachments/2804.pdf>> [Consulta: 20 de diciembre de 2013] p. 90.

la acción de *Hennegan* se encontraría prescrita. Si, por el contrario, comenzaba a contarse desde que el último potencial cliente fue desviado hacia la competencia, no se hallaría prescrita. En la especie la Corte sostuvo que “[an] irrevocable, immutable, permanent and final decision made outside the limitations period does not constitute a continuing violation even if the injury continues within the statutory period”,<sup>136</sup> por lo que, de acuerdo a la *Supreme Court*, no debía confundirse la acción que significaba un atentado contra la competencia con los daños que de ella se generaren, desechando la petición del demandante.

A las consideraciones anteriores se agrega en *Pace Industries* un criterio para determinar cuándo debe reiniciarse el cómputo de la prescripción. En dicho caso, la empresa Wabash fabricaba y vendía equipos de prueba de discos de dos tipos: simples y múltiples. En 1973 vendió su línea de equipos de prueba de discos *single disc testing equipments* a Three Phoenix Industries (en adelante, “TP”) y su línea equipos de prueba de discos múltiple a Pace Industries (en adelante, “Pace”). El contrato que suscribieron Wabash y Pace contenía, además, una cláusula en que éstos acordaban no competir con TP en la fabricación y venta de equipos de prueba de discos *single*. En 1978, empero, Pace quiso ingresar al mercado de equipos de prueba de discos *single*, ante lo que TP reaccionó demandando ante la *state court*, a título de tercero beneficiario, el cumplimiento del contrato que Pace había suscrito con Wabash. Ante esto, Pace solicitó que se desechare la

---

<sup>136</sup> 787 F.2d 1299 (1986). [Traducción libre: una decisión final, irrevocable, inmutable y permanente tomada fuera del cómputo de prescripción no constituye una violación continua ni aún si el daño continúa dentro del término de prescripción.] 787 F.2d 1299 (1986).

petición por violar las leyes federales y nacionales de . La *Superior Court* le dio la razón a Pace, decisión que luego fue apelada por TP ante la *Arizona Court of Appeals* que revirtió la decisión en 1981. Posteriormente, en 1983, la decisión fue nuevamente revertida, pero por la *Arizona Supreme Court* que señaló que el acuerdo en cuestión constituía una violación *per se* de la *Sherman Act*. Pace entonces interpuso una acción por *treble damages*<sup>137</sup> contra Wabash y TP quienes, por su parte, alegaron que la acción se encontraba prescrita pues habían pasado ya los 4 años necesarios para tal efecto. De acuerdo a Pace la acción no se encontraba prescrita, pues los daños al momento de la demanda eran aún inciertos. En ambas instancias la Corte dio la razón a los demandados al afirmar que el cómputo de prescripción se había iniciado en 1978 y expirado en 1982, desechando el argumento de Pace.<sup>138</sup>

Para llegar a dicha conclusión la Corte afirmó que “*two elements characterize an overt act which will restart the statute of limitations 1) It must be a new and independent act that is not merely the reaffirmation of a previous act and 2) it must inflict new and accumulating damage to the victim*”,<sup>139</sup> identificando claramente los requisitos necesarios para no iniciar el cómputo de la prescripción, elementos que no se presentaban en la especie.

---

<sup>137</sup> Daños triplicados, es decir, demandar por el triple del monto correspondiente a los perjuicios sufridos por el actor.

<sup>138</sup> 813 F.2d 234 (1987)

<sup>139</sup> Ídem. [Traducción libre: dos elementos caracterizan un acto manifiesto que reiniciará el término de prescripción 1) Debe ser un acto nuevo e independiente que no sea la mera reafirmación de un acto previo y 2) debe inflingirle a la víctima un nuevo daño que se acumule al anterior] Ídem.

#### 4.2. *Análisis de su compatibilidad con la legislación chilena*

Los criterios de la *Supreme Court* analizados buscan delimitar qué actos constituyen ilícitos independientes o continuos para la libre competencia y sus consiguientes efectos en términos de prescripción. En este sentido, nos parece adecuada y rescatable la idea de *Zenith* que constituye, a nuestro juicio, una nueva manifestación de que no se puede obligar a las personas más allá de sus capacidades, cuya contra cara es que no puede existir un derecho que las personas no sean capaces de ejercer. Así, si los afectados por un atentado contra la libre competencia no pudieron recurrir a un tribunal porque no podían saber que se les había ocasionado un daño, no podría iniciarse el cómputo para la prescripción de su acción pues ello implicaría otorgarles un derecho imposible de ejercer. Dicho criterio se centra en realidad en la capacidad de la víctima de ejercer su acción pero nos parece que la lógica que subyace a él es plenamente aplicable al ordenamiento chileno, pues se basa en principios generales de derecho, comunes al ordenamiento norteamericano y chileno.

El criterio atendido en *Hennegan*, por otro lado, si bien nos parece adecuado en términos teóricos, puede prestarse para confusión. Estamos de acuerdo con la idea de situar a la voluntad como límite para la identificación de la ejecución del acto, pero la redacción de la Corte parece algo desafortunada pues sugiere que una decisión contractual debe entenderse como una manifestación de voluntad que se limita al momento de la

suscripción del contrato. No, por el contrario, a una de obligarse en sus términos (y por tanto durante el tiempo que éste estipule) a las obligaciones contraídas en él (siempre que el agente hubiere podido prever su capacidad de generar efectos anti-competitivos). Suprimir la idea de voluntad de los actos de ejecución del contrato parece poco sistemático si consideramos que el contrato es una manifestación de la voluntad de las partes, por lo que negar dicho carácter en sede de libre competencia sin mayor justificación resulta errado.

En cuanto a los elementos que exige la Corte en *Pace* para que se trate de un nuevo acto, creemos que ellos resultan insuficientes en la medida en que se hacen sólo parcialmente cargo del problema. En este sentido, si bien la idea de infligir un daño nuevo y acumulativo por otro acto distinto nos parece adecuada, la noción de reafirmación de voluntad sin embargo nos parece equívoca, pues se debiese reconocer como límite a la continuación de un acto la facultad de quien lo realiza de obrar de modo diverso. Este punto es fundamental, porque la idea de reafirmar la voluntad anterior implica que en alguna medida había una alternativa, a saber, la de no reafirmar. En ese caso, parece ser que el ordenamiento impone sobre los sujetos un deber jurídico en todo momento, por lo que si la persona pudo no confirmar su voluntad (y con ello, no actuar ilícitamente) debió haberlo hecho, constituyendo lo contrario un nuevo atentado que debe reiniciar el cómputo de la prescripción. Creemos, de hecho, que el no hacerse cargo de esta cuestión es lo que ha provocado que en algunos casos se haya fallado con criterios opuestos a los que ella



misma ha construido.<sup>140</sup> Así, el problema de la prescripción consiste en determinar la presencia de la voluntad del infractor, esto es, consiste en identificar qué cuenta como expresión de su voluntad porque sólo mediante ésta puede imponerse una sanción por infracción de un deber.

Los criterios de la *Supreme Court* de los EE.UU. por lo tanto, pese a referirse a prescripción de acciones indemnizatorias, otorgan ciertas líneas adecuadas para el examen de la prescripción de infracciones al DL 211 y reflejan problemáticas similares a las del caso chileno y, además, se hacen parcialmente cargo de la teoría que aquí hemos desarrollado. En este sentido, parecen un buen contrapunto para explicar la forma en que debiese operar la prescripción.

Todo lo anteriormente planteado, si bien se enmarca en casos de prescripción de libre competencia, no se corresponde exactamente a los desafíos actuales de nuestra legislación. Ello es especialmente evidente en el caso de la jurisprudencia norteamericana, cuya aplicación para nuestro ordenamiento puede sólo realizarse mediante analogía.

En cuanto a la jurisprudencia nacional estudiada, en cambio, como se mencionó, cabe hacer algunas precisiones ya que los casos analizados hasta ahora aplican las reglas de

---

<sup>140</sup> Ese fue por ejemplo el caso de David Orgell Inc, en que se entendió prescrita la acción pues se contaron como reafirmaciones (y no nuevas acciones) las sucesivas negativas de venta de porcelana china para su posterior venta (en 1968, 1976, y 1977) por parte del demandado al demandante. 640 F.2d 936 (1981)

prescripción del DL 211 previas a la reforma que tuvo lugar el año 2009. Ello, empero, no vuelve irrelevantes las consideraciones que tuvimos en cuenta, pues versan sobre la prescripción en términos generales como institución en libre competencia, lo que representa el desafío más importante del presente trabajo.

## **5. Consideraciones dogmáticas respecto a los criterios utilizados por la jurisprudencia**

### *5.1 La importancia de la capacidad del infractor en el cómputo de la prescripción*

Tomemos primero el criterio utilizado por el TDLC y la Corte Suprema en el caso KDM. Dicho criterio, **(ii)**,<sup>141</sup> situó el atentado contra la libre competencia en el momento en que las partes suscribieron un contrato que contenía una cláusula que, de ejecutarse, podía posteriormente dañar la libre competencia. Nos parece que dicha noción, que a primera vista tiene sentido en la medida que la prescripción en sede civil generalmente comienza a operar a partir de la realización de actos jurídicos,<sup>142</sup> en sede de libre

---

<sup>141</sup> Se entenderá que el acto atentatorio contra la libre competencia es el acuerdo (acto jurídico) a través del cual los requeridos/demandados conciertan realizar el comportamiento ilícito.

<sup>142</sup> En términos de René Abeliuk: "Siendo la obligación exigible, comienza a correr el plazo de la prescripción extintiva" ABELIUK, R. 2008. Las Obligaciones. 5ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 1191. Ello sucede, en las obligaciones puras y simples, con la suscripción del contrato, y en las sujetas a modalidad, cuando se cumpla la condición o el plazo. Pese a que, como se mencionó *supra*, las cláusulas de renovación tácita no generan obligaciones, sino que otorgan facultades o derechos. En este sentido no es propiamente exigible la renovación al momento del contrato original, sino solo facultativa.

competencia debe ser matizada, precisamente porque un mismo acto jurídico o incluso un acto material puede tener una significación diversa para la libre competencia dependiendo del mercado en que se ejecute. Al contrario de la sede civil en la que lo importante es el momento en que el acreedor puede ejercer sus derechos (la celebración del acto en obligaciones puras y simples), lo importante en sede de libre competencia no es el momento en que KDM o las Municipalidades podían ejercer sus derechos, sino el tiempo en que se vio afectado el bien jurídico.

Resulta útil para lo que sigue volver al bien jurídico protegido por la libre competencia que, como mencionamos, es justamente la libre competencia o el “proceso competitivo”.<sup>143</sup> Entonces el sistema de libre competencia lo que persigue no es, como en derecho del consumidor, proteger a los consumidores ni, como en derecho comercial, disciplinar sociedades sino que es, precisamente, proteger el bien jurídico libre competencia.<sup>144</sup> En este sentido “los efectos de determinadas conductas o actuaciones de ciertos agentes económicos con respecto de sus competidores deben importar a las autoridades del sector no porque aquéllos constituyan un motivo de preocupación en sí mismo; sino porque la existencia de un proceso competitivo depende, precisamente, de la permanencia en el mercado de un número suficiente de competidores”.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> YBAR, M. 2010. ¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia? Un análisis aplicado al caso supermercados. En: Libre Competencia y Retail: un análisis crítico. Santiago, Abeledo Perrot. p. 8

<sup>144</sup> Para un tratamiento más profundo de dicha cuestión véase VALDES P. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago. Editorial Jurídica. ¿PÁGINA?

<sup>145</sup> Op. Cit. YBAR., M. p. 5

Evidentemente la protección de tal bien jurídico tiene efectos sobre los consumidores y las formas en que se relacionan las sociedades y personas en general, pero todo esto sólo ocurre de modo indirecto, no siendo dichos efectos una razón en sí misma para la identificación de ilícitos anticompetitivos. La consideración relevante a tener en cuenta es, por tanto, si un acto en un contexto determinado implica un daño a la libre competencia.<sup>146</sup> Nótese para esto que, conforme al artículo 3 del DL 211,<sup>147</sup> el tender impedir, restringir o entorpecer la libre competencia cuenta como daño actual (y no eventual, pese a que no se haya verificado un efecto en precios) constituyendo un ilícito consumado (y no en grado de tentativa o frustrado), asimilable a los delitos de peligro en materia penal.

---

<sup>146</sup> Para la libre competencia el *daño*, conforme a su estructura típica especificada en el artículo 3 del DL 211 consiste en un impedimento, restricción, entorpecimiento a la libre competencia o el tender a producir dichos efectos.

<sup>147</sup> Al momento de la elaboración del presente trabajo la redacción de dicho artículo era la siguiente: artículo 3. El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. 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: Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación. La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

En este sentido, el alcance del acto al momento de la suscripción del contrato resulta insuficiente para la definición del inicio de la prescripción, toda vez que no basta por sí solo para verificar el tipo pues el acto por sí mismo no necesariamente atenta contra la libre competencia (salvo en los ilícitos *per se*). Esto es, no se trata de que por regla general cierto tipo de contratos sean ilícitos sino que, cuando éstos tengan como objeto o efecto el atentar contra la libre competencia, devienen en ilícitos. Así, por ejemplo: no se trata de que los contratos en que se pacten cláusulas de exclusividad sean *per se* ilícitos sino que éstos, en un mercado determinado y dadas ciertas condiciones, pueden resultar anti-competitivas si inhiben la entrada de nuevos actores y cierran el mercado. Imagínese que un supermercado con un gran poder de mercado pactare con una marca de papel higiénico una cláusula que la obligare a vender sus productos sólo a través de éste. Presumiblemente resultaría altamente anti-competitivo, pues excluiría a casi todos sus competidores mediante dicho acuerdo y cerraría el mercado. En otro mercado, sin embargo, cláusulas similares pueden no presentar ningún problema de competencia porque simplemente representan la forma de promoción de un producto sin conllevar tales efectos. Imagínese que una pequeña y emergente empresa productora de manjar artesanal desea potenciar su marca y pacta con un importante supermercado una cláusula de exclusividad por tres años: el supermercado financiará la publicidad de la marca y a cambio la pequeña empresa se compromete a sólo comercializar con dicho supermercado por el tiempo pactado. Probablemente dicha cláusula no representará problemas en términos de libre competencia, pese a ser muy similar en cuanto a contenido a la del caso del papel higiénico.

Nos hemos referido en el apartado anterior a los requisitos que debe reunir la conducta para cumplir con el tipo del DL 211. Sin embargo, ello no es suficiente para establecer que existe una ejecución *imputable* del tipo y por ende debe atribuirse la responsabilidad por su verificación al sujeto que la ha realizado.

De este modo, la identificación del ilícito atendiendo al daño que una determinada conducta ocasione a la libre competencia, creemos, debiese tener como límite la capacidad de representación al menos eventual del sujeto que realiza el ilícito porque *impossibilium nulla obligatio est*.<sup>148</sup> Este tradicional aforismo romano contractual significa, en su traducción literal que “lo imposible es obligación nula”, lo que quiere decir que no habrá obligación alguna, pues ella será nula, cuando su contenido sea imposible. La lógica de este aforismo no nos parece sólo impecable, sino consustancial al sistema jurídico. En palabras de Reinhard Zimmermann “*It thus appears to be a rule, not only of venerable antiquity, but also of obvious and even axiomatic validity. It is echoed in other modern legal systems and corresponds to the maxim ‘ought implies can’ of modern moral philosophy. If we oblige somebody to do something, we presuppose in fact that he is able to do this act; anything else would be a kind of buffoonery*”.<sup>149</sup> De este modo, resulta un presupuesto básico a la imposición de una obligación el que el sujeto pasivo de ella pueda

---

<sup>148</sup> ZIMMERMANN, R. 1996. *The Law of Obligations*. Oxford, Oxford University Press. 687.

<sup>149</sup> Ídem. [Traducción libre: Por ende parece ser una regla, no solo de venerable antigüedad, sino también de validez obvia y hasta axiomática. Ha hecho eco en otros sistemas legales modernos y corresponde a la máxima “el deber supone la capacidad” de la filosofía moral moderna. Si obligamos a alguien a hacer algo, de hecho presuponesmos que es capaz de realizar este acto; cualquier otra cosa sería una forma de broma.]

realizarla y no se le presente como imposible. En el caso de los contratos, la imposibilidad está dada por circunstancias objetivamente imposibles. Por ejemplo, si el sujeto pasivo de la obligación no puede realizar ésta pero otro en su lugar sí (como en la venta de la cosa ajena), la obligación no es imposible, porque pese a que el contratante no puede cumplirla directamente, sí resulta posible en términos generales su realización. Por el contrario, es imposible, por ejemplo, la venta de cosas no comerciables o de una casa que al momento del contrato hubiese estado completamente quemada.<sup>150</sup> Ambas hipótesis, una de imposibilidad material y una jurídica, implican que la obligación es nula. Creemos que, en el mismo sentido, cuando se exige algo de una persona es presupuesto de ello que esa persona sea de hecho capaz de realizarlo (objetivamente capaz, en el caso de la venta de cosa ajena por ejemplo ella es capaz de adquirir la cosa del dueño y luego venderla).

Llevado a la libre competencia, cuando el DL 211 impone sobre los sujetos la obligación de no dañar la libre competencia, es presupuesto de ello, para que la norma tenga sentido, que los sujetos sean capaces de evitar dañarla, es decir, que sea posible evitar dañarla. La forma en la cual la imposibilidad debe ser objetiva implica que no depende de la capacidad particular del sujeto de representarse los efectos que su acción podría tener, sino que, objetivamente, haya sido posible para cualquier sujeto en su misma posición representárselo. Nos parece que la capacidad en el caso de normas imperativas está dada por la capacidad de motivar la acción del sujeto conforme a la norma, lo que implica que se exige un deber de diligencia de los sujetos que les permita motivar su

---

<sup>150</sup> Op. Cit. p. 688

acción conforme a la norma. Abordaremos este punto con mayor profundidad *infra*. Lo que resulta imposible es exigirle al destinatario de la disposición del artículo 3 del DL 211, que motive su acción conforme a ella, absteniéndose de realizar una acción anticompetitiva, si en el caso concreto no tiene cómo representarse los efectos anticompetitivos que ésta tendrá. En ese contexto, aun de verificarse los elementos del tipo, si no mediere en algún nivel aun mínimo la culpa –como forma de representación para que la conducta sea imputable al sujeto- carecería de sentido un reproche a éste. Nos parece que atentaría contra un principio básico del derecho el que la libre competencia impusiera a las personas una obligación que no fueren capaces de cumplir y no obstante los sancionara por su incumplimiento. Creemos que tal es el caso si no se exige para considerar ilícito un acto que quien lo cometa haya tenido al menos la capacidad de prever –empleando un nivel de diligencia adecuado-<sup>151</sup> que su conducta podría dañar la libre competencia, pues no tendría forma de evitar su realización (no tendría razones para hacerlo). Abordaremos esta cuestión con más detalle *infra*.

Por lo mismo, resulta sumamente importante el análisis tanto del mercado relevante como de la participación que tenga en éste el actor en tanto sólo en función de éstos puede darse el tipo del artículo 3 del DL 211, norma que persigue conductas que perpetren daño a la libre competencia, o tengan la aptitud objetiva de hacerlo, y no cierto

---

<sup>151</sup> Qué cuenta como un nivel de diligencia adecuado excede las pretensiones del presente trabajo pero basta notar que las categorías civiles tradicionales han ido reformulándose en ámbitos especiales como el comercial en que se exige de los sujetos calificados, los comerciantes, un mayor grado de diligencia dada su posición privilegiada o de conocimiento experto.



tipo de conductas abstractas.<sup>152</sup> Empero, ello constituye solo el primer requisito para la configuración del ilícito pues, como mencionamos, si la persona no tenía cómo anticipar que su acción podría resultar dañina para la competencia (en términos del artículo 3 ya referido) no sería posible exigirle –y consecuentemente sancionarla por no cumplir– que se abstenga de realizar una acción pues no tendría la capacidad de hacerlo.

Para explicar este problema creemos que resultan útiles las categorías penales, pese a la distancia que existe entre ambas ramas, por su rendimiento explicativo sobre la relación entre las normas jurídicas imperativas y su objeto: la motivación de la acción de los sujetos. En este sentido “el objeto del reproche jurídico-penal de culpabilidad admite ser redefinido como constituido por el hecho de que el autor no ha convertido la norma en motivo, a pesar de haber sido capaz de motivarse con arreglo a la norma, o bien de asegurar su capacidad de motivarse con arreglo a la norma”<sup>153</sup>; dando ello cuenta de que la culpabilidad no es más que la otra cara de la obligación de sujeción a las normas de derecho que exige el ordenamiento o, si se quiere, que la exigencia de sujeción a normas de un ordenamiento supone la capacidad de los sujetos de cumplir con dicha exigencia, esto es, la capacidad de motivar la acción por la norma.

---

<sup>153</sup> MAÑALICH R., J. 2013. La exculpación como categoría para el razonamiento práctico [en línea] Revista para el Análisis del derecho N°1 < <http://www.captura.uchile.cl/handle/2250/131609> > [Consulta: 10 junio 2014] p. 8. La referencia versa sobre el reproche penal, no obstante, nos parece aplicable a libre competencia por explicar el efecto que el ordenamiento jurídico espera que la norma tenga sobre los sujetos, cuestión que no es exclusiva de la rama penal y resulta perfectamente aplicable a este problema.

Así, en el caso de la libre competencia, la expectativa normativa es que los sujetos no atenten contra la libre competencia y que motiven sus acciones en atención a esta expectativa. Ergo, se exige de las personas que al desenvolverse en el ámbito económico tengan el cuidado suficiente de no dañar a la libre competencia so pena de sanción. Por supuesto, esto tiene como presupuesto el que la noción de culpa tiene cabida en libre competencia, cuestión que hoy en día no es aceptada ni por la jurisprudencia ni por la doctrina mayoritaria. No obstante, parte de la doctrina sí ha abogado por esta inclusión, así por ejemplo Domingo Valdés ha señalado que “[l]os injustos antimonopólicos se construyen sobre una acción y omisión típica y antijurídica, dolosa o culposa, que guiada causalmente, pone en riesgo o lesiona la libre competencia y que, consecuentemente, va acompañada de una pena previamente establecida en una norma legal.”<sup>154</sup>

Creemos que la noción de culpa es necesaria para la configuración del tipo del artículo 3 del DL 211 porque lo contrario implicaría, a nuestro juicio, resguardar la libre competencia mediante un régimen de responsabilidad estricta. Dicha forma de responsabilidad “tiene lugar en el ámbito del riesgo que la ley atribuye a quien desarrolla una cierta actividad. El criterio de imputación de responsabilidad puede ser manejar un cierto tipo de instalación, usar una cosa o realizar una actividad que la ley somete a un

---

<sup>154</sup> VALDÉS P. D. 2013. La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos y convenciones, Gaceta Jurídica N°392, [Consulta: 8 de julio de 2014] en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/C%20242-12%20INFORME%20DOMINGO%20VALDES%20\(SRCI\).pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/C%20242-12%20INFORME%20DOMINGO%20VALDES%20(SRCI).pdf) ] p.84

estatuto de responsabilidad por riesgo. Lo determinante es que el daño cuya reparación se demanda sea una materialización de ese riesgo, que ha justificado el establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta”.<sup>155</sup>

De este modo, se trata de un régimen de responsabilidad especial establecido por el legislador generalmente atendiendo al riesgo de una cierta actividad. Respecto a su adjudicación en un caso concreto sucede que “[a]l prescindir de la culpa como criterio de atribución de la obligación reparatoria, la *causalidad es el elemento determinante* de la responsabilidad estricta”.<sup>156</sup>

En el caso de la libre competencia, el no exigir que exista culpa (o dolo) de parte del infractor implica hacer responsables a los sujetos por el daño que provoquen a la libre competencia, requiriendo sólo que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión tipificada y el daño. Según vimos, basta con que la acción (u omisión) tienda a producir el efecto prohibido por la legislación. Nos parece que ello, primero, es poco eficiente en términos de prevención pues el exigir culpa o dolo para sancionar implica que los sujetos tendrán un incentivo a realizar sus negocios con cierta diligencia, para evitar ser castigados. Por el contrario, la responsabilidad estricta lo que genera, como se vio *supra*, es una distribución del riesgo *ex ante* que implica que todos los efectos dañinos derivados de una cierta actividad deberá soportarlos quien la realiza. En este sentido,

---

<sup>155</sup> BARROS. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 445.

<sup>156</sup> Ídem. p. 448. Énfasis en el original.

resulta difícil afirmar que dicha distribución pueda fomentar el respeto a la libre competencia pues, como siempre serán responsables los sujetos por los daños generados a la libre competencia a causa de sus hechos independiente de que no los pudieren prever, podría dicho régimen fomentar la abstención de realización de conductas que permitan desenvolverse dinámicamente en los mercados.

En cuanto al incentivo que genera la comprensión de la libre competencia como régimen de responsabilidad estricta, sucede que, como todo puede potencialmente producir un daño a la competencia, ello podría llevar a que lo mejor sería abstenerse de participar en actos o contratos que en determinadas circunstancias pudieren llegar a dañarla (independiente que ese no sea el caso en cuestión) pues, si sobreviniera por alguna razón tal circunstancia, con ella vendría una sanción.<sup>157</sup> Teóricamente ello podría desincentivar la suscripción de contratos que pueden resultar en ciertos contextos muy competitivos como, por ejemplo, acuerdos de exclusividad entre grandes distribuidores y marcas emergentes en que éstos se comprometan a financiar la publicidad de aquellos a cambio de comerciarlos exclusivamente por un cierto número de años, o contratos de suministro a largo plazo en que se impongan descuentos por volumen.

---

<sup>157</sup> Ello supone que la sanción cumple una función disuasiva, si tal situación se da o no en Chile no es objeto de este trabajo para el cual nos basta con señalar que para que dicha función opere “[l]a doctrina claramente establecida en esta materia señala que la multa debe ser equivalente al beneficio económico derivado de la acción ilícita, considerando (“multiplicada por”) la probabilidad de detección del infractor.” TAPIA, J. 2013. ¿Cartelicense no más!: la negativa señal de la Corte Suprema chilena en un caso reciente. [en línea] Derecho y Política de Libre Competencia en América Latina. 26 de septiembre 2013 < <http://lalibrecompetencia.com/2013/09/26/cartelicense-no-mas-la-negativa-senal-de-la-corte-suprema-chilena-en-un-caso-reciente/> > [Consulta: 9 de julio 2014].

Esta cuestión, sin embargo, aparentemente no ha tenido efectos apocalípticos en la práctica. Creemos que al respecto caben dos apreciaciones. Primero, que en parte no ha tenido demasiados efectos pues se ha optado en la mayoría de los casos por un criterio formalista -que deja fuera de la discusión a una gran cantidad de situaciones que dañan la libre competencia-.

El asimilar el atentado a la libre competencia con la fecha de la suscripción del acto jurídico en que consta implica obviar que lo que se pactó era precisamente ejecutar tal conducta anticompetitiva por un determinado lapso de tiempo. Si la jurisprudencia se tomase en serio que los contratos son una expresión de la voluntad mancomunada de los sujetos, presumiblemente podría ser más visible el carácter de responsabilidad estricta de la libre competencia pues cabrían dentro del reproche muchos más casos de los que actualmente cumplen con los requisitos.<sup>158</sup> Segundo, pese a que formalmente no se haya incorporado la culpa como un elemento del reproche anticompetitivo nos parece que sí ha aparecido implícitamente en el análisis del Tribunal. En el caso FNE contra Asociación Gremial de Médicos Obstetras de la región de Ñuble, pese a tratarse de una colusión y sancionarse a los involucrados, el TDLC impuso multas poco considerables; 10 UTA para la asociación y a cada médico de manera diferenciada sancionando a 7 con multas bajo

---

<sup>158</sup> No nos referimos aquí simplemente a la relación casos ingresados al Tribunal vs. casos cuyas pretensiones no fueron desestimadas por estar prescritas las conductas pues el criterio que adopta la judicatura envía una señal a los potenciales litigantes ante lo que el criterio tendría su mayor efecto en los casos que no llegan al tribunal por temor a ser desestimados.

las 2 UTA, a 9 con multas mayores a 2 UTA pero menores a 3 UTA, a 4 con multas mayores a 3 UTA pero menores a 4 UTA, a 2 con multas entre 4 y 7 UTA y a 2 con multas entre 9 y 10 UTA.<sup>159</sup> Además, con el voto disidente de dos ministros que estuvieron por no multar a la asociación por estimar que la carga sobre las personas naturales ya era suficiente. En el caso en cuestión los médicos –afiliados a una asociación gremial de obstetras de la provincia de Ñuble- que habían pactado un alza en el precio de algunas de sus prestaciones alegaban que su asociación gremial –y el acuerdo- tenían por objeto hacer frente al poder de las Isapres. El Tribunal, pese a desestimar este argumento señalando que “no sólo existió un acuerdo para aumentar el precio desembolsado tanto por pacientes afiliados y por no afiliados a las Isapres (lo que descarta que el supuesto intento de aumentar un poder negociador haya sido el único objeto del acuerdo, pues el incremento de los precios se manifestó incluso si no mediaba acción coercitiva alguna de parte de las Isapres), sino que, además, existió un desplazamiento de los pacientes en beneficio de los ginecólogos que sólo pudo ser posible por la actuación conjunta de cara a las Isapres”<sup>160</sup> finalmente fijó multas de una cuantía mucho más baja que la que había solicitado la FNE (100 UTA para la asociación, 30 UTA para cada médico y 50 para el presidente). Pese a que el Tribunal no lo expresó directamente, es plausible pensar, por la forma en que razonó, que el que las partes no tuvieron consciencia de que lo que estaban realizando era ilícito (de hecho queda constancia del acuerdo en el acta de la asamblea de la

---

<sup>159</sup> Fiscalía Nacional Económica contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la provincia de Ñuble, Sentencia N°145/2015 del TDLC, p. 40.

<sup>160</sup> Op. cit, Considerando quincuagésimo noveno. p. 37.

asociación)<sup>161</sup> influyó en la determinación que éste hizo del quantum de la multa. No obstante a no compartir el criterio adoptado por el Tribunal en este caso nos parece importante destacar que deja entrever una cierta preocupación por la capacidad de representarse la ilicitud de los actos.

Entonces, el sistema de sanción de conductas anticompetitivas actualmente opera con algunas de las características de un régimen de responsabilidad estricta pero ello es moderado por la aplicación práctica de las normas la que no lleva el régimen de responsabilidad hasta sus últimas consecuencias.

En todo caso, que el sistema opere con estas notas de responsabilidad estricta es preocupante en la medida en que la libre competencia no persigue comportamientos moralmente reprochables *per se*<sup>162</sup> ya que, por regla general, la ilicitud dependerá del contexto en que se realice.<sup>163</sup> En este sentido, lo que se reprocha no es el acto mismo, en términos de su gramática, sino su perpetración como hecho que daña<sup>164</sup> la competencia o tiende a hacerlo. Para esto, empero, se requiere que el sujeto que ejecute la acción anticompetitiva lo haya hecho de una forma no considerada lícita en términos de libre

---

<sup>161</sup> *Ibid.* Considerando séptimo, p. 20.

<sup>162</sup> Exceptuando el ilícito de colusión en que la discusión está más inclinada hacia la regla *per se* como se mencionará *infra*.

<sup>163</sup> La evidencia más clara de ello en nuestro ordenamiento es la aplicación de la llamada *rule of reason* en el cual la prueba de la ilicitud “es económica y requiere de un amplio estudio de los efectos del acuerdo en el contexto del mercado relevante.” TAPIA J. 2010. La prohibición de Colusión en el derecho chileno y comparado (Informe en Derecho causa Rol N°177-2008 proceso caratulado “Requerimiento de la FNE en contra de ACHAP A.G. y otros”), p.43.

<sup>164</sup> Recordemos, como vimos *infra* que dada la forma del artículo 3 del D.L. 211 el tender a impedir, restringir o entorpecer cuenta *por sí solo* como daño a la libre competencia, i.e. no es necesario que la lesión se haya materializado para que cuente como daño.

competencia. Esta dimensión resulta significativa al momento de determinar cuándo un acto en particular infringe las disposiciones del DL 211, pero nótese que el acto será siempre ilícito en esos términos dadas determinadas circunstancias: el examen de ilicitud tiene un efecto meramente declarativo, pero que deberá hacerse caso a caso porque la sola gramática de un acto no alcanza para determinar su licitud por regla generalísima (salvo en los ilícitos *per se*).

Limitar entonces la ejecución del acto a su antecedente jurídico (el que en realidad sólo posibilita o prueba la realización de dicho acto) pero que no constituye el acto mismo, nos parece errado, ya que lo que hace es oscurecer el espacio que ocupa la libre competencia como bien jurídico protegido. La coherencia de este criterio se expresa, por ejemplo, en que el análisis de los ilícitos sea caso a caso y que sólo muy excepcionalmente se reconozca la existencia de ilícitos *per se*.<sup>165</sup> Ello implica que, incluso en su calificación

---

<sup>165</sup> En Chile de hecho no se reconoce este carácter a ningún ilícito y solo se ha considerado entre una parte de la doctrina como necesaria para los casos de colusión. De acuerdo a Domingo Valdés: “El juicio conforme a la regla de la prohibición *per se* (*per se rule*) se funda en que determinadas colusiones por su propia naturaleza, esto es, en base a su reiterada y conocida nocividad, se estiman irrazonables sin requerirse para ello un estudio de las circunstancias y factores del caso particular para así determinar los eventuales efectos anticompetitivos de una conducta. El efecto práctico de que se aplique la *per se rule* se expresa en una significativa reducción de la carga de la prueba, puesto que dicha regla lleva implícita una presunción *iuris et de iure* de vulneración de la libre competencia. Esta clase de presunciones se denominan ‘absolutas’ o ‘de derecho’ en cuanto que entrañan relevos respecto de la necesidad de acreditar ciertos elementos configuradores del ilícito. Así, basta con probar la existencia de una convención colusoria y algunos elementos constitutivos de la conducta reprochada para que se concluya necesariamente –por aplicación de la mencionada presunción de derecho– su efecto vulnerador del bien jurídico libre competencia” VALDÉS, D. 2008. Tipicidad y regla *per se* en las colusiones monopólicas horizontales. Anales Derecho UC. Temas de Libre Competencia. Santiago, Vol. 2. p. 109. Ahora bien, en cuanto a la polémica respecto a su aplicación en Chile reflejo preciso de ella son los fallos *Explora* y *Farmacias* los que parecen contradecirse por señalar el uno que en Chile existiría algo equivalente a una regla



jurídica, el sistema de libre competencia atiende más al contexto en que el acto se ejecuta y sus efectos que al acto jurídico formal que le sirve de antecedente.

En el caso KDM ello es especialmente patente, porque las condiciones del mercado al momento de firmar el contrato inicial y de renovarse no necesariamente eran las mismas. En un lapso de 16 años dichas condiciones pueden cambiar tanto que el comportamiento que en un contexto resulta lícito en términos de competencia puede en otro constituir una ilicitud manifiesta.<sup>166</sup> Por lo mismo, entender que la ejecución del ilícito anticompetitivo consiste en la suscripción del contrato no es consistente con el objeto de la legislación, toda vez que las condiciones de mercado a 16 (o 14) años plazo

---

per se (por no ser necesario acreditar el poder de mercado) y el otro que el marco jurídico nacional excluye considerar la colusión como ilícito *per se* (considerando 81°, ROL N° 2578/2012, Corte Suprema) según ha sostenido Nicolás Rojas. Respecto al camino que seguirá la jurisprudencia en torno a este tema éste ha señalado que avanzará hacia una regla *per se* en tanto “bajo la doctrina de *Explora*, no parece haber dudas de que la colusión es un ilícito *per se*, aunque la aparente contradicción entre ese fallo y *Farmacias* puede generar dudas interpretativas. Considerando que la modificación del texto del artículo 3° a) del DL 211 facilita llegar a esta interpretación, es previsible que la jurisprudencia tienda hacia ese resultado, como por lo demás se insinúa en *Farmacias*. ROJAS N.02.10.12. ¿Es la colusión un ilícito *per se* tras los fallos *Farmacias* y *Explora*? [en línea] blog Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile <<http://regulacionycompetencia.blogspot.com/2012/10/es-la-colusion-un-ilicito-per-se-tras.html>> [Consulta: 8 de julio de 2014] a este mismo respecto véase para una revisión de las razones por las cuales conviene aplicar una regla *per se* en el caso de las colusiones TAPIA J. 2010. La prohibición de Colusión en el derecho chileno y comparado (Informe en Derecho causa Rol N°177-2008 proceso caratulado “Requerimiento de la FNE en contra de ACHAP A.G. y otros”) pp. 32-55.

<sup>166</sup> Imagínese, para ilustrar el punto, que al momento de suscribir el contrato los costos de cambio de una empresa a otra eran X y producto del avance tecnológico que tuvo lugar en los 14 años del contrato (hasta el momento de la posible renovación) este pasó a ser X/4, resultaría evidentemente contrario a la libre competencia cerrar el mercado al no llamar nuevamente a licitación. Si por el contrario los costos hubiesen aumentado, podrían entenderse como soluciones eficientes tanto que en la nueva licitación KDM recibiese puntos adicionales respecto a sus competidores (que representaren esos costos) o la ejecución de la cláusula que permite la renovación.

son excesivamente inciertas, resultando prácticamente imposible determinar la presencia de un ilícito. Siguiendo el razonamiento de la Corte Suprema, resultaría irrelevante la opción material que tomaron las requeridas al año 14, pasando por alto el hecho de que las partes tenían efectivamente una alternativa. Esto nos parece errado: las partes no estaban obligadas a renovar el contrato y aun así optaron por ese camino. Al hacerlo, su acto tuvo como efecto cerrar de modo importante el mercado (esto resulta especialmente obvio si vemos que podían no renovarlos tácitamente, como lo hicieron los municipios de Huechuraba, Maipú y San Joaquín). Lo anticompetitivo no era el contrato, sino su renovación sin licitación. Más aún, no era la renovación a secas, sino la renovación que en ese contexto particular tenía como efecto restringir o entorpecer la libre competencia.<sup>167</sup>

Para explicar mejor nuestra tesis nos parece útil modificar un tanto las circunstancias del caso. Imaginemos que el contrato suscrito entre las municipalidades y KDM hubiere estipulado una duración de 60 años. Quizás, al momento de firmar el contrato ello no resultaba anticompetitivo porque había muy poca capacidad de invertir en el sector y el comprometer la relación por un largo periodo implicaba hacerlo más atractivo para las empresas y por ende más competitivo. Supongamos entonces que éstas eran las circunstancias y que, al momento de suscribir el contrato éste no era

---

<sup>167</sup> Ello en la medida en que las partes pudiesen representarse dicha situación pues el tipo ilícito en libre competencia se aplica a quienes realicen alguna de las hipótesis del artículo 3 del D.L. 211, entre las que no se incluyen ni la concentración de un mercado por medios permitidos (Ej. aumento de demanda) ni por motivos que la parte no puede prever. (Ej. integración vertical que era lícita pero deviene en anticompetitiva porque un terremoto destruye a los proveedores de los demás competidores).

anticompetitivo. Ahora imaginemos que al año 30, con el crecimiento económico del país y el desarrollo de nuevas tecnologías en el sector, el que no se re-licitara la suscripción resultare profundamente anticompetitivo. Bien, en dicho caso creemos que no resultaría procedente sancionar a KDM y a la municipalidad por suscribir un contrato ya que no tenían cómo anticipar que devendría en anticompetitivo y, por el contrario, realizaron en su momento el arreglo más competitivamente apto para las circunstancias. Que no pueda multarse a KDM y a la Municipalidad porque no se las pueda hacer responsables por el daño producido a la libre competencia (pues pese a que existió una relación de causalidad entre su acción y el daño no hubo culpa y, por ello, no había capacidad de evitación) no implica, no obstante, que mediante algún mecanismo regulatorio la autoridad no pueda poner término anticipado a dicho contrato en aras de proteger la libre competencia. Ello, por supuesto, requeriría primero de un examen de constitucionalidad, pues aun cuando el acuerdo pudiera dañar la libre competencia ello no bastaría para su terminación. Si KDM realizó una inversión que no ha logrado recuperar del todo, la terminación anticipada del contrato podría revestir carácter expropiatorio por aplicación del artículo 19 N° 24 de nuestra carta fundamental pero dicha cuestionamiento no compete al presente trabajo. Ahora bien, aun si no hubiese problemas de constitucionalidad, la pregunta por si la autoridad administrativa en Chile cuenta con competencias o no para tomar dicha medida es objeto de otro estudio y no compete al presente trabajo en el cual nos contentamos con establecer que, a nuestro juicio, ese sería un problema de regulación prospectiva y no infraccional.

Partiendo desde esa premisa, nos parece que el desarrollo sistemático de las demás consideraciones resulta casi natural, pues todas reflejan en mayor o menor medida precisiones de esta idea. Es claro, no obstante, que este no es el criterio por el que ha optado el Tribunal, pero nos parece que una corrección de los propios términos empleados por el TDLC puede llevar a nuestra interpretación. Así, la *distinción entre ilícitos de ejecución instantánea y permanente*, (i), refleja precisamente un intento de distinguir si el daño que emana de la acción anticompetitiva surge inmediatamente con la realización de la acción inicial o continúa ejerciéndose con la permanencia de la acción (ejecución constante o no terminación del ejercicio del acto) en el mercado. El derecho penal también se ha referido más precisamente a esta distinción en términos no tan lejanos a los nuestros y ha señalado que para identificar el momento del acaecimiento del hecho punible “debe atenderse exclusivamente a algún momento de la ejecución (u omisión) de la acción, basándose para ello en lo esencial a consideraciones de culpabilidad o seguridad jurídica”.<sup>168</sup> En nuestro caso, por las características particulares de la libre competencia, debemos atender a la culpabilidad según desarrollaremos *infra*.

Por otra parte, la doctrina penal también resulta atingente para nuestro análisis en cuanto explica la distinción entre delitos de ejecución permanente e instantánea, agregando a éstos una tercera categoría, del siguiente modo:

---

<sup>168</sup> BASCUÑAN, R. A. 2013. La aplicabilidad temporal de la normas del Decreto Ley 211. (Informe en derecho, Causa Rol C-236-2011, caratulado “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”) [En línea] <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=2947>> [Consulta: 10 de julio de 2014] p. 35

“Un delito permanente es un hecho punible cuya consumación se produce en un momento y además perdura en el tiempo, como por ejemplo el manejo en estado de ebriedad. Por contraste, el delito instantánea es aquel cuya consumación se produce y termina simultáneamente, como por ejemplo, el homicidio; y el delito de estado es aquel que si bien produce un estado de cosas antijurídico que perdura por la voluntad del agente, su duración posterior a la consumación no infringe la norma que prohíbe su causación, como el hurto y la bigamia. Solo del delito permanente se puede predicar que ‘permanece consumándose’”.<sup>169</sup>

Lo notable de esta categorización es que reconoce implícitamente que el criterio de distinción es la voluntad, pues la peculiaridad de la tercera categoría es que, aun permaneciendo el carácter de antijuridicidad y la voluntad del agente, no constituye consumación del hecho. Así establece que, excepcionalmente, persistiendo la antijuridicidad (en nuestro caso un daño a la libre competencia en los términos del artículo 3 del DL 211) y la voluntad del infractor, no se entenderá como perpetración del ilícito en

---

<sup>169</sup> BASCUÑAN. Op. Cit.p. 42

los casos especiales de los delitos de estado. *A contrario sensu*, en los casos que no revistan de esa cualidad especial se estará ante la perpetración permanente del ilícito.<sup>170</sup>

Volviendo al tema de la prescripción, la distinción penal a nuestro parecer, -atendiendo a la antijuridicidad y la voluntad del agente-<sup>171</sup> resulta útil también para comprender el alcance de la diferenciación que debe hacerse entre los actos ilícitos y sus efectos, lo que permite, además, la diferenciación entre los efectos que son consustanciales a una determinada acción de aquellos que, no correspondiendo necesariamente con la realización inicial de dicha acción, requieren o de su mantención en el tiempo o de algún acto adicional por parte del ejecutor del ilícito.

Creemos, como desarrollaremos en lo que sigue, que el elemento fundamental para elaborar estas distinciones es la capacidad que tenía el sujeto de evitar la realización del atentado. Esta afirmación no constituye sino una materialización del principio *impossibilia nulla obligatio est* que, analógicamente, en el caso en comento implica que el derecho no puede imponer sobre los particulares deberes que no sean capaces de cumplir, así como no puede imponer sobre las personas obligaciones imposibles.

---

<sup>170</sup> Cabría preguntarse si existe en libre competencia algún ilícito que sea equivalente a los delitos de estado, vale decir, que aun manteniéndose su antijuridicidad y la voluntad del agente pudiese considerarse ejecutado -y no en ejecución- (y por lo mismo iniciado el cómputo de prescripción). Quizás un ejemplo de esta situación podría ser la colusión en licitaciones públicas, pues una vez que son adjudicadas es razonable esperar que los actores no alteren su comportamiento. Tal sería la circunstancia en el caso Ambulancias ya referido. Sin embargo, la respuesta a esta cuestión requiere de un tratamiento acucioso y delicado que excede las pretensiones de este trabajo para el cual basta con dejar planteada la inquietud.

<sup>171</sup> Ídem.

En consecuencia, si no tenían la capacidad ni de representarse que su acción podía atentar contra la libre competencia, mucho menos podría exigírseles que no la realicen. De lo contrario, los particulares serían castigados por la realización de actos que no pudieron evitar en la medida en que no tenían cómo identificar la prohibición que el ordenamiento jurídico les imponía en el caso concreto. Entonces, o el ordenamiento les exige que no realicen ningún acto, pues por cualquiera podría eventualmente sancionárseles (lo que no ocurre pues participar de los mercados es lícito y hasta se encuentra protegido constitucionalmente en su artículo 19 n°21), o pierde cualquier posibilidad de constituirse como un mecanismo eficiente para prevenir los atentados contra la libre competencia en la medida en que la aleatoriedad de la sanción desincentiva el comportamiento lícito de los particulares. Ello con las prevenciones esgrimidas respecto a la operación del sistema en la práctica -que no constituye un régimen de responsabilidad estricta propiamente tal- por los matices ya señalados.

Lo que importa entonces para determinar si existe o no un ilícito es que el sujeto haya podido representarse (y por lo mismo haya podido operar como motivo para la abstención) que su acción dañaría la libre competencia. Lo contrario generaría un *chilling effect*, esto es, un desincentivo a una actividad permitida (o incluso protegida) por la legislación, ocasionado por el miedo que tengan los particulares a recibir un castigo por su ejercicio.<sup>172</sup> Ello ha sido tradicionalmente enfrentado, desde la adjudicación *ex post*,

---

<sup>172</sup> Se ha abordado de manera particularmente desarrollada a raíz de la libertad de expresión en Estados Unidos y la protección de ésta en el *first ammendment*, así, se ha dicho que “a *chilling effect*

por la legislación y la jurisprudencia mediante la definición de un estándar probatorio a través del cual se predisponga el ordenamiento a estar más dispuesto a la comisión de errores de tipo I o II.<sup>173</sup>

---

*occurs when individuals seeking to engage in activity protected by the first amendment are deterred from doing so by governmental regulation not specifically directed at that protected activity* [Traducción libre: ocurre un efecto *enfriante* cuando los individuos que buscan realizar una actividad protegida por el *first amendment* son disuadidos de hacerlo por la regulación no específicamente dirigida a tal actividad como objeto de protección.] Fear, Risk and the first amendment: unraveling the “chilling effect”. Boston University Law Review. Issue 5. November 1978 p. 693 En tal caso el *chilling effect* se trata a partir del efecto disuasivo que puedan sufrir los particulares por el miedo a recibir una sanción por el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, miedo que se justifica en la posibilidad de ser sancionado por una norma que no tenía como propósito inhibir su acción. Para lo que nos interesa en este trabajo, el punto crucial es que los efectos de la regulación o de las decisiones de los tribunales no son irrelevantes para el sistema pues afectan las decisiones de los agentes. De este modo, el optar por un sistema de responsabilidad estricta puede tener un *chilling effect* (efecto enfriante).

<sup>173</sup> El primero en aplicar esta lógica fundada en la existencia y costo relativo de distintos tipos de errores al ámbito de la libre competencia fue, Easterbrook (EASTERBROOK. F. The Limits of Antitrust. En: *Texas Law Review*, Vol. 63, No. 1), aunque no usa propiamente la terminología de “Error Tipo 1” y “Error Tipo 2”. No obstante lo anterior, esta es la manera en que el análisis de Easterbrook ha sido interpretado (recientemente, por ejemplo, MCCHESENEY. F. Easterbrook on Errors, En: *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 6, No. 1), pp. 14 y ss.: “Easterbrook’s achievement in ‘The Limits of Antitrust’ was to think outside the usual box [...]. The very foundation of Easterbrook’s analysis of the limits of antitrust rests on the problem of errors [...]. In a perfect (i.e., error-free) judicial world, courts would always get it right. Business conduct that was truly anticompetitive would be punished and the remaining practices that are beneficial would not be. Unfortunately, judges and legislators are human, with sometimes unfortunate results [...]. The resulting mistakes are of two sorts [...] [On the one hand] the error of imposing liability for economically benign actions that ought to be encouraged (not punished) as procompetitive. In contrast, [there are] instances when the law fails to impose liability for practices that are in fact economically malign and ought to be deterred. Thus, the legal system may be either over-inclusive in enforcing the law, or under-inclusive. Statisticians and scientists refer to these two sorts of mistake as Type I error (a “false positive” [...], analogous in the legal context to mistakenly punishing the innocent) and Type II error (a “false negative” [...] by mistakenly failing to punish the guilty). [Traducción libre: Los propios cimientos del análisis de Easterbrook respecto a los límites de la libre competencia descansan en el problema del error. [...] En un mundo perfecto, libre de error judicial las cortes resolverían el caso correctamente siempre. Las conductas anticompetitivas serían castigadas y las restantes, que son beneficiosas, no lo serían. Desafortunadamente, jueces y legisladores son humanos, con resultados a veces desafortunados. [...] Los errores resultantes son de dos tipos [por un lado] el error de imputar responsabilidad por acciones económicamente benignas que debiesen ser incentivadas (no castigadas) como pro-competitivas. En contraste [existen] instancias en que la ley fracasa en



Entonces, nuestra tesis es que lo que el DL 211 prohíbe es la realización de actos que atenten contra la libre competencia y por ende impone sobre los sujetos un deber que consiste precisamente en no violar dicha prohibición (v.gr., realizar sus negocios con tal diligencia que se abstengan de dañar la libre competencia. Ello implica, a su vez, que la prescripción no puede reconducirse al acto jurídico que materializó una conducta anticompetitiva, sino que debe ahondarse más en el problema de la prescripción para esbozar una respuesta más satisfactoria.

El criterio que responde a la pregunta por el cómputo de la prescripción debe hacerse cargo de este fenómeno, pues sólo así podrá la respuesta no sacrificar la racionalidad que se exige de dicha institución. Por supuesto, el costo de buscar, para iniciar el cómputo de la prescripción, acontecimientos distintos del primer acto jurídico que sirvió de antecedente para el ilícito, radica en que sacrifica la simpleza de este criterio. No obstante, creemos que dicho esfuerzo vale la pena en la medida en que puede servir para dar una lectura más racional y sistemática de los atentados contra la libre competencia y del deber que la ley impone en razón de éstos. Asimismo, contribuiría a la eficiencia de la disminución de ilícitos, al menos teóricamente, en la medida en que incentiva a los

---

imputar responsabilidad por prácticas que son económicamente malignas y debiesen ser disuadidas. Así, el sistema legal puede ser bien sobre-inclusivo en la aplicación de la ley o sub-inclusivo. Los estadísticos y científicos se refieren a estos dos tipos de errores como error Tipo I ("falso positivo" [...] análogo en el contexto legal a castigar incorrectamente a un inocente) y el error Tipo II ("falso negativo" [...] incorrectamente dejando de castigar a un culpable).]

particulares a no realizar acciones cuyos efectos dañen el bien jurídico protegido por el DL 211.

A la luz de estas consideraciones nos parece que la cuestión a evaluar para identificar si un acto es de ejecución instantánea o permanente en el tiempo es determinar si continúa mediando la voluntad del infractor como fundamento para la acción. Esto es, si puede o no revocar el acto o, lo que es lo mismo, terminar con el ilícito. Como se señaló *supra*, esto es así porque lo que hace la protección de la libre competencia es imponer una prohibición de daño a los particulares cuya materialización en términos positivos consiste en exigir de éstos que no realicen actos que resulten dañinos para la libre competencia. Lo que impone es una obligación de cuidado respecto de la libre competencia que sólo puede consistir en un deber de diligencia respecto de ella, pues obligar a los sujetos más allá de esto impondría sobre ellos una obligación que no serían capaces de cumplir. La formulación para identificar entonces si el acto es ilícito es que se trate de una acción realizada por el particular que –sabía o podía saber– constituía un atentado contra la libre competencia y podía por tanto, en razón de este conocimiento, abstenerse de realizarlo (y el ordenamiento consecuentemente podía exigírselo).

Ello puede apreciarse de modo relativamente claro en el caso de las restricciones verticales cuya fuente contractual no es habida, criterio (iv),<sup>174</sup> pues ellas reflejan

---

<sup>174</sup> En caso de no existir acuerdo escrito no empezaría el cómputo de prescripción mientras el ilícito subsista materialmente según mencionamos *supra*.

plenamente el sentido según el cual mientras permanezca la acción ilícita generando daños, no empezará a contarse la prescripción, dado que la generación permanente de daños (la exclusión) causada por dichos acuerdos no es un efecto inherente a la acción inicial: el actor puede poner término a dichos efectos en cualquier momento y, por lo mismo, es deseable incentivarlo a hacerlo.

Por lo tanto, al menos en los casos en que no media a la acción una relación contractual conocida, como bien ha señalado el TDLC, la prescripción no comenzará a computarse mientras sigan ejecutándose los actos ilícitos:<sup>175</sup> como el ilícito consiste en dañar la libre competencia, mientras ello siga ocurriendo el cómputo de prescripción no puede iniciarse pues continúa el atentado en ejecución. El límite, por supuesto, como *impossibilium nulla obligatio est*, se encuentra en que, pese a que se realice un daño a la libre competencia los actos no significarán un atentado al DL 211 si el sujeto no podía representarse dicho daño (preverlo). Así, en nuestro ejemplo de un contrato que dura 30 años, manteniéndose inocuo por los primeros 28, los 2 años restantes no pueden significar algo para el cómputo de la prescripción, pues ni siquiera puede catalogarse la acción en dicho contexto como ilícita en términos de que sea sancionable. En este último caso, según se señaló, podrá regularse dicho contrato y exigirles a los involucrados que pongan

---

<sup>175</sup> Cabe preguntarse entonces por qué se diferencian de estos casos los supuestos en que la acción si se encuentra mediada por una relación contractual conocida (en que el contenido del contrato sea explícito y exhibido ante el tribunal). Para responder esta duda se requiere hacer una precisión ulterior sobre el sentido de la voluntad en los contratos que desarrollaremos *infra*.

término anticipado al mismo, de acuerdo a algún mecanismo cuyo detalle excede al ámbito de este trabajo.<sup>176</sup>

La comprensión de (vi)<sup>177</sup> que tiene el Tribunal, asimismo, sirve de sustento a nuestra tesis pues, como mencionamos, no mira a la inducción como una acción por su efecto jurídico, sino que éste simplemente refleja la capacidad de la acción de afectar la libre competencia. El actor en cuestión habría no sólo incitado al proveedor a modificar el contrato con ACAM, sino también a poner posteriormente término a éste, por lo que el ilícito no puede circunscribirse únicamente al primer acto dado que se trata precisamente de una unidad de acción. La importancia de la terminación del contrato de exclusividad en este sentido radica en que, de no haberse materializado, la inducción realizada no sería ilícita, por cuanto no habría tenido la capacidad de impedir, restringir, entorpecer o tender a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Sin embargo, lo relevante es el acto atentatorio contra la libre competencia que se encuentra consumado (y por ello puede entablarse contra él una acción), tanto al momento de terminar con la exclusividad como de poner término unilateral al contrato por parte del proveedor.

---

<sup>176</sup> Qué lugar deban ocupar las acciones que atenten contra la libre competencia pero que los particulares no pudieron evitar por no poder siquiera representarse su potencial ilicitud en la regulación y sanción de la libre competencia excede las pretensiones de este trabajo por lo que nos limitaremos a analizar cuales sí debiesen constituir ilícitos propiamente tales a la luz del principio de *Impossibilia nulla obligatio est*. Nos contentamos con mencionar que podrían ser objeto de regulación por parte de la autoridad pero cuyo alcance dependerá de cada legislación.

<sup>177</sup> Vid. supra. p.45

En el mismo sentido anterior, la identificación de la colusión como un acto material **(vi)**<sup>178</sup> refleja patentemente el antecedente de esta forma de entender la libre competencia. Lo que hace finalmente es materializar la idea de que, como el ilícito en cuestión es la alteración concertada del mercado (precios en el caso analizado), no puede iniciarse la prescripción mientras dicha alteración subsista, toda vez que las partes, estando en posición de volver a precios no colusorios, no lo hacen.

Respecto a esto, resulta en principio plenamente lógica la excepción que se hace para las colusiones en licitaciones individuales **(vii)**<sup>179</sup>, toda vez que parte de la premisa de que, como resulta irreversible la continuación de los efectos de la colusión mientras dure el período de la licitación asignada, no puede no empezar a computarse la prescripción. Si bien lo relevante para la colusión es la modificación de las condiciones de mercado vía conspiración, ella tiene que conocer como límite la capacidad de los involucrados de poner término a la situación.<sup>180</sup>

Este último criterio, esto es, que lo relevante sea la posibilidad de elegir no perpetrar un acto que atente contra la libre competencia, puede generalizarse tomando

---

<sup>178</sup> Vid. *supra*. p. 45

<sup>179</sup> Vid. *supra*. p. 45

<sup>180</sup> Pese a que este fundamento nos parece del todo acertado, la conclusión a la que llegan los Tribunales en el caso de la licitación de ambulancias es errada, pues no entiende adecuadamente el rol de la voluntad al momento de contratar. Nos referiremos a ello con mayor profundidad en las páginas que siguen. En todo caso, como mencionamos, una posible forma de enfrentar este tipo de casos sería el calificarlos como infracciones de estado (el equivalente a los ya referidos delitos de estado en sede penal).

como límite lo que ya hemos referido: no puede extenderse el cómputo de la prescripción a la terminación de los efectos naturales y consustanciales a un determinado ilícito pues no media en esos casos la voluntad del infractor (y por tanto no hay capacidad de evitación). Esto muestra una primera conclusión: que la prescripción no tiene que ver tanto con los efectos de un acto, como con un acto que a sabiendas del infractor genera dichos efectos. Así, los efectos consustanciales al acto no retardan el inicio en el cómputo de la prescripción, mientras que los efectos que se sostienen en la voluntad de las partes sí lo hacen. Sumado a la distinción entre ilícitos instantáneos y de ejecución permanente, todos estos criterios permiten una caracterización algo más completa de los tipos de conductas que deben analizarse.

En los ilícitos de ejecución instantánea, entonces, se iniciará el cómputo de la prescripción con la perpetración del acto mientras que, por el contrario, en los de ejecución permanente, no podrá iniciarse mientras subsista la ejecución. Así, debe distinguirse por ejemplo entre: **(a)** la creación de barreras de entrada en un mercado consistente en el aumento injustificado<sup>181</sup> de los costos de cambio para sus clientes como sería, v.gr., la fijación de una tarifa de cambio a los clientes en un determinado mercado (cuyo cobro representa una confirmación –o re-manifestación– de la voluntad inicial de cerrar el mercado); y, **(b.i)** el alza de costos del rival que pueda resultar como efecto de que un competidor del mercado acapare la carga del proveedor por un determinado período, sin intención de venderlas, sino sólo para perjudicar a su competidor. En este último ejemplo,

---

<sup>181</sup> Que no tiene un correlato en términos de costo.

si el competidor pactase dicho acuerdo para las cargas sucesivas **(b.ii)**, no podría empezar a computarse la prescripción sino antes de la compra de la última carga cuyo acaparamiento se acordó. De este modo, el rol que juega la voluntad del infractor en la mantención de los efectos constituye un criterio muy relevante para la fijación de la ejecución del acto (en la cual se inicia el cómputo para la prescripción). En el caso **(a)** no podría empezar a computarse la prescripción mientras los costos de cambio implementados perdurasen en el mercado (no siendo relevante para estos efectos el momento del pago), por el contrario, en **(b.i)** una vez realizado el acaparamiento debe empezar a computarse el término de prescripción, mientras que en **(b.ii)** habría que esperar a la entrega de la última carga.

La caracterización realizada por el TDLC<sup>182</sup> de los actos de competencia desleal que tienen por objeto mantener una posición de abuso dominante refleja también, a nuestro juicio, la pertinencia de las consideraciones interpretativas ya planteadas y una confirmación de nuestro criterio. Así, por ejemplo, el hecho de no limitar el ilícito a la inscripción de la marca, **(v)**,<sup>183</sup> muestra que la desviación de clientela puede ser caracterizada como un ilícito permanente, toda vez que del primer acto de desviación no se sigue naturalmente una desviación permanente en el tiempo, a menos que el infractor siga haciendo uso de los elementos que inducen a error (en el caso de Infanti, éste era el nombre que induce a asumir que los productos tienen un origen italiano). En este sentido,

---

<sup>182</sup> Como se mencionó *supra*. Sentencia N°126/2012

<sup>183</sup> Vid. *supra*. p.44

se relativiza –o más bien se contextualiza- la idea de que la perpetración de un ilícito es independiente de sus efectos. El hecho de que Infanti haya seguido usando el nombre (que ella misma se había dado) que inducía a confusión y no haya aclarado el origen de sus productos podía ser suficiente para estimar que el ilícito se seguiría perpetrando.<sup>184</sup> En este sentido, se entiende que esto podía constituir una manifestación de la voluntad de Infanti de confundir a la clientela, porque Infanti podía representarse el hecho de que su nombre indujo -y seguía induciendo- a la confusión de sus clientes,<sup>185</sup> pese a que tenía la posibilidad de no hacerlo y por ende no afectar a la libre competencia.

Reafirmando una vez más la distinción que hemos introducido en este trabajo, podemos suscribir la decisión del Tribunal, toda vez que la confusión no es un efecto consustancial al primer acto (inscripción de la marca) que pueda independizarse de la conducta posterior de las partes, sino que depende de una voluntad permanente de mantención por parte del infractor que el sujeto estaba en condiciones de no continuar, evitando de ese modo la perpetración del daño a la libre competencia en el tiempo sucesivo. En este sentido, resultaría coherente adoptar el criterio de la *Supreme Court*

---

<sup>184</sup> Recordemos que Infanti fue absuelto y la reflexión de este apartado se centra en el hecho de que la excepción de prescripción fue rechazada, independiente de que se haya determinado finalmente que los actos no hayan constituido un ilícito por no verificarse los elementos del tipo. Lo relevante es que de haberse constituido, no se hubiese encontrado prescrita.

<sup>185</sup> Un límite a ello sería por ejemplo el efectivamente constatado por la Corte Suprema en el caso y es que la supuesta confusión se basaría sólo en la similitud del nombre pero no sería efectiva ya que tanto las cajas como los manuales declaran el origen de los productos. Imagínese que, al contrario, se determinase que Infanti tenía una estética que sumado a la fonética de su marca hacía tender a la confusión, si al percatarse de esto Infanti hubiese incorporado la referida etiqueta (del origen de sus productos) la prescripción tendría que empezar a computarse desde dicha adición. O, desde que, por ejemplo, modificasen la estética que inducía a error por una que no presentase estos problemas.



norteamericana pues si el ejecutor de un ilícito desarrolla después acciones para esconderlo, este acto de ocultamiento constituye parte del ilícito mismo y da lugar, así, a una reiteración de la voluntad del ejecutor del ilícito de afectar la libre competencia.

Los criterios del Tribunal que hemos revisado, previos a la reforma de 2009, analizados de forma aislada, poco y nada dicen sobre la naturaleza de la prescripción en libre competencia. Es más, aun analizándolos en conjunto reflejan en ocasiones criterios divergentes cuya integración sistemática resulta imposible si no se incorporan consideraciones adicionales. Es por ello que hemos recurrido a las nociones de obligación y capacidad pues nos parece que solo mediante ellas es posible elaborar un criterio adecuado de interpretación sobre las normas de prescripción. Esto, por supuesto, significa una reinterpretación de la norma a partir de algunos de los criterios que ha esbozado el Tribunal y las exigencias de racionalidad y sentido que a nuestro juicio son transversales al ordenamiento jurídico. En este sentido, nuestra tesis no se sostiene como un recuento de los criterios que utiliza el Tribunal, sino que conforma abiertamente una nueva tesis respecto de cómo deben interpretarse los ilícitos anticompetitivos y su prescripción.

## *5.2. La procedencia del uso de la gramática penal en la caracterización de los ilícitos anticompetitivos*

Dado el énfasis que la jurisprudencia ha puesto en la distinción del tipo de ilícitos, para una correcta aplicación de la institución de la prescripción, resulta crucial plantearnos

con más detenimiento cuál es el alcance de la distinción entre infracciones de ejecución permanente y de ejecución instantánea. Con este motivo, abordaremos con mayor profundidad las distinciones propias del derecho penal esbozadas *supra*, pues creemos que pese a que el derecho administrativo sancionador tiene diferencias importantísimas con la rama penal, el momento de ejecución de los ilícitos no es una de ellas. Ello en tanto lo que hacen las categorías penales es identificar la diferencia material entre unos y otros en atención a la propia gramática del ilícito y no a consideraciones externas a él, las que podrían resultar propias de la rama penal (v.gr., criterios de retribución o mejoras en la prevención). De este modo, nos permite aproximarnos a los ilícitos administrativos en cuestión a través de la propia naturaleza de la estructura de cada uno, esto es, del significado que tengan socialmente las acciones.<sup>186</sup>

Para empezar, podemos señalar que los delitos de ejecución permanente se han caracterizado como aquellos en que “no hay un momento consumativo sino más bien un período o estado de consumación, es decir, la consumación se inicia con la creación del estado antijurídico y acaba con la supresión de este estado”.<sup>187</sup> Asimismo la Corte Suprema ha señalado que son aquellos “en que el momento consumativo perdura en el

---

<sup>186</sup> No creemos que sea posible elaborar una teoría omnicomprendiva y natural de la gramática de las acciones sino que ésta solo puede ser comprendida desde un punto de vista particular, así por ejemplo para la biología el vuelo de un ave constituye una acción unitaria y completa mientras que para la mecánica el movimiento de las alas del ave constituye, por sí misma, una acción. En consecuencia, lo que intentamos dilucidar es *que cuenta como acción* en términos normativos (dentro de un sistema jurídico).

<sup>187</sup> MUÑOZ J., 1992. El delito de detención. Madrid, Trotta. p. 141.

tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongado en el tiempo, que constituyen la subsistencia de esa conducta”.<sup>188</sup> Es decir, la distinción entre delitos de ejecución permanente e instantánea no consiste en el momento de ejecución inicial de dicha conducta, pues ambos en algún sentido se ejecutan desde el primer momento, sino que consiste en que en unos el injusto (ilícito) se prolonga en el tiempo y no termina sino hasta que se ponga término a la conducta. A ello además se le agrega, como mencionamos anteriormente, la presencia de la voluntad del infractor (que es presupuesto básico –como dolo– para la sanción penal).

Estas categorías deben ser complementadas con la distinción que realizó la judicatura entre la ejecución de actos ilícitos y sus efectos. En este sentido, lo relevante de la distinción de ilícitos de ejecución permanente y de ejecución instantánea es precisamente el alcance temporal del carácter de ilícito de las acciones. Un ilícito de ejecución permanente será aquel en que la ilicitud se mantenga en el tiempo, en cambio uno de ejecución instantánea será aquel en que la ilicitud finalice al momento de su perpetración. Lo crucial para nuestro trabajo, entonces, es distinguir entre ilícitos de ejecución permanente de ilícitos de ejecución instantánea cuyos efectos permanecen en el tiempo. Un buen ejemplo de este último es la consecuencia de un acto exclusorio. Si, por ejemplo, un productor A excluyere a su competidor B del mercado –y lo hiciera quebrar– mediante la adopción de un acuerdo de exclusividad con todos los proveedores de la

---

<sup>188</sup> CS. ROL N° 517/2004. 17 noviembre 2004.

comuna, el cómputo de la prescripción tendría que iniciarse cuando, estando vigente el acuerdo de exclusividad, el productor del producto B quebrare ya que, pese a que no pueda volver nunca al mercado, esto es sólo un efecto del acto exclusorio y no dependería ya de la voluntad –y la acción- del productor de A (pese a que circunstancialmente puede A querer ese resultado, ya no depende de la acción actual de A).

El criterio para identificar una y otra situación, creemos, debiese estar dado por la voluntad de los agentes que perpetran la acción, de nuevo, porque es ésta la que justifica la sanción a los individuos. La idea misma de ilícito anti-competitivo conoce como límite la posibilidad de representación de los agentes, pues sólo ella puede justificar la imposición de una multa. De lo contrario, nos encontraríamos ante un supuesto en que no cabe reproche, por corresponder a la imposición de una obligación imposible.

Lo que hace necesaria la distinción entre la facultad regulatoria que tenga el órgano administrativo de su facultad sancionatoria es precisamente que en la segunda existe un reproche al ejecutor del ilícito.<sup>189</sup> En ésta, el infractor sabía que su conducta atentaba contra el bien jurídico protegido. En la regulatoria, en cambio, la representación de los actores deviene irrelevante, en la medida en que no se trata de un reproche (aplicación de

---

<sup>189</sup> En este sentido se pronuncia Richard B. Macrory al establecer como primer principio la necesidad de que las sanciones tengan como horizonte el cambiar el comportamiento del administrado. MACRORY R., 2006. Regulatory Justice: Making Sanctions Effective, [En línea] <<http://www.berr.gov.uk/files/file44593.pdf>> [Consulta: 2 de enero de 2014] p.29

una norma pre-existente), sino de la creación de una nueva norma.<sup>190</sup> Para sancionar es necesario imputar a un determinado sujeto una conducta; para regular es necesario imponer una norma de alcance general, sin necesidad de imputar infracción alguna. Esto es una consecuencia natural de las características inherentes a la regulación y la sanción ya que “el principal objetivo de los sistemas de fiscalización es que exista cumplimiento de las regulaciones [...] de manera de evitar efectos adversos [...]”<sup>191</sup> en razón de lo cual para la regulación la “finalidad debiese ser esencialmente preventiva, para luego ser reactiva al momento de la fiscalización y correspondiente sanción”.<sup>192</sup> Teniendo en cuenta la importancia de esta distinción para nuestro trabajo, podemos proseguir con el análisis de las categorías penales.

El derecho penal ha elaborado para su teoría de la imputación un concepto de representación en el dolo que puede resultar útil como criterio general para interpretar el alcance del reproche en sede libre competencia, pese a que en esta sede las exigencias para su identificación debiesen ser menos estrictas, considerando que el reproche no es tan severo.<sup>193</sup> En este sentido seguimos al profesor Ragués, quien abandona la tesis clásica

---

<sup>190</sup> La regulación directa por parte de la administración en todo caso es sólo una de las tantas alternativas con que cuenta para perseguir sus objetivos y no necesariamente la más adecuada, al respecto véase OGUS. A. *Regulatory Institutions and Structures*. 2001. Centre On Regulation and Competition. Working Paper Series. Paper No.4. University of Manchester

<sup>191</sup> CORDERO L., 2008, Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno, En: Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental, Santiago, Centro de Derecho Ambiental - Legal Publishing, p. 16

<sup>192</sup> Ídem.

<sup>193</sup> No implica un reproche moral tan potente como el de la rama penal.

del dolo como intención interna para reformularla desde un enfoque normativo. Si entendemos que “para afirmar que existe dolo debe poder sostenerse que el sujeto ha tenido la capacidad de prever –y, por tanto, evitar- fácilmente el hecho”<sup>194</sup> y que por autor “no se entiende el concreto acusado [...] sino [...] un modelo ideal de sujeto colocado en su lugar”<sup>195</sup> podremos percatarnos de dos características fundamentales de esta noción. Primero, que la capacidad que tenga el sujeto de prever los efectos de su acción –a la que aquí nos referimos como capacidad de representación-<sup>196</sup> implica que los efectos anti-competitivos que deriven de una determinada acción voluntaria cuyos efectos anti-competitivos no hayan podido preverse, no constituirá un ilícito. Segundo, que la atribución de voluntad a una determinada acción y análisis de la capacidad de representación se realizará mediante la comparación de los efectos de la conducta y aquellos que un sujeto normal pudo prever. Esto es, la identificación de los efectos que eran razonablemente esperables de la conducta en cuestión. En definitiva, la atribución de una determinada representación atenderá a criterios objetivos y no subjetivos, es decir, a un deber de representación exigible dadas las circunstancias. Es menester además tener presente que en libre competencia se desempeñan regularmente expertos, cuyo nivel de conocimiento normal de un mercado es obviamente más profundo que el que un sujeto cualquiera tendría. Por lo mismo, para analizar la capacidad de representación del sujeto

---

<sup>194</sup> RAGUÉS R., 2012, De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico, [en línea] InDret: Revista para el análisis del derecho (3), Barcelona, julio 2012 <<http://www.indret.com/es/index.php>> [Consulta: 6 de enero de 2013] p. 6

<sup>195</sup> Ídem.

<sup>196</sup> Siguiendo la explicación que hace Ragués sobre la evolución de su alcance véase RAGUÉS R., 2004, Consideraciones sobre la prueba del dolo, Revista de Estudios de la Justicia, (4).

debería atenderse a las consecuencias que, dada la función que desempeña, sería razonablemente esperable que pudiera prever.

Ahora bien, como normalmente en libre competencia se desempeñan personas jurídicas, la búsqueda por la capacidad de representación deberá enfocarse en si era esperable que la empresa (es decir, los que debían tomar las decisiones de ella) se representare que una determinada acción importaría un ilícito en los términos del artículo 3 del DL 211.

Por todo lo anterior, creemos que es muy relevante al momento de determinar qué cuenta como ejecución del ilícito (y diferenciar a los ilícitos de ejecución permanente de los de ejecución instantánea) la determinación del momento en que cesa la voluntad del infractor de cometerlo. La relevancia de los contratos como antecedente a los ilícitos radica únicamente en que un contrato libremente pactado constituye una manifestación de voluntad que se extiende a lo largo de todo el contrato. Así, la libre competencia debería tomarse en serio la idea de que un contrato no es solo ley para las partes, sino que una ley autónoma –en sentido inmediato–, pues es su propia voluntad la que ha impuesto el deber contenido en él y la que mantiene vigente su obligatoriedad. Nos parece que la libre competencia podría avanzar hacia una teoría que entendiéndose el cumplimiento de las obligaciones contractuales como una muestra material de voluntad, por lo que la prescripción no podría empezar a computarse mientras el acto ilícito se siga ejecutando, con independencia de la fecha del acto jurídico que fundara dicha actuación (el contrato).

Ahora bien, por supuesto que es necesario para tal atribución que al momento de suscribir el contrato el sujeto haya podido prever que dicho contrato podía impedir, restringir, entorpecer o tender a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia pues el sentido en que es relevante el contrato es precisamente aquel en que evidencia la voluntad del sujeto de atentar contra la libre competencia. Para que haya voluntad, es necesario primero que haya capacidad de representación de los efectos de la acción.

Es más, la voluntad, como no es un concepto subjetivo que dependa de los deseos privados del sujeto sino una obligación normativa, siguiendo a Ragués, no puede ser otra que la de cometer los efectos que el sujeto pudo prever acompañarían a su acción. Así, la capacidad de representación es la otra cara de la moneda de la voluntad, pues en la medida en que responden a un concepto normativo y no psicológico constituyen jurídicamente el mismo fenómeno. Se trata del significado que el sistema legal atribuye a una determinada acción en un contexto. Si el sujeto podía prever (o debía prever) que su acto iba a tener determinadas consecuencias, entonces, normativamente, él tuvo la voluntad tanto de realizar el acto en cuestión como sus consecuencias ilícitas. Entonces no se trata de la capacidad interior y privada del sujeto de representarse los efectos sino, conforme a criterios jurídicos, de atribuirle a sus actos dicha voluntad por haber tenido la capacidad de representarse sus efectos. Consecuentemente, se impone sobre el sujeto una obligación de actuar diligentemente y, en este caso, sin atentar contra el artículo 3 del DL 211. Si el sujeto no podía prever que su acto podía resultar ilícito, entonces, no puede constituir éste



una infracción, atendiendo a que no se puede exigir de los sujetos que cumplan con determinadas obligaciones si no cuentan con la capacidad para hacerlo.

Diversas variaciones sobre un mismo ejemplo nos permiten explicar lo señalado. Así, si un productor quisiera distribuir sus productos a una localidad remota en que no existen otros productos del mismo bien, posiblemente firmaría un acuerdo de exclusividad con un distribuidor de aquella para asegurarse una cierta clientela que haga viable la inversión. Si en tal caso, por ejemplo, se determina que el período para amortizar la inversión equivale a 10 años, uno podría razonablemente entender que la acción al momento de la suscripción no atentaba contra la libre competencia en los términos del artículo 3 del DL 211. Si, por el contrario, la remota localidad tuviese un proceso importante de urbanización y aumentase su población, el acuerdo podría resultar en una práctica anticompetitiva, al generar la cláusula de exclusividad un cierre de mercado artificial. De esta forma, si al año 8 hubiere una gran cantidad de competidores queriendo ingresar al mercado (supongamos que no es viable recurrir a otros distribuidores) las obligaciones pactadas en el contrato podrían devenir en anticompetitivas. En tal caso, si bien el sujeto se obligó a tales conductas por el lapso de 10 años, no pudo prever al momento de pactar el contrato que se generarían dichos efectos anticompetitivos. Por lo mismo, como no podía representarse la posibilidad de tal daño, nos parece que no debiese sancionársele por una conducta anticompetitiva.<sup>197</sup> Ello dependerá, en gran medida, de las circunstancias del caso. Si, a

diferencia de como lo hemos planteado, el proceso de urbanización hubiese sido un proyecto que ya se encontraba aprobado al momento de la suscripción del contrato y, por ende, hubiese sido completamente previsible el hecho de que el mercado crecería, podría decirse que la fábrica tenía la voluntad de atentar contra la libre competencia (o pudo prever que su acción tendría tales efectos). Por otro lado, si el proyecto de urbanización hubiese sido sólo un plan que aún debía empezar a discutirse, la inversión hubiese implicado un riesgo mucho mayor, ante lo cual el aumento en la clientela podría haber sido parte de la distribución de riesgos del contrato (ante la eventualidad de que el proyecto no prosperase). Por supuesto, hay miles de matices que podrían modificar el caso, y por ende, la identificación de la capacidad de representación por parte del productor -en cuanto a que su exclusividad atentaría contra la libre competencia- no es una cuestión que pueda determinarse tan fácilmente. El análisis debe hacerse caso a caso pero lo importante es reconocer que, si bien en muchos casos resulta difícil identificar si una situación era previsible o no era previsible, dado que dependerá de muchas variables, ello no obsta a que sea deseable hacer tal determinación en pos de tener un sistema jurídico más coherente y razonable.

## 6. La reforma de 2009 en Chile

Ahora bien, corresponde por supuesto hacer un análisis detenido de la reforma que tuvo lugar en nuestro país y en las implicancias que ésta pueda tener sobre las reflexiones realizadas en este trabajo.

Creemos que dicha reforma resulta especialmente interesante para complementar el análisis de la prescripción que hemos hecho a través del análisis de otro importante criterio, cual es, la representación del legislador histórico.

### 6.1. *Contenido*

La reforma del 2009 no versó sólo sobre prescripción y, muy por el contrario, se enfocó principalmente en la figura de la delación compensada y la implementación de una serie de facultades *duras* (intrusivas) al órgano administrativo de la rama, la FNE. En cuanto a la prescripción, la antigua regla común de dos años desde la ejecución del acto se reemplazó por su ahora artículo 20 inciso tercero y cuarto<sup>198</sup> que establecen que la

---

<sup>198</sup> La redacción exacta es la siguiente: “artículo 20: [...] Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal.

prescripción general para las acciones del DL 211 (acciones que tienen por objeto cautelar la libre competencia) es de 3 años contados desde la ejecución de la conducta y de 5 años para los casos de colusión, precisando explícitamente que ella se cuenta desde el cese de los efectos.

## 6.2. *Historia de la ley*

Revisando la historia de la ley nos percatamos de que, entre sus 643 páginas, el término prescripción se menciona sólo en 52 y, en la mayoría de ellas, sólo se trata de una repetición del nuevo artículo. Lo que se explicita en torno a la discusión de la prescripción en todo caso es que el entonces Fiscal Nacional Económico, señor Enrique Vergara, señaló que el Ejecutivo estimaba necesario introducir algunos cambios destinados fundamentalmente a aumentar los plazos de prescripción. Ante la acotación del Senador Novoa, quien estimó necesario precisar desde cuándo comenzaba a correr la prescripción en el caso de los carteles, por existir una conducta reiterada en el tiempo, el Fiscal comentó que la jurisprudencia había estimado en ocasiones que la prescripción se contaba desde el acuerdo, no obstante los efectos perdurasen en el tiempo. La Comisión estimó necesario

---

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.”

entonces explicitar que, para las colusiones, el cómputo del plazo no iniciaría mientras se mantuvieran los efectos de la colusión en el mercado.<sup>199</sup>

En este sentido, por un lado, es claro que el legislador consideró que la prescripción existente era muy corta y decidió extenderla. También es posible desprender, por el vasto tratamiento que tuvieron los temas relacionados a las colusiones a lo largo de la discusión, que estimó importante darle un espacio protagónico a los ilícitos colusorios por los graves efectos que tienen para los mercados.<sup>200</sup> Así, intentó reforzar aún más su persecución, privilegiando un mayor plazo de prescripción, reduciendo la seguridad jurídica e intereses del infractor. En cuanto al alcance de la reforma, nos parece que la ampliación de los plazos refleja una preocupación por parte del legislador por no limitar de modo tan estricto la persecución de ilícitos en el tiempo. La preocupación del legislador histórico aparentemente fue no limitar la prescripción de modo que resultaren estériles los intentos por sancionar las conductas anticompetitivas.

Respecto al estatus especial de los ilícitos de colusión, una alternativa es entender que, como sólo respecto de ellos se hizo mención a los efectos, sólo en ese caso se prevendría la remisión de la prescripción al acuerdo inicial (y al acto jurídico correspondiente). Ello, sin embargo, resulta completamente poco sistemático, por las

---

<sup>199</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Historia de la ley N°20.361 [en línea]. Chile. <<file:///C:/Users/JuanIgnacio/Downloads/hdl-20361.pdf>> [Consulta: 22 de octubre de 2013] p. 350.

<sup>200</sup> *Íbid.* p. 263.

consideraciones que hemos entregado anteriormente, cuestión que nos llevaría de vuelta al razonamiento que tuvo el tribunal en KDM, olvidando que la libre competencia se desenvuelve en contexto eminentemente dinámico como es el mercado.

La prescripción, como hemos visto, no es una institución sustantiva sino meramente procesal, que surge de la necesidad de tener un régimen jurídico capaz de ser eficaz y cuyos costos sean manejables, es decir, de consideraciones puramente pragmáticas.<sup>201</sup> Por lo mismo, el aumento hecho por el legislador de todos los plazos muestra que estimaba los anteriores insuficientes, así como una preocupación por la eficacia en la persecución de dichos ilícitos y la intención de facilitar que los mismos fueran sancionados. Resultaría absurdo interpretar esta reforma como restringiendo interpretaciones que permitieran extender el plazo de prescripción contando su inicio desde la celebración del acuerdo inicial.

La otra posible lectura de la reforma, que a nuestro juicio es la correcta, es que el legislador quiso romper la regla general y otorgar una protección especial para los casos de colusión, que fuese de tal magnitud que mientras persistiera el daño en el mercado, podría multarse a sus responsables en caso de haberlo cometido mediante un acto ilícito. Así, el establecer un estatuto de prescripción más extenso para los casos de colusión reflejaría, a su vez, la preocupación especial de la reforma por este tipo de ilícitos, siendo la aclaración adicional respecto a sus efectos una manifestación más de la misma

---

<sup>201</sup> Op. Cit. ZIMMERMANN. 2004. p.62

preocupación. De este modo, conforme a nuestro criterio, el hecho de establecer que respecto de las colusiones la prescripción no se computaría sino hasta que cesen sus efectos, consiste en una postergación en el inicio del cómputo de la prescripción, el que comenzaría una vez finalizados aquellos efectos que, aun sin mediar la voluntad del infractor, tuvieran como causa directa su acción, los que, conforme al criterio que hemos expuesto en ese trabajo, no podrían considerarse como una nueva “ejecución” del acto. En todo caso, en la colusión, por regla general, los efectos tienen lugar por la voluntad de los actores (ya que se requiere una actividad de monitoreo posterior al acuerdo).

En este sentido, lo que hizo la reforma fue establecer un régimen de prescripción más severo para estos ilícitos, lo que, como vimos, es perfectamente posible en la medida que la prescripción no es una necesidad sustantiva del ordenamiento jurídico, sino que descansa en consideraciones meramente pragmáticas. Lo que el legislador hizo al extender los supuestos para el cómputo de la prescripción en materia de colusión puede describirse como la creación de un régimen especial para dicho ilícito.

Como esta cuestión ya venía aplicándose en algunos casos de colusión, creemos que la innovación se encuentra en los casos de colusión en licitaciones. En este sentido, lo que la reforma hizo es eliminar la consideración por la capacidad de representación de los sujetos en la colusión en licitaciones, pues el comportamiento contará como ilícito aun cuando sólo persistan sus efectos.

De este modo si, por ejemplo, frente a un llamado a licitación municipal para adjudicar un recorrido X a una línea de buses por 6 años, los participantes se distribuyen el mercado y la adjudicación en consecuencia se hace en condiciones colusorias, podrá perseguirse a los infractores tanto en el año 1 como en el 6. Ello implicaría renunciar a la posibilidad de categorizar tales infracciones como ilícitos de estado, cual parece haber sido la opción del legislador. Ahora bien, si, en el mismo caso en cuestión, transcurridos los 6 años la municipalidad renueva la licitación, creemos que, tras esta modificación, podría perseguirse a los infractores también en este nuevo periodo por persistir los efectos de la colusión en el mercado pues la empresa coludida contaba con una ventaja competitiva obtenida ilícitamente.

Imaginemos que producto de una colusión de precios en el mercado de los supermercados, éstos elevaran artificialmente sus precios en un 5%. Bajo la nueva norma, pese a que los supermercados regresaran sus precios a nivel normal, si los consumidores siguieran pagando intereses por los precios colusorios, no empezaría el cómputo de la prescripción sino hasta que dichos cobros cesaren. En este escenario, sería posible que el supermercado hubiese podido no representarse el efecto de los precios colusorios en el interés que pagarían los usuarios pero, no obstante, este efecto extendería el inicio del cómputo la prescripción. Este estatuto más severo puede, a su vez, relacionarse con la dificultad que presenta la detección de conductas colusorias, por lo que el expandir el



régimen de prescripción a la duración de sus efectos también hace más probable su detección, materializando nuevamente la preocupación del legislador por facilitarla.<sup>202</sup>

## 7. Caso C.C.U.

A modo de ejercicio, y para evaluar el rendimiento de los criterios propuestos en la práctica, analizaremos sucintamente el caso de C.C.U.<sup>203</sup> que ingresó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en 2013 pero finalizó en un acuerdo entre la FNE y C.C.U. por lo que el tribunal no tuvo oportunidad de pronunciarse.<sup>204</sup> El caso en cuestión consiste en que la FNE interpuso un requerimiento en contra de C.C.U. por registrar y posteriormente mantener, sin hacer uso de ellas, una serie de marcas relacionadas con el mercado de bebestibles, lo que tendría como efecto evitar la entrada de nuevos actores al mercado porque las marcas que inscribieron corresponden en general a: **(i)** marcas comercializadas por sus competidores –potenciales entrantes- en el extranjero; **(b)** marcas que se refieren a nombres genéricos correspondientes al tipo de cerveza; y **(iii)** marcas

---

<sup>202</sup> En el mismo sentido, como mencionamos, la reforma tanto reconoció dicha dificultad como cargo se hizo de ella e incorporó una serie de facultades intrusivas con las que contaría la FNE en la etapa de investigación exclusivamente en los casos de colusión.

<sup>203</sup> Se trata en realidad de dos sociedades pertenecientes a C.C.U; Compañía Cervecerías Unidas S.A. y Cervecera CCU Chile Limitada a las que nos referiremos simplemente como C.C.U.

<sup>204</sup> Salvo en cuanto aceptó el acuerdo al que arribó la F.N.E. y C.C.U (disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/05/Acuerdo-conciliatorio-CCU.pdf>) pero no tuvo ocasión de pronunciarse respecto de la ilicitud y cómputo de prescripción del caso.

referidas a zonas geográficas que tienden a identificar la cerveza con tal procedencia geográfica.

Independiente de que las conductas que la Fiscalía califica como ilícitos sean en la especie actos atentatorios contra la libre competencia (pues ello dependería también de las condiciones del mercado), corresponde analizar la excepción de prescripción alegada por C.C.U. en los términos que hemos planteado. En este sentido, de ser efectivamente ilícitas alguna de las conductas realizadas por C.C.U., la ilicitud estaría en que ella, a través de actos de “matonaje”,<sup>205</sup> tendería a generar barreras de entrada al mercado mediante (a) y a crear asimetrías de información respecto de sus consumidores en (b) y (c). Los registros marcarios tienen una vigencia de 10 años renovables y para efectos de su nulidad se atiende a la fecha del registro inicial.

La determinación en este caso del momento en que se perpetró el ilícito es compleja, pues en él se muestra de modo demasiado patente la mayor dificultad de la libre competencia: los ilícitos normalmente no lo son *per se*, sino que dependen de la facultad del acto de afectar la libre competencia. En este sentido, la inscripción de una marca en el registro del Instituto Nacional de Propiedad Industrial (en adelante INAPI) es un acto completamente lícito. Lo sospechoso del acto, en cambio, es el hecho de que dicha inscripción pudo haberse realizado con la sola finalidad de cerrar artificialmente un

---

<sup>205</sup> Al respecto véase STEUER R. 2012. *The Simplicity of Antitrust*. En: *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 14: 2 pp. 543-547 donde el autor sostiene que la libre competencia en realidad se reduce a actos de matonaje y conspiración.

mercado o disminuir el acceso a información de sus consumidores. Para determinar esto, por supuesto, no basta remitirnos a las normas propias de los registros marcarios, pues el ilícito en nada afecta la validez del registro en términos de propiedad intelectual, sino que podría tener la capacidad eventual de dañar la libre competencia, infracción que no trae aparejada la nulidad del acto sino la medida que el TDLC estime precisa y conste como posibilidad en atención a sus atribuciones (medidas contenidas en el artículo 26 inciso segundo del DL 211). Pero, en todo caso, por no ser legal en términos de libre competencia, no de propiedad intelectual.

Como primera consideración, es lógico que para la inscripción de una marca en el registro del INAPI<sup>206</sup> no sea requisito que ésta sea usada por quien la inscribe al momento del registro. Ello por cuestiones principalmente prácticas, pues ante una buena idea es probable que un emprendedor quiera primero protegerla a través de la inscripción del nombre en dicho registro. La primera dificultad nace aquí, y consiste en preguntarnos si puede la FNE impugnar el registro de una marca si otro organismo la autorizó. Nos parece que, en principio, del hecho de que un acto haya sido legitimado por un organismo no se sigue que no pueda ser impugnado por otro y el razonamiento para esta conclusión es uno muy simple: el INAPI no está encargado de velar por la legalidad del acto en todos los sentidos posibles si no sólo en el ámbito de su competencia que la ley le autoriza analizar, esto es, conforme a las normas de propiedad industrial. Lo que el INAPI no puede ni está

---

<sup>206</sup> Instituto nacional de propiedad industrial.

en posición de hacer, por el contrario, es realizar un examen de legalidad de la inscripción en sede de libre competencia.<sup>207</sup> La FNE y sólo ella es el órgano al que el estado ha dotado tanto de las herramientas como las facultades para perseguir conductas ilícitas, y al TDLC, y sólo a éste<sup>208</sup>, se le ha dado la facultad de determinar cuándo una conducta es anticompetitiva, por lo que en ningún caso estaría el INAPI en condiciones de realizar dicho examen.

Ahora bien, a nivel de diseño institucional esto no es muy deseable. Un ordenamiento en que las personas tengan que ir a consultar órgano por órgano sobre la licitud de sus actos no es uno muy eficiente, cuestión que, sin embargo, se soluciona por la vía de crear un mayor nivel de información disponible para las personas y una mayor comunicación entre los organismos públicos, para que puedan retroalimentarse y formar

---

<sup>207</sup> Los órganos del Estado conforme al artículo 7 inciso primero de nuestra Constitución actúan válidamente dentro de su competencia, previa investidura regular de sus integrantes y en la forma que prescribe la ley. Para ello, actúan dentro del marco de sus potestades las son necesariamente son definidas y limitadas, En palabras de GARCÍA de Enterría y FERNÁNDEZ T., en términos generales las potestades; “articula[n] un poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos, que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos, restricciones . [...] [T]ales potestades enuncian facultades estrictamente limitadas y no absolutas o ilimitadas. Desde ahora hemos de advertir que, por más que se expresen con normalidad situaciones de poder público, las potestades administrativas ni son ni pueden lógicamente ser, ilimitadas, incondicionadas y absolutas sino estrictamente tasadas en su extensión y en su contenido, y que sobre esta limitación se articula una correlativa situación jurídico-activa de los ciudadanos” GARCÍA E. y FERNÁNDEZ. 1992. Curso de derecho administrativo. 5º Edición. Madrid. Civitas. p.444. En este sentido, INAPI no solo no puede pronunciarse respecto a cuestiones de libre competencia si no está constitucionalmente impedido de hacerlo por exceder dicho pronunciamiento de sus potestades legalmente determinadas. Curso de derecho administrativo, Civitas 5º Edición, Madrid, 1992, pp. 431-451.

<sup>208</sup> Aunque podría decirse que en realidad a éste y a la Corte Suprema cuando conoce de un recurso de reclamación.

una red que haga más expedito el acceso de las personas a la información. Este objetivo, por deseable que sea, es propio de la organización de la administración y es materia de política pública, cuya realización no puede forzarse por la vía de limitar los ámbitos de acción de los distintos organismos del estado. Por ello, si la FNE ve un riesgo en un acto que cuenta con algún tipo de legitimación de la administración, debe guardar deferencia frente a dicho organismo pero exclusivamente en las áreas de su competencia, manteniendo su facultad de perseguir dichos actos si dan lugar a alguna de las hipótesis del artículo 3 del DL 211.

Respecto al ilícito en particular, lo que la FNE aseguró que atentaba contra la libre competencia era la barrera de entrada que C.C.U. habría levantado artificialmente –que restringe la posibilidad de entrar de sus potenciales competidores extranjeros- y la que habría dificultado el acceso a información cierta y veraz -respecto a las cualidades y orígenes de sus cervezas- de los consumidores. En este sentido, haciendo compatible la idea de que un emprendedor puede inscribir una marca y no necesariamente utilizarla, lo que el Tribunal tuvo que tratar de identificar es en qué medida la inscripción de dicha marca sin su correlativa explotación afectaba a la libre competencia.

El análisis entonces versa precisamente sobre la voluntad que tuvo quien inscribió la marca<sup>209</sup> al momento de hacerlo. Respecto a esto surgen algunas dificultades

---

<sup>209</sup> Recuérdese que el concepto de voluntad no es uno que dependa de las representaciones internas privadas si no de las acciones materiales con su correlativa representación esperable esto

adicionales; ¿Qué sucede si quien la inscribió no tenía cómo prever que la inscripción iba a tener un efecto anticompetitivo? ¿Qué sucede si, aun sabiendo que la inscripción probablemente iba generar efectos anticompetitivos, estos no se manifiestan sino algún tiempo después de la inscripción?

Respecto a la primera pregunta, nos parece que un escenario como éste no puede considerarse generador de un ilícito susceptible de conocerse a través de un procedimiento contencioso, pues el objetivo de las multas no es que caigan sobre quienes por caso fortuito (o circunstancias simplemente imprevisibles) dañaron la libre competencia. Porque, recordemos, no se puede imponer a los sujetos obligaciones que no sean capaces de cumplir.

En cuanto a la segunda cuestión, las consideraciones son distintas, ya que en ésta sí habría representación y lo que faltaría es la posibilidad de prever los efectos para los demás. Ese sería el caso pues, como no es necesariamente ilícito en términos de libre competencia el registrar una marca y no utilizarla (ello puede no generar una barrera de entrada o corresponder simplemente a la demora inherente a la estrategia de entrada de la empresa), la FNE o los afectados en general no podrían prever la ilicitud de la acción sino hasta que haya transcurrido algún tiempo desde la inscripción –, v.gr., un lapso razonable para suponer que la intención de quien la inscribió no era utilizarla.

---

es, cuanto puede razonablemente esperarse que anticipara quien manifiesta su voluntad respecto de las implicancias de sus acciones.

Es importante tener presente que lo que se desprende de aquí no es que el no uso de una marca registrada es ilícito en términos de libre competencia necesariamente. Ello es sólo un factor a considerar: será ilícito sí y sólo sí impide, restringe o entorpece la libre competencia –o tiende a hacerlo- (generalmente lo hará a través de la generación de una barrera de entrada).

Respecto al problema mismo del cómputo de la prescripción, este no podría iniciarse mientras persista la voluntad de C.C.U. de defraudar a la libre competencia a través de la generación de barreras de entrada. En este sentido, teniendo como límite la representación que haya podido tener C.C.U. de los efectos anticompetitivos que el registro de las marcas en cuestión tendría, el cómputo de la prescripción no podría iniciarse mientras C.C.U. conserve el registro. La premisa tras esto, como vimos, es que la voluntad no es sólo una figura que se pueda medir en un instante.

Cuando una persona capaz se obliga libremente consiente cada uno de los actos que el compromiso implica. La voluntad que expresa C.C.U. al inscribir las marcas en el registro por 10 años es tan real el primer día como el último. Esto reconoce a su vez una exigencia de responsabilidad a las personas, pues se toma en serio la idea de que la voluntad que tiene alguien cuando se obliga es una voluntad seria en ese sentido.<sup>210</sup>

---

<sup>210</sup> En este sentido, Enrique Barros ha señalado que “El contrato da forma jurídica a la autonomía privada, porque permite a las personas relacionarse recíprocamente sin otra limitación que la ley,

Parte de reconocer en el otro voluntad es hacerlo responsable de las consecuencias de sus actos (con los límites ya referidos) pues de lo contrario estaríamos tratando como incapaz a quien no lo es.

Por lo mismo, no obstante que estas consideraciones nada digan sobre el fondo del asunto y en ningún sentido impliquen una posición respecto a la pertinencia de multar o no a C.C.U., nos parece que en el caso en comento no se encontraba prescrita la acción de la FNE toda vez que –de ser efectivo el ilícito– presumiblemente ni siquiera habría empezado a correr el plazo del cómputo de prescripción, pues éste seguiría perpetrándose.

## **8. Caso Pollos**

Un caso emblemático y reciente en que fue discutida la prescripción, y, en particular la naturaleza de los ilícitos colusorios (para efectos de determinar qué ley –y consecuentemente qué término de prescripción- debía aplicarse) fue el caso Pollos. Con fecha 11 de noviembre de 2011 la FNE presentó ante el TDLC un requerimiento contra

---

el orden público y las buenas costumbres [...]. Por eso, la voluntad es constitutiva del contrato, en otras palabras, sin un sustrato básico de voluntad no se puede hablar de contrato.” Op. Cit. BARROS. 2006. Dicho de otro modo, al dar los contratos forma jurídica a la voluntad (que es manifestación de la autonomía) no pueden si no ser lo mismo que ésta pues no son sino su expresión en la esfera jurídica.



Agrícola Agrosuper S.A. (en adelante “Agrosuper”), Empresas Ariztía S.A. (en adelante “Ariztía”), Agrícola Don Pollo Limitada (en adelante “Don Pollo”) y la Asociación de productores Avícolas de Chile A.G. (en adelante “A.P.A.”) –asociación gremial de la cual las referidas empresas eran parte- en que las acusaba de haber infringido el D.L. 211 por haber acordado limitar la producción de pollo en el mercado nacional habiéndose repartido entre ellas cuotas de dicho mercado.

#### *8.1. Los hechos del caso*

De acuerdo a la FNE las requeridas habrían llevado a cabo la fijación de cuotas de mercado y limitación de producción y comercialización de pollos para el mercado nacional “gracias al intercambio permanente de información sensible, estratégica y detallada entre las Empresas Avícolas Requeridas en el seno de la APA, asociación gremial bajo cuya coordinación se habría celebrado, ejecutado y monitoreado el cartel acusado.”<sup>211</sup>

La FNE señaló que desde 1995 las requeridas determinaban la cantidad de pollo que se ofrecería al mercado nacional mediante proyecciones de consumo en base al año anterior. Así, la A.P.A. proyectaría distintos escenarios de consumo, los que serían discutidos por los altos ejecutivos de las empresas implicadas quienes finalmente

---

<sup>211</sup> Sentencia N°139/2014 TDLC, 1.

acordarían uno.<sup>212</sup> Tal producción luego se distribuiría en porcentajes (restando los importados y otros pollos) que si bien habían variado, fluctuaban en determinados rangos.<sup>213</sup> La A.P.A., en base a eso, proyectaría la carga semanal de pollos por empresa.<sup>214</sup> Además de lo anterior, correspondía a A.P.A. monitorear el cumplimiento del acuerdo y eventualmente hacer ajustes en las cargas.<sup>215</sup> De acuerdo a la FNE, antecedentes inequívocos del actuar colusivo se remontarían al menos al año 2000.<sup>216</sup> Por su parte, la A.P.A. negó la veracidad de las acusaciones interpuestas por la FNE y señaló en cambio que la asociación se formó para contribuir al desarrollo tecnológico, de cumplimiento de nuevas normas y expansión del mercado hacia la exportación.<sup>217</sup> Conforme a la A.P.A. el informe de proyección anual proveería información útil pero no suficiente para las empresas.<sup>218</sup>

## 8.2 *Sentencias de los Tribunales*

Ambos tribunales desecharon la excepción de prescripción interpuesta por las requeridas. Para ello justificaron su decisión en criterios que habían sido ya acuñados por los mismos en decisiones anteriores, a los que ya nos hemos referido. La justificación en todo caso resulta ilustrativa pues confirma que el criterio de interpretación de los ilícitos

---

<sup>212</sup> *Íbid.*, 1.1.

<sup>213</sup> *Íbid.* 1.2

<sup>214</sup> *Ídem.*

<sup>215</sup> *Íbid.* 1.3.

<sup>216</sup> *Íbid.* 1.6

<sup>217</sup> *Íbid.* 2.3

<sup>218</sup> *Íbid.* 2.12

colusorios se refiere a las conductas consideradas íntegramente, como conductas complejas, que no se agotan con la celebración del respectivo acuerdo.

### 8.2.1 TDLC

Ante la alegación de consistir los acuerdos sucesivos en ilícitos independientes entre sí, de duración anual, el tribunal confirmó su criterio anterior (y citó dos decisiones anteriores –Isapres<sup>219</sup> y la ya referida Whirlpool con Tecumseh-<sup>220</sup>). De acuerdo al Tribunal entonces “existió un único acuerdo anticompetitivo entre las Empresas Avícolas Requeridas, que tuvo como objetivo obtener utilidades mayores a las que se habrían obtenido en un escenario competitivo, por lo que la alegación de Agrosuper en cuanto a que se trataría de carteles anuales y sucesivos debe rechazarse.”<sup>221</sup>

Un punto interesante en la decisión del Tribunal respecto a este caso es que tuvo que determinar qué ley debía aplicarse para el cómputo de la prescripción dado que durante su perpetración estuvieron vigentes tres normas distintas. Respecto a ello señaló que “basta como requisito [para aplicar la norma actualmente vigente] con que la parte de ejecución de la conducta que corresponda a la vigencia de[l] D.L. N 211 actual cumpla con los requisitos del tipo que éste establece [...]. No hay, pues, irretroactividad de la ley posible, ni ley más o menos desfavorable que aplicar, pues, por definición, el régimen legal que se

---

<sup>219</sup> TDLC Sentencia N°57/2007

<sup>220</sup> TDLC Sentencia N°122/2012

<sup>221</sup> TDLC Sentencia N°139/2014, Considerando tricentésimo sexto

aplica es siempre el régimen vigente al tiempo de la ejecución de la conducta ilícita.”<sup>222</sup>

Dicha conclusión es relevante en cuanto refleja una comprensión de la ejecución de la conducta no formalista que extiende su perpetración a la realización de la serie de actos unidos por un objetivo común (según el propio Tribunal, obtener mayores utilidades que las que hubieren logrado en un mercado competitivo).

### 8.2.2. Corte Suprema

En términos generales la Corte mantuvo los criterios del Tribunal, confirmando su decisión tanto respecto a la ley aplicable –dados sus ya mencionados cambios en el tiempo- como en cuanto al momento en que debiere iniciarse el cómputo de la prescripción. Estableció la Corte entonces que la ley aplicable es el DL 211 vigente a la época de la sentencia (el cual contempla un cómputo de prescripción de 5 años para las conductas colusorias y que no se iniciar mientras no cesen sus efectos), con lo que terminó de confirmar la doctrina que aún antes de la reforma del 2009 se venía aplicando para ilícitos colusorios.<sup>223</sup>

De acuerdo a nuestro máximo tribunal la colusión “configura una infracción permanente pues el comportamiento [...] ha significado necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de asignación de cuotas de producción

---

<sup>222</sup> Íbid. Considerando tricentésimo decimocuarto

<sup>223</sup> Al respecto véase *infra* Whirlpool con Tecumseh, TDLC Sentencia N°122/2012

para así continuar con los beneficios esperados, corresponde entender que [...] tal conducta [...] está siendo ejecutada mientras que se mantenga la determinación y aplicación de dicha asignación entre los competidores, lo cual importa concluir que sólo ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita de sus partícipes, de permanecer en él y, por ende, no ha comenzado a correr término de prescripción alguno en tanto las requeridas han continuado asignándose cuotas de producción, por cuanto la conducta abusiva ha seguido verificándose. En tal sentido, el acuerdo entre competidores para limitar la producción no se agota con una decisión de acuerdo sino que conlleva una serie de actos posteriores para su implementación y cumplimiento por parte de quienes concurren a él. Surge entre los competidores de un cartel un vínculo que subsistirá mientras se siga aplicando el plan que han diseñado para –como en la especie- asignarse cuotas de producción. Sólo una vez suprimida la situación antijurídica que se ha creado, comenzará a correr el plazo de prescripción”<sup>224</sup>

De este modo la Corte explicó detalladamente el por qué la colusión debe ser entendida como infracción permanente –esto es, como delito continuado- afirmando así la jurisprudencia anterior en temas de colusión, pero aplicando la norma vigente tras la modificación de 2009 que, como se desprende del análisis de la cita anterior, no alteró el criterio de la Corte.

---

<sup>224</sup> CS, Rol N°27.181-2014, Considerando Octogésimo cuarto

## 9. Consecuencias Prácticas

### 9.1. Tipo del DL 211

A partir de las consideraciones precedentes podemos construir una nueva forma de interpretar el tipo del artículo 3 del DL 211, atendiendo a la capacidad de los sujetos de motivar su actuación conforme a la norma<sup>225</sup> y la consiguiente prerrogativa del ordenamiento de exigirles tal comportamiento. De esta forma, cuando la norma prohíbe la realización de actos que atenten contra la libre competencia mediante la imposición de una sanción a quienes lo hagan (v.gr., artículo 3 del DL 211), lo que está haciendo es precisamente imponer sobre las personas un deber de respeto. Impone sobre los sujetos una obligación que consiste precisamente en no atentar contra la libre competencia. Esto implica que la imposición de una sanción (no necesariamente una multa) constituye una determinada forma de acción comunicativa mediante la cual el ordenamiento reprocha a un sujeto por no haber motivado su acción conforme a la norma, reconociendo su capacidad de hacerlo. Por lo mismo, como mencionamos *supra*, la imposición de un deber por parte del ordenamiento jurídico a las personas tiene como límite el que éstas sean capaces de cumplir con dicha obligación.

---

<sup>225</sup> MAÑALICH. R. J. 2013. Op. Cit. p.12.

Para esto, las personas deben ser capaces de motivar su acción conforme a la norma, lo que en primer lugar significa que deben tener alguna alternativa. Para que una acción sea motivada debe en primer lugar existir un espacio para que opere tal motivación. Así, por ejemplo, no hay espacio para la motivación cuando el sujeto actúa en cumplimiento de un deber legal. El tipo del DL 211 atendiendo a los criterios expuestos se configuraría atendiendo a tres requisitos: **(i)** la perpetración de un hecho (que puede ser tanto un hecho como un acto o una convención); **(ii)** que dañe la libre competencia (el daño puede consistir en: impedir, restringir, entorpecer o tender a producir dichos efectos); **(iii)** que el sujeto haya podido motivar su acción por la norma (es necesario que haya podido obrar de modo distinto).

Respecto a los requisitos **(i)** y **(ii)** ya se ha hecho suficiente mención y lo relevante para este apartado es destacar que están íntimamente relacionados pues sólo en atención al daño que le produzca a la libre competencia podrá **(i)** considerarse como ilícito. En cuanto a que la norma haya podido operar como motivo para la acción, **(iii)**, es preciso demarcar el espacio que ocupa la representación en dicha exigencia pues opera en dos niveles.

Primero, como mencionamos, es necesario que el sujeto haya podido jurídicamente actuar de modo diverso, esto es, que el ordenamiento no exigiese que el sujeto actuare de tal modo. Imaginemos que se dicta una norma N1, que exige que los proveedores de bebidas en latas las comercialicen sólo al por mayor y se exija como

mínimo que cada venta se realice sobre 10.000 unidades. En dicho escenario, no podría un distribuidor minorista acudir ante el TDLC para exigir que sancione al proveedor que se niegue a venderle 2.000 unidades pues éste estaría simplemente cumpliendo un deber legal. A lo más podrá el minorista cuestionar el contenido de tal norma pero en ningún caso podría estimarse ilícito el actuar del distribuidor mayorista que estaba cumpliendo con N1, aun si resultara anticompetitivo.<sup>226</sup> En tal caso, el sujeto no cuenta con capacidad alguna para motivar su acción por la norma pues en realidad no puede actuar sino conforme a su obligación legal (tendría que primar N1 antes que el DL 211 por especialidad).

---

<sup>226</sup> En este sentido resulta clave la sentencia de la Corte Suprema del 15 de junio de 2009 que revoca la Sentencia N°81/2009 del TDLC que ordenaba a la Junta de Aeronáutica Civil modificar las bases de su licitación contraviniendo el DL N°2.564 (Ley de Aviación Comercial). La Corte sostiene que no resulta procedente que el TDLC le exija a la Junta de Aeronáutica Civil la obligación de actuar de modo distinto al exigido por su ley sectorial. Nos parece acertada la tesis de Nicole Nehme al respecto quien ha sostenido que dicha jurisprudencia debe interpretarse de modo armónico con la jurisprudencia anterior (tanto del TDLC como de las Comisiones Resolutiva y Preventiva) por lo que debiese desprenderse de ella que “ella asentaría que, frente a la situación de una potestad reglada, que impusiera al regulador ciertas exigencias precisas, no podría el TDLC por aplicación del DL 211 exigir a la autoridad comportarse de una manera diferente, al no estarle entregada esa posibilidad en su normativa sectorial.” NEHME Z. N. 2011. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del estado. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago. Thomson Reuters. p.338. Es decir, la Corte Suprema exigió en este caso que la acción anticompetitiva no haya sido realizada en marco del cumplimiento de una obligación legal específica (su ejecución, en este caso, mediante una potestad reglada). Cuestión distinta es cuando la ley no impone un deber específico sino que otorga una facultad que puede ejecutarse de modo más o menos competitivo en cuyo caso si corresponde una revisión contenciosa de dicho acto por el Tribunal, precisamente, porque los órganos podían obrar de modo no anti-competitivo. Para una revisión más detallada sobre la jurisprudencia en libre competencia sobre la sujeción de los actos de los organismos del Estado véase el artículo completo, disponible en < <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/libros/Libro%20La%20libre%20competencia%20en%20el%20Chile%20del%20Bicentenario.pdf>>



Esto, análogamente, es predicable respecto de los poderes públicos. Si por ejemplo la farmacia popular de Recoleta<sup>227</sup> dejase de vender remedios genéricos a causa de la dictación de una normativa del ministerio de salud que exigiere para que un medicamento sea distribuido que se acredite su bio-equivalencia respecto al original no podría establecerse que su negativa de vender genéricos es anti-competitiva. Como se mencionó anteriormente, la Corte Suprema ha dicho que “en la medida que la JAC estuviera aplicando la normativa jurídica vigente a efectos de las licitaciones de frecuencias aeronáuticas [...] no podía el TDLC, a riesgo de hacer incurrir a la JAC en una infracción al principio constitucional de juridicidad, imponer a la JAC por vía de una sentencia la obligación de actuar de manera diferente de aquello previsto en su legislación.”<sup>228</sup> En su momento, tanto la Comisión Resolutiva como el hoy TDLC han señalado que los órganos de la administración efectivamente se encuentran sujetos a las normas de libre competencia, la Comisión Resolutiva por su parte estableció que “El ejercicio por parte de la autoridad de facultades discrecionales encuentra un límite en las normas legales que regulan la libre competencia.”<sup>229</sup> Asimismo, el TDLC confirmó dicha jurisprudencia al señalar que “este Tribunal se considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el D.L. N°211, aun cuando hayan sido efectuadas sin

---

<sup>227</sup> Cuyo funcionamiento fue autorizado mediante la resolución exenta N°3669 del Instituto de Salud Pública de Chile el 5 de noviembre de 2015.

<sup>228</sup> NEHME Z. 2011. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del estado. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago. Thomson Reuters. p.337.

<sup>229</sup> Resolución N°173/1984 citada en *Íbid.* p. 325

exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico.”<sup>230</sup> Estos criterios, pese a parecer contradictorios no lo son realmente pues, como mencionamos, lo que la Corte Suprema hace no es negar la sujeción de los organismos de la administración al orden público económico (y su especificación en el caso de libre competencia) si no establecer que dicha sujeción no podrá implicar que éstos organismos no cumplan con sus obligaciones legales especiales. Es decir, la sujeción a las normas del DL 211 opera respecto de las potestades discrecionales limitando su ámbito de discrecionalidad en razón de la libre competencia. Dicha circunstancia es plenamente coherente con nuestro razonamiento pues la sujeción a las normas del libre competencia solo opera cuando los organismos son capaces de motivar su acción conforme a ellas (y no tienen una obligación de mayor jerarquía que se los impida –en el caso de la administración dicha jerarquía es legal y constitucional por constituirse de ese modo los poderes públicos como se mencionó *supra*-).

Segundo, es posible que el sujeto haya podido efectivamente motivar su acción por la norma y decidir no dañar la libre competencia. Como la obligación que impone el artículo 3 del DL 211 consiste en no dañar la libre competencia, ésta implica la imposición de un deber de diligencia por parte del sujeto, lo obliga a obrar de modo tal que sus estrategias económicas no atenten contra la libre competencia. En este sentido, no importa la representación privada que se haya hecho el sujeto respecto de su acción, sino el significado que ésta tenga en un contexto determinado.

---

<sup>230</sup> TDLC Sentencia N°11/2004 citada en *Íbid.* p. 327

Así, si el gerente de un supermercado cuyo único competidor está pasando por una situación financiera complicada, baja sus precios incluso más allá de sus costos, constituyendo una hipótesis de precios predatorios para llevar a su competidor a quebrar y cerrar el mercado, señala que no tenía intención de afectar la libre competencia sino que estaba simplemente tratando de captar clientes, dicha explicación nada valdría para la calificación de su acción, pues ésta se mide en actos externos. Consecuentemente, que señale que no podía representarse que dicha baja de precios podía afectar a su competidor y resultar ilícita no valdría, porque la representación opera a nivel externo, como materialización del deber de actuar conforme a las normas. No es más que la especificación de un deber jurídico, esto es, si el sujeto podía representarse el carácter de su actuación, aun si fácticamente no lo hace, en la medida que sea capaz de motivar su acción por la norma y, por ende, se encuentre obligado por ella.

Ahora bien, la construcción alternativa que hemos elaborado de los requisitos necesarios para condenar a un sujeto por una infracción al DL 211 es la explicación que jurídicamente nos hace más sentido por las consideraciones ya expresadas del sentido del reproche que opera como acción comunicativa. En cualquier caso, puede también entenderse la prescripción del modo que hemos señalado (atendiendo a la conducta atentatoria y no al acto jurídico que le da lugar) prescindiendo de la figura de la culpa como capacidad de representación. En este sentido bastaría para la definición de la conducta, y el correspondiente cómputo de la prescripción de la misma, con la objetivación total del tipo (que es como se aplica hoy en la jurisprudencia). Así, en esa

mirada, dado que el tipo del DL 211 supone que el sujeto cuenta posición dominante, se da por cumplido el requisito de imputación subjetiva por este solo hecho en la medida en que, precisamente porque cuenta con posición dominante, el ordenamiento asume que previó o tuvo la capacidad de prever los efectos anticompetitivos que su acción podría tener. Consecuentemente, al verificarse el daño a la libre competencia por parte de un sujeto que cuenta con posición dominante, se da por acreditada la capacidad de representación del sujeto y se entiende perpetrada la infracción. Es posible en todo caso que, aun no siendo lo más habitual, un sujeto que contaba con posición dominante no podía prever los efectos de su acción y, en ese caso, lo que se ha empleado como válvula de escape es la razonabilidad de la conducta que termina por excluir el tipo por ser la conducta justificable en términos de competencia.

De esta forma, nuestro planteamiento respecto al rol de la culpa es una aproximación más bien teórica que tiene el mérito de rescatar el sentido del reproche en el administrativo sancionador. No obstante, por supuesto no está libre de problemas y dificultades que explicaciones alternativas como la recién referida pueden salvar para hacerse cargo del problema de la prescripción con igual éxito pero sacrificando, el a nuestro juicio interesante aporte del sentido del reproche. Nuestra tesis, sin embargo, supondría dificultades prácticas en la medida en que se entendiese como una forma de exigir la prueba de un requisito adicional a quien demanda o requiere ante el Tribunal. Si bien no tenemos una respuesta precisa para dicha situación intentaremos esbozar alternativas para enfrentarla en el apartado siguiente.

## 9.2. Carga de la Prueba

En los apartados precedentes hemos esbozado una reinterpretación del tipo del artículo 3 del DL 211 que lo redefine y permite reconocer lineamientos más sistemáticos para determinar cuándo debiese empezar el cómputo de prescripción para los ilícitos en cuestión. Dicha construcción, por supuesto, no es nimia y tiene implicancias sobre la forma típica de ilícitos de libre competencia y consecuentemente sobre su prueba. El objetivo del presente apartado, como mencionamos, es analizar qué efectos –y particularmente dificultades- implicaría respecto a la carga probatoria de las partes la adopción de nuestra interpretación, y si ella resulta óptima o sería deseable modificarla.

La carga de la prueba, como fenómeno jurídico, estaba presente en el ordenamiento ya desde los tiempos del derecho romano aunque sólo respecto a lo que actualmente conocemos como carga subjetiva de la prueba.<sup>231</sup> Dicha comprensión de la carga probatoria podía resumirse en la máxima de Paulo “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”. Posteriormente, con el desarrollo del derecho procesal y el progreso de la ciencia jurídica, el espacio que ocupaba la prueba dentro del sistema procesal fue evolucionando. Así, surgieron diversas teorías que fueron desafiándose mutuamente y en

---

<sup>231</sup> PRÜTTING H, 2010. Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. [en línea] Revista Ius et Praxis, Santiago. Año 16: N°1. <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122010000100015#n8](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000100015#n8)> [Consulta: 26 de junio de 2014] p. 2.

ocasiones también complementándose. Entre los avances de la doctrina procesal se encuentran la teoría negativa, que distingue entre los hechos positivos y negativos (estos últimos no pueden ser probados),<sup>232</sup> y la teoría de las presunciones, que consiste en la fijación de deducciones a partir de los elementos probados.<sup>233</sup>

En el mismo sentido se esgrimió la teoría de la continuidad, que sostenía que ciertos hechos muy excepcionales podían afectar la carga de la prueba. En lo sucesivo la teoría de la posibilidad probatoria consagró la dicotomía propia de los procesos judiciales en que los hechos son probados o no probados (y no probados, desmentidos o confusos).<sup>234</sup> Finalmente, la teoría de la carga probatoria fue desarrollada por Leo Rosemberg quien introdujo los términos de la carga objetiva, de producir y ofrecer la prueba.

Dicha distribución dependería de las propias normas del ordenamiento y, en sus palabras, “la estructuración de la carga de la prueba es solo una consecuencia de la estructuración del derecho común”.<sup>235</sup> La carga probatoria, por tanto, se deriva de las presunciones legales y no a la inversa, así, quien alega la existencia de una obligación debe probarla y una vez acreditada corresponde al que alega haberla cumplido probar dicha circunstancia.<sup>236</sup> La doctrina procesal contemporánea, además, ha explorado cada

---

<sup>232</sup> Ídem. p. 3.

<sup>233</sup> Ídem p. 3.

<sup>234</sup> Op. Cit. PRÜTTING. 2010. p. 3.

<sup>235</sup> ROSEMBERG, L. 2002. La Carga de la Prueba. Edit. B de F. 2º Edición en español.

<sup>236</sup> BARBERÍO et al. Doctrina y Jurisprudencia Procesal, Civil y Comercial. Editorial Juris. Rosario, Argentina. 2004/1 p. 10.

vez con más osadía la idea de la carga dinámica de la prueba, que consiste en un complemento a las reglas generales en materia probatoria cuyo objetivo es “permitir en casos excepcionales el cumplimiento cabal de la idea de justicia y especialmente de igualdad de las partes en el proceso”.<sup>237</sup> La forma de realizar este objetivo es a través de la alteración de las reglas de la carga de la prueba en los casos en que el sujeto a quien correspondía una determinada prueba no pueda rendirla por motivos ajenos a su voluntad.<sup>238</sup>

Esta noción da cuenta de cómo el ordenamiento va paulatinamente evolucionando para comprender un universo mayor de casos y adaptarse a los desafíos que la práctica jurídica ha ido revelando. Con todo, aunque la definición del concepto de carga de la prueba no es pacífica y dependerá de la doctrina que la sustente, para efectos del presente trabajo basta con señalar que “son instrucciones dadas al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante”.<sup>239</sup> Por lo mismo, la carga de la prueba será relevante al momento de determinar a quién corresponde probar qué circunstancias en el tipo del DL 211.

---

<sup>237</sup> GONZÁLEZ C. M. La carga dinámica de la prueba y sus límites. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2011, p. 37.

<sup>238</sup> LÉPORI W. I. Cargas probatorias dinámicas. En: PEYRANO W., Jorge p. 68 citado en ídem. GONZÁLEZ

<sup>239</sup> ROSENBERG L. 1956. La Carga de la Prueba. Buenos Aires. Editoriales Jurídicas Europa-América. p. 2

En realidad es claro que los ilícitos de libre competencia no son completamente homologables ni a los procedimientos civiles ni penales, pero nos parece útil recurrir a las normas civiles. Si bien éstas no pueden entregar luces suficientes respecto al estándar probatorio necesario para los casos de libre competencia (definición que escapa a las pretensiones de este trabajo), sí ofrecen un marco general desde el cual poder analizar las problemáticas que surgen a este respecto.

La interpretación propuesta de los ilícitos del artículo 3 del DL 211 a la luz del principio *impossibilium nulla obligatio est* implica, como mencionamos, que el ilícito anticompetitivo se estructura en base a tres requisitos: **(i)** la perpetración de un hecho (u omisión); **(ii)** que dicho acto u omisión dañe la libre competencia (en los términos previamente referidos); y **(iii)** que el sujeto haya podido motivar su acción por la norma y por tanto haya podido obrar de modo distinto, motivado por la norma.<sup>240</sup> En otros términos, se requiere una acción que dañe la libre competencia y que haya sido ocasionada a sabiendas, o pudiendo saber, que la acción haya tenido la aptitud de producir tal daño. Conforme a las reglas generales corresponde al demandante probar la existencia de una acción que produce daño a la libre competencia.

Creemos que lo que establece el artículo 3 del DL 211 es una manifestación del orden público económico y lo que hace, finalmente, es imponer sobre los sujetos un deber de respeto a la libre competencia. Esto, sumado a que *impossibilium nulla obligatio est*,

---

<sup>240</sup> Op. Cit. VALDÉS D. 2013. p. 84-85



implica que impone sobre las personas (naturales y jurídicas -que actúan a través de sus representantes a quienes debe imputárseles la capacidad de representación-) un cierto deber de diligencia que deben emplear al momento de desempeñarse en el ámbito económico, en pos de evitar daños a la libre competencia. En este sentido nos parece que dicha obligación podría ser homologable a la que impone una obligación civil de medios, que es aquella que exige del obligado un determinado deber de diligencia.<sup>241</sup> Así quien se desenvuelva en la esfera económica sin el debido cuidado para con la libre competencia infringirá el deber que el orden público económico le ha impuesto.

En sede civil la carga de la prueba para este tipo de obligaciones se encuentra resuelta por el legislador que explicita en los artículos 1698 y 1547 del Código Civil los criterios a utilizar. Estos establecen que la prueba de las obligaciones o su extinción corresponde a quien las alega y que, la prueba de la diligencia corresponde al que ha debido emplearla. Nos parece que para aplicar dicho artículo por analogía habría que evaluar su rendimiento para la rama en cuestión dado que las consideraciones no son las mismas del derecho civil.

El análisis de la carga de la prueba debe hacerse atendiendo a la propia lógica de las normas de que se trate. Primero, como mencionamos, nos parece elemental como punto de partida que corresponda a quien sostenga que existe en un caso determinado una

---

<sup>241</sup> PIZARRO W. 2008. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. versión online ISSN 071868-51 p. 2

infracción a las normas del DL 211, probarlo. Corresponderá por tanto al demandante (o requirente) probar que un determinado acto daña la libre competencia o, lo que es lo mismo, que en un caso en particular existía un deber particular de no dañar la libre competencia y que ese deber fue infringido.

La prueba que compete al demandante o requirente consiste en demostrar que un determinado acto daña la libre competencia y, en consecuencia, se infringe la obligación general de no dañar a la libre competencia. Ello es compatible con el criterio establecido por el artículo 1698 en la medida en que quien alega un incumplimiento del artículo 3 del DL 211 debe probarlo. En este sentido, como el incumplimiento requiere negligencia para ser ilícito y no basta la mera presencia de un daño a la libre competencia, resta dilucidar a quién le competará la prueba de la diligencia. Respecto a esto, nos parece útil la comparación con las obligaciones de medios en las que, conforme al artículo 1547 corresponderá la prueba de la diligencia al que ha debido emplearla porque, al imponer el artículo 3 del DL 211 una obligación de medios sobre los particulares, habiendo probado el demandante o requirente la relación de causalidad entre el acto y el daño producido a la libre competencia, corresponderá al supuesto infractor acreditar que o bien tal daño no existe o bien no pudo preverlo y consiguientemente evitarlo.

Esto en razón de que siempre la prueba de la existencia de una obligación corresponderá a quien la alega conforme al artículo 1698, pero “una vez acreditada la

obligación, es al deudor... [al que] le corresponde probar su extinción”<sup>242</sup> dada la lógica de las obligaciones. Ello a nuestro parecer es sostenible respecto a cualquier obligación legal. Así, corresponderá a la autoridad de Impuestos Internos probar que un contribuyente tenía una determinada obligación y una vez probada ésta, corresponderá a dicho contribuyente probar su extinción. Asimismo, en libre competencia corresponderá al demandante o requirente probar que existía en un caso particular un deber de los consagrados en el artículo 3 del DL 211 mientras que al demandado o requerido corresponderá, o bien desmentir la existencia de dicho deber particular (mostrando que no había un peligro de daño a la libre competencia), o bien el mostrar que pese a que se haya provocado un daño, él cumplió con su deber y actuó con la diligencia debida. Es el equivalente a la prueba del empleo de la diligencia debida en una obligación de medios<sup>243</sup> pero en sede de libre competencia. Nos parece que ambas instituciones ocupan un lugar equivalente en la gramática de cada sistema y por lo mismo las reglas de distribución de la carga de la prueba debiesen ser equivalentes. Ello, sin embargo, es aún un primer acercamiento, y por supuesto resta mucho por analizar a este respecto como las posibles particularidades que pueda aportar el ser un procedimiento sancionador.

---

<sup>242</sup> Op. Cit. PIZARRO. 2008. p. 4

<sup>243</sup> En las obligaciones de medios la prueba de la diligencia es prueba de cumplimiento (pago) de la obligación (en este sentido, por ejemplo, Barros, Enrique, “La diferencia entre estar obligado y ser responsable en el derecho de los contratos”, En: *Estudios de Derecho Civil II*, LexisNexis (2007), p. 729). Para el problema de carga de la prueba que esto plantea, véase, PEÑAILILLO. D. 2003. *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile. p. 229: “En la obligación de medio, si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor el que debe probar que fue diligente, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de comportarse diligentemente (sin importar que un resultado esperado no se haya producido)”.

Creemos que hay una cuestión adicional que debe ser explorada: el problema de los incentivos. Como en el mercado los actores buscan maximizar sus ganancias, lo normal es que sus acciones busquen sacar ventaja sobre sus competidores. Ello es admisible, pero conoce como límite el respeto a la libre competencia. Las diferencias muchas veces entre uno y otro son cuantitativas y no cualitativas. Por lo mismo, los incentivos del mercado están en realizar acciones –no anticompetitivas– pero que permitan sacar la mayor ventaja posible, es decir, que sin ser ilícitas dejen al rival en la peor posición posible. Esto es, muy probablemente, una acción que se ubique (en un plano dividido entre ilícito y lícito) en una asíntota que, sin ser ilícita, se acerque lo más posible a ella, para obtener la mayor ventaja posible.

En razón de esto a nivel de sistema creemos que lo mejor es que opere una presunción, meramente judicial, de que toda acción que provoque daño a la libre competencia fue realizada a sabiendas y por ello infringe el deber de diligencia. Ello porque, lo más probable, en términos de incentivos, es que los actores del mercado se hayan representado los efectos de su acción y precisamente los hayan deseado para obtener a través de ellos una ventaja competitiva. Ahora bien, nos parece que sería aún mejor si se consagrara en la legislación y pudiere operar como una presunción simplemente legal, pero ello requeriría una modificación de *lege ferenda* y nos parece que

basta un análisis de la forma del sistema de libre competencia actual para establecer presunciones simplemente judiciales a este respecto.<sup>244</sup>

### **Conclusiones: el alcance de la prescripción**

A modo de cierre, queremos agregar un par de consideraciones a lo ya planteado. El objetivo del presente trabajo, como señalamos en lo precedente, no es cerrar el debate sobre cuándo debe empezar a computarse la prescripción sino, muy por el contrario, identificar los criterios que nos parecen relevantes y que pueden aportar al estado actual del asunto. Éstos, por supuesto, deben ser complementados e interpretados en profundidad para poder ir formando una línea de razonamiento cada vez más robusta que permita anticiparse a los problemas de la prescripción.

Las aseveraciones realizadas en este trabajo por lo mismo constituyen un punto de partida y no un punto de llegada respecto a las dificultades que presenta la prescripción. En particular, creemos que tanto un tratamiento más profundo de la teoría de la imputación penal como sus supuestos en sede administrativa en general son profundamente

---

<sup>244</sup> Como mencionamos, la explicación alternativa del tipo, que es la que se emplea actualmente realiza esta presunción mediante la objetivación del tipo. Teniéndose abuso de posición dominante, el ordenamiento asume que tuvo o pudo tener capacidad de representación.

necesarios. Especialmente en cuanto a la distinción entre la facultad sancionatoria y regulatoria de los órganos administrativos.

Por otro lado, la construcción de una nueva lectura del tipo incorporando el factor de imputación culpa (como capacidad de representación) constituye un paso aún más precario en la medida en que se trata de una explicación teórica cuyo mérito yace principalmente en la capacidad de dar un lugar al sentido comunicativo del reproche administrativo, pero teniendo para ello que pagar un importante costo respecto a la utilidad práctica de la misma. En cualquier caso, nos parece que puede ser un interesante punto de partida para hacerse cargo precisamente de la especialidad del reproche administrativo como acción comunicativa, cuestión que supera ampliamente el objeto de este trabajo.

Teniendo presente estas prevenciones, las conclusiones a las que hemos llegado a través del presente trabajo son, primero, que la distinción entre actos de comisión permanente y ejecución instantánea es fundamental pero, segundo, que para hacerla inteligible el criterio diferenciador tiene que ser la voluntad de quien comete el ilícito. Ello porque de lo contrario se vulneraría un principio básico del derecho imponiéndole a los particulares obligaciones que no serían capaces de cumplir que, según vimos, resulta axiomáticamente indefendible.<sup>245</sup> La identificación de esta voluntad además, no puede operar como una excusa para que el infractor se haga inmune frente a las sanciones correspondientes a su ilícito.

---

<sup>245</sup> ZIMMERMANN, R. 1996. *The Law of Obligations*. Oxford, Oxford University Press. 687.

Si uno se toma en serio la idea de que cuando una persona capaz se obliga, lo hace mediante su voluntad, entonces el cumplimiento de dicha obligación no puede ser separable de ese primer momento en que decidió obligarse. Así, quien se obliga el primer año a cometer un ilícito por 20 años (sabiendo que durante esos 20 años será o es razonablemente esperable que sea ilícito) tal acto manifiesta su voluntad tanto en el año segundo como en el año 20. El límite para ello, claro, es la capacidad que tenga el sujeto de representarse dicha aptitud de la acción. Para esto, las representaciones internas que tenga el sujeto –a modo de creencias privadas, no constatables en sus expresiones externas- son irrelevantes: lo que importa es, dado un determinado curso de acción, lo que razonablemente podíamos esperar que un sujeto capaz se representase.<sup>246</sup>

De lo anterior se sigue que, cuando una parte comete un ilícito anticompetitivo mediante la suscripción de un contrato, la ejecución del mismo contrato es también ilícita para la libre competencia y en consecuencia no puede empezar el cómputo de la prescripción. Como el límite de la determinación es la voluntad, la prescripción conocería como piedra de tope, por un lado, los actos que devengan en ilícitos con el tiempo pero

---

<sup>246</sup> Como la voluntad a la que nos referimos es una que se identifica a través de la atribución de significado a ciertos actos materiales, nada importa para ella que por ejemplo el órgano que la ejecutó (en el caso de una persona jurídica) señale que sus integrantes tenían otras intenciones en su fuero interno si en el caso particular se estima que con un nivel de diligencia adecuado era previsible el efecto anticompetitivo de la acción.

cuya ilicitud no pudo ser razonablemente esperada o prevista por el causante<sup>247</sup> y, por otro, los actos que fueron realizados en el cumplimiento de un deber impuesto por la autoridad.

Lo relevante es que el sujeto tenga una alternativa de acción a la perpetración del ilícito que no constituya a su vez una violación legal. Téngase en cuenta que ello no es así en sentido contrario, es decir, no porque un sujeto realice un acto que, por ejemplo conforme a la regulación medio-ambiental es lícito, este pasaría a ser lícito en sede de libre competencia.

Resulta fundamental, por tanto, entender que los actos jurídicos son relevantes para la determinación de los ilícitos no en términos netamente formales (esto es, porque proporcionan una fecha presunta de ejecución), sino que su relevancia proviene del evento de que dan cuenta, esto es, de la voluntad que se obligó en ellos. En otras palabras, el acto jurídico sólo muestra que la persona que realiza el ilícito tenía la intención de realizarlo o, lo que es lo mismo, realizó el ilícito porque pudiendo no hacerlo optó por dañar la libre competencia. Recordemos que la intención en este contexto no trata de un estadio psicológico, sino de la atribución de sentido mediante criterios normativos a un determinado acto, por lo que es predicable tanto de personas jurídicas –las que por su parte actúan mediante representantes- como naturales. Por lo mismo, independientemente de si

---

<sup>247</sup> No se puede establecer que existe voluntad si ni siquiera existe representación, ésta es su condición necesaria mínima. Aquí, más que un tema de prescripción, estos actos no son imputables como ilícitos. Los actos en cuestión, por falta de voluntad, carecerían de ilicitud, por lo que no pueden, tampoco, reiniciar el conteo de prescripción de un acto anterior (no son aptos para ello).



la persona se obligó por escrito a realizar la conducta por los próximos 20 años o si cada año vuelve a obligarse en un nuevo escrito o, por el contrario, jamás escrituró su intención, para la libre competencia el ilícito sigue siendo el daño a la competencia que dicho ejecutor ocasionó conscientemente y por su propia voluntad.

## **Bibliografía**

### Libros y artículos:

- ABELIUK R. 2008. Las Obligaciones. 5ª Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- BARBERÍO et al. Doctrina y Jurisprudencia Procesal. Civil y Comercial. Editorial Juris, Rosario. Argentina, 2004/1.
- BARROS B. E. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- BASCUÑAN R. A. 2013. La aplicabilidad temporal de la normas del Decreto Ley 211. (Informe en derecho, Causa Rol C-236-2011, caratulado “Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”) [En línea] <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=2947>> [Consulta: 10 de julio de 2014]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Historia de la ley N°20.361 [En línea]. Chile. <<file:///C:/Users/JuanIgnacio/Downloads/hdl-20361.pdf>> [Consulta: 22 de octubre de 2013]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2016. Historia de la ley N°20.945. [En línea]. Chile. <[http://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file\\_ley/5311/HLD\\_5311\\_309403626b75bac64263f6963450f8f9.pdf](http://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_309403626b75bac64263f6963450f8f9.pdf)> [Consulta: 16 de octubre de 2016]
- CONTRERAS L. Interrupción Civil de la Prescripción Extintiva. Revista de Derecho y Jurisprudencia Doctrina. XLII (7 Y 8). pp. 113-146.

- CORDERO L. 2008. Evaluando el sistema de fiscalización ambiental chileno. En: Desarrollo Sustentable: Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental. Santiago. Centro de Derecho Ambiental - Legal Publishing.
- CORDERO L. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago, Thomson Reuters.
- DIEZ L. y GULLÓN A. 2012. La Prescripción y la Caducidad. En: Sistema de Derecho Civil. 12º edición. Madrid. Tecnos.
- DEPARTMENT OF JUSTICE [En línea] Price Fixing, Bid Rigging and Market Allocation Schemes, En: The United States Department of Justice, <http://www.justice.gov/atr/price-fixing-bid-rigging-and-market-allocation-schemes>  
[Consulta: 3 de septiembre de 2015]
- ENGLISH LAW COMMISSION. 1998. Limitation of Actions [En línea] Consultation Paper N°151  
<[http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc270\(2\)\\_Limitation\\_of\\_actions.pdf](http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc270(2)_Limitation_of_actions.pdf)>  
[Consulta: 3 enero de 2014]
- GARCÍA E. y FERNÁNDEZ. 1992. Curso de derecho administrativo. 5º Edición. Madrid. Civitas.
- GONZÁLEZ C. 2011. La carga dinámica de la prueba y sus límites. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 2011.

- GRAHAM. K. 2007. The Continuing Violations Doctrine. [en línea] Gonzaga Law Review. Vol. 43:2. <<http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/21/>> [Consulta: 25 de noviembre de 2013]
- GUERRA M. 2011. La responsabilidad civil derivada de ilícitos monopólicos. memoria para optar al grado de licenciado de ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. pp. 11-21.
- HAYEK, V., 1968, La competencia como proceso de descubrimiento, Philadelphia Society. En: Revista Centro de Estudios Públicos, N°50, 1993.
- KENNETH E. 2006. *Private anti-trust remedies under US law*. [en línea] *PLC Cross-border Competition Handbook 2006/07. Volume 1* <<http://www.steptoelaw.com/assets/attachments/2804.pdf>> [Consulta: 20 de diciembre de 2013]
- KOOB E. y KAZANOFF E. 2004. *Global Counsel Competition Law Handbook*. [en línea] *Competition Law 2004/05*. <<http://www.stblaw.com/docs/default-source/cold-fusion-existing-content/publications/pub484.pdf?sfvrsn=2>> [Consulta: 25 noviembre 2013]
- LAGOS O. 2005. Para una recepción crítica de la caducidad. Revista de Derecho Privado Fundación Fernando Fueyo. Santiago (4) pp. 81-105.
- LIRA P. 1927. RDJ Doctrina. Santiago. Tomo XXIV: 9 y 10. pp. 595-624.
- MACRORY R. 2006 Regulatory Justice: Making Sanctions Effective, [En línea] <<http://www.berr.gov.uk/files/file44593.pdf>> [consulta el 2 de enero de 2014]

- MAÑALICH R. 2004. El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía. [en línea] REJ N°5  
<<http://www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/viewFile/15042/15462>>  
[consulta 10 junio 2014]
- MAÑALICH. R. La exculpación como categoría para el razonamiento [en línea] Revista para el Análisis del derecho N°1 <  
<http://www.captura.uchile.cl/handle/2250/131609>> [consulta: 10 junio 2014]
- MCCHESENEY, F. 2010. Easterbrook on Errors. En: *Journal of Competition Law and Economics*. Vol. 6, No. 1). pp. 11-31
- MUÑOZ J. 1992. El delito de detención. Madrid. Trotta.
- NEHME Z. 2011. Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los organismos de la administración del estado. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La libre competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago. Thomson Reuters. pp. 317-373.
- OGUS A. *Regulatory Institutions and Structures*. 2001. *Centre On Regulation and Competition. Working Paper Series*. Paper No.4. University of Manchester.
- PEÑAILILLO. D. 2003. Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento. Editorial Jurídica de Chile.
- PIZARRO W. 2008. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso. XXXI: 2° Semestre. pp. 255-265.
- PRÜTTING H. 2010. Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho

probatorio. [En línea] Revista Ius et Praxis. Año 16: N°1.

<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122010000100015#n8](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000100015#n8)> [consulta: 26 junio 2014] pp. 453-464.

- RAGUÉS R. 2004. Consideraciones sobre la prueba del dolo. Revista de Estudios de la Justicia. (4).
- RAGUÉS R. 2012. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico [En línea] InDret: Revista para el análisis del derecho (3). Barcelona < <http://www.indret.com/es/index.php> > [Consulta: 6 de enero de 2013]
- ROBINSON P. 2000. *Justice Can Never Come Too Late*. Washington Post. Washington. Estados Unidos. 3 mayo. Op-Ed. A-23.
- ROJAS N. 2 octubre 2012 ¿Es la colusión un ilícito *per se* tras los fallos Farmacias y Expira? [En línea] blog Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile <<http://regulacionycompetencia.blogspot.com/2012/10/es-la-colusion-un-ilicito-per-se-tras.html> > [Consulta: 8 de julio de 2014]
- ROSENBERG L. 1956. La Carga de la Prueba. Buenos Aires. Editoriales Jurídicas Europa-América.
- ROSENBERG L. 2002. La Carga de la Prueba. Edit. B de F. 2° Edición en español
- SCHAUER F. 1978. Fear, Risk and the first amendment: unraveling the “chilling effect”. Boston University Law Review. Issue 5. November 1978. pp. 685-732.
- SIXTY-THIRD CONGRESS SESSION, sess. II, chapters 320. 323, 1924 [En línea] [Disponible en: <http://www.legisworks.org/congress/63/publaw-212.pdf>]

- STEUER R. 2012. The Simplicity of Antitrust. En: *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 14: 2 pp. 543-547.
- TAPIA J. 2010. La prohibición de Colusión en el derecho chileno y comparado (Informe en Derecho causa Rol N°177-2008 proceso caratulado “Requerimiento de la FNE en contra de ACHAP A.G. y otros”)
- TAPIA J. 2013. ¡Cartelicense no más!: la negativa señal de la Corte Suprema chilena en un caso reciente. [En línea] Derecho y Política de Libre Competencia en América Latina. 26 de septiembre 2013 <  
<http://lalibrecompetencia.com/2013/09/26/cartelicense-no-mas-la-negativa-senal-de-la-corte-suprema-chilena-en-un-caso-reciente/> > [Consulta: 9 de julio 2014].
- VALDES P. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago. Editorial Jurídica.
- VALDÉS. P. 2008. Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales. Anales Derecho UC. Temas de Libre Competencia. Vol. 2.
- VALDÉS P. 2013. La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos y convenciones. [En línea] Gaceta Jurídica N°392.  
 <[http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/C%20242-12%20INFORME%20DOMINGO%20VALDES%20\(SRCI\).pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/C%20242-12%20INFORME%20DOMINGO%20VALDES%20(SRCI).pdf)> [Consulta: 8 de julio de 2014]
- YBAR, M. 2010. ¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia? Un análisis aplicado al caso supermercados. En: Libre Competencia y Retail: un análisis crítico. Santiago. Abeledo Perrot.
- ZIMMERMANN R. 1996. *The Law of Obligations*. Oxford. Oxford University Press.

- ZIMMERMANN R. 2004. *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*. Cambridge. Cambridge University Press.

Jurisprudencia y resoluciones:

- Corte Suprema ROL N° 517/2004. 17 noviembre 2004.
- Corte Suprema ROL N°2255/2012. 7 diciembre 2012.
- Corte Suprema ROL N°9427/2012. 1 julio 2013.
- Corte Suprema ROL N°27181/2014. 29 de octubre de 2015.
- Comisión Resolutiva N°173/1984
- Instituto de Salud Pública de Chile. Resolución exenta N°3669. 5 de noviembre de 2015
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Sentencia. N°11/2004
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°81/2009 del TDLC
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. N°106/2010
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. N°118/2012
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. N°122/2012
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. N°126/2012
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. ROL N°263/2013
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. ROL N°145/2015
- 401 U.S. 321 (1971)
- 640 F.2d 936 (1981)
- 787 F.2d 1299 (1986)



- 813 F.2d 234 (1987)