



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA COLUSIÓN EN CHILE

Análisis desde la libre competencia y derecho penal del nuevo delito introducido
por la Ley 20.945

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

JULIO CIFUENTES S.
Y
J.TOMÁS FRENCK K.

PROFESOR GUÍA: EDUARDO MORALES R.

SANTIAGO DE CHILE
2018

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: Consideraciones previas	7
1.1 La libre competencia y los injustos monopólicos	7
1.2 La colusión o cartel	10
1.2.1 Empresa, concentración y cartel	10
1.2.2 Avanzando hacia una definición de colusión	14
1.2.3 El nuevo artículo 3 letra a) del DL 211	15
1.3 Nuevo procedimiento para perseguir criminalmente a la colusión	23
1.3.1 Sentencia ejecutoriada por parte del TDLC como condición de procesabilidad	24
1.3.2 Compatibilización entre delación compensada y la penalización de la colusión	26
CAPÍTULO II:	
Justificación de una sanción penal contra el delito de colusión	30
2.1 ¿Por qué la colusión y no otros ilícitos anticompetitivos?	30
2.2 Justificación desde el punto de vista retributivo: el reproche moral y el daño	34
2.3 Justificación desde el punto de vista disuasivo o preventivo general	39
2.4 La insuficiencia de la sanción de multas	40
2.5 Necesidad de sancionar criminalmente a los individuos	43
2.6 Fortalecimiento de la exención de responsabilidad por colaboración	44

CAPÍTULO III: Derecho comparado	47
3.1 Estados Unidos	47
3.1.1 Introducción	47
3.1.2 Sanciones penales	51
3.1.2.1 Entes encargados de la persecución penal por ilícitos anticompetitivos	52
3.1.2.2 Sanciones susceptibles de ser perseguidas criminalmente	53
3.1.2.3 Prescripción	55
3.1.2.4 ¿Persecución contra el individuo o contra la empresa?	56
3.1.3 Casos relevantes	56
3.2 Europa	59
3.2.1 Introducción	59
3.2.2 Normas que regulan la libre competencia en la Unión Europea	60
3.2.3 Sanciones penales	62
3.3 Reino Unido	64
3.3.1 Introducción	64
3.3.2 El tipo criminal de la colusión en el Reino Unido	65
3.3.2.1 La antigua sección 188 y el elemento del “dishonestly”	65
3.3.2.2 Las modificaciones introducidas por la sección 47 del “Enterprise <i>and</i> <i>Regulatory Reform Act</i> ” del año 2013	67
3.3.2.3 Conductas anticompetitivas sancionadas criminalmente en el Reino Unido	70
3.3.3 Casos relevantes	71
3.4 Australia	74
3.4.1 Introducción	74
3.4.2 Sanción penal para la colusión en Australia	75
3.5 Japón	77
3.6 Brasil	78
3.7 Conclusiones	80

CAPÍTULO IV:	
Contexto de la persecución penal de la colusión en Chile	83
4.1 Origen de la criminalización	83
4.2 La reafirmación de la sanción penal: Decreto Ley Nº211	86
4.3 Legitimación de la institucionalidad heredada	90
4.4 Reforma del año 2003: ¿El fin de la criminalización de la colusión?	92
4.5 En busca de la solución: artículo 285 del Código Penal y sus problemas	95
4.6 El caso “farmacias”: la respuesta judicial al conflicto	107
4.7 Otros casos emblemáticos: “Pollos” y “Papel Tissue”	111
4.8 La ley Nº 20.945: el nuevo delito de colusión	116
4.8.1 Contexto	116
4.8.2 Justificación de la sanción penal	117
4.8.3 Historia de la Ley Nº 20.945	120
CAPÍTULO V: Análisis del tipo penal del delito de colusión	124
5.1 El bien jurídico protegido	124
5.1.1 La libre competencia como bien jurídico	129
5.1.2 Naturaleza del bien jurídico libre competencia	134
5.2 El artículo 62 del DL 211	139
5.3 Tipicidad del delito de colusión	143
5.3.1 Faz objetiva	143
5.3.1.1 Sujeto activo	143
5.3.1.2 Sujeto Pasivo	147
5.3.1.3 Acción o conducta típica	149
A) El acuerdo colusorio	152
B) Finalidades o modalidades de colusión	161
5.3.2 Faz subjetiva	173
REFLEXIONES FINALES	178
BIBLIOGRAFÍA	183

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto estudiar el nuevo tipo penal por delitos de colusión introducido por la ley 20.945, bajo la perspectiva de dos grandes ramas involucradas: la libre competencia y el derecho penal. En el capítulo primero haremos referencia a conceptos previos que son necesarios para contextualizar cabalmente la presente investigación. En el capítulo segundo, resumiremos los principales fundamentos que la doctrina ha desarrollado para efectos de criminalizar el delito de colusión. En el capítulo tercero, abordaremos el tratamiento comparado que algunas legislaciones le han otorgado al delito de carteles. Por su parte, en el capítulo cuarto haremos mención al origen e historia de la criminalización de las prácticas colusorias en nuestro país. Luego, en el capítulo quinto, analizaremos el tipo penal de colusión desde el punto de vista del derecho penal, es decir, cuál es el bien jurídico protegido y cuáles son los elementos del tipo y los principales desafíos que presenta la nueva regulación. Por último, sintetizaremos las principales conclusiones que alcanzamos a lo largo del presente trabajo.

ABSTRACT

This investigation studies the new criminal cartel offence introduced by the Law 20.945, from the perspective of the two relevant branches implicated in this matter: antitrust and criminal law. In the first chapter, we are going to mention the main concepts and the relevant topics needed to contextualize the investigation presented in the following pages. In the second chapter, we will summarize the grounds given by the authors to justify the criminalization of the cartel offence. In the third chapter, we are going to review the cartel offence in Chile, comparing it with other legislations. In the fourth chapter, we will talk about the origin and history of the cartel criminalization law in Chile. Then, in the fifth chapter, we will analyze the cartel offence, the legal right that should be protected by offence, the elements of the penalized conduct and the main challenges of the current regulation. Finally, we will present our conclusions.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país durante los últimos años ha habido un fuerte rechazo en contra de las prácticas colusorias, rechazo que ha ido en aumento no sólo en el mundo de los juristas, sino que también en la generalidad de la sociedad. No es necesario hacer un estudio sociológico para darse cuenta de que hoy en día los carteles son repudiados en los distintos estratos sociales, basta con ver la cantidad de páginas en los periódicos dedicadas a la colusión o los espacios en los noticieros que se ocupan cada vez que nos encontramos ante los denominados “casos emblemáticos”, tales como lo fueron los casos farmacias, pollos, buses o actualmente lo es caso del papel higiénico. Es por eso que hoy en día de distintos ecos de nuestra sociedad es posible escuchar con recurrencia que la colusión es citada como una conducta que no puede ser tolerada, por consiguiente, es esa importante connotación social que se la ha dado a la colusión en este último tiempo, la principal razón del por qué elegimos como tema principal de esta obra, precisamente hablar sobre colusión.

La Ley 20.945 publicada el 30 de agosto de 2016, fue la última ley dedicada al fortalecimiento del sistema de protección a la libre competencia y en especial al combate contra los carteles. No cabe duda de que dentro de las modificaciones que viene a hacer esta ley, la más importante desde el punto de vista mediático, es aquella que precisamente se encarga, en palabras de nuestros parlamentarios, de responder a la demanda social, por intermedio de la imposición de las sanciones más alta que reconoce nuestro derecho, aquellas provenientes del derecho penal. Ahora bien, es llamativo desde el punto de vista de la política criminal que a lo largo de la historia del derecho de la competencia en nuestro país la colusión y la posibilidad de sanciones penales nunca han sido instituciones totalmente ajenas. En un primer momento, el Decreto Ley N°211 (“DL 211”), desde su creación en 1973 hasta el año 2003, contenía sanciones criminales para ilícitos contra la competencia, pero que, por diversas razones, durante esos 30 años, jamás se aplicó una condena criminal. Luego en el año 2003, se despenalizaron

los ilícitos contra la competencia, empero en aquellos casos emblemáticos y para evitar la impunidad de los cartelistas, se intentó utilizar sin éxito el artículo 285 del Código Penal que tipifica el llamado delito de alteración de precios. En otras palabras, la criminalización de los carteles, a través de esta nueva ley no es un fenómeno totalmente nuevo en nuestro país, sino que responde más bien a la necesidad de contar con una regulación adecuada, capaz de cumplir con los estándares de garantía penal necesarios en toda ley criminal y a su vez de hacer valer la demanda social de sancionar penalmente a la colusión.

La importancia que tiene actualmente la colusión en nuestro país, sumado al reciente establecimiento de un tipo penal en el artículo 62 del DL 211, nos motivó a desarrollar la presente investigación, la cual busca brindar la más completa comprensión de esta nueva institución. Además, entendimos desde un primer instante, que era imperioso abordar el tema tanto desde la perspectiva del derecho de la libre competencia como del derecho penal, es por ello que la metodología del trabajo se centró principalmente en el estudio y extracción de las ideas de los principales de textos que se han escrito en cada una de estas ramas del derecho.

El objetivo original de la presente investigación fue estudiar los distintos alcances del nuevo tipo penal de colusión, el bien jurídico protegido, los elementos de la conducta y las deficiencias o desafíos de la actual regulación. Ahora bien, mientras avanzábamos con esta obra, comprendimos que era imposible analizar el tipo penal de colusión sin entrar en el estudio de otros componentes necesarios para el cabal entendimiento del tipo penal. No obstante, debemos advertir que de cada uno de los capítulos de este trabajo e incluso de cada subcapítulo, se puede desarrollar una obra entera, por lo que únicamente nos centramos en lo relevante, resumiendo las principales ideas de los autores más doctos en cada uno de los temas abordados sin entrar en detalle en cada uno de ellos. Dentro de estos elementos adicionales, estudiamos las distintas justificaciones que ha dado la doctrina, en especial la comparada, para sostener que la colusión debiese

sancionarse criminalmente. Luego, hicimos una revisión de algunas legislaciones que desde ya cuentan con sanciones penales para delitos anticompetitivos para efectos de contrastarlas con nuestra regulación. Haremos presente desde ya, que salvo el caso de Estados Unidos, la criminalización de la colusión es algo relativamente reciente y que se ha ido implementado de forma gradual en el mundo. Enseguida, revisaremos la relación entre colusión-sanción criminal que ha existido a lo largo de la historia del derecho de la libre competencia en nuestro país, las razones por las cuales no se aplicaron condenas criminales hasta el año 2003, teniendo en cuenta que el DL 211 sí contemplaba esa posibilidad, además de los argumentos por los cuales fracasó el intento de utilizar el 285 del Código Penal para sancionar a las colusiones, sin dejar de hacer referencia a la historia y al contexto en el cual se dictó la Ley 20.945.

Se debe precisar que una de las grandes dificultades que tuvimos que soslayar en la realización de esta investigación, es que en Chile no contamos con un estudio pormenorizado sobre el tema específico del delito penal de colusión, salvo algunos textos y artículos aislados los cuales obviamente fueron consultados. En cambio, en el derecho comparado si encontramos literatura dedicada a la criminalización de la colusión, incluso se han escrito libros completos, los que, sin embargo, no abordan el tema como lo haremos nosotros. Generalmente estos autores se han dedicado a justificar la necesidad criminalizar la colusión y mencionar el contexto en el cual fueron creados las normas criminales, pero ninguno (dentro de lo que se pudo investigar), se ha dedicado única y exclusivamente al estudio de la conducta criminal. Una de las razones podría ser que, donde más se ha escrito es la doctrina anglosajona, en la que este análisis normativo no es tan relevante. También es importante mencionar que durante el desarrollo de este trabajo se consultaron otras memorias de licenciatura que intentaron analizar normativamente un posible tipo penal de la colusión, pero todas estas exposiciones -que si bien fueron de gran ayuda para nuestra investigación- trabajaron bajo supuestos, ya que el tipo penal de colusión recién entró a regir el año pasado. En consecuencia, con propiedad podemos decir que

lo que se propone en esta investigación es novedoso, porque ningún otro texto se ha dedicado de forma exclusiva al estudio del delito de colusión de forma exhaustiva y pormenorizada, abordando además todos los elementos adicionales para que dicha conducta criminal puede ser comprendida a cabalidad.

Como se podrá apreciar, el título elegido en esta obra “La Persecución Penal de la Colusión en Chile”, tiene directa relación con el resultado final de la misma. Esto porque la investigación no se centra única y exclusivamente en el estudio normativo de la conducta criminal, sino que se decide ir más allá y estudiar todos los elementos esenciales para poder comprender el fenómeno de la criminalización de las conductas colusorias en nuestro país, tanto desde el punto de vista del derecho de la competencia como del derecho penal. En las siguientes páginas esperamos cumplir con ese objetivo y brindar al lector las herramientas necesarias para entender de que hablamos cuando nos referimos a la criminalización de la colusión en Chile.

CAPÍTULO I

1. Consideraciones previas.

El presente capítulo tiene por objeto analizar ciertos elementos básicos que serán mencionados a lo largo de esta presentación y que son vitales para comprender los capítulos venideros. En primer lugar, revisaremos conceptos importantes sobre la libre competencia que deben ser tenidos en cuenta a la hora de estudiar el delito de colusión. Después revisaremos los alcances del concepto de colusión, para luego analizar el tipo infraccional y sus más recientes modificaciones. Por último, haremos mención al modelo procedimental regulado en el DL 211 para sancionar criminalmente a los coludidos.

1.1 La libre competencia y los injustos monopólicos.

El principal objetivo de la libre competencia es “posibilitar que los beneficios del intercambio en una economía de mercado, basada en la libre y sana competencia, produzcan el mayor bienestar general de los ciudadanos, y evitar que agentes con poder de mercado, individual o conjunto, perjudiquen dicho interés público atentado contra la libertad económica de terceros”¹.

Para poder hacer un adecuado estudio del nuevo tipo penal que viene a establecer la Ley 20.945, se hace imperioso partir de lo más básico y al menos mencionar cómo está configurado el sistema de libre competencia en nuestro país. En palabras del propio Fiscal Nacional Económico, el sistema de libre competencia en Chile está orientado a la protección de las eficiencias en los mercados, a diferencia de otros países en los que, por ejemplo, el objetivo

¹ AVILÉS, J. 2017. La Nueva Ley de Libre Competencia y los Desafíos de la Criminalización de la Colusión. serie informe legislativo 44: 1-24. 6p.

primordial es el bienestar de los consumidores². La norma fundamental, “que tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados” es el DL 211 de 1973. Este decreto en su articulado número 3 señala la o las conductas que son contrarias a la libre competencia y que, por consiguiente, deben ser sancionadas. Respecto de este artículo, podemos decir que en el inciso primero el legislador optó por consagrar un tipo abierto o universal para luego, en el inciso segundo, formular ejemplos especiales de conductas que pueden dañar la libre competencia en los mercados³.

El artículo 3 inciso primero dispone: “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.”⁴

Según el profesor DOMINGO VALDES, este inciso contiene el denominado “tipo universal antimonopólico, que es llamado así por su amplitud genérica mediante la cual busca captar todas las conductas que conculquen la libre competencia, aun cuando existen preceptos que recogen transgresiones específicas”⁵. Agrega VALDES, que el delito de monopolio universal debe ser una “acción u omisión, dolosa o culposa, dirigida causalmente a producir un resultado típico y antijurídico consistente en la puesta en riesgo o la lesión de efectiva de la libre competencia”⁶. De acuerdo al propio autor, el injusto antimonopólico cabe dentro del ámbito de aplicación del derecho administrativo sancionador y por lo

² IRARRÁZABAL, F. 2010. El Sistema Chileno de la Libre Competencia. En: SEMINARIO LOS Nuevos Desafíos de la Política de Competencia en Argentina: Balance de Diez Años de la Ley, Proyecciones e Instrumentos en Contextos Cambiante: 11 de junio de 2010. Buenos Aires, Argentina. Facultad de Derecho de la Universidad Austral: 1-14. 1p.

³ *Ibíd.*

⁴ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción 1973. Decreto Ley 211: Fija Normas Para La Defensa De La Libre Competencia, 17 diciembre 1973.

⁵ VALDES, D. 2006b. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 241p.

⁶ *Ibíd.*

tanto de acuerdo a la escuela cuantitativa, se le debe extender a este ilícito los mismos principios y garantías constitucionales establecidas para el derecho penal⁷.

Luego, el inciso segundo del artículo en comento es más especial puesto que contempla una serie de ejemplos de conductas que pueden ser sancionadas por la libre competencia. Estos ejemplos se encuentran en las letras a), b), c) y la reciente agregada letra d). El inciso segundo en su encabezado comienza diciendo: “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:”. Luego, las letras b), c) y d) estipulan lo siguiente:

“b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos.”⁸.

⁷ Ver discusión en: VALDES, D. 2006a. El Injusto Monopólico (La Culpabilidad en el Injusto Monopólico), Revista de Derecho e la Empresa N° 5, Universidad Adolfo Ibáñez: 39-55.

⁸ CHILE. op. Cit. 1973.

Dicho esto, el ilícito establecido en la letra b) se refiere a la conducta anticompetitiva llamada abuso de posición dominante; el de la letra c) a los ilícitos de competencia desleal, refiriéndose específicamente a los precios predatorios y por último, en la letra d) sanciona el *interlocking* o participaciones cruzadas. Se debe tener en cuenta además que todos estos ilícitos pueden tener por objeto lesionar la libre competencia o ponerla en riesgo, conforme a lo indicado en el encabezado.

En resumen, el inciso primero del artículo 3 de DL 211 consagra el ilícito de monopolio universal o parte general del delito contra la competencia, luego en su inciso segundo, se ejemplifican ciertas conductas o ilícitos especiales que atentan contra la libre competencia. Por eso, toda conducta que atenta contra la libre competencia debe ser capaz de subsumirse y ajustarse en la parte general del injusto monopolístico o al menos en la parte especial, de lo contrario la conducta debe ser considerada lícita⁹.

1.2 La colusión o cartel

1.2.1 Empresa, concentración y cartel

En el sistema capitalista la forma que reviste la explotación de los factores productivos corresponde a la de la *empresa*¹⁰. Es esta institución la que organiza los agentes productivos para satisfacer las necesidades de la sociedad por medio de los bienes y servicios que crea. Por lo anterior, hay que tener en consideración que cuando nos referimos en la presente investigación a la legislación de protección de la libre competencia, nos estamos refiriendo a un sistema que regula las relaciones de competencia entre los diversos agentes económicos que participan en el mercado en forma de empresa. Por ello, se dice que “la empresa es la institución medular y cardinal del capitalismo”¹¹. Ahora bien, en nuestros días

⁹ VALDES, D. 2006b. op. Cit. 245p.

¹⁰ BALTRA, A. 1973. Teoría Económica. Tercera edición. Santiago, editorial Andrés Bello. Tomo I. 265p.

¹¹ Ibid. 266p.

esta institución puede adoptar múltiples formas jurídicas permitidas por ley. La revisión particular de las distintas formas jurídicas que pueden mostrar las empresas no interesa para los fines de este trabajo. No obstante, es posible señalar -a modo muy general- que éstas pueden ser de dos especies fundamentales: la empresa individual, en la que es una sola persona la que toma las decisiones y soporta los riesgos de ellas; y la empresa social o colectiva, en que son varias las personas que realizan lo anterior.

Sin embargo, lo relevante, según señala el autor ALFREDO BALTRA, es el hecho de que uno de los rasgos característicos de la evolución económica contemporánea es el aumento del tamaño que están teniendo estas empresas. Ello se traduce en que la actividad económica es desarrollada cada vez más por un número reducido de éstas, pero cuyas dimensiones son mayores. Lo señalado, se viene produciendo debido a que la combinación eficiente de los factores productivos se logra de mejor manera en escalas más grandes como consecuencia del avance tecnológico¹².

En esta línea, las empresas pueden crecer de distintas maneras. Siguiendo a BALTRA, por un lado, este crecimiento puede ser denominado “concéntrico”, cuando se produce el caso en que una empresa decide aumentar su producción haciendo nuevas inversiones o mejorando la capacidad de sus instalaciones. En estos casos el aumento de su dimensión se mantiene relacionado a su núcleo original de producción. Por otro lado, el crecimiento puede tomar también la forma de una “concentración de empresas”, producto de la absorción de una por otra, de la fusión entre empresas independientes o de alguna forma de asociación entre ellas. Así, habrá concentración en una rama de la actividad económica “cuando un porcentaje reducido de las empresas proporciona un alto porcentaje de la oferta total”¹³. Ello produce que estas grandes empresas puedan “influir” en la oferta y precio de los productos que se transan en el mercado, lo cual conceptualizaremos

¹² Ibid. 287p.

¹³ Ibid. 288p.

más adelante como “poder de mercado”. En efecto, en gran medida la concentración persigue precisamente obtener dicha influencia, pues le permite al agente eludir la ley del mercado para sus productos (regulación de los precios según la ley de la oferta y demanda). La concentración de empresas tiene distintas modalidades que se han ido expresando en el tiempo según el desarrollo de la economía. No nos interesa aquí detenernos en todas ellas, sino que únicamente en dos.

En algún momento de la historia económica, y con particular fuerza en Estados Unidos, tuvieron gran importancia los *trust*. Estos, constituyen una forma avanzada de concentración en la cual “las distintas empresas se fusionan en una sola perdiendo la autonomía jurídica y técnica”¹⁴. En términos simples, esta forma de concentración operaba mediante la siguiente forma: los accionistas de las empresas que se buscaban controlar cedían sus acciones a una junta de apoderados a cambio de certificados de *trust* que se entregaban a estos accionistas por un valor correspondiente a las acciones que entregaban. De esta manera, los apoderados adquirirían el derecho a voto que las acciones envolvían y así reunían en sus manos el control de todas ellas. Este mecanismo de concentración de empresas fue rápidamente visto por la sociedad de forma reprochable, dado que impedían la competencia en igualdad de condiciones en el mercado, producto de que se constituían para influir en él y afectar a los demás competidores. Como resultado de la presión social, se dictaron las primeras regulaciones mundiales de protección de la competencia con el fin de prohibirlos, como lo fue la ley Sherman en Estados Unidos. Hasta el día de hoy, en ocasiones se les llama legislaciones *antitrust* a estas para denominarlas. Con su prohibición, esta modalidad tuvo que mutar y avanzar a nuevas formas de concentración permitidas. Hoy en día, una de las principales las constituyen los llamados “holding company”.

¹⁴ Ibid. 291p.

Por otra parte, hay también modalidades de concentración que pueden no llegar hasta la fusión de las empresas y la pérdida de su autonomía, sino que permiten que éstas puedan estar vinculadas a través de acuerdos referidos únicamente a determinados aspectos comerciales. Este es el caso de la llamada “concentración de influencias”. Una clase de este tipo de unión comercial se manifiesta en los *carteles*. “El cartel es una unión comercial de carácter permanente entre empresas que, conservando la personalidad jurídica y técnica, acuerdan limitar su autonomía con respecto a ciertas materias”¹⁵. Se observa entonces que la gran diferencia con los trust está en que en este último caso no existe una pérdida de la independencia de la empresa, sino que simplemente una coordinación entre ellas relativa a alguna variable de la actividad comercial. Dado que en general estas variables sobre las que versa el acuerdo buscan, en último término, influir para aumentar o estabilizar de manera irreal los precios de los productos -es decir, soslayar la ley de la oferta y demanda-, los carteles son considerados siempre como una conducta negativa para el mercado. El objeto de esta investigación es precisamente esta última forma de concentración (llamada también colusión), la cual es prohibida por nuestra legislación antimonopólica y, desde el año 2016, castigada penalmente en ciertos casos.

Por último, para el surgimiento de un cartel es necesario que existan ciertas condiciones en el mercado determinado. Dentro de las condiciones económicas, encontramos la necesidad de que las empresas que llevan a cabo el acuerdo de coordinación presenten ya un cierto grado de concentración. Esto significa que debe tratarse de un mercado con presencia de pocas empresas, pues en la práctica un cartel de múltiples empresas pequeñas no tiene éxito por ser difícil de organizar¹⁶. Por tanto, cuando estemos frente a mercados muy concentrados debemos estar atentos a la posibilidad de que sus agentes se coludan, riesgo permanente en una economía pequeña como la chilena. Además, se requiere que exista una cierta homogeneidad en sus costos, ya que una empresa con bajos

¹⁵ Ibid. 296p.

¹⁶ Ibid. 299p.

costos tenderá a no aceptar participar en un cartel para no perder esta ventaja que posee frente a sus competidores. Por otro lado, dentro de las condiciones técnicas que requieren los carteles, está el requisito de que las mercaderías producidas por las empresas que lo componen sean uniformes y fácil de distinguir. De esta manera, la colusión surgirá con mayor facilidad en actividades económicas donde la técnica de producción y los gustos están más consolidados. A ello se agrega, la necesidad de que los productos comercializados por las empresas del cartel no tengan sustitutos inmediatos, porque de lo contrario la coordinación no tendría el poder para alterar los precios de éstos o sus condiciones de comercialización, siendo el acuerdo totalmente inútil. Por último, la colusión requiere también de condiciones psicológicas de los empresarios. Es imperativo que ellos tengan la disciplina que exige poner en funcionamiento el cartel y la responsabilidad para dar cumplimiento estricto al acuerdo¹⁷. A lo anterior, podríamos agregar finalmente que éstos deben tener una formación empresarial proclive a privilegiar la maximización de utilidades por sobre la licitud de los medios que para ello se utilicen.

1.2.2 Avanzando hacia una definición de colusión

Nuestro legislador, teniendo en cuenta la volatilidad del derecho económico y para desincentivar la realización de conductas monopólicas, ha optado por no definir de manera técnico-jurídico las conductas que pueden ser atentatorias con la libre competencia, y con la colusión no fue la excepción¹⁸.

Con miras a alcanzar una definición de colusión debemos entonces, en primer lugar, recurrir a su acepción simple. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, colusión significa: “pacto ilícito en daño de tercero”¹⁹. Luego,

¹⁷ Ibid. pp. 299-300.

¹⁸ JUPPET, M. F. 2015. Colusión: Un análisis jurisprudencial. Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (32): 283-315. pp. 283-284.

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Tercera Edición. Madrid. [En línea] < <http://dle.rae.es/?id=9s5urAc> > [Consultado: 9 de agosto].

en palabras de SEBASTIAN SPOLMANN, en el ámbito del derecho antimonopólico, la colusión: “se configura como un pacto o acuerdo, con la particularidad de tener dos elementos copulativos que lo califican de manera especial, a saber, el carácter antijurídico, y provocar un perjuicio a un tercero ajeno a dicho pacto, convenio o concierto”²⁰. Después, el profesor VALDES, define la colusión como una: “Acción desplegada por ciertos competidores de un mercado relevante, que pueden o no corresponder a un acuerdo entre las partes, o sólo a una concurrencia conductual, que tiene por efecto el entorpecer, restringir o eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante. Siendo su principal efecto el unificar a los competidores que forman parte de dicho mercado relevante”²¹. En consecuencia, podemos decir que la colusión tiene por finalidad reducir la competencia en un mercado, a través de la unificación de ésta por parte de los mismos agentes económicos, quienes, a través, de un acuerdo, buscan que en dicho mercado exista un solo comerciante o se genere una situación de monopolio.

Por último, hacer mención que la RAE define el concepto de cartel como: “Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial”²². En este sentido y para efectos de este trabajo, colusión y cartel van a ser usados como sinónimos.

1.2.3 El nuevo artículo 3 letra a) del DL 211

Históricamente en nuestro país, la regulación de la colusión o carteles ha estado en el DL 211 precisamente en el artículo 3 letra a). Este artículo ha ido evolucionando en el tiempo, sufriendo muchas modificaciones, siendo la última de

²⁰ SPOLMANN PASTEN, S. 2011. Penalización De Ilícitos De Libre Competencia: Una Propuesta Normativa Respecto a La Colusión. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile. 39p.

²¹ VALDES, D. 2006b. op. Cit. 517p.

²² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. op. Cit. [En línea] < <http://dle.rae.es/?id=7ioHZ1g|7jpYEK7> > [Consultado: 9 de agosto].

ellas, la del año 2016 con la Ley 20.945. Analizar el nuevo tipo administrativo no es baladí, sobre todo si tenemos en cuenta como fue elaborado el sistema institucional para perseguir criminalmente la colusión. Esto, ya que, para que exista una condena criminal por un delito colusión, es necesario que exista en forma previa una sentencia por parte del TDLC que de por acreditada la existencia del acuerdo, que ésta se encuentre firme y que sancione a uno o más competidores por haber cometido el delito infraccional del artículo 3 letra a) DL 211. En consecuencia, si una determinada conducta no es considerada por el TDLC como una práctica colusoria, es imposible que después esa misma conducta sea sancionada criminalmente. El artículo 3 letra a) del DL 211, estipula: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los **acuerdos o prácticas concertadas** que **involucren a competidores entre sí**, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, **confiriéndoles poder de mercado a los competidores**, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”²³.

En primer lugar, el artículo 3 letra a) habla de acuerdos o prácticas concertadas. Es importante señalar que los tipos infraccionales anteriores al año 2016, hacían mención a “acuerdos expresos o tácitos o a las prácticas concertadas”. Es decir, se suprimieron las palabras “expresos o tácitos” para dejar solamente el vocablo “acuerdos” y “prácticas concertadas”²⁴. Ahora bien, se debe tener presente que la supresión de estas palabras no debe ser impedimento para sancionar tanto a los acuerdos expresos o tácitos. Ambos se circunscriben en la palabra “acuerdo”, de hecho, el artículo 3 letra a) antiguo, era quizás redundante al

²³ CHILE. 1973. El énfasis es nuestro.

²⁴ ARAYA, F. 2015. Derecho de la Libre Competencia. Revista Chilena de Derecho Privado (25): 233-250. 242p. El autor antes de la modificación, señalaba que bastaba únicamente con la palabra “acuerdo” para referirse tanto a “acuerdos expresos y tácitos”.

referirse tanto a los acuerdos expresos y tácitos, por ende, se decidió ocupar la palabra “acuerdo” para dejar a la jurisprudencia determinar los alcances de dicha palabra.

En cuanto a la forma de probar la existencia de acuerdos colusorios la Corte Suprema nos ilustra en que un acuerdo colusorio puede ser probado tanto por prueba directa o prueba indiciaria e indirecta, tal como se menciona en el siguiente considerando extraído: “En doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión: la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. Las probanzas del primer tipo corresponden a antecedentes materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran de manera prístina que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Es posible que una sola evidencia, si es grave y precisa, pueda ser suficiente para lograr convicción para el establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo. Las probanzas circunstanciales acuden al comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume. A su vez existen dos tipos de evidencia circunstancial: la económica, como los movimientos de precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores de costo y demanda; y la de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones. En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como indirecta.”²⁵

Además, se debe distinguir entre colusiones expresas y colusiones tácitas. Por un lado, las primeras pueden ser hechas por acuerdos expresos o por acuerdos tácitos. A su vez, los acuerdos expresos se pueden probar por prueba directa o indiciaria y lo importante es que, en el caso del acuerdo expreso, éste fue hecho de forma clara y evidente entre los competidores, en el que, mediante a una exteriorización de su voluntad manifiestan su intención de hacer el acuerdo

²⁵ CORTE SUPREMA. 29 de enero 2015. Rol 19.806-2014.

colusorio, como si el acuerdo constare en una escritura pública. Por otro lado, en los acuerdos tácitos, el acuerdo no se produjo de forma tan formal y evidente²⁶, pero no existen dudas que hubo un concierto de voluntades entre los competidores encaminado a llevar a cabo un acuerdo colusorio. Obviamente en este último caso, el acuerdo sólo se podría probar por prueba indirecta, puesto que la prueba directa sobre el mismo no existe. Ahora, según, FERNANDO ARAYA tanto los acuerdos expresos como los tácitos constituyen casos de colusiones expresas²⁷. Se debe advertir que, en las actas parlamentarias de la creación del delito criminal de colusión, los parlamentarios entendieron que, para configurar los supuestos de hecho del tipo penal de colusión, era necesario encontrarse ante una colusión expresa hecha por intermedio de un acuerdo expreso. Este último, sería, según los congresistas la única forma de poder alcanzar el estándar de convicción de “más allá de toda duda razonable”, necesario para obtener una sentencia condenatoria en materia penal. Siguiendo con la distinción del párrafo anterior, según la tesis de ARAYA, las colusiones tácitas vendrían a ser lo mismo a lo que comúnmente se le conoce como paralelismo consciente o interdependencia oligopolística, las que son conductas lícitas y permitidas por el derecho de la libre competencia²⁸. El paralelismo consciente: “constituye una situación natural en un oligopolio, donde las empresas, después de un periodo de acciones repetidas, podrían tornarse conscientes de esta circunstancia y en ausencia de un acuerdo explícito coordinar su conducta como si se hubiesen comprometido en una conducta colusoria o un cartel para fijar precios y restringir la producción”²⁹. Ejemplifiquemos en términos simples: una colusión tácita vendría a ser cuando en un mercado oligopólico hay , dos competidores llamados empresa A y empresa B, la empresa A decide de forma unilateral subir el precio de sus productos en un 1% mensual, a su vez, al cabo de

²⁶ ARAYA, F. 2015. op. Cit. 235p.

²⁷ ARAYA, F. 2015. op. Cit. 238p.

²⁸ Esto no es mayoritario en doctrina, existen autores que asimilan la colusión tácita lo que son los acuerdos tácitos. Al respecto ver: GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters. pp. 143-162.

²⁹ ARAYA, F. 2015. op. Cit. 238p.

un tiempo, la empresa B se da cuenta de esta situación y para evitar una guerra de precios, decide hacer lo mismo que la empresa A, subiendo el 1% el precio de sus productos todos los meses. En el ejemplo estaríamos en presencia de un paralelismo consciente, en el que las empresas conscientemente deciden actuar de forma idéntica, pero sin que medie un acuerdo de por medio. Los paralelismos o colusiones tácitas son figuras estructuralmente lícitas y que según se ha dicho, no es solamente natural, sino que es esperable que los agentes económicos actúen de forma inteligente y adapten sus comportamientos³⁰.

Tampoco se debe confundir entre acuerdos tácitos, colusiones tácitas (o paralelismos conscientes) y las prácticas concertadas. La institución de las prácticas concertadas es la segunda conducta que sanciona el artículo 3 letra a) del DL 211, que por cierto no se encuentra tipificada en el delito de colusión del artículo 62 del DL 211. Las prácticas concertadas estructuralmente funcionan de la misma forma que un paralelismo, es decir, el comportamiento de los competidores a nivel externo es similar, pero existen ciertos factores añadidos, como por ejemplo un traspaso de información, que reduce el grado de incertidumbre acerca del comportamiento del otro competidor, a diferencia de las colusiones tácitas en donde el grado de incertidumbre es total³¹. Volviendo al ejemplo del párrafo anterior, si la empresa A y B están ejecutando conductas paralelas, puede ser esperable que A siempre suba un 1% sus precios, pero no es algo que B sepa con certeza, por ende, perfectamente puede pasar que A un mes baje los precios abruptamente y B los vuelva a subir a un 1% generando entonces pérdidas para B. Esta situación es perfectamente lícita y puede ocurrir en casos de conductas paralelas. Por el contrario, en una práctica concertada, A y B de alguna forma han intercambiado información, motivo por el cual B sabe que A siempre va a subir sus precios un 1%, hecho que reduce la incertidumbre y también el riesgo de la competencia. Esto último, es lo que hace que las prácticas concertadas sean

³⁰ NEHME, N. y GORAB, D. 2015. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. Centro de Estudios Públicos (409): 11-13.

³¹ *Ibíd.*

reprochadas por el derecho de la competencia. Como ejemplo de prácticas concertadas, podríamos mencionar el caso en que dos competidores conversan libremente sobre el estado de sus empresas sin necesidad de llegar a un acuerdo de forma explícita, sin embargo, en la práctica esto genera que ambos se comporten de forma similar a raíz de la información intercambiada. En palabras del Tribunal de Justicia Europeo: “El intercambio de información entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes”³².

Siguiendo con nuestro análisis del ilícito administrativo de la colusión, se debe tomar en consideración que se sustituye la frase “acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos” por “acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí”. La expresión “involucren a competidores entre sí” tiene por objeto dejar en claro que las colusiones *hub and spoke* también son susceptibles de sanción. Las colusiones *hub and spoke* son una estructura en la que dos competidores intercambian información o generan la colusión, a través de un tercero, generalmente un proveedor común³³. FERNANDO ARAYA señala que las colusiones *hub and spoke* son: “las acciones de terceros que, sin ser competidores, a través de acciones o medios, facilitan que competidores alcancen acuerdos anticompetitivos dotados de estabilidad”³⁴. Debemos agregar, que la colusión siempre es horizontal, es decir, entre competidores directos, de modo que solamente se sanciona a los competidores más no a los terceros que traspasan la información. Debemos tomar en cuenta, que el tipo penal del artículo 62 del DL 211 también

³² TRIBUNAL DE JUSTICIA. 4 de junio 2009. Asunto C-8/08. [En línea] < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62008CA0008> > [Consulta: 11 agosto 2017]

³³ VALENZUELA, P. 2016. Hub & Spoke. [En línea] Diario Financiero en Internet. 18 de febrero, 2016. < <https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/hub-spoke/2016-02-17/212350.html> > [Consulta: 11 agosto 2017].

³⁴ ARAYA, F. 2015. op. Cit. 233p.

utiliza la frase “que involucre a dos o más competidores entre sí”, por lo que la modalidad *hub and spoke* también aplica para el tipo penal³⁵.

La última observación que debemos hacer al artículo 3 letra a), es que divide a los carteles en dos grupos. El primero de este grupo de carteles es denominado por la jurisprudencia y doctrina como carteles duros y son aquellos que realizan conductas colusorias en las que no es necesario el requisito del poder mercado para cumplir con los requisitos del tipo, como lo son los casos de fijación de precios de venta o de compra, limitación de la producción, asignaciones de zonas o cuotas de mercados o afectar el resultado de procesos de licitación. El segundo grupo, por el contrario, trata aquellos casos en que el cartel o práctica concertada les debe conferir poder de mercado a los competidores para que la conducta sea ilegal, el artículo señala que esos casos son cuando se determina condiciones de comercialización o se excluye a actuales o potenciales competidores. La distinción es relevante, puesto que hasta antes de la reforma, el tipo infraccional exigía como elemento de la conducta típica que los acuerdos o prácticas concertadas les confieran poder de mercado a los competidores para que dicha conducta sea susceptible de sanción. Este requisito era algo inédito en el mundo dado que en el derecho comparado cuando se estaba en presencia de los denominados carteles duros bastaba con probar su existencia del acuerdo para que dicha conducta fuera sancionada³⁶.

La jurisprudencia norteamericana ha creado dos estándares para sancionar a los ilícitos anticompetitivos, a saber, un estándar *per se* y otro estándar que exige que el sentenciador de una conducta monopólica debe analizar la totalidad de factores y circunstancias del caso concreto caso antes de establecer su ilicitud,

³⁵ De todas formas se debe tener en cuenta que las colusiones *hub and spoke*, ya estaban siendo sancionadas por el TDLC sin necesidad de introducir la modificación legal. En el fondo, las colusiones *hub and spoke* son una forma de práctica concertada.

³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Historia de la Ley Nº 20.945. [en línea] <www.bcn.cl/historiadelaley> [consulta: 30 agosto 2017]. 5p.

lo que se conoce como la regla de la razón o *the rule of reason*³⁷. Tal como señalan los profesores Alonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez: “La regla *per se* creada por la Corte Suprema (de Estados Unidos)³⁸, equivale a una presunción de derecho, en virtud de la cual, si una conducta se ajusta al supuesto fáctico de una norma o regla, entonces será considerada como restrictiva de la competencia y por tanto siempre ilegal”³⁹. La regla *per se*, tiene como principal fundamento disminuir la carga probatoria para el ente persecutor, ya que sólo debe probar la configuración de la conducta, mas no si esta atentó contra la libre competencia⁴⁰, de modo que se excluye la prueba del mercado relevante, posición dominante, efectos económicos, entre otros.

El fundamento de establecer una regla *per se* se encuentra en que ésta es utilizada en aquellos casos en que las máximas de la experiencia han demostrado que la conducta atenta por si misma contra la competencia sin que exista justificación pro competitiva alguna, como ocurre en los casos en que se está en presencia de los denominados carteles duros o *hardcore*. En consecuencia, la eliminación de la exigencia de tener que acreditar poder de mercado para sancionar a los carteles duros, ha consagrado legislativamente el establecimiento de una regla *per se* para sancionar a esta clase de acuerdos colusorios. Tal como señala el mensaje del proyecto de la Ley 20.945: “(...) dado que se concibe a los carteles duros como prácticas manifiestamente anticompetitivas, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en ellas sin necesidad de que se realice un completo análisis del mercado relevante ni de su efecto anticompetitivo, siendo además improcedente que el requerido o demandado invoque defensas de eficiencia, que, en rigor, son inexistentes.”⁴¹. Lo anterior es importante, puesto que

³⁷ GRUNBERG, J. y MONTT, S. 2010. Informe en Derecho, Prueba de la Colusión. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de Regulación y Competencia, Santiago Chile (7): 1-98. 10p.

³⁸ Paréntesis agregado por nosotros.

³⁹ MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia. Revista de Derecho de la Competencia 2. 284p.

⁴⁰ MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. op. Cit. 290p.

⁴¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. pp. 5-6.

las conductas colusorias que son sancionadas criminalmente se condicen con las conductas que el tipo infraccional sanciona de forma *per se*.

1.3 Nuevo procedimiento para perseguir criminalmente a la colusión

Uno de los grandes temas de discusión en la creación de la Ley 20.945 fue la forma de compatibilizar el procedimiento administrativo sancionador de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), con el procedimiento penal propio de conocimiento de los Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal. Dos discusiones fueron las más relevantes. Por un lado, causó problemas la interrogante acerca de quién debía ser titular de la acción penal, esto es, si debía ser la Fiscalía Nacional Económica quien debía iniciar el ejercicio de la acción penal mediante una querrela (tal como ocurre con los delitos tributarios que requieren de una querrela por parte del SII para dar inicio al procedimiento), o por el contrario, tal como ocurre en la mayoría de los delitos de acción penal pública, el ejercicio de la acción es atribución del Ministerio Público. Por otro lado, la interrogante sobre cómo evitar un debilitamiento del sistema de exención de responsabilidad por colaboración o delación compensada -reconocido como el mecanismo más eficiente para detectar y desbaratar carteles⁴²-, cuando los sujetos delatores se pueden ver sometidos a un doble enjuiciamiento. A continuación, nos referiremos brevemente al diseño del procedimiento sin entrar de lleno en el análisis de las discusiones, puesto que es materia que escapa a la presente investigación.

⁴² Ver Infra. 3.6

1.3.1 Sentencia ejecutoriada por parte del TDLC como condición de procesabilidad

Según consta en las actas parlamentarias que dieron origen a la Ley 20.945, uno de los problemas que se pretendía evitar era la existencia de investigaciones paralelas⁴³. Tanto la Fiscalía Nacional Económica como el Ministerio Público estuvieron de acuerdo en que la primera parte de la investigación debía ser técnica, privativa de la Fiscalía Nacional Económica, la que se sometía a las reglas y estándares de una investigación infraccional cuya competencia le correspondía al TDLC, para luego, sólo en aquellos casos más graves, pasar a conocimiento de los tribunales penales⁴⁴. Finalmente, el procedimiento para sancionar criminalmente la colusión quedó establecido en el artículo 64 del DL 211⁴⁵.

En primer lugar, y como requisito de procesabilidad para sancionar criminalmente a la colusión, debe existir una sentencia definitiva ejecutoriada por parte del TDLC que dé cuenta de la existencia del acuerdo colusorio, en otras palabras, si primero no existe un procedimiento en sede infraccional, es imposible

⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. 642p.

⁴⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. 651p.

⁴⁵ "Artículo 64°.- Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

El Fiscal Nacional Económico deberá interponer querrela en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometiesen gravemente la libre competencia en los mercados.

El Fiscal Nacional Económico deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiere no interponer querrela por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62.

La interposición de la querrela o la decisión de no formularla deberá tener lugar a más tardar en el plazo de seis meses, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En su querrela, la Fiscalía Nacional Económica informará la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales n.1 a n.4 de la letra n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal.

Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, cumplen con lo dispuesto por el artículo 9° del Código Procesal Penal."

que se pueda sancionar a una persona por haber cometido el delito del artículo 62 del DL 211. Hay que hacer presente que el artículo 64 del DL 211 sólo hace mención a que la sentencia debe establecer la “existencia del acuerdo”, mas no que la sentencia haya sido condenatoria. Sin embargo, en la práctica es impensado un caso en que exista un acuerdo, pero la sentencia sea absolutoria y que además sea considerado como aquellos casos graves que amerite ejercer una acción penal. Luego, el ejercicio de la acción penal corresponde exclusivamente a la Fiscalía Nacional Económica, a través de una querrela, y sólo una vez que esta ha sido interpuesta, el Ministerio Público puede comenzar a realizar labores investigativas.

Posteriormente, los incisos segundo y tercero del artículo 64 del DL 211 establecen la obligación a la Fiscalía Nacional Económica de interponer la querrela cuando los hechos comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados. En caso de que la Fiscalía Nacional Económica decida no interponer la querrela deberá emitir una decisión fundada. El motivo de esto, en palabras de JORGE AVILÉS, fue limitar la discrecionalidad del Fiscalía en el ejercicio de la acción penal, lo que en la práctica va a generar, según el autor, que prácticamente ningún Fiscal se arriesgue a no querrellarse⁴⁶. Además, AVILÉS sostiene que la redacción del artículo genera una situación bastante particular. Solamente el TDLC puede condenar una práctica colusoria cuando el ilícito comprometa la libre competencia en los mercados, en consecuencia, el autor advierte, que la única limitación es el calificativo “gravemente” y la ley no resuelve a quién le corresponde hacer la calificación de que una colusión es grave para ameritar la interposición de una querrela⁴⁷. El autor indica que la calificación de gravedad de la conducta le corresponde al TDLC⁴⁸, idea que no compartimos, puesto que al tener la Fiscalía Nacional Económica la titularidad de la acción penal del delito de colusión cumple con uno de los fines del legislador, cual es confiar en la

⁴⁶ AVILÉS, J. 2017. Op. Cit. pp. 16-17p.

⁴⁷ AVILÉS, J. 2017. Op. Cit. 20p.

⁴⁸ *Ibíd.*

discrecionalidad de este organismo para evaluar cuando corresponde o no la interposición de la querrela. En tanto si la calificación de grave es algo que corresponde al TDLC, sería prácticamente otorgar la titularidad de la acción penal al Tribunal en desmedro de la Fiscalía, ya que, si el TDLC califica una colusión como grave, la Fiscalía jamás podrá excusarse de ejercer la acción. De todas formas, como ya se señaló, en la práctica van a ser pocos y quizás nulos los casos en que estemos en presencia de un cartel duro y que la Fiscalía Nacional Económica se abstenga de interponer la querrela. Por último, como estipula el inciso cuarto del art. 64 del DL 211, la Fiscalía Nacional Económica tiene un plazo de 6 meses para emitir la decisión desde que la sentencia se encuentre firme.

En suma, el modelo procesal de persecución penal de los carteles establece como requisito de procesabilidad la existencia de una sentencia por parte del TDLC que dé cuenta de la existencia del acuerdo. Se evita la existencia de investigaciones paralelas, puesto que el Ministerio Público solamente puede entrar a investigar una vez que la Fiscalía Nacional Económica -único titular de la acción penal por delito de carteles- interponga una querrela, la cual deberá ser obligatoria cuando se comprometa gravemente la libre competencia en los mercados.

1.3.2 Compatibilización entre delación compensada y la penalización de la colusión

Desde su instauración en el año 2003 con la delación compensada ha demostrado ser la herramienta más eficaz para combatir prácticas colusivas, incluso más que el aumento de las multas⁴⁹. El profesor ALDO GONZÁLEZ, define la delación compensada como: "(...) un mecanismo que busca inducir la deserción de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y

⁴⁹ AVILÉS, J. 2017. Op. Cit. 17p.

entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización”⁵⁰. Esta herramienta constituye un desincentivo *ex ante*, puesto que debilita la confianza necesaria para generar un acuerdo colusorio entre los competidores. Además, es un desincentivo *ex post*, dado que puede generar que los participantes del cartel no deseen seguir realizando conductas colusivas y delaten a los otros miembros del cartel una vez que éste ya esté implementado⁵¹. Lo anterior no es más que una aplicación del Equilibrio de Nash y la Teoría de Juegos con el famoso dilema del prisionero⁵².

Dado lo crucial de esta herramienta, una de las grandes preocupaciones al momento de diseñar el procedimiento de persecución de los carteles fue la protección de este sistema, sobre todo teniendo en cuenta que la conducta colusiva iba a ser enjuiciada en dos procedimientos distintos. Así las cosas, era importante garantizar a los delatores de que sus acuerdos serían respetados también en sede penal. Es el artículo 63 del DL 211 el que establece la regulación del sistema de delación compensada en el proceso penal⁵³.

⁵⁰ GONZÁLEZ, A. 2007. Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. Revista En Foco: 1-18. 5p.

⁵¹ AVILÉS, J. 2017. Op. Cit. 17p.

⁵² PELEGRINI, J. 2015. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. Centro de Estudios Públicos (409): 4-5. Idea sacada de auto quien señala: “La colusión es la conducta más reprochable y perniciosa para la libre competencia, y a la vez, es la de más difícil detección.

⁵³ “Artículo 63°.- Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes de conformidad al artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a las personas exentas de responsabilidad penal y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Las personas indicadas en el inciso anterior deberán proporcionar al Ministerio Público y al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la Fiscalía Nacional Económica, y deberán prestar declaración en calidad de testigo en la forma dispuesta por el artículo 191 del Código Procesal Penal, declaración que será incorporada al juicio oral de la manera prevista en el artículo 331 del mencionado Código.

Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa o se negare a ratificar su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, y así lo declarare el juez de garantía competente a petición del Ministerio Público, o incurriere en alguna de las conductas previstas en los artículos 206 ó 269 bis del Código Penal, será privado de la exención de responsabilidad penal que establece este artículo. La sanción respectiva se acumulará materialmente a la que corresponda según lo dispuesto en el artículo 62. En contra de la resolución del juez de garantía que privare de la exención de responsabilidad penal procederá el recurso de apelación, que se concederá en ambos efectos.

Se le rebajará en un grado la pena determinada, según lo que dispone el inciso tercero del artículo 62, a aquellas personas que hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes adicionales de conformidad al inciso cuarto del artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a los beneficiarios de rebaja de la pena y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El inciso primero señala que están exentos de responsabilidad criminal las personas que primero aporten antecedentes sobre la existencia de la conducta colusiva. Se debe recalcar que, tanto en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica como en la sentencia dictada por el TDLC, los delatores que primero aportaron antecedentes deben estar individualizados. Lo anterior es relevante, porque generalmente en el procedimiento administrativo la Fiscalía va accionar contra la empresa, en cambio en el procedimiento penal el imputado va a ser la persona natural. Para evitar cualquier tipo de incongruencia la “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión” elaborada por la Fiscalía Nacional Económica complementa la disposición legal. La referida guía señala que pueden optar al beneficio la empresa o sociedades participantes del cartel, a través de sus representantes legales como también por medio cualquiera de sus ejecutivos, trabajadores, asesores y/o mandatarios, actuales o pasados, a título personal, y las asociaciones gremiales, incluyendo sus ejecutivos, entre otras personas que haya facilitado la ejecución del cartel⁵⁴. Cuando el solicitante es una persona jurídica el beneficio se puede extender a las personas jurídicas pertenecientes a su mismo grupo empresarial, sus ejecutivos, trabajadores, asesores y/o mandatarios, actuales y pasados⁵⁵. Para ello, es necesario que la empresa solicitante individualice en el formulario de delación compensada a las personas naturales y jurídicas a las cuales se les debe extender el beneficio. En el inciso segundo del referido artículo se establece la obligación de que los delatores concurren a declarar en el juicio penal bajo apercibimiento de ser privados del

Respecto de las personas consignadas en el inciso anterior no se aplicará lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 62 cuando comparezcan ante el Ministerio Público y el tribunal competente y ratifiquen su declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, salvo que el requerimiento de esta última involucre únicamente a dos competidores entre sí y que uno de dichos competidores tenga la calidad de acreedor del beneficio de exención de multa declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los términos del artículo 39 bis.”

⁵⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONOMICA. 2017. Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, Santiago. [En línea] < http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Guia_Delacion_Compensada.pdf> [Consulta: 30 agosto 2017]. 10p.

⁵⁵ *Ibíd.*

beneficio y de dirigirse el procedimiento en su contra, acumulándolos como imputados en el juicio criminal.

Luego, en cuanto a los segundos delatores que aportaren antecedentes adicionales, el inciso cuarto del artículo 63, estipula que se les rebajará en un grado la pena si se encuentran individualizados tanto en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica como en la sentencia dictada por el TDLC. Cabe agregar que en nuestro sistema solo los dos primeros delatores pueden optar a beneficios. En cuanto a los beneficios a los que puede acceder el segundo delator, el mismo artículo determina que se le rebajará la pena en un grado y además, señala el inciso cuarto, que si el segundo delator coopera con la investigación y ratifica su declaración hecha en la Fiscalía Nacional Económica, ante el Ministerio Público y en el juicio, no se le aplicara la sanción especial del artículo 62 del DL 211. Esto es, la obligación de que los condenados cumplan al menos un año de presidio efectivo independiente del *quatum* de la pena, a menos que la colusión haya sido solamente entre dos competidores, pues en este caso el segundo delator únicamente podrá optar por el beneficio de reducción de la pena en un grado si delata, mas no a la posibilidad de eximirse del presidio efectivo si luego ratifica la declaración en el juicio penal. Importante es que dado las garantías propias de todo juicio penal, no existe para el segundo delator la obligación de ratificar su declaración en el procedimiento penal, puesto que de lo contrario se vulneraría su derecho a guardar silencio y su presunción inocencia, esto ya que, el imputado en el procedimiento penal es precisamente el segundo delator. Cuestión distinta ocurre con el primer delator, a quien se le exime de su responsabilidad penal, bajo condición que colabore en el juicio penal de la misma forma que lo hizo en el juicio infraccional.

CAPÍTULO II

2. Justificación de una sanción penal contra el delito de colusión.

Son abundantes en la literatura, sobre todo en doctrina comparada, las justificaciones que se han construido para sancionar con penas privativas de libertad a los culpables de colusión. Sin embargo, debemos mencionar que escapa a los alcances de este trabajo referirnos en detalle a este interesante debate. Ahora, consideramos esencial esbozar a grandes rasgos algunas de las argumentaciones de los autores más reconocidos en esta materia, junto con las razones que éstos han argüido para poder justificar la imposición de sanciones criminales en contra de los competidores coludidos. El eje del análisis se centrará en la justificación de una sanción criminal para la colusión tanto desde el punto de vista retributivo como desde el punto disuasivo. Se debe considerar que, algunas de estas argumentaciones fueron tomadas en cuenta por nuestros parlamentarios a la hora de imponer sanciones criminales contra la colusión.

2.1 ¿Por qué la colusión y no otros ilícitos anticompetitivos?

Existen diversas formas de quebrantar la libre competencia en los mercados, entre otras, el abuso de posición dominante, la monopolización, los monopolios de privilegios o prácticas desleales, o precios predatorios. La colusión, no es más que otra de las conductas capaces de dañar a la libre competencia. Surge entonces la interrogante sobre ¿Por qué, dentro de todos los ilícitos anticompetitivos, se decide sancionar exclusivamente a la colusión con penas privativas de libertad? Cuestión que no solamente ocurre en nuestro derecho nacional, sino que también en otras partes del mundo⁵⁶.

⁵⁶ Aún así en Japón, en la práctica solamente la colusión es sancionable con cárcel y no otros delitos anticompetitivos (Infra. 4.5).

Los argumentos que se pueden dar son múltiples. No obstante, desde el punto de vista meramente comparativo respecto de los otros ilícitos anticompetitivos, las principales razones que se pueden esbozar son prácticamente dos⁵⁷: Primero, el daño económico que produce la colusión en contraste con otros ilícitos anticompetitivos es mucho más grande y por ende es una conducta desde el punto de vista retributivo, más reprochable; y segundo, conlleva una dificultad adicional para los entes persecutores que detectan e investigan carteles, a diferencia de lo que ocurre en otros ilícitos contra la competencia.

Desde el punto de vista económico, la colusión es el ilícito anticompetitivo más reprochable⁵⁸, que puede llegar incluso a afectar el 10% del PIB de un país⁵⁹. Tal como ha dicho el propio TDLC:

“(…) la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores. Tal es la gravedad de este ilícito, que el legislador estableció en su respecto –en la reforma al D.L. N° 211 contenida en la Ley N° 20.361, de 13 de julio de 2009– una mayor sanción y un mayor plazo de prescripción de la acción para perseguirlo, en comparación con todas las demás prácticas restrictivas de la libre competencia contenidas en dicho cuerpo legal”⁶⁰.

⁵⁷ PELEGRINI, J. 2015. op. Cit.

⁵⁸ MAÑALICH, J. P. 2015. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. Centro de Estudios Públicos (409): 6-7.

⁵⁹ AGOSTINI, C. 2015. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. Centro de Estudios Públicos (409): 2-3.

⁶⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sentencia N° 119 de 2012. Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros; Rol C 194-08, considerando 195°.

Por otro lado, también desde la perspectiva económica, son pocos los casos en que un cartel resulta beneficioso para la economía. Cuando nos encontramos en presencia de los denominados carteles duros, como lo sería un arreglo de precios entre dos competidores, ese cartel debe ser *per se* ilícito, dado que se ha considerado que la conducta es tan grave que no existe modelo económico ni prueba empírica alguna que sea capaz de demostrar que de ese acuerdo van a surgir beneficios para la economía⁶¹. Tal cuestión no ocurre con otros ilícitos anticompetitivos, en donde siempre se deberá analizar si en el caso concreto existe un atentado contra la economía en un determinado mercado relevante, en otras palabras, demostrar que hubo daño contra la libre competencia va a ser siempre un requisito *sine qua non* para sancionar otras conductas anticompetitivas. Dicho esto, desde el punto de vista económico y de los daños que produce la colusión, podemos afirmar que los carteles son el ilícito más reprochable.

Un elemento distintivo entre la colusión y otros ilícitos anticompetitivos es que el ente persecutor siempre va a requerir un esfuerzo adicional poder detectar e investigar a los carteles. Las colusiones son difíciles de detectar por muchas razones, pero dentro de las principales podríamos destacar: (1) Desde el punto de vista probatorio siempre va a ser difícil diferenciar entre una colusión ilícita y conductas paralelas las cuales están permitidas⁶²; (2) Para las víctimas es muy difícil saber cuándo y cómo están siendo afectados por los efectos de un acuerdo colusorio, y en consecuencia, es difícil reaccionar ante esta situación⁶³; y (3) quizás la razón más poderosa, es que las colusiones son en la gran mayoría de casos hechas bajo clandestinidad⁶⁴. En el Reino Unido sin ir más lejos, lo reprochable de la conducta y lo que hace que ciertos carteles sean sancionables criminalmente es precisamente que estas se hagan bajo secretismo.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² STUCKE, M. E. 2006. *Morality and Antitrust*. *Columbia Business Law Review* (14): 443-547. 453p.

⁶³ STUCKE, M. E. 2006. *op. Cit.* 454p.

⁶⁴ *Ibíd.*

Las dificultades que rodean el descubrimiento de un cartel, no las encontramos en otros ilícitos monopólicos. Los obstáculos probatorios para dar por acreditada una colusión no los encontramos en otras conductas anticompetitivas. Si una empresa abusa de su posición dominante o ejecuta una práctica desleal, el otro competidor fácilmente se dará cuenta de esta situación. No necesitará de factores añadidos o *plus factors* para darse cuenta que en ese caso hubo vulneración de sus derechos ni tampoco se necesitará de un mecanismo como el de la delación compensada para descubrir estas otras conductas.

Una de las características propias de la colusión es la importancia que ha tenido la delación compensada en la investigación y detección de carteles en nuestro país. Hoy en día se ha convertido en el principal mecanismo para descubrir la existencia de acuerdos colusorios⁶⁵. Por consiguiente, otra de las justificaciones que llevan a criminalizar la colusión en nuestro país, es la idea de fortalecer el mecanismo de exención de responsabilidad por colaboración para así, poder detectar, investigar y probar en un juicio la existencia de un cartel. Si uno de los argumentos para criminalizar es fortalecer la delación compensada, evidentemente sin la necesidad de delación compensada en otros ilícitos contra la libre competencia, estos no se deben criminalizar.

Por último, se debe señalar que según las autoras ALISSON JONES y REBECCA WILLIAMS, el daño económico que producen los carteles y el carácter secreto que llevan los mismos, no son suficiente argumento para criminalizar a la colusión en desmedro de otras conductas anticompetitivas⁶⁶. Con respecto al daño económico que producen los carteles, se debe tener en cuenta que otras prácticas contra la competencia también producen un gran impacto económico, quizás no tan grandes como la generalidad de las colusiones, pero si son capaces de

⁶⁵ PELEGRINI, J. 2015. op. Cit.

⁶⁶ JONES, A. y WILLIAMS, R. 2014. The UK Response to the Global Effort Against Cartels: Is Criminalization Really the Solution?. *Journal of Antitrust Enforcement*: 1-28. 19p

producirlo⁶⁷. Incluso se debe advertir que la multa más grande impuesta por la Comisión Europea a una empresa -considerando entre otras cosas para imponer la multa el daño económico- fue por abuso de posición dominante y no por colusión⁶⁸. Además, según las autoras la clandestinidad que caracteriza a los carteles tampoco es un elemento suficiente⁶⁹. En otros ilícitos monopólicos muchas veces la empresa autora del daño, va a intentar esconder su participación en la conducta. Para las juristas es complejo justificar la criminalización de una conducta de forma *ex post*, es decir, no debiese ser un argumento para sancionar penalmente la colusión el hecho de que sea difícil de detectarla, puesto que es algo que ocurre de forma posterior a la conducta reprochable objeto de juicio⁷⁰. Es por ello que, siguiendo la línea de las autoras la razón más poderosa para criminalizar la colusión en desmedro de otras prácticas anticompetitivas es que los carteles constituyen un verdadero atentado contra los principios económicos, una conducta pro competitiva es prácticamente lo contrario a un cartel⁷¹.

2.2 Justificación desde el punto de vista retributivo: el reproche moral y el daño

La teoría retributiva como corriente filosófica de justificación de la pena, en palabras de MARIO DURÁN MIGLIARDI, señala que: “el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena”⁷². Siguiendo esta teoría debe haber entonces una proporcionalidad entre el mal causado por la conducta y la sanción penal⁷³. En otros términos, para justificar una sanción penal en contra de las prácticas

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ JONES, A. y WILLIAMS, R. 2014. *op. Cit.* pp. 20-21.

⁷² DURAN MIGLIARDI. 2011. Teorías absolutas de la pena: origen y Fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neoproporcionalismo en el Derecho penal actual. *Revista de filosofía* 67: 123-144. 126p.

⁷³ COSGUIN, H. 2013. Criminalising Cartels: Theory and Practice in the UK and Australia. *Global Antitrust Review* 2013: 113-147. 121p

colusorias, se debe argumentar que esta conducta es lo suficientemente reprochable para que exista la necesidad de la aplicación del derecho penal.

El reproche moral de una conducta implica que la realización de dicha conducta genere la violación de una norma moral o estándar de comportamiento preexistente⁷⁴. Se ha dicho que no se pueden justificar sanciones criminales si éstas no van acompañadas de un reproche moral de la conducta criminalizada por parte de la sociedad⁷⁵. Lo anterior, ha llevado a la discusión respecto de si las prácticas colusorias son lo suficientemente reprochables desde un punto de vista moral para ser criminalizadas⁷⁶. A menudo se han descrito a las conductas colusorias como *mala prohibitum* en oposición a *mala in se*⁷⁷, en otras palabras, la colusión es reprochable porque la ley lo establece, más que porque sea una conducta intrínsecamente mala. Es por eso, que suele justificarse la criminalización de la colusión, únicamente desde su función preventivo general o disuasiva, sin considerar su reproche moral⁷⁸.

No obstante, tal como señala la autora ELÉONORE MAY MICHELS, la justificación de criminalizar la colusión debe ser híbrida y debe abordar tanto los elementos disuasivos como retributivos⁷⁹. Por otro lado, siguiendo a PETER WHELAN, los principios retributivos son importantes porque nos ayudan a justificar por qué un individuo debe ser privado de libertad y para poder determinar la severidad del castigo que merece⁸⁰. En consecuencia, el oprobio moral es un elemento esencial para justificar sanciones penales, sin este factor no es posible justificar que una persona sea privada de libertad⁸¹.

⁷⁴ STUCKE, M. E. 2006. ob. Cit. 495p.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ STUCKE, M. E. 2006. ob. Cit. pp. 444-445.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ GÜNSBER, P. 2015. Criminalizing business cartels in Europe- A comparative perspective. Helsinki, Finlandia. Forum Iuris. 25p.

⁷⁹ MAY MICHELS, E. 2014. The real shortcoming of the UK cartel offence. Global Antitrust Review 2014: 53-79. 60p.

⁸⁰ WHELAN, P. 2007. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment under EC Cartel Law. The Competition Law Review (7): 113-147. 19p.

⁸¹ MAY MICHELS, E. 2014. op. Cit. 60p.

JOHN STUART MILL, señalaba en una de sus frases más célebres: “Él único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo sea físico, sea moral, no es razón suficiente.”⁸². En concordancia con lo que dice este clásico autor, para poder reprochar la colusión desde el punto de vista moral, se debe ser consciente del daño que esta produce a la sociedad.

Como dijimos, la colusión es un atentado directo a los principios y leyes económicas. El daño producido por la colusión a los consumidores tiene prácticamente dos facetas: por un lado, genera precios sobre-competitivos, con miras a que los cartelistas aumenten sus ganancias y que los beneficios obtenidos sean soportados por los consumidores como un sobrecargo en el precio que deben pagar por el producto final⁸³; y la segunda faceta está dada porque a partir del sobreprecio, los consumidores pueden comprar menos cantidades del producto, mermando en consecuencia su satisfacción⁸⁴. Lo anterior trae como consecuencia un importante daño, no sólo a aquél consumidor individual, sino que también económico, afectando a toda la sociedad.

El daño económico producido por los carteles puede afectar hasta el 10% del PIB de un país⁸⁵. Estudios señalan que la colusión en comparación de otros *White-Collar crimes* o crímenes de “cuello blanco y corbata”, es de los crímenes que más daño puede causar en el sistema financiero⁸⁶. En cuanto al daño directo que los carteles producen al sistema financiero, estudios señalan que es incluso superior al que produce la evasión de impuestos y con respecto al daño indirecto,

⁸² MILL, J. S. 1859. Sobre la libertad. Acantilado. 26p.

⁸³ MAY MICHELS, E. 2014. op. Cit. 61p.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ AGOSTINI, C. 2015. op. Cit. 2p.

⁸⁶ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 45p.

es por lo general más alto que a los ilícitos contra la propiedad industrial e intelectual.⁸⁷.

Lo expuesto ha llevado a autores a manifestar que el reproche moral hacia la colusión representa la misma violación a normas morales que vemos en delitos como el robo, fraude o estafa y de allí vendría su justificación para condenarla criminalmente⁸⁸. Como dice el profesor STUART GREEN, justificando la criminalización en los *White-Collar Crimes*, cualquier persona, incluso sin siquiera haber leído ni una página sobre filosofía moral, puede comprender el reproche moral en delitos como el robo, fraude o estafa⁸⁹. En efecto, si logramos entender y asimilar al delito del cartel con aquellos delitos que la generalidad de las personas reprocha moralmente, como el robo, estafa, fraude, etc., podríamos justificar retributivamente la criminalización de la colusión, puesto que el reproche moral en ambos casos debiese ser el mismo.

A modo de ejemplo, el robo desde el punto de vista meramente conceptual, sin consideraciones jurídicas, puede ser definido, según STUART GREEN, como: una violación esencial e intencionada a los derechos de propiedad que otra persona tiene sobre una cosa que puede ser comprada o vendida⁹⁰. La profesora CARON BEATON-WELLS, ha argumentado a partir de esta definición, que no existen razones plausibles para no considerar que el excedente que pagan los consumidores al comprar un producto por motivo de un arreglo de precio no pueda ser equivalente al reproche moral existente en un delito de hurto o robo⁹¹.

ANDRÉS SALAZAR, piensa que la colusión es un fraude especial, añade que: “La colusión es una forma de fraude, dentro de un mercado relevante determinado”.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Véase: MAY MICHELS, E. 2014. *op. Cit.* 61p. y WHELAN, P. 2013. Cartel Criminalization and Challenge of Moral Wrongfulness. *Oxford Journal of Legal Studies* 33 (3): 535-561. 540p.

⁸⁹ GREEN, S. P. 2006. *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime.* Oxford. 45p.

⁹⁰ GREEN, S. P. 2006. *Op. Cit.* 39p.

⁹¹ BEATON-WELLS, C. 2007. Capturing the criminality of hard core cartels: the Australian proposal. *Melbourne University Law Review* 3: 675-704. 700p.

Este fraude, como sabemos, es especialmente grave en los mercados donde se transan bienes de primera necesidad porque ahí los consumidores no tienen otra opción que seguir los designios del monopolista⁹²”.

Por último, se debe agregar que hay autores que señalan que la criminalización de una conducta no debe estar basada en algo tan subjetivo como la percepción moral de la misma⁹³. Es por ello que la justificación penal de la colusión desde el punto de vista retributivo se satisface plenamente por el perjuicio o daño que esta produce a la sociedad, sin la necesidad de entrar a analizar el reproche ético-moral de la conducta⁹⁴.

En suma, para justificar la criminalización de la colusión desde el punto de vista retributivo se deben tener en cuenta diversos factores. En primer lugar, parte de la doctrina sostiene que para que una conducta sea susceptible de ser criminalizada, necesariamente debe tener en cuenta si existe o no un reproche moral de tal magnitud que justifique coartar la libertad de una persona. En segundo lugar, al asimilar la colusión a otros delitos en donde existe consenso social en cuanto a su criminalización, se puede llegar a la conclusión que la norma moral infringida es la misma que en casos como el robo, engaño o fraude, entre otros delitos. Por último, para quienes creen que solamente se debe tomar en cuenta el daño que produce una conducta para justificar su criminalización, llegamos a la inevitable conclusión que la colusión es uno de los ilícitos que más puede llegar a afectar al bienestar de la sociedad.

⁹² SALAZAR, A. 2016b. Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas. *Política criminal* 11 (22):794-809. 808p.

⁹³ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 44p.

⁹⁴ *Ibíd.*

2.3 Justificación desde el punto de vista disuasivo o preventivo general

La justificación de la pena desde el punto de vista preventivo general encuentra su fundamento en la filosofía utilitarista⁹⁵. El utilitarismo justifica el castigo o pena sólo si se puede identificar un beneficio social a partir de su imposición, como lo serían la prevención de los delitos⁹⁶. Bajo este punto de vista, si es que la pena trae aparejada un beneficio social, cualquier consideración moral de la misma es irrelevante⁹⁷. En suma, el castigo penal solamente se puede fundamentar si este ayuda a la prevención o reducción de crímenes futuros⁹⁸.

Las teorías económicas han agregado una variante económica a la justificación utilitarista de la pena, remplazando el concepto de felicidad, acuñado por los utilitaristas clásicos, por maximización de la riqueza⁹⁹. El punto de vista económico para el análisis de la prevención del delito tiene en cuenta dos conceptos claves: racionalidad y eficiencia. La racionalidad quiere decir que los individuos o empresas son agentes económicos racionales que actúan de forma de poder maximizar su riqueza, por consiguiente, estos agentes siempre se verán inhibidos a actuar si los costos de hacerlo son superiores a los beneficios¹⁰⁰. Por otro lado, desde la eficiencia, una conducta es eficiente, y por consiguiente debe ser incentivada, cuando los beneficios sociales son mayores a los costos de realizarla y en contraposición, una conducta es ineficiente y por tanto debe ser dejada de lado, cuando los costos son mayores a los beneficios¹⁰¹.

En consecuencia, desde el punto de vista preventivo general, corresponde justificar la criminalización de la colusión, solamente si es un mecanismo idóneo

⁹⁵ WHELAN, P. 2007. op. Cit. 10p.

⁹⁶ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 16p.

⁹⁷ COSGUIN, H. 2013. op. Cit. 118p.

⁹⁸ WALKER, N. 1980. Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice. New Jersey. Barnes & Noble Books. 27p.

⁹⁹ BECKER, G. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach. Journal of Political Economy 76: 169-217. 169p.

¹⁰⁰ WHELAN, P. 2007. op. Cit. 10p.

¹⁰¹ *Ibíd.*

para causar la disuasión necesaria para evitar que las conductas colusorias se lleven a cabo. Dicho esto, es necesario verificar las razones del por qué los otros mecanismos que provee el derecho, como por ejemplo las multas, no son lo suficientemente idóneos para prevenir la conformación de carteles.

2.4 La insuficiencia de la sanción de multas

Sancionar a los ilícitos que atentan contra la libre competencia ha sido tradicionalmente tarea del derecho administrativo sancionador más que del derecho penal. Además, entre todos los ilícitos anticompetitivos, únicamente las colusiones -y no todas las colusiones- sino que solamente aquellas que son *per se* ilícitas, han sido susceptibles de ser perseguidas criminalmente. En Chile, durante los periodos de los años 2003 al 2016 solamente tuvimos un régimen de multas para sancionar la colusión. Por lo mismo no sería osado decir que la clásica sanción de la colusión son las multas. Ahora corresponde analizar si la imposición de multas es un elemento disuasivo suficiente para prevenir que las empresas conformen carteles.

Lo primero que hay que considerar, es que para que una multa sea óptima y cuente con el elemento disuasivo suficiente, ésta debe ser al menos equivalente a la ganancia ilícitamente obtenida con el cartel¹⁰². PETER WHELAN, agrega que se deben considerar cuatro cosas para la imposición de una multa¹⁰³: (1). Costos que implica la persecución de los carteles. (2) Probabilidad de que el cartel sea detectado. (3) Riesgo, esto quiere decir que hay empresas que van a estar dispuestas a arriesgarse más que otras. (4) Errores legales, se debe tener en cuenta que tanto el órgano persecutor como los jueces pueden cometer errores e imponer una multa más baja de la que se debiese imponer o no imponer sanción alguna. El gran número de variables que deben ser consideradas a la hora de

¹⁰² WHELAN, P. 2007. op. Cit. 25p.

¹⁰³ WHELAN, P. 2007. op. Cit. 13p.

imponer una sanción de multa ha llevado a decir a ciertos autores que las multas no son suficientemente disuasivas para inhibir que las empresas se coludan¹⁰⁴.

Para determinar cuál debe ser la multa optima, es decir aquella que produce una disuasión suficiente, el profesor WOUTER WILS, ideó una fórmula para establecer el monto de la multa. Según este autor, una empresa calculadora, sería inhibida de realizar una conducta anticompetitiva si la multa esperada puede llegar a ser superior que la ganancia obtenida multiplicado por la probabilidad de que dicha conducta sea detectada y sancionada¹⁰⁵. El autor da el siguiente ejemplo: si las ganancias del cartel son 100 y la probabilidad de que el cartelista sea condenado es del 20% (1/5), entonces bajo este ejemplo una multa más baja de 500 (100 multiplicado por 5) no cumpliría con el nivel disuasivo suficiente¹⁰⁶. Se debe tener en cuenta que la probabilidad de detectar carteles es relativamente baja, es más, se ha dicho que aproximadamente un 16% de los carteles son detectados¹⁰⁷. Con este antecedente, WILS señala que si con el cartel se aumenta el 10% de los precios de un bien o servicio, obteniendo por ese aumento una ganancia de un 5% en un periodo de 5 años y con el 16% de probabilidad de que el cartel sea detectado, entonces la multa debiese ser al menos del 150% del volumen anual de las ventas relacionados con los productos afectados por el cartel¹⁰⁸. Lo anterior genera el gran problema de que, imponiendo multas muy altas a las empresas, solamente aquellas que cuentan con grandes activos o un con gran margen de utilidad podrían ser capaces de pagar la multa impuesta, el resto y la gran mayoría de las compañías se verían incapacitadas de pagar la totalidad de la multa, cayendo en una situación de quiebra o liquidación¹⁰⁹. Por otro lado, tampoco es conveniente que una empresa caiga en estado de quiebra o liquidación teniendo en cuenta el costo social que implica aquello. Además, esto

¹⁰⁴ Véase: MAY MICHELS, E. 2014. op. Cit. 55p. y WHELAN, P. 2007. op. Cit. 31p.

¹⁰⁵ WILS, W. P. J. 2006. Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. World Competition 29(2): 1-32. 12p.

¹⁰⁶ WILS, W. P. J. 2006. op. Cit. 25p.

¹⁰⁷ MAY MICHELS, E. 2014. op. Cit. 55p.

¹⁰⁸ WILLS, W. J.P. 2002. The Optimal of EC Antitrust Law: Essay in Law & Economics. Kluwer Law International. 199p. En: GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 20p.

¹⁰⁹ HARDING, J. y JOSHUA, J. 2003. Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency. Oxford University Press. 256p.

tiene un costo económico, puesto que dejaría de haber un factor productivo en la economía. No sólo se verían afectados los dueños o accionistas, sino que las personas perderían empleos o los distribuidores, acreedores, consumidores o incluso el fisco en su recaudación de impuestos, se verían afectados por la imposición de una multa tan alta¹¹⁰. Por lo demás existen otros costos sociales aparejados, como las inversiones que deben hacer las empresas para asesorarse legalmente para evitar las multas o los programas de educación que se deberían invertir en sus trabajadores para prevenir cualquier tipo de persecución. Estos costos serían verdaderas externalidades, las que finalmente serían soportadas por los consumidores¹¹¹.

El principio de proporcionalidad es otro de los obstáculos que genera la imposición de multas tan altas¹¹². La multa impuesta debe ser equivalente al mal causado con la conducta, no obstante, la empresa que ha sido condenada no tiene por qué hacerse cargo, bajo el principio de proporcionalidad, de que en la misma multa impuesta se le esté internalizando los costos de la baja probabilidad de detectar carteles u otros criterios que no solamente tienen que ver con el daño causado con la conducta¹¹³. Por último, una conducta tan reprochable como el cartel no puede ser permitida bajo la condición del pago de una multa¹¹⁴. Por eso, la sola imposición de multas no es suficiente para evitar o al menos disuadir la creación de carteles en la economía¹¹⁵.

¹¹⁰ WILS, W. P. J. 2006. op. Cit. 20p.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² WILS, W. P. J. 2006. op. Cit. 20-22pp.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ MAY MICHELS, E. 2014. op. Cit. 56p.

¹¹⁵ OECD. 2003. Cartels: Sanctions against Individuals. [En línea] <<https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>> [Consulta: 5 agosto 2017].

2.5 Necesidad de sancionar criminalmente a los individuos

Tanto desde el punto de vista preventivo como retributivo debiese sancionarse a los individuos que se coluden¹¹⁶. Estas sanciones no pueden ser únicamente multas, puesto que es fácil que éstas puedan ser pagadas en último término por las empresas¹¹⁷, como sostiene PETER WHELAN, las empresas pueden incentivar a las personas a participar en los carteles bajo la garantía de que ante cualquier eventualidad les paguen las multas¹¹⁸. También, prevenir que las empresas compensen pecuniariamente de las multas a sus empleados es difícil, puesto que se les puede pagar antes de ser condenados, como una prima por el riesgo asumidos o de forma *ex post*, a través de aumentos de sueldo, bonos o recompensas¹¹⁹. Por otro lado, el efecto disuasivo se debilita si el pago de la multa es simplemente visto como un “impuesto” que tienen que pagar las empresas para llevar a cabo el cartel¹²⁰. Todo esto nos lleva a decir que es necesario imponer también sanciones criminales a los individuos que se coluden. Nadie quiere ir a la cárcel y así ese “riesgo” que son capaces de asumir las empresas por intermedio de la multa deja de existir¹²¹, son pocos los que estarían dispuestos a asumir el riesgo de ir a la cárcel por obtener beneficios económicos. Como sostiene el autor GONZÁLEZ-CUÉLLAR: “El temor a ir a la cárcel es más aterrador que el miedo del sujeto a que le sean impuestas otras penas de distinta naturaleza y es dicha reacción emocional el factor en que se confía cuando se defiende la criminalización de los carteles”¹²².

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ MAY MICHELS, E. 2014. *op. Cit.* 57p.

¹¹⁸ WHELAN, P. 2014. Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity. [En línea] <<https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/ajankohtaista/tiedotteet/2014/whelan-selvitys-27-5-2014.pdf>> [Consulta: 5 agosto 2017]

¹¹⁹ MAY MICHELS, E. 2014. *op. Cit.* 57p.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. 2008. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal, *En*: SERRANO-PIEDECASAS, J. y CESPO, E. (Eds.). *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Madrid. 79p.

Además, se debe tener en cuenta el miedo que existe por el estigma o por la vergüenza social que implica ir a la cárcel. Se debe considerar que, en la gran mayoría de los casos, en los carteles se involucran personas de altos ingresos, los que por lo general tienen más temor de irse a prisión que gente que vive en ambientes sociales en los que estar privado de libertad es algo más habitual¹²³. No menor es el hecho de que con la criminalización de la colusión se envía un fuerte mensaje social, estableciendo la gravedad y la seriedad de la conducta, lo que a larga puede generar un mayor conocimiento de la ley y mayor desincentivo para elaborar carteles¹²⁴.

Desde el punto de vista retributivo los individuos autores de la colusión también merecen ser privados de libertad, puesto que son ellos y no las empresas los ejecutores y en consecuencia, los responsables de la conducta colusoria¹²⁵. Después de todo, en palabras de ELÉONORE MAY MICHELS, son los sujetos y no las compañías las que se reúnen en el cuarto de un hotel para acordar precios¹²⁶, y por consiguiente se hace necesario personalizar la conducta de los que, en el fondo, son los perpetradores del hecho.

2.6 Fortalecimiento de la exención de responsabilidad por colaboración

Tanto en derecho nacional como comparado, “la delación compensada ha sido el mecanismo más efectivo para descubrir, desbaratar y desincentivar la existencia de acuerdos colusorios”¹²⁷. En palabras de la OCDE, penalizar la colusión en contra de los individuos, constituye un gran incentivo para que los involucrados revelen información sobre la existencia de carteles y colaboren con la investigación¹²⁸. A su vez, el organismo considera de suma importancia que si un

¹²³ Ver discusión en: STUCKE, M. E. 2006. ob. Cit. 515-524pp.

¹²⁴ WHELAN, P. 2007. op. Cit. 33p.

¹²⁵ MAY MICHELS, E. 2014. op. Cit. 58p

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ AVILÉS, J. 2017. Op. Cit. 17p.

¹²⁸ OCDE. 2003. Op. Cit. 8p.

país toma la decisión de criminalizar la colusión, entonces debe tener en cuenta que esta medida fortalece los programas de *leniency*¹²⁹.

Para el profesor PASCAL WIRZ, una de las razones para criminalizar la colusión es precisamente porque fortalece los pilares de los programas de *leniency* que son el riesgo versus la recompensa¹³⁰.

Dicho esto, la delación compensada puede verse favorecida con la criminalización, puesto que la posibilidad de la exención penal para el primer delator es un incentivo muy grande para colaborar con la investigación, además de generar desconfianza y desestabilidad al interior del cartel. Es por ello que una de las grandes razones que se puede argüir para criminalizar la colusión es precisamente el temor de ir a la cárcel sumado a un sistema de *leniency* que otorgue la posibilidad de eximir a los delatores de una sanción criminal. Se trata de una fórmula perfecta para desincentivar la ejecución de carteles o desbaratar los que ya se encuentren en curso.

Como nos ilustra el profesor ANTONIO BASCUÑAN, el elemento disuasivo de imponer penas privativas de libertad en contra de la colusión en Chile, no lo genera la pena privativa de libertad en sí, sino que “en realidad, la potencia disuasiva de la pena privativa de libertad se debe a su combinación con la exención por contribución a la investigación”¹³¹. Incluso como señala WIRZ, a pesar de que no exista inmunidad total para el delator, la amenaza de ir a la cárcel incentiva a cooperar a cambio de una reducción de sentencia¹³².

Se debe hacer presente que, según, JORGE AVÍLES, el sistema diseñado por la Ley 20.945 no protege adecuadamente la herramienta de la delación

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ WIRZ, P. 2016. Imprisonment for Hard Core Cartel Participation: A sanction with Considerable Potential. *Bond Law Review* 28(2): 89-113. 103p.

¹³¹ BASCUÑAN, A. 2015. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. Centro d

¹³² WIRZ, P. 2016. *op. Cit.* 104p.

compensada¹³³. La opinión del autor se basa en la idea de que el beneficio solamente está extendido a los dos primeros delatores, el coludido que tenga la intención de delatar no tiene como saber si otro coludido ya inició un procedimiento de delación compensada. Teniendo en cuenta que sólo los dos primeros delatores tienen algún beneficio por auto-denunciarse, el hecho de que estén en juego posibles penas de cárcel puede generar que no valga la pena el riesgo de denunciar y que otros ya se hayan anticipado a la delación compensada. Para el autor, el sistema de “consultas hipotéticas” establecido en la guía de la FNE no es suficiente estímulo para proteger a la delación compensada, porque puede generar que se inicien investigaciones en mercados en donde la Fiscalía Nacional Económica no lo había estado haciendo¹³⁴.

¹³³ AVILÉS, J. 2017. Op. Cit. pp. 17-18.

¹³⁴ *Ibíd.*

CAPÍTULO III

3. Derecho comparado

En esta sección se analizará la situación comparada con respecto a la persecución penal de los delitos de colusión en algunos de los países que mayor desarrollo legislativo y jurisprudencial han tenido sobre la materia. Es importante señalar que el modelo adoptado en Chile tuvo constante consideración a las soluciones comparadas, por tanto, es imprescindible para un correcto análisis del tipo colusivo referirnos a los modelos pioneros en esta materia.

3.1 Estados Unidos

3.1.1 *Introducción*

El origen del derecho de la competencia lo podemos encontrar en Estados Unidos. La industria a finales del siglo XIX había experimentado grandes cambios, pasando de una economía nacional y de pequeña escala a una verdadera revolución industrial que dio nacimiento a las grandes compañías macro-productoras¹³⁵. En la década de 1880 se empezó a originar un gran debate en la sociedad estadounidense en torno a los denominados *trust*. Como anteriormente mencionamos, los *trust* eran una figura legal conforme a la cual dos o más empresas se unían para desarrollar un determinado negocio, manteniendo una aparente autonomía, sin embargo, perdiendo realmente cada una su individualidad técnica y jurídica, al existir una administración central de apoderados o *trustees* que tomaban las decisiones. Esta integración empresarial podía ser tanto vertical como horizontal¹³⁶. Finalmente, después de la unión de las compañías y el traspaso de la administración a la directiva central, se le entregaba a cada

¹³⁵ U.S ANTITRUST IN GLOBAL CONTEXT. 1989. 6p.

¹³⁶ U.S ANTITRUST IN GLOBAL CONTEXT. Op. Cit. 5p.

accionista de la empresa que integraba el trust un *trust certificate* que representaba el valor que dicha compañía aportaba a la conglomeración¹³⁷.

A fines del siglo XIX, en Estados Unidos comenzó a girar un gran debate público, social y económico en relación a los *trust* y a lo que estos simbolizaban. Desde un sector, los partidarios de la economía del libre mercado y el *laissez-faire* veían a estos grandes conglomerados de empresas como una expresión del crecimiento económico que experimentaba el país y bajo estas premisas era la competencia “*the great regulator*” (el gran regulador) de estas instituciones¹³⁸. Sin embargo, comenzó a agarrar fuerza otro sector, que reclamaba fuertemente la necesidad de regular a los *trust*. Este grupo se jactaba de que estos conglomerados de empresas se valían de prácticas corruptas y éticamente reprochables para eliminar la competencia de aquellos grupos empresariales emergentes o pequeños productores. Expresión máxima del abuso de estos conglomerados fue el *trust* llamado “*The Standard Oil Company*”, cuyas prácticas desleales y abusivas fueron un impulsor importante al nacimiento de la legislación *antitrust*. Finalmente, la opinión pública fue rápidamente tornándose en contra de los *trust*, ya que éstos únicamente velaban por intereses individuales de los *trustees* y generaban pocos réditos para el bienestar social.

El clamor popular por legislar las practicas atentatorias contra la libre competencia comenzó a ser eco en algunos Estados, quienes fueron los precursores de las primeras legislaciones *antitrust*¹³⁹. Sin embargo, no fue hasta 1889 cuando el senador norteamericano John Sherman introduce al debate legislativo el primer proyecto de una norma federal que sancionara las prácticas conculcadoras contra el mercado. Todo esto culminó con la promulgación de la famosa Ley Sherman o *Sherman Act*, conocida como la primera ley federal encargada de sancionar los ilícitos contra la competencia, la cual tuvo directa incidencia en la legislación chilena.

¹³⁷ U.S ANTITRUST IN GLOBAL CONTEXT. Op. Cit. 5p.

¹³⁸ U.S ANTITRUST IN GLOBAL CONTEXT. Op. Cit. 6p.

¹³⁹ FORNELLS DE FRUTOS, J. 2004. op. Cit. 45p.

La *Sherman Act* -aún vigente- sólo cuenta con 7 secciones, de las cuales, para objeto de este análisis, es conveniente recalcar las secciones primera y segunda, que vienen a tipificar dos tipos de conductas:

“SEC 1. Participar de un contrato, combinación o conspiración que tenga por objeto restringir el comercio y/o.

SEC 2. Monopolizar, intentar monopolizar, reunirse, establecer connivencia o conspirar para monopolizar temporal o permanentemente una actividad económica”¹⁴⁰.

El estudio pormenorizado de ambas conductas escapa a esta investigación, pero lo que se pretende destacar es que las infracciones a la Ley Sherman eran sancionadas con pena de cárcel. Lo que da cuenta que el bien jurídico llamado libre competencia, desde su génesis, fue considerado como uno de aquellos bienes jurídicos que son dignos de ser tutelados por el derecho penal. Sin embargo, nadie cumplió una pena efectiva de cárcel sino hasta 70 años después de su promulgación¹⁴¹. Ahora bien, es importante destacar que en ambas secciones de la *Sherman Act* se ocupa el vocablo “conspirar” que aduce más bien a un concepto que se asimila a engañar, defraudar o robar, más que a sancionar una colusión propiamente tal¹⁴². Lo anterior, puede explicar el porqué de la escasa utilización de esta norma en la primera década desde su creación y también las razones que llevaron a penalizar este tipo de conductas desde un primer momento, puesto que las conductas anticompetitivas eran asimilables en aquella época a cualquier otro delito en contra de la propiedad, como el hurto, robo o estafa.

¹⁴⁰ Traducción en: CHANAME ORBE, R. 112p.

¹⁴¹ O' LOUGHLIN, P. 2014.

¹⁴² GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 43p.

Los problemas que tuvo la aplicación de la Ley Sherman en un principio, y principalmente el famoso caso de la *Standar Oil Company*, llevó al congreso estadounidense en 1914 a la dictación de dos nuevas normas.

La primera de ellas es conocida como la *Clayton Act*. Esta norma pretendió ser un complemento de la *Sherman Act*, puesto que vino a tipificar ciertas conductas específicas, como discriminación o fijación de precios, fusiones o formas contractuales que tuvieran por objeto disminuir la competencia, que la Ley Sherman no contemplaba¹⁴³.

En segundo lugar, *The Federal Trade Comission Act*, una ley que crea la *Federal Trade Comission* (“FTC”), una agencia estatal bipartidista encargada principalmente de proteger a los consumidores y promover la libre competencia¹⁴⁴. Dentro de sus atribuciones, se encuentra la facultad de crear normas generales para regular los mercados, emitir guías o pautas de comportamiento para los particulares e investigar y sancionar conductas que puedan atentar contra los derechos del consumidor o la libre competencia en el mercado, sin perjuicio de que cualquier sanción que aplique puede ser revisada judicialmente¹⁴⁵.

Por último, se debe hacer mención a la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. El Departamento de Justicia es un órgano administrativo dependiente de la administración central encargado de hacer cumplir las leyes de Estados Unidos, defender los intereses de los Estados Unidos, administrar la justicia y controlar el delito¹⁴⁶. El Departamento de Justicia es una estructura compleja, difícil de explicar, porque vendría a tener las atribuciones del Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia y Ministerio Público, si se quiere hacer una similitud con Chile. Dentro de las distintas instituciones que componen este organismo complejo, se encuentra la División Antimonopolios o

¹⁴³ U.S ANTITRUST IN GLOBAL CONTEXT. 1989. op. Cit. 48p.

¹⁴⁴ FEDERAL TRADE COMITION. [en línea] <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc/lo-que-hacemos> [consulta: 02 abril 2017]

¹⁴⁵ *Ibíd.*

¹⁴⁶ GOBIERNO USA. [en línea] <https://gobierno.usa.gov/agencias-federales/departamento-de-justicia> [consulta: 15 abril 2017]

Antitrust Division creada en 1933. Se debe tener en cuenta que desde la creación de la *Sherman Act* es el Departamento de Justicia el organismo encargado de la persecución de los delitos de *antitrust*¹⁴⁷. En lo atinente a esta investigación, se debe dar cuenta, que la *Antitrust Division of The Department of Justice*, cuenta con una sección encargada del *criminal enforcement*, que a su vez tiene 5 oficinas a lo largo de Estados Unidos (Chicago, Nueva York, San Francisco y dos oficinas en Washington). Como su nombre lo indica, esta división está encargada de la persecución y en su caso, del ejercicio de la acción penal en contra de delitos conculcadores de la libre competencia¹⁴⁸.

En conclusión, el sistema de defensa de la libre competencia en Estados Unidos tiene su base en estas tres importantes leyes: *Sherman Act*, *Clayton Act* y *The Federal Trade Commission*. Las posteriores reformas sólo han tenido por objeto modificar o complementar alguna de estas tres leyes y éstas, junto con el desarrollo jurisprudencial de los jueces estadounidenses, conforman la arista sustantiva del derecho de la competencia norteamericano. Se debe tener presente también, que el derecho de la competencia norteamericano y sus instituciones le han dado gran relevancia a la persecución penal de los ilícitos anticompetitivos, lo que ha sido así desde sus orígenes.

3.1.2 Sanciones penales

Como hemos revisado hasta aquí, la *Sherman Act* desde sus orígenes, sanciona con penas privativas de libertad a quienes atenten contra la libre competencia. Por infracciones cometidas hasta antes del año 2004, las sanciones son: multa de hasta US\$ 10.000.000 contra la empresa y multa de hasta US\$ 350.000 y hasta 3 años de prisión para la persona natural. Con posterioridad al año 2004: multa de hasta US\$ 100.000.000 a la empresa y multa de hasta US\$

¹⁴⁷ THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. [en línea] <https://www.justice.gov/atr/history-antitrust-division> [consulta: 15 de abril.

¹⁴⁸ ANTITRUST DIVISION.

1.000.0000 y hasta 10 años de cárcel para los individuos autores de ilícitos anticompetitivos¹⁴⁹. Hasta el año 2015, la sanción con pena privativa de libertad más alta impuesta por un tribunal norteamericano fue de 48 meses de prisión a Peter Baci (2009) y de 19 meses a Steven Keith VandeBrake (2011). Por otro lado, la multa más alta impuesta a una empresa hasta el año 2015 fue de US\$ 500.000 a F. Hoffmann-La Roche Ltd. en el año 1999¹⁵⁰.

3.1.2.1 Entes encargados de persecución penal por ilícitos anticompetitivos

En Estados Unidos existen dos grandes sistemas encargados de la defensa de los derechos a la competencia: *public enforcement* y *private enforcement*¹⁵¹. El *private enforcement* corresponde principalmente a todos los mecanismos y acciones –generalmente indemnizatorias- que tienen los privados cuando por intermedio de un ilícito administrativo se les genera un daño patrimonial. Por otro lado, el *public enforcement* vendría a ser la aplicación del derecho del *antitrust* por parte de los organismos públicos. Los principales organismos encargados de ejercer el *public enforcement*, como adelantábamos, son el *Department of Justice (Antitrust división)* y *The Federal Trade Commission*. Por regla general, estas instituciones comparten competencia en cuanto al *civil antitrust enforcement*, en especial en cuanto al control de operaciones de fusiones y concentraciones, no obstante, en lo que se refiere a la persecución penal, el *Department of Justice*, tiene competencia exclusiva¹⁵².

Uno de los aspectos relevantes que se debe tener presente, es que, en Estados Unidos, a diferencia de lo que ocurre en Chile, tanto el *public* como el

¹⁴⁹ Como se verá en *Infra* 4.8, una sanción semejante se establece para el nuevo delito de colusión en Chile.

¹⁵⁰ DEPARTMENT OF JUSTICE. 2016. ANTITRUST DIVISION WORKLOAD STATISTICS FY 2007 – 2016. [En línea] < <https://www.justice.gov/atr/division-operations> > [Consulta: 30 julio 2017].

¹⁵¹ BANFI DEL RÍO, C. 2013. La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado* (21): 217-258. 218p.

¹⁵² ANTITRUST LAW ANSWER BOOK. 2015. Overview of the U.S. Antitrust Laws. 3p.

private enforcement son importantes¹⁵³. Esto se debe a que existe un gran incentivo para que los particulares interpongan acciones civiles por daños provocados por infracción a la *Sherman Act*, debido a las cuantiosas indemnizaciones que pueden recibir en caso de obtener sentencias favorables, favorecidas por la institución de los *treble damages* o indemnizaciones triplicadas¹⁵⁴.

3.1.2.2 Sanciones susceptibles de ser perseguidas criminalmente

Desde un punto de vista meramente exegético, al utilizar la *Sherman Act* la palabra “*every contract*” (“todo contrato”) incluye dentro del tipo cualquier ilícito anticompetitivo. Por eso, desde 1911, la jurisprudencia norteamericana crea dos tipos de estándares para analizar si una conducta es o no anticompetitiva. El primero de ellos, es el estándar utilizado por el Juez White, en el famoso caso *United States v. Standard Oil Company*, en donde el parámetro utilizado se denominó la “regla de la razón” o “*rule of reason*”. Este estándar exige verificar caso a caso si una conducta es razonablemente anticompetitiva o no y en base a esto sancionar. Ello, en contraposición a la regla *per se*, que se aplica en aquellos casos en que una conducta es inherentemente anticompetitiva y debe ser siempre sancionada¹⁵⁵. Es importante señalar que dependiendo de las características del cartel se va a determinar cuál de las dos reglas se debe utilizar. Las conductas anticompetitivas, en especial colusorias, que se enmarquen dentro de los denominados *hardcore cartels* se van a analizar bajo la denominada regla *per se* y las demás conductas van a ser sancionadas bajo el estándar de la regla de la razón.

¹⁵³ FURSE, M. 2012. *The Criminal Law of Competition in The UK and in the Us: Failure and Success*. Edward Elgar Publishing Limited. Reino Unido. 57p.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ HERMOSILLA ZUÑIGA, F.I. 2016. *La colusión en la doctrina y la jurisprudencia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 20-21.

En cuanto a lo que se refiere a las sanciones penales, únicamente aquellas conductas que la jurisprudencia norteamericana sanciona de forma *per se*, al ser carteles duros, son las que a la postre son susceptibles de una sanción penal. Esto es de suma relevancia, teniendo en cuenta que el tipo penal que consagra el artículo 62 del DL 211 sanciona penalmente solamente ciertos tipos de modalidades colusorias. Principalmente, son sancionadas con penas privativas de libertad conductas que para la jurisprudencia norteamericana se enmarcarían dentro de aquellos carteles duros que se deben interpretar bajo un estándar *per se*. Lo anterior, es una gran diferencia entre el sistema chileno y el estadounidense, dado que, en nuestro país, debido a las exigencias constitucionales de todo tipo penal, las colusiones que no se enmarcan dentro de aquellas que establece el tipo legal, jamás podrían ser sancionadas penalmente. En Estados Unidos, en cambio, la ley no hace esta distinción entre colusiones sancionables penalmente y aquellas que no lo son. No obstante, el desarrollo jurisprudencia y doctrinal, junto con las determinaciones que han tomados los entes persecutores, ha hecho que en la práctica únicamente los carteles duros sean sancionables con penas de cárcel.

Las colusiones o carteles que son considerados como *hardcore cartels* por la jurisprudencia norteamericana, y que por ende se deben analizar de forma *per se* son: (1) Fijación de precios. (2) Manipulación de licitaciones (públicas o privadas). (3) Limitación en la producción. (4) Repartos de mercado¹⁵⁶. Estas conductas son ilegales, independiente si producen efectos o no en el mercado. Por otro lado, todo otro tipo de modalidad colusiva, debiese ser analizada caso a caso bajo la *rule of reason* o regla de la razón, ejemplos de estos casos serian: (1) Restricciones accesorias, por ejemplo exclusión de algún competidor; (2) Restricciones que tiene por objeto regular un mercado determinado; (3) Practicas desconocidas, en cuanto siempre para aplicar un criterio *per se* es necesario acudir a las máximas de la experiencia, una práctica nueva jamás podrías

¹⁵⁶ FORNELLS DE FRUTOS, J. 2004. op. Cit. 49p.

analizarse bajo un estándar *per se*; o (4) Practicas que tienen que ver con el ejercicio de una profesión liberal, entre otras¹⁵⁷. Debemos hacer presente, que solamente los acuerdos horizontales son los que son reprochados de forma *per se*¹⁵⁸, es decir entre competidores de una misma escala productiva, no así un acuerdo entre un productor y un distribuidor.

En suma, el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del derecho a la competencia en los Estados Unidos, así como el propio actuar de las instituciones persecutoras, ha llevado al consenso que solamente las violaciones *hardcore*, son las que pueden ser susceptibles de ser perseguidas penalmente, así el *price fixing* o arreglo de precios, el *bid rigging* o arreglo de licitaciones y el *market división* o asignaciones de mercado o de consumidores son las conductas que la *Antitrust Division* se encarga de investigar y perseguir criminalmente.

3.1.2.3 Prescripción

El plazo de prescripción para ilícitos anticompetitivos en Estado Unidos es de hasta 5 años después de que la conducta fue cometida, sin embargo, este plazo no comienza a correr hasta que el propósito perseguido con la conducta ha sido completado o éste ha sido abandonado¹⁵⁹. Cabe agregar que el plazo de 5 años no comienza a correr desde un acto individual, sino que la colusión debe ser considerada como un todo. Por ejemplo, si un director de una empresa coludida que ayudó a llevar acabo el acto en un primer momento, cesa sus funciones en dicha empresa, y luego de transcurridos 5 años la colusión sigue vigente o generando efectos en el mercado, ese director puede aún ser perseguido criminalmente¹⁶⁰. El plazo de prescripción también puede ser extendido en caso de un intento de delación compensada de forma fraudulenta.

¹⁵⁷ HERMOSILLA ZUÑIGA, F.I. 2016. op. Cit. pp. 51-57.

¹⁵⁸ FURSE, M. 2012. op. Cit. 64p.

¹⁵⁹ ANTITRUST LAW ANSWER BOOK. 2015. op. Cit. 14p.

¹⁶⁰ *Ibid.*

3.1.2.4 ¿Persecución contra el individuo o contra la empresa?

Por último, con respecto a si la acusación va dirigida contra el individuo o contra la empresa, es algo que dependerá exclusivamente de cómo los fiscales *Department of Justice* lleven el caso, en otras palabras, si existe evidencia suficiente, más allá de toda duda razonable, que tanto la empresa como directores o trabajadores dentro de ella, fueron partícipes de la conducta anticompetitiva. Se debe recordar, que cuando la *Antitrust Division* quiere iniciar una persecución penal por infracciones a la libre competencia, primero debe iniciarse un procedimiento ante *gran jury* quienes son a la postre quienes tienen la potestad de decidir si un caso puede ser llevado a juicio. En consecuencia, más allá de la prueba con la que se cuenta, no existen limitaciones para dirigir la persecución penal contra la empresa o contra individuos, independiente del nivel de mando que ocupaban a la hora de llevarse a cabo el hecho conculcador.

3.1.3 Casos relevantes

La persecución penal contra delitos anticompetitivos en Estados Unidos es sin duda la mejor experiencia del mundo¹⁶¹. En el 2004, JOEL DAVIDOW señaló que en el último año (2003) se habían sentenciado a más de 10.000 días de cárcel por ilícitos anticompetitivos, incluso con sentencias de hasta más de 18 meses¹⁶². Según cifras del *Department of Justice* en el año 2016, 36 personas fueron sentenciadas por infracción a la *Sherman Act*, de los cuales 22 fueron encarcelados, llegando un promedio en total de 330 días de cárcel por ilícitos en contra la competencia. En el 2015 los promedios totales de días de cárcel fueron de 402 días, aunque, sin embargo, menor a los años 2012, 2013 y 2014 en donde el promedio superó los 700 días¹⁶³.

¹⁶¹ O' LOUGHLIN, P. 2014. op. Cit. 117p.

¹⁶² DAVIDOW, J. 2004. Recent US Antitrust Developments of International Relevance. *World Competition* 27 (3): 407-417. pp. 407-408.

¹⁶³ DEPARTMENT OF JUSTICE. 2016. ANTITRUST DIVISION WORKLOAD STATISTICS FY 2007 – 2016. [En línea] < <https://www.justice.gov/atr/division-operations> > [Consulta: 30 julio 2017].

Según MARK FURSE, hasta antes de la década de los 90', el caso criminal más importante por infracción a la Ley Sherman fue el caso de *Heavy Electrical Equipment* de 1961¹⁶⁴. Los grandes casos por infracciones a la *Sherman Act* hasta antes de esa fecha no habían terminado condenando los coludidos con penas privativas de libertad. El caso *Heavy Electrical Equipment* demuestra la poca cultura que había en esa época sobre la reprochabilidad de las conductas colusivas desde el punto de vista de las sanciones. 7 individuos fueron condenados a 30 días de prisión por haberse coludido. El problema del caso fue que los individuos condenados eran personas que se veían “normales” distintas a las que generalmente van a la cárcel y que jamás estuvieron conscientes – a pesar, de conocer la ilegalidad de las conductas- que sus actos podían dar origen a penas de cárcel¹⁶⁵.

El caso *Heavy Electrical Equipment* generó un cambio de percepción, a cerca de la persecución criminal por infracciones a la *Sherman Act*, que influyó a que más casos fueran investigados y terminados con sanciones criminales principalmente dentro de los Estados Unidos. Sin embargo, no fue hasta 1998, en el caso *Lysine*, en donde hubo un real auge de la persecución penal contra delitos por colusión de carácter internacional, es decir que involucran a compañías que operaban también en otras partes del mundo¹⁶⁶. En este caso, ejecutivos de compañías estadounidenses y japonesas fueron condenadas por repartir zonas mercado y arreglar precio con respecto a la venta de suplemento alimenticios relacionado con el aminoácido lisina, subiendo los precios de los productos en casi un 70%¹⁶⁷. En este caso hubo sentencias con penas de entre los 24 a 30 meses de prisión en contra de los ejecutivos coludidos¹⁶⁸. Otro de los casos relevantes es

¹⁶⁴ FURSE, M. 2012. Op. Cit. 71p.

¹⁶⁵ FURSE, M. 2012. op. Cit. pp. 72-73.

¹⁶⁶ FURSE, M. 2012. op. Cit. 189p.

¹⁶⁷ FURSE, M. 2012. op. Cit 190p.

¹⁶⁸ *Ibid.*

el caso *Vitamins*, en donde los culpables cumplieron penas de entre 4 a 5 meses¹⁶⁹.

Por último, es importante hacer referencia a los dos casos en que la justicia estadounidense impuso las penas privativas de libertad más altas a los autores de delitos por violación a la *Sherman Act*.

El primero de estos casos es de *United State of America v. Peter Baci* en 2008. Peter Baci fue condenado a 48 meses de prisión por una Corte de Florida, por conspirar para eliminar o suprimir la competencia en el transporte de carga marítimo entre Puerto Rico y Estados Unidos. Peter Baci era vicepresidente del área de gestión en una de las compañías implicadas, una empresa proveedora de transporte de carga en Puerto Rico. La investigación se desarrolló entre el año 2002 y 2008. Baci fue acusado y condenado por 32 violaciones a las normas que protegen la competencia, entre otras, por las siguientes conductas: Participar en reuniones, comunicaciones y conversaciones sobre repartición territorial de mercado, consumidores y ofertas en el mercado de transporte de carga en Puerto Rico; repartir consumidores del transporte de carga en Puerto Rico durante esas reuniones; acordar durante esas reuniones las condiciones comerciales para tratar cuando el gobierno era consumidor de servicios de transporte de carga en Puerto Rico; acordar vender servicios a precios no competitivos; aceptar pagos hechos por precio no competitivos; incluir a co-conspiradores y otros empleados de las distintas compañías en la colusión, entre otras conductas¹⁷⁰. Como se puede ver en el presente caso, el condenado realizó una gran cantidad de conductas atentatorias contra la libre competencia, la mayoría de ellas enmarcadas dentro de la categoría de *hardcore cartels*, que llevaron al Tribunal a condenar al acusado a más de 3 años de privación de libertad, luego que además el imputado se acogiera a un *plea agreement*¹⁷¹.

¹⁶⁹ FURSE, M. 2012. op. Cit. 195p.

¹⁷⁰ THE UNITED STATE DEPARTMENT OF JUSTICE [En línea]. 2008. <<https://www.justice.gov/atr/case-document/information-43>> [Consulta: 8 julio 2017].

¹⁷¹ *Ibid.*

El otro de los casos que revisaremos es *United State of America v. Steven Keith VandeBrake* en 2011. Dicha colusión se lleva, a cabo, entre junio de 2008 y marzo de 2009. Steven Keith era gerente de ventas en una fábrica de hormigón preparado en Iowa. Las conductas por las que se le acusa son prácticamente la de fijación de precios y arreglo en las licitaciones, pero el Tribunal decidió dividir en tres grandes infracciones. Lo curioso de este caso es que la empresa en la cual trabajaba el imputado se coludió en forma y tiempo distinto, con las otras 3 competidoras o empresas de hormigón en Iowa, sin que éstas estuvieran al tanto de las otras colusiones, es decir fue sancionado por tres acuerdos colusorios distintos con competidores distintos, que a su vez ellos no estaban en conocimiento de los otros acuerdos colusorios. En este caso el acusado fue también condenado a 19 meses de prisión tras haberse sometido a un *plea agreement*¹⁷².

3.2 Europa

3.2.1 Introducción

Para referirnos a las normas que protegen el derecho de la competencia de la comunidad europea es necesario acudir al Tratado de Roma de 1957. Este tratado es considerado como fuente originaria de la Unión Europea. Se entendió desde un primer momento que para un buen funcionamiento de la comunidad europea era necesario contar con normas que protejan la libre competencia de los mercados en Europa, es así como el Tratado, ya desde su creación contiene normas que protegen el derecho a la competencia.

Las instituciones relevantes en el sistema europeo de libre competencia son prácticamente dos: la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La primera de ellas es un órgano administrativo que tiene por objeto

¹⁷² *Ibíd.*

investigar los ilícitos anticompetitivos, ejercer acciones en contra de los responsables, imponer sanciones y conceder exenciones individuales a quienes cooperen con la investigación¹⁷³. El segundo es un órgano jurisdiccional, encargado principalmente de conocer recursos en contra las sentencias de los tribunales especiales de primera instancia, generalmente sobre errores de derecho. Se debe tener presente que en el sistema europeo rige el principio de prevalencia del derecho interno de cada estado miembro¹⁷⁴.

3.2.2 Normas que regulan la libre competencia en la Unión Europea

Los artículos 101 al 109 del Tratado de Roma (antiguos artículos 81 al 89) son los encargados de regular la libre competencia en la Unión Europea. Las conductas susceptibles de ser sancionadas se encuentran en el artículo 101¹⁷⁵:

“1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

¹⁷³ WISH, R. 2003. Competition law. 5ta Edición. Londres. LexisNexis Butterworths. 53p.

¹⁷⁴ HERMOSILLA ZUÑIGA, F.I. 2016. op. Cit. 57p.

¹⁷⁵ Unión Europea. 1957. Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Modificado 30 de marzo de 2010. [En línea] < <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> > [Consultado: 9 julio 2017].

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”

Este artículo ha sido objeto de un minucioso análisis doctrinal y jurisprudencial que escapa al análisis de esta obra. No obstante, a modo de resumen diremos que el artículo 101 en su primera parte señala que todas las asociaciones entre empresas o prácticas concertadas “que tengan por objeto o efecto” impedir, restringir o falsear el juego de la competencia entre los estados miembros, y a continuación se enumeran una serie de conductas que entrarían en la categoría de carteles *per se* ilícitos. Luego en la parte 3, la norma señala ciertos casos en los cuales, a grandes rasgos, el acuerdo colusorio sería beneficioso para la economía y consumidores, por consiguiente, no sería necesario sancionar la conducta.

Uno de los puntos que ha suscitado dudas es la voz “objeto o efecto”, siendo pacífico en doctrina en que no son requisitos copulativos sino más bien, que un acuerdo colusorio puede ser considerado como tal ya sea por su objeto o por los

efectos que éste produzca¹⁷⁶. Sin embargo, si un acuerdo tiene sólo por objeto atentar contra la libre competencia no es necesario entrar a analizar los efectos¹⁷⁷, conforme ha fallado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹⁷⁸. Lo anterior vendría a ser algo muy similar a lo que sería una regla *per se*. Por otro lado, si no es claro el objeto de un presunto acuerdo colusorio, habría que analizar cuáles son sus efectos en el mercado para ver si la conducta puede ser sancionada a partir del artículo 101 TFUE.

3.2.3 Sanciones penales

En Europa no existe un sistema centralizado de sanciones contra infracciones a las normas de competencia, tanto la Comisión Europea como los Estados Miembros pueden regular sus propias sanciones contra ilícitos anticompetitivos¹⁷⁹. Se debe señalar al respecto, que actualmente no existe la posibilidad de que un organismo europeo sancione criminalmente una infracción a las normas que protegen la libre competencia, sin perjuicio que un estado miembro de la Unión Europea internamente sí pueda hacerlo. Sin embargo, el hecho de que los delitos contra la libre competencia no sean sancionados criminalmente por la Unión Europea, no es algo que se debe restringir únicamente a esta rama del derecho, de hecho, es poco común que existan sanciones de carácter criminal a nivel europeo independiente de la materia de la cual se trate. Se debe tener en cuenta que, al momento de establecer sanciones criminales a nivel europeo, estas normas prevalecerían sobre el derecho interno de cada país - sino no tendría ningún sentido- lo que genera que la posibilidad de criminalizar de delitos a nivel europeo sea mirada con recelo por los estados miembros, considerando además las características propias del derecho penal que lo hacen

¹⁷⁶ WISH, R. 2003. op. Cit. 109p.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ WISH, R. 2003. op. Cit. 110p.

¹⁷⁹ KEITH JONES, F H. Criminal Sanctions: An overview of EU and national case law. E-Competitions, National Competition Laws Bulletin. Nº 64713: 1-10. 4p.

particular en cada país¹⁸⁰. El estatus elevado que tiene el derecho penal, más el componente ético, las tradiciones, el respeto a la soberanía y los propios derechos constitucionales concernientes de cada estado, han llevado a que en la gran mayoría de casos esta rama del derecho sea ajena a la Unión Europea¹⁸¹. Otro punto que se debe tener en cuenta es que puede ser cuestionada la legitimidad democrática que tendría la aplicación de un derecho penal por organismos que no fueron elegidos directamente por el pueblo¹⁸². En último lugar, se debe tener en cuenta que el derecho de la competencia a nivel europeo ha tenido siempre como misión preponderante sancionar a las empresas, más no así a los individuos involucrados en el ilícito¹⁸³.

Sin embargo, existen áreas en el derecho de la comunidad europea en donde si existen sanciones criminales, como ocurre en el caso de delitos contra el medio ambiente o contaminación¹⁸⁴. Lo anterior ha originado el debate sobre si es posible o no que en el derecho de la Comunidad Europea -bajo el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- sea posible establecer sanciones criminales. En relación a esto hay quienes sostienen que el artículo 83 -que establece el procedimiento de armonización de las sanciones penales en los distintos Estados Miembros- abriría paso a la posibilidad de que ocurra lo mismo con la colusión. Este artículo estipula que la corrupción o el lavado de dineros, entre otros crímenes, son susceptibles, mediante un procedimiento establecido en el mismo artículo, de ser armonizados y por consiguiente hacer que los Estados Miembros tipifiquen y sancionen con las mismas penas a aquellos delitos que fueron “armonizados” a nivel comunitario. No obstante, esto no es bastante claro de modo que se ha señalado que la única forma de penalizar la colusión a nivel europeo es modificando el artículo 83 e incorporando a los carteles¹⁸⁵.

¹⁸⁰ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 54p.

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ KEITH JONES, F H. op. Cit. 4p.

¹⁸⁴ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 54p.

¹⁸⁵ KEITH JONES, F. H. op. Cit. 4p.

A pesar de la posibilidad de armonizar las sanciones penales para la colusión en la comunidad europea, el autor PATRICK GÜNSBERG reconoce otros límites a dicha posibilidad, como los son el principio de legalidad y los problemas democráticos que representaría crear normas penales para la colusión para Europa. Por último, podría generar tensión con el principio de coherencia, principio que exige una debida coherencia entre las normas a nivel europeo con las normas locales o nacionales. Si por el momento no todos los países miembros de la Unión Europea han tomado la decisión como política criminal de sancionar a la colusión con penas de cárcel, entonces difícilmente se puede llegar a la misma solución a nivel comunitario europeo¹⁸⁶.

3.3 Reino Unido

3.3.1 Introducción

El Reino Unido, hasta hace poco miembro de la Comunidad Europea, era uno de los ejemplos en los cuales un Estado miembro contemplaba en su derecho interno sanciones penales para el delito de colusión. La regulación penal contra los carteles se encuentra en el “Enterprise Act” que entró a regir el 20 de junio de 2003. Específicamente, en el capítulo 4 entre las secciones 188 a 202 de esta ley, se establece una prohibición criminal a la colusión. El tipo se encuentra regulado en la sección 188, en la sección 190 se establece la pena y de la sección 191 a la 202 se encuentra establecido el procedimiento¹⁸⁷. Actualmente la pena máxima es de 5 años.

La criminalización en el Reino Unido responde al informe hecho por Hammond a Penrose, que luego fue observado en las discusiones parlamentarias del *Enterprise Act* en 2002, según consta en el “*White Paper*” (se les llama así a las actas de discusiones parlamentarias)¹⁸⁸. Dentro de las cosas que se buscaba

¹⁸⁶ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. pp. 67-72.

¹⁸⁷ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 155p.

¹⁸⁸ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 157p.

con este proyecto era tener una ley que pudiese ser fácilmente comprendida tanto por los tribunales, empresas y comunidad, para que de esta forma pueda producir efectos disuasivos genuinos. El *Enterprise Act* además recoge recomendaciones hechas por la OCDE en 1998, en donde se sugirió que los *hardcores* carteles debían ser atacados con sanciones lo suficientemente disuasivas -tanto para las compañías como para las personas involucradas en el acuerdo- siendo entonces la persecución penal la más adecuada para este fin¹⁸⁹.

Posteriormente en el año 2013, se hizo una importante reforma al capítulo 4 del “*Enterprise Act*”, en donde se modifica el tipo establecido en la sección 188.

3.3.2 El tipo criminal de la colusión en el Reino Unido.

3.3.2.1 La antigua sección 188 y el elemento del “dishonestly”.

El tipo criminal original del “*Enterprise Act*” del año 2002 se encontraba establecido en la antigua sección 188¹⁹⁰. La antigua sección 188 exigía como requisito que para que un individuo fuera sancionado penalmente, que el acuerdo

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Traducción libre del original en inglés:

188 Cartel Offence

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

(2) The arrangements must be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would- (a) directly or indirectly fix a price for the supply by A in the United Kingdom (otherwise than to B) of a product or service, (b) limit or prevent supply by A in the United Kingdom of a product or service, (c) limit or prevent production by A in the United Kingdom of a product, (d) divide between A and B the supply in the United Kingdom of a product or service to a customer or customers, (e) divide between A and B customers for the supply in the United Kingdom of a product or service, or (f) be bid-rigging arrangements.

(3) Unless subsection (2) (d), (e) or (f) applies, the arrangements must also be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would- (a) directly or indirectly fix a price for the supply by B in the United Kingdom (otherwise than to A) a product or service, (b) limit or prevent supply by B in the United Kingdom of a product.

(4) In subsection (2)(a) to (d) and (3), references to supply or production are to supply or production in the appropriate circumstances (for which see section 189).

(5) “Bid-rigging arrangements” are arrangements under which, in response to a request for bids for the supply of a product or service in the United Kingdom, or for the production of a product in the United Kingdom- (a) A but not B may make a bid, or (b) A and B may each make a bid but, in one case or both, only a bid arrived at in accordance with the arrangements.

(6) But arrangements are not bid-rigging arrangements if, under them, the person requesting bids would be informed of them at or before the time when a bid is made.

(7) “Undertaking” has the same meaning as in Part 1 of the 1998 Act.’

fuese hecho con “*dishonestly*” o deshonestamente. El *dishonesty* es un elemento de ciertos tipos penales, que nace más bien a partir de una construcción jurisprudencial de las cortes británicas, que exige a los miembros del jurado evaluar si una conducta fue hecha de forma deshonesta para poder condenarla. Para determinar si una conducta fue hecha con *dishonesty*, se debe utilizar el “*Ghosh test*” desarrollo jurisprudencial hecho por la “*Court of Appeal*” en el caso *R v. Ghosh* de 1982. Esta prueba consiste en dos etapas, una primera parte en que el jurado debe hacer una consideración moral de la conducta, y determinar bajo los estándares de una persona ordinaria si el comportamiento del acusado fue razonable y/o honesto (etapa objetiva si se quiere); y luego una segunda etapa, más bien subjetiva, en donde se debe determinar si en el caso concreto el sujeto tenía conciencia de que estaba actuando de forma deshonesta¹⁹¹. Este tipo de dolo especial¹⁹², tal como señalan las autoras ALISSON JONES Y REBECCA WILLIAMS, puede entenderse para delitos penales más comunes como el robo o el hurto, pero no en delitos que dado su complejidad es probable que el jurado tenga pocas nociones o conocimiento previo sobre la irreprochabilidad de la conducta, era fácil -siguiendo a las autoras- antes de la eliminación del *dishonesty*, que el acusado fuera absuelto con argumentos tan simples como que no tuvo beneficios personales o justificaciones para realizar la conducta como, por ejemplo que lo hizo para evitar la banca rota¹⁹³.

Los argumentos dados para incorporar el *dishonestly* en la sección 188 original, fueron principalmente para evitar que conductas que tenían que recaer solamente en el ámbito civil también fueran criminalizadas, en otras palabras, evitar una sobre criminalización por conductas anticompetitivas y establecer un requisito capaz de delimitar bien cuando una conducta debía ser perseguida penalmente; también, para relativizar que las condenas fueran únicamente por la

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² Autoras no utilizan la palabra “dolo especial”, palabra fue agregada por los autores de esta exposición en un intento de asimilar el elemento del *dishonesty* a un terminología nacional.

¹⁹³ JONES, A. y WILLIAMS, R. 2014. The UK Response to the Global Effort Against Cartels: Is Criminalization Really the Solution?. *Journal of Antitrust Enforcement*: 1-28. 16p

prueba económica y por último, para que los jurados y la sociedad en general estuviese más familiarizada, a partir de este elemento, con los ilícitos anticompetitivos y de esta forma generar la disuasión necesaria que se buscaba con la criminalización de la colusión¹⁹⁴.

Como se pudo adelantar este requisito establecido por la norma fue objeto de muchas críticas¹⁹⁵, a tal punto que el obstáculo probatorio que implicaba el *dishonesty* para los órganos persecutores fue visto por el gobierno británico como el principal factor de la escasez de casos por colusión que ha habido desde la entrada en vigencia del “Enterprise Act” en el 2003¹⁹⁶.

3.3.2.2 Las modificaciones introducidas por la sección 47 del “Enterprise and Regulatory Reform Act” del año 2013

El fracaso que había tenido la criminalización de ilícitos anticompetitivos en el Reino Unido, conllevó a una modificación sustancial a la sección 188, a través de la sección 47 del *Enterprise and Regulatory Reform Act* del año 2013. En un documento de consulta hecho por el gobierno británico, se propusieron 4 opciones para mejorar el sistema de persecución penal contra los carteles¹⁹⁷: (1) La opción primera consistía en eliminar el elemento del *dishonesty* y establecer pautas a los órganos persecutores para determinar cuáles tipos de acuerdos se debían investigar. (2) La segunda opción, argüía por eliminar el *dishonesty*, establecer ciertos acuerdos que no podían ser perseguidos criminalmente, por ejemplo, como ocurre en Australia, en donde los *joint venture* son excluidos del tipo anticompetitivo. (3) Cambiar el elemento de *dishonesty* por el elemento del “*secrecy*”, esta opción argumentaba que lo reprochable de los carteles es la clandestinidad. (4) Por último la cuarta opción, abogaba por remover el elemento del *dishonestly* en la sección 188 y establecer la posibilidad de eximirse de

¹⁹⁴ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 162p.

¹⁹⁵ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. 158p.

¹⁹⁶ JONES, A. y WILLIAMS, R. 2014. op. Cit. 10p.

¹⁹⁷ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. pp. 163-167.

responsabilidad si los participantes del cartel publican -otorgando la información relevante sobre los términos del acuerdo- al público y consumidores antes de que sea implementado¹⁹⁸. La opción uno fue desechada puesto que no ayudaba a delimitar bien entre una conducta solamente sancionable civilmente de una que además era criminal, luego la opción dos no logró convencer dado las dificultades interpretativas que podrían originarse al establecer si una conducta está o no dentro de aquellas susceptibles de la exención, por último la opción tres fue dejada de lado, debido a los obstáculos probatorios que implicaba demostrar que una conducta fue hecha bajo el carácter de secreta¹⁹⁹. En consecuencia, la opción elegida y en la que se basó la reforma del año 2013 fue la opción cuatro que, no ha dejado de ser blanco de críticas.

Finalmente, se creó la sección 188A²⁰⁰ cuyo encabezado comienza señalando que un individuo no comete el delito de la sección 188 si publica y notifica a los consumidores, información relevante sobre los alcances del acuerdo colusorio antes de ser implementado, algo que para el profesor PETER WHELAN

¹⁹⁸ WHELAN, P. 2015. Section 47 of the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013: A Flawed Reform of the UK Cartel Offence. *Modern Law Review*, 78 (3): 493-521. 18p.

¹⁹⁹ GÜNSBER, P. 2015. op. Cit. pp. 182-183.

²⁰⁰ After that section insert- "188A Circumstances in which cartel offence not committed

(1) An individual does not commit an offence under section 188(1) if, under the arrangements- (a) in a case where the arrangements would (operating as the parties intend affect the supply in the United Kingdom of a product or service, customers would be given relevant information about the arrangements before they enter into agreements for the supply to them of the product or service so affected, (b) in the case of bid-rigging arrangements, the person requesting bids would be given relevant information about the at or before the time when a bid is made, or (c) in any case, relevant information about the arrangements would be published, before the arrangements are implemented, in the manner specified at the time of the making of the agreement in an order made by the Secretary of State.

(2) In subsection (1), "relevant information" means- (a) the names of the undertakings to which the arrangements relate,

(b) a description of the nature of the arrangements which is sufficient to show why they are or might be arrangements of the kind to which section 188(1) applies, (c) the products or services to which they relate, and (d) such other information as may be specified in an order made by the Secretary of State.

(3) An individual does not commit an offence under section 188(1) if the agreement is made in order to comply with a legal requirement.

(4) In subsection (3), "legal requirement" has the same meaning as in paragraph 5 of Schedule 3 to the Competition Act 1998.

(5) A power to make an order under this section- (a) is exercisable by statutory instrument, (b) may be exercised so as to make different provision for different cases or different purposes, and (c) includes power to make such incidental, supplementary, consequential, transitional, transitory or saving provision as the Secretary of State considers appropriate.

(6) A statutory instrument containing an order under this section is subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament."

constituye una excepción a la criminalización²⁰¹. Por otro lado, el objetivo de establecer el sistema de publicación y notificación al público y consumidores antes de celebrarse un acuerdo colusorio, cumple con el objetivo de que por un lado, se logra evitar la criminalización de aquellos carteles beneficios para la economía, sin los obstáculos que implicaría tener que demostrar a un jurado mediante una prueba económica que el acuerdo es bueno para el mercado y por otro lado, se logra hacer énfasis en que lo reprochable de la conducta desde el punto de vista criminal, es que el acuerdo se ha llevado a cabo clandestinamente, dando de esta forma la posibilidad o la obligación positiva si se quiere, de informar al público sobre estos acuerdos. Lo anterior, sin embargo, no quiere decir que estos carteles que fueron publicados y notificados están exentos de sanción civil o administrativa²⁰². La sección 188A sostiene que la información relevante que debe ser notificada al público debe contener: (1) Nombre de las empresas que llevan a cabo el acuerdo. (2) Descripción de la naturaleza del acuerdo con lo que es suficiente señalar, el por qué, dicho acuerdo se encuentra dentro de aquellos que prohíbe la sección 188. (3) Los productos y servicios relacionados en el acuerdo. (4) Demás requerimiento que señale el secretario de estado.

Por último, la reforma en la sección 188B incluye otras tres defensas que pueden ser invocadas por los cartelistas para eximirse de la sanción criminal: (1) Si el acusado demuestra que dado la naturaleza del acuerdo no hubo intención de ocultar el acuerdo a los consumidores. (2) Si el acusado demuestra que dado la naturaleza del acuerdo no hubo intención de ocultar el acuerdo al CMA. (3) Si el acusado demuestra que antes de implementar el acuerdo, tomó los pasos razonables para obtener asesoría legal sobre el acuerdo que debiese ser divulgado, antes de que éste se implemente²⁰³. Con la reforma, se crea además la

²⁰¹ WHELAN, P. 2015. op. Cit. 18p.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ "188B Defences to commission of cartel offence

(1) *In a case where the arrangements would (operating as the parties intend) affect the supply in the United Kingdom of a product or service, it is a defence for an individual charged with an offence under section 188(1) to show that, at the time of the making of the agreement, he or she did not intend that the nature of the*

CMA (“*Competition and Markets Authority*”) que viene a reemplazar a la antigua OFT (“*Office of Fair Trading*”) y a la Competition Commission²⁰⁴.

3.3.2.3 Conductas anticompetitivas sancionadas criminalmente en el Reino Unido

Las conductas sancionadas por la sección 188 del *Enterprise Act* son prácticamente la fijación de precios, limitación en las producciones, reparto de mercado y manipulación de licitaciones, excepto cuando la información relevante de dicho acuerdo colusorio es publicada o notificada acorde a la sección 188A antes de ser implementado el acuerdo. No es necesario que los cartelistas aporten antecedentes sobre los beneficios económicos del cartel²⁰⁵. Además, como señala PETER WHELAN, existe la posibilidad de que indirectamente puedan ser eximidos de la sanción administrativa si cumplen con los requisitos necesarios bajo el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁰⁶, aunque en este caso no se va a estar exento de hacer un análisis económico.

En resumen, los que celebran un cartel en Gran Bretaña tienen tres opciones: 1. Publicar y notificar del cartel al público y consumidores antes de ser implementado, de esta forma evitan la sanción criminal y si es que ese acuerdo se encuentra bajo de las excepciones del artículo 101 del TFUE también podría haber una exención de la sanción administrativa y civil para las empresas. 2. No informar al público y/o consumidores de la existencia del cartel, estando expuestos a ser perseguidos criminalmente. 3. No llevar a cabo el cartel y de esta forma evitar

arrangements would be concealed from customers at all times before they enter into agreements for the supply to them of the product or service.

(2) It is a defence for an individual charged with an offence under section 188(1) to show that, at the time of the making of the agreement, he or she did not intend that the nature of the arrangements would be concealed from the CMA.

(3) It is a defence for an individual charged with an offence under section 188(1) to show that, before the making of the agreement, he or she took reasonable steps to ensure that the nature of the arrangements would be disclosed to professional legal advisers for the purposes of obtaining advice about them before their making or (as the case may be) their implementation.”

²⁰⁴ GÜNSBER, P. 2015. 172p

²⁰⁵ WHELAN, P. 2015. op. Cit. 27p.

²⁰⁶ *Ibid.*

sanciones criminales, civiles y administrativas²⁰⁷. Por último, el acusado tendrá la posibilidad de alegar como defensa alguna de las hipótesis de la sección 188B.

Las conductas sancionadas, son las mismas que en Estados Unidos son sancionadas de forma, sin embargo, en el Reino Unido no se siguió la tendencia de sancionar *per se* estas conductas. En un principio, a través del elemento de *dishonesty*²⁰⁸ y ahora con las nuevas secciones 188A y 188B los *hardcores cartels* no son *per se* ilícitos.

Otra precisión importante es que solamente se sanciona a aquellos acuerdos colusorios hechos de forma horizontal, es decir, entre dos o más competidores de la misma escala de producción y que compitan por el mismo mercado relevante, quedando, por ejemplo, excluido de sanción criminal un acuerdo entre un productor y distribuidor de un mismo producto. Además, se excluye la posibilidad de justificación en base a si el acuerdo es beneficioso para la economía por las razones ya esgrimidas. No es necesario también, que los individuos hayan obtenido beneficios económicos para ser sancionados criminalmente²⁰⁹.

3.3.3 Casos relevantes

Cuando se criminalizó la colusión en Gran Bretaña, se predijo que iba a haber entre 6 a 10 persecuciones penales por año. No obstante, hasta el año 2015 solamente han sido solamente condenados 3 individuos, todos responsables de participar en un mismo cartel, en el caso denominado "*The Marine Hose Cartel*"²¹⁰.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ WHELAN, P. 2015. *op. Cit.* 6p.

²⁰⁹ COSGUIN, H. 2013. *op. Cit.* 131p.

²¹⁰ JONES, A. y WILLIAMS, R. 2014. *op. Cit.* 7p.

El cartel “*The Marine Hoses Cartel*” fue un caso en el cual tres personas fueron condenadas con penas privativas de libertad por haberse coludido en el mercado de la carga y descarga de petróleo desde los buques de transporte a las refinerías u otros lugares que se encuentran en la costa, a través de mangueras llamadas *marine hoses*²¹¹. Se dice que este cartel tuvo una duración de más de 20 años hasta que en el 2007 los coludidos fueron arrestados. Este caso no solamente involucró a Gran Bretaña, en Estados Unidos los cartelistas se sometieron a un acuerdo o *plea agreement* para evitar la cárcel y también las empresas fueron condenadas a multas por la Unión Europea. En el Reino Unido, no obstante, a pesar de que los coludidos reconocieron su responsabilidad y su actuar “deshonesto” para obtener alguna especie de exención o atenuante de pena, no pudieron eludir la prisión.

En un principio el Tribunal de primera instancia sentenció a dos de los involucrados a 3 años de cárcel, mientras al restante a un máximo de 2,5 años. Posteriormente la Corte de Apelaciones redujo la sentencia a 2,5 años a uno de los cartelistas, 2 años a otro y a 20 meses al último, además de la imposición de otras sanciones como la suspensión del cargo de director de empresa y multas millonarias. Las conductas imputadas a los cartelistas fueron: arreglos de precios, reparto de mercados, restricción de la producción y manipulación en las licitaciones, conductas que fueron hechas de forma reiterada, y según estudios, inflando los precios de este servicio hasta alrededor de un 18% anual²¹². A pesar de ser el único caso en Gran Bretaña en donde se ha sentenciado criminalmente a individuos por haber participado en un cartel, se debe tener presente que en este caso la OFT no tuvo que probar en su acusación que la conducta fue hecha con “*dishonesty*”, puesto que los involucrados admitieron su culpabilidad.

²¹¹OFFICE OF FAIR TRADING. 2014. [EN LÍNEA] <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402155736/http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/criminal-cartels-completed/marine-hose> [Consultado: 28 julio 2017].

²¹²THE GUARDIAN. 2008. [EN LÍNEA] <https://www.theguardian.com/business/2008/jun/12/corporatefraud.ukcrime> [Consultado: 28 julio 2017].

Por último, el otro caso que se debe hacer mención es el “*The British Airways Case*”. Este caso es visto como una de las grandes vergüenzas que ha sufrido la OFT en una investigación por ilícitos anticompetitivos, ya que se tuvo que cerrar la investigación, puesto que trascendió que parte de la prueba había sido manipulada incorrectamente por la institución²¹³. El caso consintió en que dos líneas aéreas, British Airways y Virgin Atlantic Airways habían arreglado precios por la carga de combustibles en vuelos comerciales durante los años 2004 y 2006. En el año 2008 Virgin Airways se sometió a un sistema *leniency* o delación compensada, lo que conllevó a una investigación criminal en contra de los empleados de British Airways. Sin embargo, en el año 2010, la OFT tuvo que abandonar la persecución, luego de que admitieran en un comunicado, graves errores cometidos en la investigación y sobre todo con el manejo de la prueba²¹⁴. Uno de los puntos destacados del comunicado de la OFT, tiene que ver con la credibilidad de los testigos. Según la OFT, los testimonios de un cartelista que se sometió a un sistema de delación compensada en casos de un cartel bilateral carecen de credibilidad ante un jurado, lo que es un gran impedimento para probar una colusión en casos que la prueba preponderante es precisamente la declaración de los propios coludidos²¹⁵.

En consecuencia, en los casi 15 años desde la criminalización de delitos de colusión en el Reino Unido, no ha habido ningún caso en el cual un jurado haya declarado culpable a individuos por haberse coludido.

²¹³ JONES, A. y WILLIAMS, R. 2014. 9p.

²¹⁴ OFFICE OF FAIR TRADING. 2010. Project Condor Board Review. [En línea] <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402185409/http://oft.gov.uk/shared_oft/board/2010/Project_Condor_Board_Review.pdf>. [Consulta: 28 julio 2017].

²¹⁵ *Ibid.*

3.4 Australia

3.4.1 Introducción

En Australia la norma fundamental que se encarga de la protección de la libre competencia en los mercados es el “*Trade Practise Act*” de 1974. En Australia, ya desde la creación del *Trade Practise Act*, se sancionan de forma *per se* los acuerdos que tienen por objeto el arreglo de precios o practicas exclusorias. En cualquier otro caso, se debe probar que el acuerdo tuvo el propósito de causar efectos sustanciales, disminuyendo la competencia de un determinado mercado²¹⁶. Con respecto a las sanciones criminales, luego de un arduo debate legislativo que comenzó, al igual que en Gran Bretaña, iniciado por las recomendaciones de la OCDE que abogaban por sancionar más agresivamente a los carteles duros, en diciembre del año 2008 fue aprobado el proyecto que modificó el *Trade Practise Act* criminalizando los carteles en Australia, el cual comenzó a regir en el 2009²¹⁷.

En Australia, a diferencia del Reino Unido, existe una relación directa entre el tipo administrativo en contra de las empresas, el cual se encuentra dispuesto en las secciones 44ZZRF y 44ZZRG del *Trade Practise Act*, y la sanción criminal que hace directa referencia a estas dos secciones sin describir una nueva conducta. Se debe tener presente que el legislador australiano ha sido mucho más minucioso en la regulación de las normas de la libre competencia, que las legislaciones ya analizadas hasta aquí. El *Trade Practise Act* se encarga de definir, detallar y especificar cada una de las conductas y palabras relevantes asociadas a este tipo de ilícitos. La pena máxima de cárcel por coludirse en Australia es hasta 10 años. A continuación, haremos mención a los aspectos más relevantes de la sanción criminal contra la colusión en dicho país.

²¹⁶ BEATON-WELLS, C. 2009. Australia's Criminalization of Carteles Will it be Contagious?. The 4th ASCOLA Conference. Washington. 6p.

²¹⁷ BEATON-WELLS, C. y HAINES, F. 2009. Making Cartel Conduct Criminal: A Case Study of Ambiguity in Controlling Business Behaviour. The Australian And New Zealand Journal Of Criminology 42(2): 218-243. 227-229pp.

3.4.2 Sanción penal para la colusión en Australia

Para entender el tipo penal australiano para la colusión, primero debemos hacer mención a la sección 44ZZRA del *Trade Practise Act*²¹⁸ que explica que se debe entender por cartel. Esta norma estipula que un cartel es cuando dos empresas competidoras entre sí, hacen o le dan efecto a un contrato, acuerdo o entendimiento que contiene un *cartel provision*. El *cartel provision* a su vez, puede consistir en: arreglo de precios; restricciones o cláusulas que limiten producciones; reparto de consumidores, proveedores o territorio; o arreglo en las licitaciones.

Luego, tal como adelantamos, la sección 44ZZRF²¹⁹ y 44ZZRG²²⁰ del *Trade Practise Act* define la conducta por la cual las empresas (y personas) pueden ser sancionadas por atentados contra la libre competencia. La sección 44ZZRF, estipula que un ilícito se comete cuando dos o más competidores celebran un contrato, acuerdo o entendimiento que contiene un “*cartel provision*” y por otro lado, la sección 44ZZRG establece que el ilícito se comete cuando se le da efectos a un contrato, acuerdo o entendimiento que contiene un “*cartel provision*”. Como señala el autor HUSEYIN COSGUIN ambas secciones deben ser consideradas como los “*physical elements for the cartel offence*”²²¹ lo cual se podría entenderse como la faz objetiva del tipo penal. Se debe hacer la precisión que en este país las empresas pueden ser objeto de responsabilidad criminal²²².

²¹⁸ Trade Practise Act. 1974. Section 44ZZRA: A corporation must not make, or give effect to, a contract, arrangement or understanding that contains a cartel provision. • A cartel provision is a provision relating to: (a) price-fixing; or (b) restricting outputs in the production and supply chain; or (c) allocating customers, suppliers or territories; or (d) bid-rigging; by parties that are, or would otherwise be, in competition with each other

²¹⁹ Trade Practise Act. 1974. Section 44ZZRF: “Offence (1) A corporation commits an offence if: (a) the corporation makes a contract or arrangement, or arrives at an understanding; and (b) the contract, arrangement or understanding contains a cartel provision.”

²²⁰ Trade Practise Act. 1974. Section 44ZZRG: “Offence (1) A corporation commits an offence if: (a) a contract, arrangement or understanding contains a cartel provision; and (b) the corporation gives effect to the cartel provision”.

²²¹ COSGUIN, H. 2013. op.Cit. 127p.

²²² COSGUIN, H. 2013. op. Cit. 131p.

En Australia, en consecuencia, no existe diferencia entre la sanción civil/administrativa por ilícitos anticompetitivos y la sanción penal, lo que conlleva a que, a la hora de analizar la conducta y el vocabulario empleado por el tipo, se deben utilizar inevitablemente las mismas directrices que provee el *Trade Practise Act*²²³. Con respecto a las personas naturales, la sección 78 establece hipótesis de responsabilidad criminal en contra de los cómplices del cartel y responsables indirectos²²⁴. Se debe precisar que al igual que en Gran Bretaña, no es necesario que los sujetos involucrados hayan obtenido beneficios económicos²²⁵.

Con respecto a la faz subjetiva del tipo, en Australia se optó por rechazar la utilización del elemento del “*dishonesty*” como componente del ilícito criminal²²⁶. No obstante, existen dos elementos subjetivos que se deben configurar para verificar el ilícito anticompetitivo. El primero de ellos es la “intencionalidad”²²⁷, que si bien el “*Trade Practise Act*” no lo menciona, si lo hace el Código Penal Australiano. El segundo elemento es el “conocimiento o creencia”²²⁸. El elemento de la intencionalidad implica que los sujetos querían realizar una determinada conducta, por otro lado, se actúa con conocimiento o creencia en una circunstancia o resultado, cuando los sujetos están conscientes que un evento ocurrirá o podrá llegar a ocurrir bajo un normal desenvolvimiento de los hechos²²⁹.

Por último, la sección 85 señala los elementos subjetivos que se deben configurar para que una empresa sea responsable de la conducta criminal. A su haber son: 1. Que el director, empleado o agente del cuerpo corporativo haya participado en dicha conducta. 2. Que la persona actúe dentro del ámbito de sus atribuciones, al menos aparentemente. 3. Que la persona se encuentre consciente de estar realizando un cartel²³⁰.

²²³ COSGUIN, H. 2013. op. Cit. 128p.

²²⁴ *Ibíd.*

²²⁵ COSGUIN, H. 2013. op. Cit. 131p.

²²⁶ BEATON-WELLS, C. y HAINES, F. 2009. op.Cit. 229p.

²²⁷ COSGUIN, H. 2013. 137p. Auto utiliza la palabra en inglés: “intention”.

²²⁸ *Ibíd.* Autor utiliza palabra en inglés: “knowledge or belief”.

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ COSGUIN, H. 2013. op. Cit. 139p.

3.5 Japón

En Japón la primera norma encargada de la protección de la libre competencia la encontramos en el año 1947. La norma encargada de regular el derecho de la libre competencia es la *Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade o Antimonopoly Act* (“AMA”) y a su vez, el órgano encargado de velar por el respeto de estas normas es el *Japanese Fair Trade Commission* (“JFTC”), un organismo estatal con facultades judiciales y legislativas²³¹. En Japón los carteles no se encuentran restringidos de forma *per se*, sino que sólo se encuentran prohibidos aquellos acuerdos colusorios que restrinjan sustancialmente la competencia dentro de un mercado relevante²³².

Desde la década de 1970 existe la posibilidad de perseguir criminalmente la colusión²³³, con una pena máxima de hasta 5 años de presidio a quienes resulten responsables por ilícitos competitivos. A diferencia de otros países analizados, en Japón no se criminaliza exclusivamente la colusión, sino que la sanción de cárcel existe en contra de todas aquellas conductas que injustificadamente restrinjan la competencia²³⁴. Esto trae como consecuencia, que ilícitos anticompetitivos como las prácticas concertadas o la monopolización privada, pueden llegar ser perseguidas criminalmente²³⁵. A pesar de lo anterior la JFTC, ha anunciado formalmente que solo pueden ser perseguidas criminalmente aquellas conductas anticompetitivas que afecten gravemente la vida de las personas como los carteles, arreglo de licitaciones o monopolización privada y también en casos de conductas reiteradas en donde el inculpatado ha sido condenado

²³¹ NICOLAE, I. 2015. A comparative study between EU and Japanese Competition Law. Master Thesis. Lund University, Faculty of Law. 10p.

²³² YAMADA, A. y HIDEOTO, I. 2017. Japan: Cartels. The Asia-Pacific Antitrust Review 2017. [En línea] <<http://globalcompetitionreview.com/benchmarking/the-asia-pacific-antitrust-review-2017/1138980/japan-cartels>> [Consulta: 29 julio 2017]

²³³ NICOLAE, I. 2015. op. Cit. 14p.

²³⁴ VANDE WALLE, S. y SHIRAIISHI, T. 2015. Competition law in Japan: 1-38. 32p.

²³⁵ NICOLAE, I. 2015. op. Cit. 24p.

administrativamente en forma previa²³⁶. En la práctica, los casos criminales solamente han estado ligados al arreglo de precios y a la manipulación de las licitaciones²³⁷.

Cabe añadir, que el procedimiento japonés para la persecución penal de los carteles, este tiene similitudes al elegido en Chile. El único ente autorizado para iniciar una acusación penal en Japón es la JFTC, a pesar, de que en la práctica existe una coordinación también con los fiscales.

La acción penal en Japón solamente se ha destinado para aquellos casos en que gravemente se afecte la vida de las personas, conductas reiteradas o cuando los acusados se han rehusado a respetar las ordenes administrativas de la JFTC²³⁸. Lo anterior ha generado que existen muy pocos casos criminales por ilícitos anticompetitivos en Japón, no más de 1 por año²³⁹. El 99% de los casos que la JFTC decide acusar terminan en condena, puesto que solamente se ha decidido formular una acusación en aquellos casos graves, cuando las posibilidades de obtener una sentencia favorable han sido altas²⁴⁰.

3.6 Brasil

En Brasil, hasta antes del año 2012, si bien existía la posibilidad de sancionar con cárcel los delitos de colusión, se daba la posibilidad a los acusados de mediante el pago de una multa y eximirlos de quedar privados de libertad²⁴¹. No obstante, a partir de una modificación legislativa que entró a regir en mayo de 2012, se eliminó esta posibilidad, lo cual generó un alza de la persecución penal contra ilícitos anticompetitivos.

²³⁶ VANDE WALLE, S. y SHIRAISHI, T. 2015. op. Cit. 32p.

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ YAMADA, A. y HIDETO, I. 2017. op. Cit. 33p.

²³⁹ VANDE WALLE, S. y SHIRAISHI, T. 2015. op. Cit. 33p.

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ MARTINEZ, A. P. Y TAVARES DE ARAUJO, M. 2015. Anti-Cartel Enforcement In Brazil: Status Quo & Trends. *En*: Overview of Competition Law In Brazil. San Pablo. 266p.

El tipo criminal contra la colusión en Brasil se encuentra regulado en la Ley contra Delitos Económicos (Ley N. 8.137/90), lo cual es una peculiaridad porque a diferencia de otras legislaciones revisadas, el delito penal contra la colusión se encuentra regulado en un cuerpo normativo distinto que el resto de las normas sobre libre competencia.

El artículo 4 II de la Ley contra Delitos Económicos sanciona criminalmente a los competidores (sólo personas naturales) que celebren acuerdos destinados al arreglo de precios, reparto de mercados o controlar los canales de producción o distribución, con penas que oscilan entre 2 a 5 años de cárcel y multas (antes del 2012 era “o” multas)²⁴².

Los encargados de la persecución penal en Brasil son principalmente los Fiscales Federales, no obstante que la Policía Federal también puede iniciar investigaciones por ilícitos anticompetitivos que ameriten una sanción criminal²⁴³. En el año 2007, en su compromiso por la detección de carteles, la Policía Federal, creó una división de inteligencia especializada en la investigación de carteles²⁴⁴.

Luego, a partir de la reforma legislativa de la Ley contra Delitos Económicos del año 2012 hasta el año 2015, más de 350 ejecutivos de empresas han sido o están siendo investigados criminalmente por colusión. En el año 2014 un ejecutivo fue condenado a 10 años y 3 meses de prisión efectiva, además, de tener que pagar una multa de 130 millones de dólares. Si bien, la pena máxima posible de ser impuesta es de 5 años, el Tribunal Brasilerero, consideró que el acusado fue culpable de múltiples delitos colusorios ante lo cual decidió duplicar la pena.

²⁴² OCDE. 2010. Competition Law and Policy in Brazil. 18p.

²⁴³ MARTINEZ, A. P. Y TAVARES DE ARAUJO, M. 2015. 266p.

²⁴⁴ *Ibíd.*

Además, otros 21 ejecutivos han tenido que cumplir condena privados de libertad por ilícitos anticompetitivos²⁴⁵.

Por último, señalar que, a partir también del año 2012, han aumentado los casos de exención de responsabilidad por colaboración con la justicia o sistemas de *leniency* y las demandas civiles en búsqueda de obtener resarcimiento de perjuicios por ilícitos anticompetitivos²⁴⁶.

3.7 Conclusiones

A partir del estudio del derecho comparado se puede concluir que únicamente el caso de Estados Unidos ha sido verdaderamente exitoso. Una de las razones para decir esto, es que en aquel país existe una verdadera cultura, no sólo jurídica, sino también social, de reproche hacia las conductas anticompetitivas.

El contraste al éxito estadounidense lo encontramos en el Reino Unido. En Gran Bretaña, desde la penalización de la colusión en el año 2002 hasta la fecha, solamente un caso ha terminado con condenas privativas de libertad. La razón de esto último, aparte del problema que en un minuto generó la regla del *dishonesty*, puede estar -según coinciden algunos autores- en que no existe una cultura por parte de la sociedad inglesa de rechazar los ilícitos anticompetitivos. Este es uno de los desafíos a superar con la reforma del año 2013. De todas formas, creemos que hoy el tema cultural no es un obstáculo para el caso chileno, puesto que, la Ley 20.945 responde, entre otras cosas, a una especie de clamor popular de ver en prisión a los empresarios responsables de coludirse.

Haciendo un análisis comparativo entre las similitudes y diferencias que tiene el tipo criminal chileno, podemos decir que, en primer lugar, el tipo criminal

²⁴⁵ *Ibíd.*

²⁴⁶ MARTINEZ, A. P. Y TAVARES DE ARAUJO, M. 2015. *op. Cit.* 268-270pp.

sobre la colusión chileno, al igual que las legislaciones estudiadas, sanciona con penas de cárcel exclusivamente a los carteles duros. Recordemos que, en Estados Unidos, si bien no hay texto expreso, esto ha sido lo que han entendido e interpretado los órganos persecutores y también los tribunales. El *Enterprise Act* del Reino Unido, tipifica criminalmente solo a los *hardcores cartels*. Lo mismo ocurre con la legislación australiana y brasilera, y en Japón así lo ha determinado la práctica forense.

Luego, con respecto a la ubicación del tipo criminal, podemos decir que al igual que en Estados Unidos, Reino Unido, Australia y Japón, las sanciones criminales contra los ilícitos anticompetitivos se encuentran reguladas en una ley especial. La única diferencia está en Brasil, en donde las sanciones penales contra la competencia se encuentran reguladas junto con los otros delitos económicos. En Chile, a pesar, de que en un primer momento en el proyecto original el delito contra la colusión estaba regulado en el Código Penal, esto no perseveró y finalmente el delito de colusión quedó regulado en un capítulo especial dentro del propio DL 211.

Por otro lado, se debe advertir que Chile, sí fue *sui generis*, en cuanto a tipificar un tipo contra la colusión penal distinto del infraccional. En Estados Unidos el tipo establecido en la *Sheman Act* es el mismo para establecer sanciones administrativas o criminales. En el Reino Unido, solamente encontramos un tipo criminal, puesto que las sanciones administrativas contra la colusión se encuentran reguladas en el TFUE. Australia, quien, al igual que Chile, tenía antes de la creación de un tipo penal, un tipo administrativo contra la colusión en una ley especial decidió mantener el mismo tipo administrativo y señalar los casos en que también se puede imponer penas de cárcel.

En consecuencia, podemos ver que el tipo criminal sobre la colusión chileno sigue la tendencia y las líneas generales que ha tenido el delito de colusión en el derecho comparado. Creemos de todas formas que, para un correcto

funcionamiento del sistema, es necesario que en la práctica el mecanismo de la delación compensada pueda ser efectivamente protegido, y que además exista una debida coordinación entre los entes persecutores, la FNE y Ministerio Público.

Por último, se debe advertir que existen otros países como Canadá, México, Israel e India, entre otros, que también han criminalizado el delito de colusión, pero que sin embargo se han decidido dejar fuera de estudio para objeto de esta investigación. No obstante, debemos hacer presente que la criminalización contra los carteles es una tendencia que sigue creciendo a nivel mundial²⁴⁷.

²⁴⁷ WIRZ, P. 2016. op Cit. pp. 92-93.

CAPÍTULO IV

4. Contexto de la persecución penal de la colusión en Chile

4.1 Origen de la criminalización

Para describir el panorama chileno de la persecución penal en contra de los actos contrarios a la competencia es preciso remontarnos al contexto político y económico de los años 50'. Hasta antes de esa época no aparecía dentro de las preocupaciones gubernamentales como tema relevante el resguardo de la competencia. En un principio, esto se debió a la aplicación de políticas conservadoras y a la gran apertura de la economía que hacía pensar que los eventuales poderes monopólicos serían neutralizados por la competencia externa²⁴⁸ y, luego -en particular desde los años 30'-, dado a que el Estado fue adquiriendo un papel protagónico e interventor en la dirección de la economía nacional, modelo de desarrollo que evidentemente no favorecía a los principios de una economía de libre mercado, y en particular a su idea estructural de la libre competencia.

Durante el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, con objeto de enfrentar la crisis inflacionaria que sufría el país durante los años 50', se decide contratar los servicios de una consultora de economistas estadounidenses, de nombre Klein-Saks, para que investigara la situación económica imperante y propusiera medidas de mejoramiento que asentaran las bases del crecimiento económico del país, muchas de las cuales ya eran discutidas en aquél entonces²⁴⁹. Dentro de dichas medidas se encontraban algunas para el combate a los monopolios, las que fueron el origen del título V de la Ley 13.305, que entró en vigencia el 6 de abril del

²⁴⁸ PAREDES, R. 1995. Políticas de Competencia en países sin tradición de Mercado: El Caso de Chile [en línea] <<https://www.researchgate.net/publication/237738105>> [consulta: 25 marzo 2017] 3p.

²⁴⁹ BERNEDO, P. 2013. Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010. Santiago, Fiscalía Nacional Económica. 34p.

año 1959 con duración hasta el 22 de diciembre de 1973. Dicho título consagraba una innovadora legislación antimonopólica que establecía sanciones a diversas conductas que pudieran afectar la libre competencia. No obstante, es importante mencionar, que con anterioridad a esta ley ya se habían presentado al Congreso Nacional otros dos proyectos que no prosperaron, en 1951 y 1953 respectivamente. Dichos proyectos tenían por finalidad establecer responsabilidades por determinados delitos económicos relativos a la competencia, en los cuales se proponían sanciones penales efectivas²⁵⁰.

Con base en la legislación antimonopolios de Estados Unidos, la ley 13.305 estableció medidas de protección de la libre competencia. En su articulado se eliminó todo lo que se considerara como monopolio, prohibiéndose expresamente la posibilidad de que a particulares se les entregara algún monopolio para el desarrollo de actividades industriales o comerciales, mejor conocido como monopolio de privilegio. También se estableció que los actos, contratos, sistemas o acuerdos de carácter monopólico celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley y hasta tres meses después no serían sancionados, en la medida de que no se mantuvieran en el futuro²⁵¹. A su vez, de forma inédita la ley tipificó expresamente las conductas atentatorias contra la libre competencia, pero como ello no impedía que con el tiempo aparecieran nuevas maneras de restringirla, se creó la Comisión Antimonopolios. A dicho organismo especializado se le entregó la facultad de determinar caso a caso cuando un asunto recaía dentro de su competencia. De esta forma, la comisión estableció un criterio para declarar ilícitos todos los actos que no estuvieran expresamente en la ley, el que era asimilable al uso de la regla de la razón (*rule of reason*) de los tribunales norteamericanos²⁵².

La Comisión era de carácter nacional y colegiada, su tarea era resolver las conductas que la ley establecía y recibir las denuncias o consultas que se le

²⁵⁰ BERNEDO, P. 2013 Op. Cit. 39p.

²⁵¹ *Ibíd.* 42p.

²⁵² *Ibíd.* 43p.

hicieran. Dada la gran cantidad de casos que se sometieron a su conocimiento, tiempo después -1963- se creó el cargo de Fiscal para su colaboración. Por último, lo relevante en materia de sanciones fue que la ley de 1959 determinó que sus infractores serían sancionados con una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y una multa equivalente al 1% y hasta el 10% del capital de giro de los autores del delito, incluyéndose a los cómplices y encubridores²⁵³. En caso de existir reincidencia, surgían como penas accesorias la posibilidad de cancelar la personalidad jurídica y la revocación de la autorización de existencia de las sociedades anónimas o agencias extranjeras²⁵⁴. La incorporación de sanciones penales fue un aspecto innovador en consideración a la regla general de la legislación comparada, salvo en Estados Unidos, como se advirtió. Procedimentalmente, la persecución penal debía ser ejercida por el Consejo de Defensa del Estado y solo podía iniciarse a instancia de la Comisión, toda vez que de acuerdo a la letra b) del artículo 175 de la Ley, era atribución exclusiva la de requerir al Consejo para que formulara las denuncias o querellas que correspondieran por los hechos constitutivos de delito sancionados en ella. Así lo confirmaba luego el artículo 177, que establecía que todos los procesos por las infracciones penadas en el título V de la Ley debían iniciarse por denuncia o querella formulada por el Consejo de Defensa del Estado a requerimiento de la Comisión.

No obstante, lo anterior, durante todo el periodo de vigencia de esta regulación no hubo un sólo caso que culminara con sentencia condenatoria que impusiera sanciones de cárcel. Solo en dos ocasiones se llegó a la justicia penal, pero ambos terminaron sin condena. Una de las explicaciones sería el hecho de

²⁵³ Artículo 173: “Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores”.

²⁵⁴ BERNEDO, P. 2013. Op. Cit. 46p.

que los actos ilícitos descubiertos durante la vigencia de la ley de 1959 fueron corregidos utilizando otras de las herramientas incorporadas en ella antes que el camino de la persecución penal²⁵⁵. Por otro lado, el contexto político –económico, de gran participación del Estado en la economía del país, surgido luego de la elección presidencial de Eduardo Frei Montalva significó además un desinterés en la aplicación real de la normativa de protección de la competencia.

4.2 La reafirmación de la sanción penal: Decreto Ley N° 211 y los años 70`y 80`

Luego del golpe de estado de 1973, unas de las primeras preocupaciones del Ministerio de Economía fue la reforma al sistema de la libre competencia, con el fin de reforzar la economía de libre mercado. De esta forma, sobre la base normativa de la Ley 13.305 y su infraestructura ya existente, se comenzó a delinear lo que sería el nuevo DL 211. El 22 de diciembre de 1973 se promulgó el nuevo DL, titulado: “Normas para la defensa de la libre competencia”. De acuerdo a sus redactores, su fuente directa fue el Título V de la Ley 13.305, pero reforzando aquellos ámbitos que eran importantes para mejorar su funcionamiento²⁵⁶. Se requería una institucionalidad más eficiente, con mayor cobertura geográfica (la antigua Comisión Antimonopolios solo tenía una sede en Santiago) y mejores facultades de fiscalización y prevención. Es así que, en línea con lo anterior, se establecieron nuevamente penas privativas de libertad –presidio menor en cualquiera de sus grados- a quienes infringieran el DL N° 211, e incluso se aumentaron las penas en un grado a quienes realizaran estas conductas en el ámbito de los bienes o servicios de primera necesidad²⁵⁷. Adicionalmente, en

²⁵⁵ *Ibíd.*

²⁵⁶ ORTUZAR, W. 1978. Ley Antimonopolios. Boletín de Investigaciones, N° 40. Santiago, separata “La ley Antimonopolios”. 127p.

²⁵⁷ *Artículo primero: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios*

su artículo segundo se tipificaron algunas conductas delictivas que serían contrarias a la libre competencia, pero utilizando una técnica de enumeración no taxativa que permitía dejar abierta la posibilidad de perseguir cualquier otro comportamiento que tuviera el mismo fin. De esta forma el DL 211 buscó una ampliación de las causales de delito. Asimismo, al igual que la ley de 1959, el tipo penal hablaba de “hechos, actos o convenciones que tiendan a impedir la libre competencia”, lo que significaba que no se trataba de un delito que requiriera la producción de un resultado, sino que era suficiente únicamente una actuación dirigida a ese fin (*delito de mera actividad*) para que una determinada conducta pudiera encontrar cabida en el tipo penal en cuestión²⁵⁸. Junto a lo anterior, se puede observar además lo difuso de los límites de la descripción típica utilizada por el DL 211, lo que le traería más tarde múltiples críticas por tratarse de una ley penal en blanco que infringía las garantías constitucionales, lo que finalmente fue uno de los argumentos para su derogación el año 2003.

Institucionalmente hubo cambios importantes. Se crea la Comisión Resolutiva, consistente en un tribunal administrativo, con asiento en la ciudad de Santiago, al que le correspondía juzgar e imponer las sanciones respecto de las acusaciones presentadas ante ella. En paralelo, se incorporan al sistema las Comisiones Preventivas Provinciales, ubicadas en las distintas provincias del país, cuya función era recibir consultas y prevenir atentados contra la libre competencia. Finalmente, se crea la Fiscalía de Defensa de la Libre Competencia, órgano público independiente con la misión de apoyar administrativamente a las comisiones, ejecutar lo que en ellas se resolviera, y principalmente, investigar los hechos, acusar ante la Comisión y ejercer la acción penal si según ella correspondiera. Es necesario detenernos en este último punto para mayor

esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado”.

²⁵⁸ HERNANDEZ, H. 2012. La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. [en línea] Política Criminal Vol. 7, Nº13 Julio < http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A4.pdf> [consulta: 15 abril 2017] 161p.

claridad. De acuerdo al numeral quinto de la letra a) del artículo decimoséptimo del DL 211 original, era atribución de la Comisión Resolutiva: “Ordenar al Fiscal el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos a que se refieren los artículos 1º y 2º”²⁵⁹. A su vez, la letra j) del artículo vigesimocuarto disponía como facultad del Fiscal la de: “Ejercitar la acción penal, por sí o por delegado, cuando se lo ordene la Comisión Resolutiva de conformidad con el N° 5 de la letra a) del artículo 17º”²⁶⁰. Es decir, en este aspecto los fiscales se encontraban atados de manos para decidir por sí mismos la persecución penal de los ilícitos anticompetitivos. No obstante, cabe mencionar que, en comparación al antiguo cargo de Fiscal existente bajo la ley de 1959, en esta ocasión se le dotó de mayores atribuciones para ejercer sus funciones de defensa de la libre competencia, misma cuestión que sucedió con la nueva Comisión Resolutiva²⁶¹.

Sin embargo, en lo que interesa a esta investigación, si bien existieron numerosos casos respecto de los cuales la Fiscalía solicitó y obtuvo la imposición de sanciones administrativas, en lo que se refiere al ejercicio de la acción penal, nunca existió una condena judicial por un acuerdo colusivo²⁶². De esta manera, nuevamente las sanciones penales contempladas en el texto original del DL 211 no tuvieron mayor aplicación, deviniendo en irreal la persecución penal de la colusión.

El año 1979, a través del Decreto Ley N° 2.760 se actualiza la institucionalidad del sistema de protección de la competencia, reemplazándose las Comisiones Provinciales por Comisiones Preventivas Regionales y cambiándose el nombre de la Fiscalía de Defensa de la Libre Competencia por el Fiscalía Nacional Económica (FNE), instalando además fiscales regionales. Pero al mismo tiempo, lo que nos importa es que se aumentaron las facultades de estos últimos

²⁵⁹ Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 1973. Decreto Ley 211: Fija normas para la defensa de la libre competencia, diciembre 1973.

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ BERNEDO, P. 2013. *Op. Cit.* 74p.

²⁶² BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. *Op. Cit.* pp. 841-842.

para perseguir los ilícitos anticompetitivos²⁶³. En esa línea, se añade como atribución de la Fiscalía, además de la de investigar y ejercitar la acción penal pública por las infracciones al DL 211 que, como vimos ya le correspondía originalmente, la de ejercer dicha acción para el caso de los delitos que establecía el DL 280 de 1974. Dicho decreto ley establecía determinados delitos económicos relativos a la protección de los consumidores, de la actividad económica nacional y del mercado. De esta manera, las modificaciones fueron importantes en dos órdenes de cosas. En primer lugar, significó teóricamente un aumento de la potestad penal de la Fiscalía, al ampliarse el abanico de delitos que se le permitía perseguir y, en segundo lugar, la reforma significaba que ahora se le permitía -a diferencia de lo que acontecía en el caso de las infracciones al DL 211- dar inicio a la persecución penal por sí misma y sin necesidad de que fuera la Comisión Resolutiva la que debiera ordenar el ejercicio de la acción penal respecto de los hechos punibles que establecía el DL 280. Cuestión relevante, por cuanto venimos observando que todo intento de persecución criminal de las conductas descritas en el DL 211 que pudo hacer la Fiscalía fue en vano por el rechazo que de ella realizaba la Comisión.

Entre los años 1974 y 1989 la Comisión Resolutiva resolvió aproximadamente 325 casos²⁶⁴, un número mayor de infracciones a la libre competencia que lo que conoció la institucionalidad antimonopolios anterior al DL 211 y sus respectivas reformas. Sin embargo, como adelantamos, las sanciones que se impusieron se mantuvieron en el orden infraccional sin llegar al caso de obtener una respuesta concreta en sede penal. Por tanto, la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados que contemplaba el artículo primero de dicho decreto ley no pasó de ser más que una disposición simbólica. Quizás, esto se debió a que todavía faltaba una institucionalidad más adecuada para enfrentar los casos de mayor complejidad, tanto por el antiguo sistema procesal penal como por el mismo sistema antimonopolios. No obstante, a nuestro modo de ver pareciera

²⁶³ BERNEDO, P. 2013. Op. Cit. 89p.

²⁶⁴ BERNEDO, P. 2013. Op. Cit. 94p.

ser que la verdadera razón fue simplemente la ausencia de una cultura penal en esta materia, producto de no existir una completa conciencia acerca de la gravedad y el daño que este tipo de ilícitos ocasionaba a la sociedad²⁶⁵. Cuestión que no debería dejar de estar presente en la discusión de nuestros días, pues si la norma legal no va de la mano con la cultura imperante y el verdadero sentir de la población, su aplicación es a lo menos limitada. Discusión aparte es si la criminalización de estas conductas es o no una buena estrategia para su disuasión y una meta posible.

4.3 Legitimación de la institucionalidad heredada

De este modo, llegamos al inicio de los años 90`, época que se destaca por el retorno a la democracia en Chile, luego de largo tiempo de dictadura cívico-militar. En ese contexto, una de las primeras acciones que realizó el nuevo Fiscal Nacional Económico fue anunciar que el DL 211 vigente continuaría siendo la regulación aplicable en materia de defensa de la competencia, dados los efectos positivos que hasta ese entonces había producido en el mercado²⁶⁶. Así las cosas, se descarta entonces la derogación o modificación del sistema de antimonopolios creado en dictadura, optando por darle continuidad hacia los nuevos tiempos que se avecinaban.

Nos compete mencionar dos casos relevantes de la década de los 90`. El primero fue el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la empresa de telefonía celular Startel, filial de la CTC, por la implementación del llamado sistema “*calling party pays plus*”, consistente en dejar de cobrar a sus usuarios por recibir llamados en sus celulares (cabe hacer presente que en aquellos años en Chile las empresas cobraban también una tarifa por las llamadas entrantes a celulares, sin importa si provenían de telefonía fija o móvil). Desde la perspectiva de la Fiscalía, la nueva modalidad de pago que la

²⁶⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 6p.

²⁶⁶ BERNEDO, P. 2013. Op. Cit. 127p.

empresa le ofertaba a sus clientes era anticompetitiva, por cuanto lo que estaba realizando Startel era renunciar al 50% de sus ingresos, sin justificación económica alguna, gracias a los subsidios cruzados que mantenía procedentes de las ganancias por la telefonía fija ofrecida por CTC, lo cual estaba fuera de las posibilidades de los demás competidores. La Fiscalía solicitó que se le multara con el máximo permitido por la ley (10.000 UTA) y que se le permitiera el ejercicio de la acción penal en contra del representante legal y de todos aquellos que resultaran responsables de un posible delito de monopolio²⁶⁷. Finalmente, la Comisión Resolutiva resolvió acoger el requerimiento, declarando que la conducta desarrollada por Startel buscaba restringir la competencia en el mercado de la telefonía, accediendo a la imposición de la multa solicitada por la Fiscalía, pero nuevamente denegando la acción penal²⁶⁸. Tiempo después la multa sería rebajada por la Corte Suprema resolviendo un recurso de reclamación en contra del fallo dictado por la Comisión.

El segundo caso, fue el requerimiento presentado en contra de las grandes cadenas de farmacias por una supuesta colusión. Con antecedentes de investigación que demostraban la existencia de un acuerdo en torno al aumento de los precios de venta entre las farmacias Brand, Ahumada, Salco y Cruz Verde, la Fiscalía solicitó a la Comisión nuevamente la imposición de la mayor multa permitida de 10.000 UTA y la autorización para iniciar la persecución penal respectiva en contra de los responsables del delito de colusión. La Comisión Resolutiva decidió condenar a Salco, Ahumada y Brand a una multa de 2.000 UTA, argumentando una infracción al artículo 2 del DL 211 debido a tratarse en los hechos de productos esenciales, sin embargo, a Cruz Verde se determinó imponerle una multa menor por haber contribuido con la investigación. A pesar, de haber sancionado a las empresas por colusión, nuevamente se resolvió no

²⁶⁷ BERNEDO, P. 2013. Op. Cit. 138p.

²⁶⁸ Resolución Nº 547 de la Comisión Resolutiva del 11 de agosto de 1999. Ver en: MONTT, L. (coord.) e IRARRAZABAL, F. 2002. Ley Antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1991-1992. Santiago, Thomson Reuters. Tomo VII.

acceder al ejercicio de la acción penal por la Fiscalía, quedando frustrada la imposición de sanciones penales para la colusión descubierta²⁶⁹.

4.4 Reforma del año 2003: ¿El fin de la criminalización de la colusión?

El 14 de noviembre de 2003, se publicó la ley N° 19.911 que vino a reformar la institucionalidad vigente de protección de la libre competencia y, a la vez, redefinir y mejorar las atribuciones con que contaba la Fiscalía Nacional Económica hasta ese entonces. La principal transformación institucional fue la eliminación de las Comisiones Preventivas Regionales, Central y Resolutiva para ser reemplazadas por el nuevo TDLC. Se trató de un renovado tribunal especial, independiente y sujeto a la superintendencia de la Corte Suprema, investido de la facultad jurisdiccional y con competencia para prevenir o sancionar las conductas contrarias a la competencia. Por otra parte, la reforma delimitó con mayor precisión las competencias de la FNE, eliminando las contradicciones que producía el hecho de que la antigua regulación le entregara la tarea de ser colaborador de las Comisiones y, a la vez, acusador en los casos que ellas mismas debían revisar. De esta manera, a partir de esta reforma la Fiscalía queda únicamente a cargo de fiscalizar, investigar y, de ser necesario, acusar a los responsables de infracciones ante el tribunal.

Sin embargo, la modificación más relevante en lo que a nuestra investigación se refiere, tuvo relación con la modificación de las sanciones. Como se viene observando, la persecución criminal nunca fue efectiva debido a la inutilización histórica de la sanción penal para enfrentar los casos de infracción a las normas de la libre competencia. En función de ello, la reforma del año 2003 decide derogar la pena de privación de libertad del DL 211, dando término así a una constante que había nacido el año 1959 y que se había mantenido hasta ese

²⁶⁹ Resolución N° 432 del 16 de mayo de 1995. Ver en: MONTT, L. (coord.) y STITCHKIN, N. 1999. Ley Antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997. Santiago, editorial jurídica Conosur. Tomo IX.

momento, aun habiendo existido varias reformas en el tiempo intermedio. A modo general, las principales razones que para ello se argumentaron fueron²⁷⁰: “(...) de una parte, la falta de especificación de las conductas anticompetitivas, lo cual no cumpliría con los estándares exigidos por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; y de otra, la estimación de que la criminalización no habría sido idónea para disuadir las conductas contra la libre competencia”²⁷¹. Respecto de la falta de especificación de la conducta castigada, se cuestionaba que esto la llevaba a convertirse en una ley penal en blanco²⁷². Finalmente, se argumentaba su inutilidad práctica, dado que hasta esa fecha nunca había tenido lugar una persecución penal por ese ilícito²⁷³.

De esta forma, los ilícitos anticompetitivos, y en particular la colusión –su forma más patente y dañina- quedaron radicados en el ámbito infraccional administrativo, lejos de la sede penal. Como lógico correlato de aquello, en paralelo, se aumentó el monto máximo de las sanciones pecuniarias (multas) que el Tribunal podía imponer por estas conductas, pasando de 10.000 a 20.000 UTA, y se estableció responsabilidad solidaria de los ejecutivos involucrados en dichas acciones.

Llegados a este punto crucial de la historia de la persecución penal de la colusión en Chile, no podemos dejar de mencionar la casi unánime aceptación²⁷⁴ que existió en el debate nacional en torno a la derogación de la sanción penal²⁷⁵, como es posible desprender de las distintas discusiones desarrolladas en el Congreso Nacional²⁷⁶ y, a la vez, la poca repercusión que este tema tuvo en la

²⁷⁰ Ver en: BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2003. Historia de la Ley Nº 19.911 [en línea] <www.bcn.cl/historiadelaley> [consulta: 30 agosto 2017] 12p. y AVILÉS, J. Op. Cit. 2017 pp. 12-13.

²⁷¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 6p.

²⁷² Así, en el primer informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2003. Op. Cit. 42p. Ver concepto de ley penal en blanco en *Infra* 5.3.1.3.

²⁷³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. pp. 841-842.

²⁷⁴ De ello da cuenta, por ejemplo, el Senador Tuma. En: *Ibid.* 746p.

²⁷⁵ MATUS, J.P. 2012. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. [en línea] *Política Criminal* Vol. 7, Nº14 Diciembre < http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A3.pdf> [consulta: 15 abril 2017] pp. 346-347.

²⁷⁶ Ver en: BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2003. Op. Cit.

ciudadanía. Detalle –aparentemente- anecdótico que en la perspectiva actual toma relevancia cuando observamos que, poco tiempo después, fue necesario volver a discutir un tipo penal que castigara la colusión, y cuya tramitación fue seguida con mucha mayor atención por la población. Lo anterior es importante para poder entender de mejor manera lo que vino después de la reforma del año 2003, por cuanto fue precisamente la creciente presión de la sociedad chilena, vinculada a determinados casos emblemáticos de colusión, la que llevó a que se encendieran las alarmas de los organismos encargados de la persecución penal, quienes intentaron continuar escribiendo esta historia de persecución, a pesar de la modificación del DL 211.

En consecuencia, el año 2008 la Fiscalía Nacional Económica presentó un requerimiento de enorme relevancia debido a la connotación pública que éste generó. Se trató de la acusación que la FNE interpuso en contra de las cadenas de farmacias SalcoBrand, Cruz Verde, y FASA por haberse puesto de acuerdo para aumentar los precios de más de doscientos medicamentos, entre noviembre del año 2007 y marzo del 2008, el denominado “caso farmacias”. Tanto los medios de comunicación nacional, como el mundo político y la opinión pública en general, siguieron con expectación este proceso, abriéndose así debate en relación a la irreprochabilidad de estas conductas y lo imperante de un castigo ejemplar. El famoso “caso farmacias” volcó los ojos del país sobre el sistema de la libre competencia y lo sometió a evaluación. Las diligencias investigativas permitieron descubrir que efectivamente había existido una coordinación entre las tres cadenas, la cual se llevaba a cabo en los laboratorios con los cuales trabajaban. Se trataba, por tanto, de una colusión expresa que influía sobre los precios de bienes esenciales y vitales, de gran impacto social: los medicamentos. De ahí que el 31 de enero de 2012, el TDLC falló el caso condenando por el ilícito administrativo de colusión, a las cadenas farmacéuticas SalcoBrand y Cruz Verde al pago de la máxima multa permitida de 20.000 UTA, acogiendo de esta manera

el requerimiento presentado por la Fiscalía²⁷⁷. Luego, el fallo sería confirmado por la Corte Suprema en septiembre de ese mismo año. En el caso de FASA, existió un acuerdo conciliatorio sobre la base de su cooperación con la investigación, en virtud del cual se resolvió el pago de una multa menor y una compensación de los consumidores, a cambio de evitar ser condenado en el proceso. Sin embargo, no solamente se instaló presión sobre la Fiscalía Nacional Económica y el TDLC que debía resolver el caso. Recordemos que a partir del año 2005 había comenzado a regir en la Región Metropolitana la reforma procesal penal y, por ende, a funcionar como órgano autónomo encargado de la persecución penal de los delitos, el Ministerio Público. De ello se sigue que producto de la presión ejercida por la opinión pública en torno al caso farmacias, este organismo se vio obligado a iniciar una investigación con la tarea de descubrir si en los hechos se configuraba algún ilícito penal de los contemplados en nuestra legislación nacional (fuera del tipo especial del DL 211 derogado el año 2003), a pesar, de que *a priori* parecería no existir una figura clara en la cual enmarcar la conducta realizada por las farmacias. De esta manera nace la discusión doctrinaria en torno a la factibilidad de perseguir penalmente la colusión a través de los tipos penales establecidos en los artículos 285 y 286 del Código Penal²⁷⁸.

4.5 En busca de la solución: artículo 285 del Código Penal y sus problemas

En marzo del año 2011, el Ministerio Público formalizó la investigación en contra de 17 ejecutivos involucrados en el “caso farmacias” (no solo pertenecientes a las tres farmacias, sino también algunos que trabajaban en los laboratorios farmacéuticos) por su presunta participación en el delito de alteración fraudulenta de precios. Este delito se encuentra tipificado en el artículo 285 del Código Penal, ubicado en el título VI denominado “de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, y en

²⁷⁷ BERNEDO, P. 2013. Op. Cit. 186p.

²⁷⁸ HERNANDEZ, H. 2012. Op. Cit. 148p.

particular en el párrafo VII sobre los “crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas”, el cual establece:

“Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”²⁷⁹.

Se trata de un ilícito penal contemplado por nuestro ordenamiento jurídico-penal desde mucho tiempo antes de la tipificación que realizaron las legislaciones anti monopolios de los años 1959 y 1973, las que en su tipicidad evidentemente incorporaban las hipótesis de conductas colusorias, además de muchas otras. En particular, este tipo penal fue introducido en nuestro Código Penal desde su creación y, por tanto, comenzó a regir desde el año 1874, fecha de su publicación, junto al resto de su articulado. El modelo que se tuvo a la vista por la comisión redactora al momento de incorporar este delito a nuestro sistema penal fue la regulación establecida en los artículos 461 a 463 del Código Penal Español de 1850 (que reproducía en esta materia el articulado del anterior Código de 1848). Particularmente, se observó la tipicidad que se utilizaba en el artículo 462 de dicho cuerpo legal, la que a su vez tenía evidentes concordancias tanto con el artículo 419 del Código francés de 1810, que también se estima habría sido fuente de nuestro artículo 285²⁸⁰, como con los artículos 227 a 229 del Código austríaco²⁸¹. De esta manera, se incorporó en nuestra legislación un delito de resultado (se “*consiguieren alterar*”), relativo a determinadas hipótesis restringidas de alteración por parte de los sujetos activos y para cuya configuración se requiere el empleo de medios fraudulentos.

²⁷⁹ Chile. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal. Noviembre 1874.

²⁸⁰ HERNANDEZ, H. 2012. Op. Cit. 151p.

²⁸¹ MATUS, J. P. 2012. Op. Cit. 320p.

De acuerdo al autor HÉCTOR HERNÁNDEZ, quien tuvo un rol protagónico en la discusión generada en esos años²⁸², no puede sino concluirse que la colusión de precios es un injusto típico punible sobre la base del artículo 285. El autor arriba a esta conclusión de la mano de dos líneas argumentativas. En primer lugar, plantea que se debe entender que la colusión de precios está dentro de las hipótesis de “medios fraudulentos” que utiliza el artículo 285 del Código Penal. Lo anterior, toda vez que existen fundadas razones para deducir que la ley chilena le reconoce un sentido amplio a dicho concepto (no circunscrito a la noción de “engaño”). En efecto, en este punto nuestra norma se habría apartado de la descripción utilizada por el Código español, al eliminar las referencias – de carácter restrictivo- a “falsos rumores” y “cualquier otro artificio” que aquel empleaba²⁸³, reemplazándolas por la fórmula genérica de “medios fraudulentos”. Esto último llevaría a una apertura de las hipótesis punibles, quedando así la interpretación del artículo 285 abierta para una amplia diversidad de conductas, dentro de las cuales se encontraría la colusión de precios²⁸⁴. Para HERNÁNDEZ, dicha conclusión concuerda con lo que ha sido la histórica comprensión amplia que la literatura jurídico-penal chilena ha entendido respecto del concepto de “medios fraudulentos”, y por lo mismo remata señalando que:

“Puede sostenerse entonces, de la mano de la comprensión tradicional de nuestra doctrina, que el art. 285 constituye un tipo genérico de atentado contra la libre competencia como factor determinante de la formación de precios en la economía, caracterizado por el empleo para ese fin de unos “medios fraudulentos” cuyo sentido y alcance, si bien no se opone ni excluye el contenido tradicional de

²⁸² Nótese que a este autor le fue solicitado por el Ministerio Público la elaboración de un Informe en Derecho sobre el tema el año 2009.

²⁸³ El artículo 462 del Código Español de 1850 establecía: “*Los que esparciendo falsos rumores, o usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas o privadas, o cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 100 a 1000 duros*”. En: HERNANDEZ, H. 2012. Op. Cit. 150p.

²⁸⁴ Ibíd. 151p.

los llamados fraudes por engaño, sí lo excede y se identifica en general con el empleo de medios ilícitos²⁸⁵ (énfasis agregado).

La segunda línea argumentativa que desarrolla el autor dice relación con la posterior creación de tipos penales especiales en torno al tema, en particular a la regulación de protección de la libre competencia establecida por la ley 13.305 de 1959 y luego por el DL 211 de 1973. En su opinión, del hecho de que se tipificara la colusión (y otras hipótesis de ilícitos contrarios a la competencia) en estas legislaciones especiales posteriores no se deriva entonces que con anterioridad esta conducta no fuera punible a la luz del artículo 285, y menos, que una vez vigentes éstas, haya existido alguna especie de derogación de la norma. Es más, lo único que podría argumentarse es la existencia -durante el tiempo en que la tipificación especial estuvo vigente (hasta el año 2003)- de dos normas con un campo común de aplicación, situación que debía resolverse haciendo aplicación a los principios relativos al *concurso aparente de leyes penales*, favoreciéndose las disposiciones de la ley especial respectiva. Pues, “desde luego no habría sido ni la primera ni la última vez que se legislara sobre materias ya tratadas en el Código, sin derogar al mismo tiempo las disposiciones vigentes pertinentes”²⁸⁶.

Incluso, aun creyendo que pudo operar alguna especie de derogación parcial del tipo penal del Código, se debe entender que no pudo haber ocurrido un tipo de *derogación expresa* y definitiva del artículo 285 por parte del legislador, al no existir una manifestación directa de éste en tal sentido. Pero entonces, si se cree que habría operado una forma de *derogación tácita*, tampoco podría decirse que aún permanecería derogado por estas regulaciones, pues debería concebirse que los efectos de dichas derogaciones son provisorios y supeditados a la vigencia de la norma posterior, por lo que una vez que pierde vigencia la norma posterior (como sucedió con la derogación del año 2003), la anterior no derogada

²⁸⁵ *Ibíd.* 154p.

²⁸⁶ *Ibíd.* 157p.

expresamente es la que debe aplicarse²⁸⁷. Por ello, una vez derogados estos tipos penales especiales “resurge” la figura del Código Penal para castigar estas conductas contrarias a la competencia²⁸⁸.

Finalmente, respecto a la idea de “precio natural” que utiliza el tipo penal en cuestión, HERNÁNDEZ estima que se refiere al que resulta de la libre competencia, es decir del juego de la oferta y la demanda. Por tanto, “para el art. 285 basta con poder afirmar que el precio obtenido al menos por alguno de los intervinientes en la colusión es uno distinto del que hubiera resultado en condiciones de genuina competencia²⁸⁹”.

Es así como, sobre la base de estos argumentos, se explicaba la actual vigencia y amplitud del artículo 285 del Código Penal, y en consecuencia el motivo por el cual el Ministerio Público podía perseguir penalmente la colusión de precios en este caso particular, aun habiéndose derogado el tipo penal descrito en el DL 211. Sin embargo, como dejábamos entrever anteriormente, la literatura del momento no era conteste (incluso hasta el día de hoy) con la idea de que los hechos relativos al acuerdo de precios entre oferentes, es decir la llamada colusión de precios, configurara el tipo penal previsto en el artículo 285 del Código Penal.

Entre aquellas voces disconformes con este criterio se encuentra la del profesor de Derecho Penal JEAN PIERRE MATUS, quien sostiene su punto de vista sobre la base de los siguientes elementos²⁹⁰.

Por una parte, luego de una revisión del origen histórico del artículo 285 y de las fuentes utilizadas por el legislador nacional al momento de su incorporación

²⁸⁷ *Ibíd.* 158p.

²⁸⁸ *Ibíd.* 158p.

²⁸⁹ *Ibíd.* 165p.

²⁹⁰ Nótese que este autor participó en la discusión de esos años preparando un Informe en Derecho para los representantes de una de las cadenas farmacéuticas que se estaba investigando.

a nuestro Código Penal –mismas que anteriormente comentamos-, argumenta que es posible distinguir en ellas claramente tres tipos de conductas diferentes sancionadas:

“los acuerdos o “coligaciones” para determinar el precio del trabajo (tanto por empleadores como por trabajadores); las “coligaciones” para fijar el precio de las mercaderías; y el empleo de *medios fraudulentos* para alterar el precio de las mercaderías que resultaría de la libre concurrencia”²⁹¹.

De estas tres conductas, el autor arguye que el código español de 1848 tomó expresamente de las legislaciones que le sirvieron de antecedente –los códigos penales francés y austriaco- únicamente el primer y último comportamiento mencionado, excluyendo de esta forma expresamente la punibilidad de las coligaciones (“acuerdos” para MATUS) para fijar precios de las mercaderías. Así, la comisión redactora de nuestro Código Penal, al tomar como referencia el texto español citado, habría solo recogido en nuestro sistema penal estas dos conductas. Por tanto, en lo relacionado a la fijación de precios de mercaderías, solo se sanciona en la legislación hispana y en nuestro código (cuyo modelo fue aquella), una variante delictiva consistente en la alteración de los precios que resultan de la libre concurrencia de mercaderías cuando se han utilizado “*medios fraudulentos*” para ello. Asimismo, la doctrina española habría interpretado este tipo penal restrictivamente, omitiendo la posibilidad de que en él cupiera (como especie de medio fraudulento) la hipótesis de coligación o “acuerdo”, limitando así su alcance únicamente a ciertas *maquinaciones específicas*, tales como “la difusión de rumores falsos o la utilización de artificios para dicho propósito” (como se podía leer en el propio Código español), que la literatura de ese país se encargó luego de ejemplificar en concreto²⁹². El artículo 285 se trataría entonces de la tipificación de una especie de “fraude” para alterar

²⁹¹ MATUS, J. P. 2012. Op. Cit. 320p.

²⁹² *Ibíd.* 321p.

precios y no de “acuerdos” entre oferentes para ello, conducta excluida por los españoles y, por tanto, también por nuestro legislador.

Adicionalmente, agrega el autor que la comisión redactora de nuestro Código Penal, junto con haber seguido el modelo español en comento, que no sancionaba penalmente los acuerdos de precios entre productores sino una cuestión distinta, tampoco habría tenido la intención de hacer una excepción para incluir su punibilidad, ni aun considerando que el tipo penal del artículo 285 chileno habla genéricamente de “medios fraudulentos” a diferencia de su antecedente español que expresaba formas determinadas de cometer este fraude²⁹³ (Esto, según vimos, en clara oposición a la doctrina contraria que afirma la actual punibilidad de la colusión de precios, a través de un alcance amplio de la idea de “medios fraudulentos” que utiliza el artículo 285). En esa línea MATUS manifiesta:

“No hay, en efecto, ninguna referencia en las Actas que permita concluir que la intención de los comisionados o el alcance del término que emplearon (“medios fraudulentos”) incluyera los “acuerdos de precios”, expresamente señalados en el Código francés como un caso diferente al del fraude y, también como un caso diferente al de las coligaciones de trabajadores y empleadores”²⁹⁴.

Ello se confirmaría con las distintas modificaciones que se le hizo al conjunto del articulado sobre la materia en las sesiones de “revisación” del proyecto del Código Penal. Como comentábamos, en un principio el legislador reprodujo en el proyecto una versión casi idéntica a la del Código español de 1848, esto es, la inclusión de solo dos de las tres conductas que MATUS distingue que se contemplaban entre los otros antecedentes históricos que tiene este tipo penal (Códigos francés y austriaco), consistentes en “la coligación para fijar el precio del trabajo” (artículo 275 del proyecto inicial) y la “alteración por medios fraudulentos del precio de las mercaderías” (artículo 276 del proyecto inicial). Sin

²⁹³ *Ibíd.* 322p.

²⁹⁴ *Ibíd.* 322p.

embargo, durante la revisión del proyecto no se creyó merecedora de castigo ni necesaria de tipificación la primera de estas conductas, pues la comisión redactora habría considerado que lo que merecía sancionarse por ser reprochable, era el uso de medios fraudulentos para la alteración del precio del trabajo y no simplemente la coligación para dicho propósito. Esto último, toda vez que se habría entendido como un legítimo derecho la posibilidad de que cada uno determinare el precio de su trabajo, habiendo o no coligación, pues sería expresión de la libertad que se debe tener en la industria. De esta manera, la comisión redactora decidió suprimir dicho artículo y a cambio se agregó al 276 del proyecto (actual 285 del Código Penal) la hipótesis adicional que sanciona la alteración de “precios del trabajo” solo cuando se realiza también por medios fraudulentos. Para MATUS, de esta modificación se puede desprender nuevamente el *espíritu* que tuvo el legislador chileno, el cual consistiría en que en nuestro país no sean punibles las simples coligaciones (“acuerdos”)²⁹⁵. Por tanto, el núcleo de la conducta castigada estaría en el “fraude” y no en el simple hecho del “acuerdo”, el cual no sería suficiente para catalogarse como fraudulento. Pero eso no es todo, además la comisión redactora del Código Penal chileno se aventuró a realizar otra modificación más al proyecto inicial, que parecería seguir este supuesto *espíritu* del legislador en orden a excluir la punibilidad de los simples “acuerdos” para fijar precios. Esta consistió en la decisión de suprimir el inciso segundo del artículo 277 del proyecto (actual 286 del Código Penal), que establecía que para la imposición de las penas agravadas que se mencionaban en el inciso anterior “basta que la coalición haya empezado a ejecutarse”²⁹⁶. En efecto, al eliminar dicho inciso el legislador habría buscado confirmar que el castigo sólo se dirigiría a aquellos que por medios fraudulentos lograren subir el

²⁹⁵ *Ibíd.* 323p.

²⁹⁶ En efecto, el artículo 277 del proyecto de Código Penal establecía: “*Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que en él se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto del fraude.*”

Para la imposición de estas penas, basta que la coalición haya empezado a ejecutarse.”

A su vez, el actual artículo 286 de nuestro Código solo expresa: “*Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que en él se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto del fraude.*”

precio de las mercaderías, sin considerar como tales las coligaciones (“acuerdos”) entre los oferentes²⁹⁷. Al menos así lo señala el profesor MATUS:

“De este modo, se excluyó de la legislación chilena el castigo penal del acuerdo o “coligación” para la fijación del precio tanto de las mercaderías como del trabajo, quedando reducida la punibilidad de los tres casos comprendidos en los códigos austriaco y francés a la de uno solo: el de la alteración por medios fraudulentos de los precios de cualquier mercadería, incluido el trabajo²⁹⁸”.

En un segundo orden de ideas, se argumenta que la doctrina penal chilena, además de entender que para la comisión del delito establecido en el artículo 285 del Código es necesario el empleo de medios fraudulentos como requisito básico, nunca ha mencionado dentro de tales hipótesis a los “acuerdos” o coligaciones entre vendedores. Entre los pocos ejemplos que se citan al efecto²⁹⁹, se mencionan los “procedimientos engañosos o falaces”, la “difusión de rumores o noticias falsas”, el “acaparamiento anormal de determinadas mercaderías” o el “agio”. Sin embargo, no deja de llamar la atención lo poco claro que son en general estos ejemplos que se citan para sustentar el punto, como también el alcance que le quiso dar cada uno de los autores que los expresaron. Dicha ambigüedad, no debiera permitir descartar la posibilidad de que se haya entendido, y se entienda aún, a los “acuerdos” de precios como una especie de *medio fraudulento*.

Para culminar con la opinión contraria a la punibilidad de la colusión de precios mediante el artículo 285 del Código Penal, y siguiendo la línea del profesor MATUS, el punto relevante que se cuestiona dice relación con la aparición posterior (a la entrada en vigencia del Código) de la legislación especial de

²⁹⁷ MATUS, J. P. 2012. Op. Cit. 325p.

²⁹⁸ *Ibid.* 326p.

²⁹⁹ Ver *en*: *Ibid.* pp. 326-227. Se citan autores como Del Río, Labatut y Etcheberry, los cuales a la vez son citados para respaldar sus argumentos por la doctrina que cree en la punibilidad de la colusión de precios bajo el actual art. 285. Así, *en*: HERNANDEZ, H. 2012. Op. Cit. pp. 152-154.

protección a la libre competencia, partiendo por la Ley 13.305 y terminando con el DL 211, con sus múltiples reformas. Pues si efectivamente se aceptara que es posible perseguir penalmente los “acuerdos” de precios desde la entrada en vigencia del artículo 285, cabe preguntarse entonces qué significó la aparición de estas normas antimonopolios posteriores, que por lo demás tipificaban y sancionaba expresamente el comportamiento del cual venimos hablando (los acuerdos de precios entre oferentes).

Ambas regulaciones conformaron, por un lado, un sistema nuevo que vino posteriormente a regular una materia que hasta el momento no estaba normada en nuestro sistema jurídico, y por otro, uno singular en el sentido de que incorporaba una tipificación penal especial respecto a ciertas conductas, una estructura compuesta por nuevos órganos dedicados a resguardar la libre competencia y un procedimiento penal distinto a la regla general³⁰⁰. Adicionalmente, agregaron un requisito especial de procesabilidad, consistente en la necesidad de iniciarse el proceso penal solo a requerimiento del Consejo de Defensa del Estado, el cual podía actuar únicamente a instancia de una Comisión en los casos que ésta ordenara.

Para la doctrina en comento, si se aceptara la hipótesis de que el antiguo artículo 285 del Código Penal castigaba los “acuerdos” de precios entre proveedores, habría que entender entonces que a esta nueva legislación antimonopolios –posterior y singular- cabría aplicarle las reglas de derogación de ley, establecidas en los artículos 52 y 53 del Código Civil. En esa línea, es claro que la Ley 13.305 tipificaba expresamente la celebración de acuerdos o convenciones para fijar precios, misma conducta sobre la que se viene reflexionando, y que según algunos se incluiría como una de las hipótesis del tipo penal del artículo 285. Por ello:

³⁰⁰ MATUS, J. P. 2012. Op. Cit. 333p.

“(…) en lo que toca al *acuerdo de precios*, el artículo 173 de la Ley N° 13.305, de 1959, es una norma *posterior* frente al artículo 285 del Código penal de 1874. Y, además, es una norma *especial*, no sólo porque el artículo 285 incluye al menos otro caso (el agio) no contemplado en el artículo 13 de la Ley N° 13.305, sino, *principalmente*, por la especial regulación complementaria a que se somete el delito de acuerdo de precios en el Título V de la Ley N° 13.305”³⁰¹.

Desde ahí que se habría producido un caso paradigmático de derogación tácita y parcial de la norma, de manera tal que el artículo 285 del Código Penal, en lo relativo a los “acuerdos” para alterar precios, habría perdido vigencia en favor del posterior y especial artículo 173 de la Ley N° 13.305. Lo anterior, estaría confirmado por lo manifestado en la historia del establecimiento de la ley, donde se desprendería la intención del legislador en orden a que las infracciones a la libre competencia consistentes en “acuerdos” para fijar precios fuesen castigadas por este nuevo sistema. El cual se diferencia tanto en relación a la penalidad establecida para este delito como en la manera de ejercerse la acción penal (dejando de ser pública para pasar a requerir previa instancia de una Comisión y luego del Consejo de Defensa) y en la competencia del tribunal a resolver (correspondiente a un Ministro de Corte de Apelaciones)³⁰². Por tanto, incompatible con el sistema de persecución penal ordinario al que se sometía el artículo 285 del Código Penal.

Esta postura es contraria a la idea de que la legislación posterior sobre libre competencia, iniciada por la Ley N° 13.305, no habría derogado el artículo 285 del Código Penal. De esta manera, se niega la subsistencia de este tipo penal -en lo relativo a la colusión de precios- como especie de “tipo general” frente al “tipo especial” que habría estado configurado en estas leyes especiales y su posterior “resurgimiento” una vez derogadas. En consecuencia, niega la posible aplicación de las reglas del concurso aparente de leyes penales, antes mencionadas como

³⁰¹ *Ibíd.* 338p.

³⁰² *Ibíd.* 339p.

parte de la argumentación del profesor HERNÁNDEZ. En efecto, dicha postura estaría en contravención a lo establecido expresamente en la Ley N° 13.305 y a lo señalado en la historia de su establecimiento. Además, confundiría los casos de concurso aparente de leyes, aplicables solo a situaciones en que existen dos normas de vigencia simultánea y compatibles entre sí, con los casos de sucesión de leyes incompatibles, como lo sucedido con nuestro artículo 285, donde deben operar únicamente las reglas de derogación expresa o tácita. Adicionalmente, se agrega que es contraria a lo que piensa la mayoría de la doctrina en Alemania y España que acepta el “resurgimiento” de una norma desplazada, la cual no lo estima posible cuando ello es contrario a la voluntad expresa del legislador en dirección a establecer un privilegio procesal o punitivo, lo cual según el profesor MATUS sería el caso de la Ley N° 13.305 y el DL 211, que estableció penas, órganos y un proceso diferente para aquellos que fueran perseguidos por los ilícitos tipificados en ellas³⁰³.

En definitiva, la derogación del artículo 285 del Código Penal producida por la Ley N° 13.305 del año 1959 se consolidó luego con la entrada en vigencia del DL 211, continuador de la anterior ley de protección de la competencia y cuyas normas también tipificaban el ilícito consistente en “acuerdos” de precios entre los oferentes de mercaderías. Si ello no bastara, luego de la reforma del año 2003, se desprende la voluntad del legislador en dirección a descriminalizar estas conductas, lo que confirma la imposibilidad de hacer “resurgir” la norma del artículo 285 -en la parte que castiga la colusión de precios-, toda vez que de lo contrario se pasaría a llevar a la doctrina en comento que prohíbe el resurgimiento de una norma cuando se opone a un privilegio establecido por el legislador (como lo es la despenalización de una conducta) y, peor, al principio de legalidad consagrado por nuestra Constitución Política³⁰⁴.

³⁰³ *Ibíd.* 341p.

³⁰⁴ *Ibíd.* 354p.

4.6 El caso “farmacias”: la respuesta judicial al conflicto

Retomando lo que habíamos dejado pendiente, cabe preguntarse todavía, qué sucedió con el proceso penal llevado a cabo en contra de los ejecutivos de las farmacias coludidas del emblemático “caso farmacias”, de manera de comprender ahora cuál fue la postura adoptada por los tribunales de nuestro país con respecto a la posibilidad de utilizar el artículo 285 del Código Penal en los casos de colusión. Esto no deja de ser relevante, toda vez que hasta la época no teníamos sentencia penal alguna respecto de hechos constitutivos de colusión.

En sede judicial, la sentencia definitiva dictada por el cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, partiendo de la base de la vigencia del artículo 285 del Código Penal en nuestro ordenamiento jurídico para castigar la colusión de precios (siguiendo en esto al profesor HERNÁNDEZ), resolvió el caso en consideración, a modo general, de los siguientes tres puntos³⁰⁵.

El primero dice relación con la discusión respecto de la excepción de previo y especial pronunciamiento alegada por las defensas de los imputados, quienes manifestaban que en el caso se presentaba una situación de cosa juzgada. En su opinión, el Estado estaba persiguiendo a sus representados por segunda ocasión consecutiva, toda vez que las cadenas farmacéuticas ya habían sido condenadas a pagar determinadas multas, de naturaleza administrativas, por el TDLC. De esta forma, esta persecución penal posterior infringía el principio de *non bis in ídem* resguardado en el artículo 1 del Código de Procesal Penal. En el considerando noveno de su sentencia, el tribunal aclara que en materia penal no deben analizarse los mismos elementos de identidad de la cosa juzgada civil (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), debido a que la naturaleza del proceso penal obliga a observar elementos de identidad distintos. En esa línea, el principio mencionado protege que un mismo sujeto, en cuanto persona física (debido a que

³⁰⁵ Para un análisis con mayor detención, consultar la sentencia definitiva de la causa RIT 531-2014, dictada por el 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, con fecha 28 de julio de 2015.

la responsabilidad penal es personal), no sea objeto de persecuciones múltiples por respecto de un mismo hecho. Así, para el tribunal habría vulneración a la cosa juzgada si:

“(...) una persona jurídica o natural, físicamente determinadas, se le aplica un castigo por la vía del derecho administrativo y, posteriormente, se le asigna una nueva condena a esa misma persona, natural o jurídica, por la vía penal, fundadas ambas sentencias en los mismos hechos (...)”³⁰⁶.

Luego, resuelve que en el caso de las farmacias no se satisfacen las exigencias de la cosa juzgada en materia penal, ya que la identidad física de las personas involucradas en ambos procesos (el administrativo y el penal) era diferente. En efecto, en sede administrativa habían sido condenadas las farmacias en tanto personas jurídicas a pagar multas por haberse cometido un ilícito contra la libre competencia, sin embargo, en sede penal figuraban como imputados los administrativos de dichas cadenas farmacéuticas, como personas naturales. De esta forma, los jueces penales rechazaban esta alegación.

Lo anterior es relevante para efectos de esta investigación. Puesto que, a partir de la creación del nuevo tipo penal, también nos encontraremos en la situación de que quien es sancionado en sede administrativa, después podrá ser juzgado en sede penal. No solo eso, la primera condena será siempre requisito para iniciar el segundo procedimiento. Con motivo de lo anterior, hoy es aceptado por parte de la jurisprudencia y doctrina reciente que no existe problema en que un ilícito administrativo pueda constituir también un ilícito penal³⁰⁷.

El segundo punto relevante de la sentencia, resulta de la distinción que el tribunal realiza en torno a dos presupuestos necesarios del tipo penal establecido

³⁰⁶ 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Sentencia Definitiva. 28 de julio de 2015. RIT 531-2014. [en línea] Poder Judicial <<http://www.pjud.cl/>> [consulta: 20 abril 2017] 174p.

³⁰⁷ Así, el profesor Juan Pablo Mañalich. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 159p.

en el artículo 285 del Código Penal, los que en su opinión debían presentarse en la especie para la configuración del delito. En esa línea, de acuerdo al considerando vigésimo tercero de la sentencia, era requisito examinar si el comportamiento que el Ministerio Público le atribuía a los imputados constituía un “medio fraudulento o engañoso”, como lo exige el 285 del Código. Luego de analizar la prueba rendida, los sentenciadores concluyen que la sola “coordinación” de las farmacias no es suficiente para que existan repercusiones penales, sino que se requiere además que se acredite un comportamiento “fraudulento”, es decir engañoso o falaz, elemento que:

“(…) no es posible atribuirle a la acción de coordinar que se describe en la acusación sólo apoyándose en los correos electrónicos referidos precedentemente, por no aflorar inequívocamente esa intención de parte de los emisarios, que utilizan el término coordinar en textos que a la simple lectura aparecen confusos y sin relación clara con los hechos de la acusación (…)”³⁰⁸. (el énfasis es nuestro)

En definitiva, siguiendo el pensamiento del profesor MATUS basado en que se requiere de un medio fraudulento adicional al simple “acuerdo” para configurar el delito del artículo 285 del Código Penal, según los jueces no se presentó prueba suficiente que acreditare la intención de “engañar” de los imputados, a través, de su coordinación. Así las cosas, para el tribunal existió una duda razonable que le impidió inferir que los distintos contactos entre las farmacias estuvieran realmente destinados a conseguir el resultado de alterar los precios de los medicamentos de forma “artificial y capciosa”, para así lucrar y a la vez perjudicar a los compradores finales.

En tercer y último lugar, la sentencia razona respecto del segundo requisito del tipo penal del artículo 285 que para los jueces era imperante probar: la

³⁰⁸ *Ibíd.* 203p.

alteración del precio natural de las mercaderías. El punto central consistía en determinar cómo se debía interpretar el concepto de “precio natural”, cuestión que los sentenciadores resolvieron estimando que se trataba de un concepto propio de la ciencia económica, por lo que debía interpretarse de acuerdo a ella y no según su tenor literal. De esta forma, se remitieron al contexto de origen de la legislación penal chilena para culminar estableciendo que debía seguirse la definición adoptada por el economista Adam Smith, según el cual este concepto se referiría al “precio de equilibrio a largo plazo”, consistente en aquel que:

“(…) prevalece en el largo plazo, cuando el emprendimiento puede continuar operando, porque ese precio cubre, a lo menos, los costos de todos los factores, que se pueden recompensar a lo menos natural y normalmente (...)”³⁰⁹.

Siguiendo esta interpretación los jueces penales analizaron la prueba rendida en juicio para terminar concluyendo, en lo principal, que los medios probatorios ofrecidos no lograron explicar cuál había sido la alteración de precios naturales producida. Lo anterior, por cuanto el ente persecutor había solo incorporado los promedios de alzas de precios en el tiempo que habían tenido los medicamentos ofrecidos por el conjunto de las cadenas farmacéuticas, pero sin mostrar los costos de producción y márgenes de utilidad de cada una, ni la contribución particular de ellas en la alteración fraudulenta de este “precio de equilibrio a largo plazo”. Así, para los sentenciadores existía una duda razonable sobre si las tres empresas efectivamente habían alterado el “precio natural” de los medicamentos que se les imputaban.

Reunido lo dicho hasta aquí, se puede vislumbrar el resultado final que tuvo el primer juicio penal oral realizado en Chile por conductas colusivas. En efecto, el proceso penal en el destacado caso “farmacias” culminó el 28 de julio del año 2015 con sentencia definitiva absolutoria respecto de todos los imputados, toda

³⁰⁹ *Ibíd.* 179p.

vez que, para los jueces del cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, el Ministerio Público no pudo acreditar a lo largo del juicio que los presupuestos fácticos que alegaba en su acusación configuraban cada uno de los dos elementos típicos exigidos por el artículo 285 del Código Penal chileno. No obstante, sería injusto pasar por alto el voto de minoría de uno de los magistrados, señor Ramón Flores Ramírez, quien, siguiendo un criterio semejante al del profesor Hernández, entendió que la coordinación desarrollada entre los imputados constituía por sí sola un “medio fraudulento” para alterar los precios de las mercaderías, adoptando así una concepción amplia de dicho elemento. A su vez, entendió que la definición de “precio natural” no debía buscarse en la ciencia económica sino que debía utilizarse su significado literal, lo que llevaba a entenderlo como aquel “hecho con verdad, sin artificio, mezcla ni composición alguna” o “regular y que comúnmente sucede³¹⁰”, interpretando en consecuencia que el probado acuerdo de voluntades producido entre los agentes económicos había precisamente alterado el precio “sin artificio” (natural) de los productos generado corrientemente como resultado de la oferta y la demanda, eliminando así la incertidumbre propia del mercado³¹¹.

4.7 Otros casos emblemáticos: “Pollos” y “Papel Tissue”

En este apartado comentaremos brevemente otros casos que tuvieron relevancia durante los años posteriores a la despenalización de las conductas colusivas producida por la reforma del año 2003.

Se trata, en primer lugar, del proceso en contra de tres cadenas productoras de carne de pollo, conocido en nuestro país como el “caso pollos”. Nuestra sucinta referencia a él, no se debe a su relevancia penal (como lo fue el “caso farmacias”), toda vez que solo fue juzgado y sancionado por el TDLC, a través, de la imposición de multas de carácter infraccional. La relevancia que tiene

³¹⁰ De acuerdo a las definiciones entregadas por la Real Academia Española de la palabra “natural”.

³¹¹ 4º Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Op. Cit. 246p.

en este trabajo tiene que ver con la modalidad de colusión que se implementó en esta ocasión, junto con el momento en que se hizo visible para la ciudadanía y el ambiente que contribuyó a generar. Con lo expuesto en el apartado anterior se comprenderá lo instalado que se encontraba ya en esos años (2008 - 2015) el tema de la colusión entre los “grandes empresarios”. La alta connotación social que había adquirido el “caso farmacias”, no solo presionaba a los entes persecutores, como Ministerio Público y FNE, sino que también dejaba al descubierto la inactividad legislativa y política sobre el tema. Aquello provocó en los consumidores un fuerte cuestionamiento por la situación de vulnerabilidad en que se encontraban. Producto de ello se comenzó a someter al escrutinio público las razones que habían llevado a la despenalización de la colusión el año 2003, asunto que hasta ese momento había pasado casi desapercibido. Es este el contexto global al que se suman el “caso pollos” y “tissue” (que luego comentaremos), el que explica el enorme impacto político y social que provocó sus descubrimientos. Resultado de todo ello y de la impunidad que se respiraba en el ambiente nacional³¹², será la reforma del año 2016 al DL 211, que vuelve a criminalizar la colusión.

El 30 de noviembre del año 2011, la Fiscalía Nacional Económica presentó un requerimiento ante el TDLC en contra de las más importantes productoras de carne de pollo del país (Agrícola Agrosuper S.A, Empresas Ariztía S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada) y de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G (“APA”), la agrupación gremial de estas productoras³¹³. Se les acusaba de infringir el artículo 3 del DL 211 al haber celebrado entre ellas un acuerdo dirigido a limitar la producción de carne de pollo y a la asignación de cuotas de producción y comercialización de este alimento.

³¹² Pollos, Farmacias, Confort y Pañales: Cuatro mega portonazos al bolsillo de todos los chilenos los últimos 20 años. [en línea] The Clinic Online. 20 de diciembre, 2016. <<http://www.theclinic.cl/2016/12/20/cuatro-mega-portonazos-al-bolsillo-de-todos-los-chilenos-los-ultimos-20-anos/>> [consulta: 3 agosto 2017]

³¹³ JIMÉNEZ, S. 2015. Colusión de pollos: un fallo incompleto. En: Sentencias destacadas 2014. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Santiago, ediciones LYD. pp. 329-349. 329p.

Este convenio se inició en los años 1994 y 1995, donde las empresas acordaron intercambios de información sobre el mercado, para luego la APA determinar la cantidad de carne de pollo total a vender anualmente en el mercado nacional por cada una y asignarles también cuotas de participación. De esta manera, las requeridas lograron aumentar los precios y obtener rentas superiores a las que habrían obtenido en un mercado competitivo. Lo relevante en este caso fue el rol articulador que cumplió la APA, la cual a través de diferentes métodos de proyección determinó los niveles de producción de kilos de pollo que correspondería a cada año, supervisó el cumplimiento del acuerdo y coordinó los ajustes de precios de cada empresa.

En el requerimiento se mencionaron además dos hechos que fueron indicativos del acuerdo común que existía entre las empresas involucradas. El primero, se trataba del pacto celebrado el año 2009, consistente en utilizar el mismo rotulado para expresar el porcentaje de marinado contenido en sus productos, con la finalidad de impedir a los consumidores la diferenciación entre las distintas marcas. El segundo, trataba del acuerdo para, la adquisición conjunta de una de las empresas competidoras (La Cartuja), disminuyendo así la competencia en el mercado³¹⁴.

El TDLC resolvió acoger el requerimiento y condenar a las requeridas por el ilícito de colusión cometido, sancionando a Agrosuper y Ariztía al pago de la máxima multa posible de 30.000 UTA (unidad tributaria anual), a Don Pollo la multa de 12.000 UTA y a la APA la multa de 2.000 UTA. Por último, se obligó la disolución de la APA, aplicándose una inédita sanción de disolución de un gremio empresarial por el TDLC³¹⁵. Luego, la Corte Suprema fallando el recurso de reclamación interpuesto por las requeridas, confirma esta condena el 29 de octubre de 2015³¹⁶.

³¹⁵ *Ibíd.* pp. 337 - 338.

³¹⁶ CORTE SUPREMA. Requerimiento de la FNE contra agrícola Agrosuper S.A. y otros. 29 de octubre de 2015. Rol N° 27181-2014. [en línea] Poder Judicial <<http://www.pjud.cl/>> [consulta: 20 abril 2017]

Por último, no podemos dejar de mencionar el último caso de colusión anterior a la reforma del año 2016: el conocido “caso papel higiénico Tissue”. Si bien no es mucho lo que podemos comentar aún (por cuanto hasta el cierre de este trabajo todavía se encontraba pendiente de resolución por parte del TDLC), el caso resulta importante pues significó un último impulso para la tramitación y publicación de la Ley 20.945 del año 2016 que reforma el DL 211 con miras a sancionar penalmente la colusión.

La Fiscalía Nacional Económica, el día 27 de octubre de 2015, presenta un requerimiento ante el TDLC en contra de las empresas CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A.³¹⁷, por un presunto acuerdo colusivo, consistente en la asignación de cuotas de mercado y fijación de los precios de venta de los productos de la categoría de papeles tissue.

Se acusa que el cartel formado por estas empresas estuvo operativo desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre de 2011, afectando el mercado nacional de comercialización mayorista de los productos tissue: papel higiénico, servilletas, pañuelos desechables y faciales y toallas de papel. En este caso, fue muy relevante el rol que jugó la herramienta de la delación compensada, ya que una vez iniciada de oficio la investigación de la FNE, ambas empresas decidieron solicitar el beneficio de sanción menor a cambio de aportar antecedentes necesarios para acreditar el acuerdo colusivo.

La enorme gravedad del caso, que se explica por su larga duración en el tiempo y el gran efecto negativo que tuvo sobre los precios de productos de casi nula posibilidad de sustitución para los consumidores, llevó al Ministerio Público a iniciar una investigación por la presunta responsabilidad penal de los ejecutivos de estas empresas, poniendo una vez más la mirada en el “viejo” 285 del Código Penal. Sin embargo, en el camino tuvo como obstáculo la negación del TDLC y la

³¹⁷ Para más detalle, ver requerimiento [en](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/C-299-15-28-10-2015-FNE.pdf): [en línea] Fiscalía Nacional Económica <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/C-299-15-28-10-2015-FNE.pdf>> [consulta: 3 agosto 2017]

FNE en orden a hacer entrega de algunos de los antecedentes aportados por las empresas e incluidos en el proceso, dado que los entendieron como información de carácter confidencial. En opinión del tribunal, entregar la información ponía en riesgo al sistema de protección de la libre competencia en general, como al futuro del instrumento de la delación compensada en particular, por medio del cual los requeridos aportan mucha información “reservada” clave para sostener las acusaciones finales de la FNE. Se argumentaba además que el Ministerio Público ya había tenido acceso a las versiones públicas del caso, lo que sería suficiente para la investigación penal. Lo anterior, produjo una contienda de competencia entre el TDLC y el Ministerio Público que resolvió el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional dictaminó que los antecedentes considerados como confidenciales que se tramitan ante el TDLC sólo pueden entregarse en la forma y condiciones que establece el DL 211 restringiéndose por tanto su acceso a los demás para resguardar y no alterar la naturaleza del proceso llevado ante ese tribunal, único competente para conocer las infracciones a la libre competencia³¹⁸.

En igual sentido resolvió después la Corte de Apelaciones de San Miguel frente a la solicitud del Ministerio Público que buscaba que la FNE le permitiera acceder a dicha información, confirmando su carácter confidencial³¹⁹. Como consecuencia de la prohibición anterior, el Ministerio Público decidió finalmente cerrar la investigación y optar por no perseverar en el procedimiento debido a la falta de antecedentes para fundar una acusación penal.

³¹⁸ Tribunal Constitucional de Chile. 8 de enero de 2016. Rol N° 2934-15-CCO. [en línea.] Tribunal Constitucional <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=3220>> [consulta: 3 agosto 2017]

³¹⁹ Corte de Apelaciones de San Miguel. Fiscalía Regional Sur del Ministerio Público, H. Tribunal de la Libre Competencia y Fiscalía Nacional. 28 de marzo de 2016. Ingreso Corte N° 2176-

4.8 La Ley N° 20.945: el nuevo delito de colusión

4.8.1 Contexto

Luego de todo el recorrido hecho hasta aquí, llegamos al año 2016. Se trata de un momento trascendental en la historia de la persecución penal de la colusión, toda vez que el contexto político y social generado por los emblemáticos casos que antes comentamos llevó a la publicación de la Ley N° 20.945. Vigente desde el 30 de agosto de 2016, dicho texto legal vino a modificar el Decreto con Fuerza de ley N° 1, que establece el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211, para –en lo que nos respecta- introducir nuevamente una figura penal que sanciona los acuerdos colusorios.

Esta ley creó el nuevo título V del DL 211, llamado “De las Sanciones Penales”. El artículo 62, consagra el nuevo tipo penal de colusión, que es castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (entre 3 años y un día a 10 años de privación de libertad)³²⁰, luego continúa con una detallada regulación en torno a la forma de determinación de la pena por parte del tribunal (que incluye la obligación del condenado de cumplir con privación efectiva de libertad por el plazo de un año, sin poder acceder a su sustitución durante ese tiempo)³²¹. Posteriormente, el artículo 63 regula la aplicación del mecanismo de la delación compensada dentro del proceso penal, finalmente, los artículos 64 y 65 norman la forma en que se debe dar inicio a éste y la prescripción de la acción penal, respectivamente.

Con antelación a esta reforma, y luego de la despenalización de la colusión del año 2003, la última y más reciente modificación al DL 211 se había producido el año 2009 a través de la Ley N° 20.361, la que estuvo precisamente enfocada en

³²⁰ Adicionalmente, se estableció la pena de Inhabilitación absoluta temporal, en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional.

³²¹ Ver Infra 4.8.2.

introducir al sistema de la libre competencia nuevas herramientas para investigar y combatir los carteles. Dentro de estas medidas se encontraban el mecanismo de la delación compensada, mayores sanciones pecuniarias para la colusión y el aumento de los plazos de prescripción³²².

4.8.2 Justificación de la sanción penal

Sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo, por cuanto escapa del objeto de este trabajo, revisando la historia fidedigna de la Ley N° 20.945³²³, encontramos las razones que llevaron al legislador a la creación del nuevo delito de colusión. En el mensaje del proyecto de ley, enviado por la Presidenta de la República al Congreso, éste parte de la base de que la colusión es reconocida unánimemente como la conducta más dañina en contra de la libre competencia³²⁴. Por ello, existía la necesidad de introducir al sistema nuevos cambios, que complementaran las herramientas ya creadas por la reforma del año 2009.

El proyecto proponía cinco medidas para combatir a los carteles: primero, el aumento del monto máximo de las multas; segundo, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración del Estado para el condenado por colusión; tercero, el fortalecimiento de la delación compensada; cuarto, la eliminación del requisito de acreditar que el acuerdo colusorio confirió poder de mercado a los participantes para que sea considerado ilícito o reconocimiento de la regla *per se*; y quinto, la criminalización de la colusión.

Esta última es la que nos interesa. Luego de reconocerse que la sanción penal había sido derogada pocos años atrás, el mensaje comienza su justificación afirmando la existencia de un nuevo contexto social que legitimaba su re-criminalización:

³²² IRARRÁZABAL, F. 2010. Op. cit. 3p.

³²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017.

³²⁴ *Ibid.* 4p.

“Durante los últimos años, la sociedad chilena ha podido tomar conciencia acerca del inmenso daño que la colusión causa a los mercados y a los agentes económicos que actúan en ellos, en especial los consumidores. En efecto, se trata de conductas que no sólo generan efectos patrimoniales adversos de inmensa magnitud para las víctimas, sino que además defraudan la confianza de los chilenos en la economía de mercado”³²⁵.

Por ello, ya no se justificaba que otras conductas que tenían un desvalor social mucho menor a la colusión fueran sancionadas penalmente en nuestro país, mientras que ésta no lo fuera³²⁶. En esa misma dirección, las opiniones vertidas por varios senadores durante la etapa de discusión en sala dan cuenta de lo anterior, así, el senador Espina expresó que la colusión era uno de los peores delitos de los llamados “de cuello y corbata”, y de los cuales al parlamento se le criticaba no legislar:

“(…) constituye, sin lugar a dudas, uno de los delitos más graves y de mayor reproche social, porque se juega con la confianza y la buena fe de los ciudadanos cuando dos o más empresas se coluden, se ponen de acuerdo para fijar los precios de un producto con el propósito de repartirse el mercado (…)”³²⁷.

A su vez, el senador De Urresti entendía que esta nueva figura permitía democratizar las cárceles, para que en ella no solo estuvieran las personas que robaban bicicletas o cometían hurtos menores, sino también aquellos que se aprovechaban de su posición de privilegio para coludirse³²⁸.

No obstante, lo anterior, el motivo principal que en el mensaje se argumentó para su criminalización tenía relación con el efecto disuasivo de la pena, pues

³²⁵ *Ibíd.* 6p.

³²⁶ Así también, Senadora Pérez. *En: Ibíd.* 750p.

³²⁷ *Ibíd.* 748p.

³²⁸ *Ibíd.* 765p.

incentivaría a los responsables de las empresas a comportarse acorde a los principios y reglas de la libre competencia. Así, se aseguraba que la privación de libertad sería un gran instrumento para evitar este tipo de conductas³²⁹. Luego, si se leen las actas de las discusiones llevadas a cabo, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, se aprecia como el elemento disuasivo aparece repetitivamente como el eje central – y casi único- del discurso para justificar la nueva tipificación penal. A su vez, se dijo que a nivel comparado los países con mayor tradición en materia de protección de la competencia (se hace referencia a EE.UU y Canadá)³³⁰ sancionaban los acuerdos colusorios con penas privativas de libertad semejantes a las que se proponían en el proyecto, lo que también se podía observar como tendencia creciente en varios otros países.

Cabe agregar, por último, que, para el ejecutivo, además de sancionar con altas penas de privación de libertad este delito, era imperativo impedir que los responsables pudieran acceder a salidas alternativas del procedimiento o a penas sustitutivas, si se deseaba lograr un efecto disuasivo real³³¹. Por ello, se establecieron mecanismos de cumplimiento efectivo de cárcel.

En efecto, respecto de este punto, cabe señalar que el inciso cuarto del nuevo artículo 62 del DL 211 establece que: “Será aplicable lo previsto en la Ley N°18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado³³²”. La ley N° 18.212 es aquella que determina penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, a las que pueden acceder todos los condenados del país que cumplan con ciertos requisitos. Por tanto, el artículo mencionado suspende de manera excepcional la aplicación de

³²⁹ De manera ilustradora, ver intervención del Senador Pizarro. En: *Ibíd.* pp. 752 - 753.

³³⁰ Ver en: *Ibíd.* 6p.

³³¹ *Ibíd.* 7p.

³³² CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2005. Fija el texto refundido, coordinado, y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973. Marzo 2005.

esta ley por el plazo de un año, de manera que el condenado por delito de colusión deba cumplir de manera efectiva su pena por, a lo menos, ese periodo de tiempo. Lo anterior, es una copia de una técnica legislativa utilizada últimamente en leyes, como la conocida “Ley Emilia” y la ley de “Control de Armas”.

Finalmente, respecto del nuevo tipo penal en particular, en el mensaje se dice que el proyecto viene a penalizar únicamente los llamados “carteles duros”, ya que estos son manifiestamente anticompetitivos y los únicos en que se puede lograr generar una convicción más allá de toda duda razonable, requerida para que un tribunal penal pueda condenar. Además, al tipificar un tipo de colusión en específico (los “duros”) se permite cumplir con la garantía del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, que obliga a que la conducta penada esté debidamente descrita por la ley, cuestión que se reclamaba respecto del antiguo tipo penal del DL 211³³³.

4.8.3 Historia de la Ley N° 20.945

A la fecha de discusión de la Ley N° 20.945, ya se encontraban en el Congreso Nacional múltiples mociones parlamentarias que buscaban regular esta materia y tipificar la colusión como delito³³⁴. Por ello, en torno a esta idea existían ya bastantes acercamientos entre los sectores políticos del país, lo que llevó a que este nuevo proyecto de ley fuera bien recibido por todos ellos y³³⁵, a la vez, fuera tramitado con relativa rapidez³³⁶. Por lo mismo, durante su tramitación en el Congreso no fue mucha la discusión de fondo en torno a la conveniencia o justificación de establecer una sanción de carácter penal para combatir a estos ilícitos anticompetitivos. Es más, en el Congreso pocos profundizaron en este

³³³ AVILÉS, J. 2017. Op. Cit. 12p.

³³⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 7p.

³³⁵ AVILÉS, J. 2017. Op. Cit. 11p.

³³⁶ Nótese que la Cámara de Diputados aprobó este proyecto de ley, en su discusión particular, con 105 votos a favor y ningún voto en contra o abstención.

punto, quizás por lo impopular que podía resultar a la luz pública plantear una mirada distinta, como hacía alusión el Senador Harboe:

“Contrariamente a lo expuesto aquí, y con el riesgo de ser impopular, deseo reconocer también que el castigo de la colusión no es un asunto pacífico ni en Chile ni en el extranjero. En el derecho comparado se registran países que han optado por la sanción penal y otros que han preferido no contemplarla y dejar la solución al ámbito administrativo (...)”³³⁷.

Por ello, las principales discusiones fueron más bien de orden procesal y consistieron en definir de qué manera se podía compatibilizar correctamente los procesos llevados ante el TDLC y el que se podría abrir ahora en sede penal, sin provocarse obstrucciones ni contradicciones que finalmente hicieran fracasar a ambos³³⁸. En efecto, en la Comisión Mixta se valoró la idea introducida por el Senado de establecer procesos consecutivos (secuencialidad), lo que implicaba que solo podría iniciarse la vía penal una vez concluido el procedimiento ante el TDLC por sentencia definitiva condenatoria que diera por probado el acuerdo colusorio.

Esta idea no había sido incluida en el proyecto de ley original del ejecutivo. De esta forma, se razonaba que no se producirían problemas de coordinación entre las dos agencias públicas de persecución (FNE y Ministerio Público), y al mismo tiempo se resguardaba que el funcionamiento del mecanismo de la delación compensada no se viera dañado con procedimientos paralelos³³⁹. Era, por tanto, necesario que el proceso en sede penal se iniciara con posterioridad e incorporara los beneficios que otorgaba la delación compensada a los involucrados, los que quedan establecidos en la sentencia condenatoria del TDLC.

³³⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 757p.

³³⁸ *Ibíd.* pp. 838 - 842.

³³⁹ *Ibíd.* 840p.

Sin embargo, por otra parte, no había acuerdo respecto de si debía otorgarse o no la atribución exclusiva y excluyente a la FNE para iniciar el procedimiento penal, a través de querrela. Algunos consideraban que ello significaba una atribución muy discrecional, que podía llevar finalmente a la inutilidad del nuevo tipo penal. Por ello, se discutió e incorporó la idea de establecer un mecanismo objetivo que obligara a la FNE a iniciar la vía penal en los casos en que más comprometida se encontrara la libre competencia. En el resto de los casos, debería fundamentar su opción de no continuar en sede penal. Esto, frente a otros congresistas, que proponían derechamente que la acción penal fuera pública y pudiese iniciarse de oficio directamente por el Ministerio Público³⁴⁰.

El acuerdo se produjo teniendo en consideración que atribuirle exclusivamente a la FNE el inicio de la persecución penal permitía también proteger el sistema de delación compensada, debido a que se otorgaba certezas a los involucrados en orden a que no serían desconocidos sus beneficios. A su vez, se argumentó que era la FNE el organismo que estaba en mejores condiciones de saber técnicamente cuándo un acuerdo colusorio comprometía gravemente la competencia en un mercado determinado y, por tanto, correspondía llevarse a juicio penal. Esto, en el entendido de que era preferible para el sistema de protección de la libre competencia que existiera un filtro natural de los casos que serían llevados a sede penal, con el propósito de que fueran solo los más graves y con mejores antecedentes los que llegarían a al proceso penal, de manera de que a su vez aquellos casos tuvieran mayor probabilidad de obtenerse una sentencia condenatoria. Este diseño, evitaba además los riesgos de sentencias contradictorias entre ambos procesos.

Por último, respecto de los eventuales conflictos que se pudieran producir en el futuro por la vigencia conjunta del artículo 285 del Código Penal y el nuevo

³⁴⁰ *Ibíd.* 841p.

delito del artículo 62 del DL 211, se planteó durante la discusión de este proyecto de ley la necesidad de derogar el primero para evitar problemas. Sin embargo, esta idea fue rechazada, porque se estimó que, habiendo pendientes en sede judicial casos en que se estaba imputando la comisión de este delito de alteración fraudulenta de precios, era inoportuno que el Congreso se involucrara a través de la eliminación de la norma. Primero, porque significaría la absolución de los investigados, según el principio *pro reo* y, segundo, porque se trataría de una manera de avocarse causas judiciales pendientes, lo que el artículo 76 de la Constitución proscribe para el Congreso³⁴¹.

Así, la Ley 20.945 no solucionó los conflictos que se puedan producir en el futuro entre ambas normas, dejando abierto el tema. Situación riesgosa, si se piensa que en el caso del nuevo delito de colusión el inicio de su persecución es de exclusiva competencia de la FNE, en cambio el delito del artículo 285 queda en manos de un organismo diferente, como lo es el Ministerio Público³⁴².

De esta manera, el proyecto de ley que crea el nuevo delito de colusión, cuya tramitación comenzó por mensaje presidencial de fecha 16 de marzo de 2015, fue aprobado por el Congreso, promulgado, y finalmente publicado el día 30 de agosto de 2016, entrando en vigencia.

³⁴¹ *Ibíd.* 110p.

³⁴² Así lo planteaba la profesora NEHME en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op, Cit. 153p.

CAPÍTULO V

5. Análisis del tipo penal del delito de colusión

5.1 El bien jurídico protegido

“A mi juicio, esta iniciativa apunta en la dirección adecuada (...) Evita, asimismo, que se atente contra los consumidores, la buena fe; contra quienes participan en el mercado, y, principalmente, contra el emprendimiento y las empresas de menor tamaño”³⁴³.

Con estas palabras, expresadas en el Senado, se dio inicio a la discusión en general del proyecto de ley que creó el nuevo delito de colusión. Fue recurrente en las intervenciones de aquella discusión la referencia de los congresistas a numerosos y distintos bienes jurídicos que la nueva legislación venía a proteger. Sin embargo, la confusión y falta de claridad respecto del bien jurídico en concreto que se busca resguardar traen como consecuencia serios problemas prácticos de interpretación, y en definitiva ponen en riesgo la propia aplicación del nuevo tipo penal creado³⁴⁴. En efecto, existen ocasiones en que nos enfrentamos a un conjunto de hechos que revisten el carácter de un ilícito penal y en que es relativamente sencillo determinar el tipo penal aplicable, su alcance y la sanción correspondiente. Pero hay otras veces, en que aparecen interrogantes de más difícil resolución, las que requieren de parte del agente que aplica el derecho una mayor detención. Se trata de injustos que son de mayor complejidad, pues no queda claro fácilmente cuándo estamos ante su realización típica y cuál es su relación con otros delitos que se le pueden parecer.

³⁴³ Ver exposición del Senador Tuma. En: *Ibíd.* 398p.

³⁴⁴ En el mismo sentido, VALDES, D. En: VALDES, D. 2006b. *Op. Cit.* pp. 93–96.

La forma de encarar estas dificultades con éxito está en esclarecer y considerar analíticamente los bienes jurídicos que protegen los tipos penales en cuestión, para lograr de esta manera sistematizar, distinguir y predecir correctamente la conducta que el legislador quiere castigar. El nuevo delito de colusión no está ajeno a estos posibles problemas de determinación, por ello la importancia de definir el bien jurídico tutelado antes de continuar con la descripción de sus elementos típicos.

Siguiendo al profesor URS KINDHÄUSER, podemos decir que los bienes jurídicos “son características de las personas, cosas e instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho”³⁴⁵. El derecho penal, como derecho protector de última ratio, se encarga de proteger estos bienes de las conductas que los dañan o ponen en peligro. En consecuencia, cuando hablamos del injusto de colusión, estamos refiriéndonos a un atentado a un determinado bien jurídico, lo que justifica el ejercicio del *ius puniendi* estatal en un Estado democrático y de derecho.

Así las cosas, cabe preguntarse ¿De qué nos sirve conocer el bien jurídico detrás del delito de colusión? Se dice generalmente en la dogmática del derecho penal que el concepto de bien jurídico desempeña tres funciones: a) una función sistemática, esto es, aquella que nos permite organizar las distintas formas de comportamientos punibles por la ley de acuerdo a los bienes que se protegen, determinando si se trata de la misma clase o de otra diferente para cada delito, y así distinguir las distintas relaciones de familia que existen entre ellos; b) una función interpretativa, ya que nos facilitan el análisis concreto de cada tipo penal en particular, pues partiendo del bien jurídico protegido por el injusto y sus características podemos determinar cuál es el verdadero alcance de la norma; finalmente, c) los bienes jurídicos cumplen una función crítica, que se encarga de

³⁴⁵ KINDHÄUSER, URS. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. [en línea] Revista para el análisis del derecho, febrero 2009 <[http:// www.indret.com](http://www.indret.com)> [consulta: 04 agosto 2017] 7p.

legitimar la creación de un determinado delito en función a sí resguarda un bien jurídico necesario para el libre desarrollo de las personas, y a la vez de juzgar su estructura típica según si logra cumplir realmente dicho objetivo. Por ello, la necesidad de identificar el bien jurídico en cuestión. El presente capítulo busca, principalmente, cumplir con estas dos últimas funciones.

¿Cuál es el bien jurídico tutelado por el nuevo delito de colusión? La respuesta a esta interrogante no es simple de encontrar, pues como afirma el profesor VALDÉS³⁴⁶, la conceptualización del bien jurídico protegido por las legislaciones antimonopolio constituye una de las discusiones más trascendentales del derecho económico. En efecto, en doctrina y en derecho comparado se han identificado diversos bienes jurídicos protegidos, existiendo autores que favorecen unos por sobre otros y, a la vez, tribunales que resuelven de acuerdo a su propia interpretación³⁴⁷.

A modo simplemente ilustrativo, se han mencionado como objetos de protección³⁴⁸: la existencia de mercados con participación de una pluralidad de oferentes y demandantes, evitar las concentraciones de poder de mercado, la eficiencia económica, el bienestar de los consumidores, la maximización de la riqueza de los consumidores, la protección de las pequeñas empresas, evitar las grandes acumulaciones de poder económico y político, evitar el gigantismo empresarial o la moralidad en las prácticas de negocios. En Chile, también pareciera no existir claridad al respecto, mencionándose en los discursos sobre el tema diversos objetos de protección que perseguiría la legislación antimonopolios –y la colusión en particular-, como mencionamos al inicio de este capítulo. Asimismo, en ocasiones se ha buscado definir el bien jurídico tutelado por medio del significado de otros bienes jurídicos equívocos o a través de relaciones de

³⁴⁶ VALDES, D. 2006b. Op. Cit. 78p.

³⁴⁷ SILBERBERG, C. 2007. Fundamentos de libre competencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 29-30.

³⁴⁸ Siguiendo a HERBERT HOVENKAMP. En: CONCHA, C. 2002. Informe al Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica el texto actual del Decreto Ley 211 sobre protección de la Libre Competencia. [en línea] <[http:// www.prieto.cl](http://www.prieto.cl) > [consulta: 25 abril 2017].

medio a fin, generando importantes confusiones en la interpretación y aplicación de los preceptos legales³⁴⁹.

Sin embargo, como enseña BORK³⁵⁰, la multiplicidad de objetivos de tutela puede ser deseable para algunos comentaristas, no obstante, éstos omiten referirse a si existen contradicciones entre ellos, y cómo ellas pueden solucionarse al enfrentar los casos específicos que se deben resolver. Es por ello que, en el mismo sentido, el profesor VALDÉS estima que es erróneo definir el bien jurídico tutelado por la legislación de protección de la competencia, a través de una multiplicidad de bienes jurídicos³⁵¹, pues más bien ello esconde al verdadero bien jurídico que esta busca proteger, confundiéndolo con aquellos “beneficios” adicionales que puede traer conexamente la protección de dicho bien jurídico, los cuales pueden o no obtenerse en un caso concreto, pero que, sin embargo, la legislación no tiene el propósito de resguardar directamente. Algunos de estos beneficios son, por ejemplo, los que la doctrina ha señalado como bienes tutelados, y que mencionamos anteriormente³⁵².

El bien jurídico tutelado por la legislación antimonopolios, y ofendido en particular por el nuevo delito de colusión, es la **libre competencia**³⁵³, que opera como fin último de la legislación, toda vez que posee un contenido propio que es digno de tutela en sí mismo y que apunta, finalmente, en la dirección que todo bien jurídico protegido debe buscar: ser un medio específico para la consecución del bien común de todos los integrantes de la sociedad. Lo anterior, por cuanto, en palabras del profesor VALDÉS:

³⁴⁹ Para mayor abundamiento, ver en: VALDES, D. 2006b. Op. Cit. pp. 92-98.

³⁵⁰ Bork, R. H. 1993. The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself. Estados Unidos de América, Simón & Schuster. En: SILBERBERG, C. 2007. Op. Cit. 28p.

³⁵¹ VALDES, D. 2006b. Op. Cit. 92-98pp.

³⁵² Es el caso, por ejemplo, de la protección de los consumidores o la eficiencia económica, ventajas que, si bien son legítimamente deseables, son simplemente una posible consecuencia positiva del sistema de protección de la libre competencia –el que de manera general las genera-, pero no el bien jurídico protegido propiamente tal.

³⁵³ VALDES, D. 2006b. Op. Cit. 75p.

(...) la libre competencia es, por regla general, el medio más justo y eficiente para organizar la oferta y demanda de bienes susceptibles de comercializarse; lo cual tiene gran trascendencia para el bien común nacional, puesto que mediante tales bienes se obtiene no sólo la satisfacción de necesidades materiales, sino que también de necesidades religiosas, morales y culturales”³⁵⁴.

En ese mismo sentido, PETER ASCH, manifiesta que el objetivo inmediato de la política *antitrust* consiste en mantener un sistema competitivo de (*libre*) mercado, toda vez que un sistema como éste trae finalmente progreso, eficiencia y libertad³⁵⁵.

A su vez, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en un conocido fallo pronunciado en 1958, recordado como Northern Pac. Ry. v. United States, 356, U.S. 1,4, señaló que la Sherman Act fue diseñada con el objetivo de resguardar una competencia libre como regla del comercio³⁵⁶.

Finalmente, la jurisprudencia emanada de nuestra antigua Comisión Resolutiva señala:

“Que la finalidad de la legislación antimonopólica (...) no es sólo la de cautelar el interés de los consumidores sino, más bien, la de salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, para beneficiar, con ello, a toda la colectividad”³⁵⁷.

Por todo lo anterior, se puede concluir que el bien jurídico protegido por el ilícito de colusión es uno solo y no una pluralidad de bienes jurídicos, siendo éste

³⁵⁴ Cfr. VALDES, D. 2006b. Op. Cit. 75p.

³⁵⁵ ASCH, P. 1983. Industrial Organization and Antitrust Policy. Estados Unidos, John Wiley & Sons. pp. 9-10.

³⁵⁶ SILBERBERG, C. 2007. Op. Cit. 40p.

³⁵⁷ Cfr. Resolución N° 90, 1981, considerando 17°. Comisión Resolutiva. Esta concepción está históricamente arraigada en la jurisprudencia Antimonopolios, según VALDES, D. En: VALDES, D. 2006b. Op. Cit. 190p.

un claro avance conceptual.

En nuestro país, esta conclusión se refleja y confirma si se observa el resultado de la discusión legislativa llevada a cabo en torno al proyecto de la ley N° 19.911 del año 2003, que reformó el DL 211. Precisamente, uno de los objetivos de las modificaciones introducidas por esta ley fue la de clarificar el bien jurídico protegido, tal como lo señala el mensaje presidencial³⁵⁸. Luego de un largo debate, que no es nuestro propósito reproducir aquí, se determinó establecer un nuevo artículo primero, el cual declara con precisión que el bien jurídico tutelado por el Decreto Ley consiste en la libre competencia en los mercados³⁵⁹. En este caso los legisladores optaron por no definir su contenido, en el entendido de que éste ha sido desarrollado por la jurisprudencia de los tribunales antimonopólicos. Sin embargo, el concepto de libre competencia sigue siendo hasta el día de hoy controvertido.

5.1.1 La libre competencia como bien jurídico

Como veníamos anunciando, la conceptualización del bien jurídico *libre competencia* no es un asunto pacífico en la doctrina, por lo que definir su contenido puede significar una lata exposición, que amerita un trabajo aparte. Por ello, con el propósito de realizar una explicación sucinta de éste, seguiremos una de las doctrinas más difundidas en nuestro país con respecto a este concepto.

Se dice que la libre competencia sería una emanación del género de las libertades políticas, garantías de orden universal que son reconocidas como un derecho para todos los individuos de la especie humana. Si bien las personas no nacen con ella, pues deben ser adquiridas por éstas, se reconoce que todos tienen derecho a exigir las, independientemente de su recepción o no por el

³⁵⁸ BLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2003. 7p.

³⁵⁹ DL N° 211, Artículo 1°: “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley”.

derecho objetivo de cada nación. Éstas, le permiten a los ciudadanos autodeterminarse en ciertos ámbitos de su vida, pudiendo en consecuencia repeler legalmente la intromisión en él de cualquier autoridad pública, privada o persona particular. Dentro de estas libertades políticas se encuentra la libre competencia. Cuando hablamos de esta clase de libertad, el derecho a autodeterminarse se aplica al ámbito de la competencia mercantil que existe en los distintos mercados. Así, la libertad de competencia mercantil es una libertad política adquirida, reconocida jurídicamente como un derecho subjetivo y cuyo fin es competir en los mercados con autodeterminación³⁶⁰. Por el hecho de ser un bien reconocido jurídicamente, es menester resguardarlo de los posibles menoscabos que pudiera sufrir y que imposibiliten su normal ejercicio. Ahora bien, ¿Por qué es un derecho reconocido jurídicamente? Ello deriva del hecho de que interesa a toda la sociedad en su conjunto, pues se trata un instrumento que posibilita el bien común, y por tanto posee un alto contenido de orden público en tanto mira el bienestar de la sociedad toda. Es por esto que se alza como un bien digno de tutela y de ser regulado por el derecho.

La libertad de competencia mercantil de los agentes económicos es un valor relevante para la sociedad, toda vez que se configura como la herramienta que permite de mejor manera que se produzcan más y mejores bienes y servicios, a precios más convenientes para la comunidad³⁶¹, lo cual propende a una mayor realización material de las personas y, en definitiva, al mejor desarrollo de su personalidad, cuestión que todo bien jurídico debe buscar. Por esta razón, a la comunidad le interesa su protección.

Ahora bien, si se entiende que la libertad de competencia mercantil es un derecho jurídicamente reconocido para todos, debe existir una justa manera de distribución de ella que permita que todos puedan acceder y ejercerla. Se ha dicho que es la justicia distributiva la que debe estructurar esta libertad, con el objeto de

³⁶⁰ VALDES, D. 2006b. Op. Cit. pp. 181–182.

³⁶¹ Ibid. 190p.

generar igualdad de oportunidad de acceso a todos los participantes de la comunidad³⁶². Es decir, se debe propender a que exista un equilibrio en los mercados de manera que no aparezcan cargas o gravámenes especiales que impidan a un competidor el ejercicio de su autodeterminación. Así, tanto la autoridad pública como cada competidor tienen la obligación de respetar la distribución equitativa que permite que cada agente que lo desee pueda participar en el mercado y ejercer su libertad sin intromisiones. El fundamento de la protección de la libre competencia es la consecución de una libertad de competencia mercantil justamente distribuida para todos, es decir, que la oportunidad de su ejercicio sea igual para todos.

Por ello, la libre competencia como bien jurídico tutelado, es a la vez un límite. En efecto, ella busca armonizar y ordenar las múltiples libertades para competir en el mercado que existen en la sociedad civil, de manera que todos los ciudadanos interesados en ella puedan ejercitarla correctamente. Y la forma de hacer aquello no es otra que limitándolas y regulándolas, cuestión que se consigue resguardando jurídicamente la libre competencia a través de una legislación especial. Como resultado de aquella armonización se obtiene el bien común material de la sociedad, permitido por los mejores bienes y servicios que el mercado competitivo crea. Así, cada vez que un tercero impida o ponga en riesgo por medios ilícitos -es decir, ajenos a la competencia misma que autoriza la ley- la posibilidad real de ejercer su derecho a competir autónomamente a un agente económico, estaremos ante un menoscabo al bien jurídico libre competencia. El fundamento último de la ilicitud de este acto de tercero se basa en el quebrantamiento o puesta en peligro de la justa distribución –o de la igualdad proporcional – que debe existir de la libertad de competencia mercantil entre los miembros de la comunidad, cuando ello ha sido resultado de un acto no permitido por la ley que regula (“limita”) las formas de competir, por tratarse de un ejercicio abusivo de la libertad de competencia que a él se le ha otorgado.

³⁶² Ibid. 138p.

Luego de esta explicación, cuyo propósito fue enmarcar brevemente el contenido del bien jurídico protegido por el ilícito monopólico de colusión, podemos continuar definiendo a la libre competencia como aquella:

“(...) libertad en el ingreso, explotación y salida de los mercados relevantes, cualquiera sea la modalidad de autonomía o heteronomía empleada para competir en el cabal cumplimiento del marco de principios y garantías constitucionales (...)”³⁶³.

Analizando este concepto, lo primero que se observa es que la libre competencia se manifiesta en la posibilidad efectiva de ingresar, explotar y abandonar autónomamente un mercado relevante. En efecto, todo interesado tiene el derecho a desarrollar la actividad económica que desee, pudiendo integrarse libremente a los mercados específicos en que se ofrezcan y demanden los productos de dicha actividad, y luego abandonarlo si así lo desea y decide. Por ello, la libre competencia comienza a operar desde el momento mismo en que el potencial agente competidor evalúa su ingreso al mercado, ordenando sancionar y eliminar los obstáculos o barreras ilícitas que los demás competidores interpongan con la finalidad de restringir su derecho de ingreso³⁶⁴.

Asimismo, mientras el agente se encuentra ya inmerso en el mercado y desarrollando su actividad económica, la libre competencia rige también dicha explotación. Esto, lo obligará a competir por el liderazgo de aquel mercado utilizando su mera creatividad, empleando medios legítimos, y relacionándose con sus demás competidores únicamente por medio de la competencia lícita. Si el resultado de esta competencia beneficia a un competidor determinado o a los

³⁶³ Cfr. Ibid. 180p.

³⁶⁴ GRUNBERG, J. 2007. Ilícito monopólico de colusión: los acuerdos colusorios entre competidores: análisis dogmático y jurisprudencial. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 13p.

consumidores, no es el objetivo inmediato de la libre competencia, la cual solo vela por el correcto funcionamiento del mercado y no la protección de ciertos competidores o el beneficio de los consumidores³⁶⁵. Ahora bien, la existencia de un mercado competitivo supone siempre como fin último el mayor bienestar de las personas, por ello su protección.

Por último, el éxito o fracaso que para el agente resulte de aquella explotación será la natural consecuencia de una correcta competencia libre. Por tanto, si de ello nace la decisión de salir del mercado en el que compite, será manifestación de su autonomía y, por tanto, de la libre competencia. Sin embargo, si aquella decisión no es libre, si no que se debe a la intromisión ilícita de un tercero que lo obliga a abandonar la competencia, la tutela de la libre competencia ordena sancionar dicho comportamiento. Así, por ejemplo, el caso de un grupo de competidores que acuerda fijar precios predatorios durante un periodo de tiempo con el fin del eliminar a un nuevo competidor entrante, haciéndolo caer en insolvencia. A todo competidor expulsado de esta forma, se le ha restringido injustificadamente la posibilidad real y concreta de ofrecer su producto en el mercado y, por tanto, su libertad para competir.

En segundo lugar, la libre competencia tiene un escenario concreto en el cual opera y se ejerce; el mercado relevante. En efecto, la libertad para competir tiene por objeto disputar la clientela de un mercado determinado en el cual se transfieren concretamente los bienes o servicios ofrecidos por el competidor. Por regla general, la clientela que se disputará se delimitará de acuerdo a la clase de bien o servicio ofrecido por los competidores, entre aquellos cuyas características y utilidades sean similares para ésta, existiendo en consecuencia distintas clientelas por las que competir, que irán variando en función de uno u otro mercado relevante.

³⁶⁵ Ibid. 13p.

Y, en tercer lugar, desde la óptica de los sujetos competidores, el bien jurídico libre competencia vincula tanto a los privados como a las personas jurídicas de derecho público que compitan en un mercado determinado³⁶⁶. De esta manera, ambos sujetos pueden potencialmente poner en peligro o, definitivamente, lesionar a este bien jurídico, sea por un comportamiento que emplea un ejercicio abusivo de autonomía privada, como sería el caso de los primeros, o uno que se desarrolla abusando de la ley orgánica que lo regula (heteronomía), como sería la situación de las personas de derecho público. Ambos sujetos pueden ejercer su propia libertad para competir, usando su autonomía o enmarcándose en su ley, pero sin quebrantar la oportunidad de competir igualmente distribuida para el resto de los interesados.

5.1.2 Naturaleza del bien jurídico libre competencia y sus formas de ofensa

Como indicábamos en el comienzo del capítulo, una de las funciones de la idea de bien jurídico es que nos permite sistematizar y estructurar los ilícitos penales de acuerdo con la clase de bien jurídico que resguardan, y así agruparlos a otros que pertenecen a la misma familia.

Ya sabemos que el injusto de colusión, al igual que el resto de los ilícitos monopólicos, busca proteger la libre competencia, bien jurídico cuyo contenido acabamos de estudiar. Siguiendo esa línea, podemos afirmar que el delito de colusión se inserta dentro de aquella familia de injustos penales que tutelan un bien jurídico de carácter *colectivo*. En efecto, la libre competencia se tutela debido a que es el instrumento que posibilita que todos los interesados puedan ejercer su propia libertad de competir mercantilmente. Su protección permite mantener una equitativa distribución de estas libertades de todos, impidiendo que unas pasen por sobre las otras, evitando así que existan abusos por la injusta intromisión de unos en la libertad de los demás. Esta motivación por asegurar una distribución en

³⁶⁶ Ibid. 14p.

que todos puedan ejercer su libertad de competir se debe al entendimiento de que un sistema de libertades como este sería el que permite finalmente un mayor bienestar material de todos nosotros, por lo mejores bienes y servicios que genera. Por ello, precisamente lo que hacen las regulaciones anti trust es regular y limitar la manera de utilizarse la libertad de competir por los agentes, para que todos puedan ejercerla sin abusos. Es decir, la libre competencia tiene una mirada colectiva y sistémica, en relación al ordenamiento económico general de la sociedad. Por ello cumple con la característica fundamental de un bien colectivo, cual es que su titularidad no admite singularización alguna, sino que es un bien jurídico de titularidad difusa, que no se entiende si no se le mira en su trascendente aspecto supraindividual. En palabras de HEFENDEHL, su estructura cumple con la propiedad esencial de la *no-distributividad*³⁶⁷. Siendo un bien colectivo, podríamos sub clasificarlo entre aquellos que permiten las posibilidades de desarrollo de los miembros de la sociedad o aquellos que favorecen las condiciones de existencia y de desempeño de las funciones del Estado³⁶⁸. Si se ha venido siguiendo la explicación dada hasta acá, se notará que el delito de colusión, y los demás contrarios a la libre competencia, resguardan el desarrollo material de los individuos y, por ello, caen dentro de aquellos bienes jurídicos que flanquean la vida de todos los miembros de la sociedad para permitir su bienestar. Por ello, según el profesor TIEDEMANN, en estos casos se habla de delitos cuyos bienes jurídicos son sociales (supra-individuales)³⁶⁹.

Por otra parte, es posible describir teóricamente cuando se produciría un menoscabo al bien jurídico libre competencia. Ello puede resultar muy ilustrativo para comprender correctamente cuál es el núcleo del injusto de una conducta como la colusión, y por tanto, saber qué es lo que ella castiga.

³⁶⁷ HEFENDEHL, R. 2007. La teoría del Bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A. 189p.

³⁶⁸ *Ibíd.* pp. 182- 188.

³⁶⁹ Para más detalle, ver: TIEDEMANN, K. 1993. Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español. Alemán). Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias. 34p.

En esa línea, si la libre competencia tiene su fundamento en una equitativa distribución de la libertad para competir entre los miembros de la sociedad civil, de manera de asegurar que así todos puedan ejercerla, cada vez que esta igualdad proporcional se quebrante sin justificación, nos encontraremos ante un comportamiento injusto. Sin embargo, no todos los agentes del mercado tienen la aptitud de dañar la libre competencia. Únicamente los competidores que están dotados de *poder de mercado* serán quienes puedan romper con la justa distribución existente³⁷⁰, desequilibrándola a su favor y, por tanto, lesionar al bien jurídico libre competencia. Aquel agente que posee poder de mercado, y por ello aptitud para influir en las condiciones de éste, tiene la especial responsabilidad de mantener la igual oportunidad de competir de los otros posibles interesados. En consecuencia, si este agente en ejercicio de su propia libertad realiza un comportamiento que significa una invasión de la esfera de libertad de competir de los demás competidores, y dicha intromisión la restringe sin título justificante (es decir, fuera de las prácticas propias de la competencia), será abusivo y antijurídico, debido a que la víctima habrá visto injustamente disminuida su libertad para competir mercantilmente. Es decir, el agente pasa a adoptar o impedir decisiones que debería tomar la víctima libremente. Pero solo tendrá la aptitud de interferir en la libertad de otro competidor (dañar la libre competencia) aquel que tenga suficiente poder de mercado, de lo contrario sus actos nunca tendrán la fuerza para restringir la libertad del resto³⁷¹. El disvalor de la conducta estará entonces en la injusta distribución de la libertad de competir provocada por el sujeto activo que actúa ejercitando su poder de mercado³⁷², impidiendo así el correcto funcionamiento del orden económico.

³⁷⁰ Según LIPSEY, poder de mercado es el que le permite al agente “influir significativamente en el mercado”. En: LIPSEY, R. 1993. Introducción a la Economía positiva. Duodécima edición. Barcelona, editorial Vicens Vives. 250p. En palabras de VALDÉS, esta influencia significativa en el mercado puede alcanzar una o más variables relevantes del bien o servicio que se transa: como su precio de venta y cantidad, su calidad, las condiciones contractuales con que se ofrece, su forma de promoción y publicidad, etc. En: VALDES, D. 2006b. Op. Cit. pp. 53-54.

³⁷¹ VALDES, D. 2006b. Op. Cit. pp. 184–186.

³⁷² En este sentido, el poder de mercado que no es ejercitado por el agente es pura potencialidad que, por tanto, no genera daño social ni individual. Solo del poder de mercado ejercitado es posible observar daños al bien jurídico libre competencia. En: *Ibíd.* 56p.

Junto a los agentes que tienen poder de mercado y que pueden lesionar la libre competencia, encontramos además aquellos competidores que, careciendo de este poder de mercado, han ejecutado una conducta ilícita para conseguirlo. En este caso, nos encontramos ante un sujeto activo cuya conducta si bien no tiene la fuerza para interferir (lesionar) la libertad de competir del resto, sí logra ponerla en peligro debido a que con el resultado de ella ha quedado en una posición que le permitiría, eventualmente, dañarla en el futuro. En este caso, lo injusto de su comportamiento estará en la fuente ilícita que se utilizó para obtener el poder de mercado, una alejada de las prácticas competitivas normales. Se trata entonces de ilícitos de peligro, que se proscriben por ser el paso previo al efectivo menoscabo del bien jurídico. En consecuencia, la libre competencia puede ser vulnerada únicamente de estas dos maneras; a través de su efectiva lesión o de su simple puesta en peligro³⁷³.

Hasta antes de la ley N° 20.945, el injusto administrativo de colusión exigía que la conducta efectuada por los sujetos activos les confiriera *poder de mercado*, por tanto, era posible observar la relación directa que existía con el bien jurídico tutelado, toda vez que se trataba de un comportamiento que lo ponía efectivamente en riesgo. No obstante, lo anterior fue modificado por la nueva ley. Así, durante la discusión del proyecto en la comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, ante la sugerencia hecha por diputados de especificar con mayor detención el tipo penal en orden a señalar que la conducta debía afectar la libre competencia, con el fin de que no se penalizaran situaciones que no la dañaran realmente, el propio Fiscal Nacional Económico justificó y confirmó aquella omisión señalando que la intención es perseguir los carteles duros, es decir, más allá de sus efectos, como sucede con los delitos de peligro. La idea era entregar el mensaje de que no existe cartel bueno y que cualquier acuerdo quedaría prohibido³⁷⁴. De esta manera, lo que tenemos hoy, tanto en el nuevo tipo penal

³⁷³ Ibid. 187p.

³⁷⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. pp. 199-200. En el mismo sentido, TORRES. En: TORRES, P. 2014. Regulación de carteles en Chile: reflexiones en torno a la introducción de sanciones

como en el infraccional recientemente modificado, es un tipo que excluye la necesidad de probar que los sujetos activos adquieran por medio de su conducta colusiva poder de mercado, por consiguiente, estamos en el caso en que se castiga una conducta que no tiene en si misma la aptitud de poner directamente en riesgo al bien jurídico de la libre competencia. Por lo anterior, se puede desprender que el nuevo delito de colusión se configura más bien como un delito de peligro abstracto³⁷⁵, que castiga únicamente el acuerdo entre los competidores, sin importar que éste eventualmente llegue o no a generar poder de mercado, y que en definitiva instale al agente en posición de poder dañar efectivamente el bien jurídico protegido³⁷⁶. No será necesario acreditar que el acuerdo colusorio lesionó o puso en riesgo real (al otorgar poder de mercado) la competencia en el mercado relevante, en cada caso particular. En palabras de ROXIN, el nuevo tipo penal de colusión pertenece a la clase de delitos en la que solo: “(...) la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”³⁷⁷. Es decir, si las formas de ofensa del bien jurídico tuviesen una especie de orden temporal, este nuevo delito se encuentra *ex ante* del antiguo injusto administrativo de colusión, de peligro concreto, que ponía real o directamente en peligro a la libre competencia³⁷⁸. Esto no deja de ser discutido y, a la vez, peligroso, ya que podría tratarse de una ampliación injustificada del derecho penal a ámbitos que no le corresponden de acuerdo a su característica trascendental de ser un derecho de *ultima ratio*^{379 380}.

penales y sus dificultades para el derecho de la competencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 78-82.

³⁷⁵ En el mismo sentido, TORRES. En: TORRES, P. 2014. Op. Cit. pp. 78-82.

³⁷⁶ VICUÑA, D. 2017. Ley Nº 20.945 y el delito de colusión. Modificaciones al régimen sancionatorio y la importancia de la prejudicialidad. Actualidad jurídica. La revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo (36): 385-404. 397p.

³⁷⁷ Cfr. ROXIN, C. 1997. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, editorial Civitas. Tomo I. 336p.

³⁷⁸ Según ROXIN, aquellos en que “(...) la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea sólo por casualidad”. En: *Ibid.* 336p.

³⁷⁹ En ese sentido también VICUÑA. En: VICUÑA, D. 2017. Op. Cit. 397p.

³⁸⁰ Para ahondar en el tema, ver en: PAREDES, J.M. 2003. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. Revista de derecho penal y criminología (11): 95-164. También en: HUERGO, A. 2007. Las sanciones administrativas. Madrid, Lustel. y

En la misma dirección, finalmente, podemos estimar que el nuevo tipo penal de colusión introducido en nuestra legislación en cuanto no requiere para su consumación la producción de un daño en el bien jurídico libre competencia ni tampoco que el acuerdo tenga como resultado brindar poder de mercado a sus autores (ambos elementos no se incluyen en su tipicidad), se trata de un delito de mera actividad. Lo anterior, en el entendido que estos son: “(...) aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella”³⁸¹. Es decir, el delito de colusión se consumará únicamente con la concurrencia de la propia acción del competidor, esto es, la realización del acuerdo, sin requerirse un resultado adicional a ella (una restricción de competencia en concreto para el resto de los competidores o que el acuerdo le otorgue poder de mercado a sus autores). Esto importa, además, por el hecho de que en estos delitos la tentativa acabada coincide con la consumación del tipo penal en cuestión³⁸², por lo que no será posible concebir una colusión en grado de ejecución tentado o frustrado.

5.2 El artículo 62 del DL 211

Luego de toda la discusión legislativa desarrollada en torno al nuevo delito de colusión, la Ley N° 20.945 terminó por recoger la siguiente descripción típica:

Artículo 62°.- El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras

Kindhäuser, U. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. [en línea] Revista para el análisis del derecho, Febrero <<http://www.indret.com>> [consulta: 20 julio 2017]

³⁸¹ Cfr. ROXIN, C. 1997. Op. Cit. 328p.

³⁸² *Ibíd.* 329p.

de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Como anteriormente señalábamos, el mensaje presidencial del proyecto de ley manifestaba que la intención del legislador era criminalizar únicamente los llamados carteles duros, estos son, aquellos acuerdos expresos entre competidores relativos a ciertas variables esenciales de la competencia que evidencian patentemente un ánimo anticompetitivo y una ofensa a la libre competencia, al no tener una justificación pro competitiva³⁸³. Esa es la línea que sigue el nuevo artículo 62 del DL 211 que, además, replica prácticamente la misma técnica legislativa utilizada a nivel comparado por aquellos países que han decidido criminalizar también la colusión (penalizando conductas similares). En breves palabras, lo que se ha hecho es sancionar penalmente algunas conductas o modalidades restringidas de colusión (dejando fuera otras), que siendo manifiestamente injustas, se adecuan a dos imperativos necesarios para la eficacia del nuevo tipo penal en un Estado democrático y de derecho: en primer lugar, a la garantía del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que obliga a que cualquier tipo penal deba estar descrito y claramente especificado en la ley que lo consagra antes de la perpetración del hecho por el cual se castigará al sujeto culpable, el llamado principio de tipicidad³⁸⁴. Y en segundo lugar, al riguroso estándar exigido por el artículo 340 del Código Procesal Penal para que un tribunal penal pueda condenar a una persona por un delito, que consiste en adquirir una convicción “más allá de toda duda razonable” sobre la participación y los hechos.

Por lo mismo, lo primero que debemos indicar es que, si bien el nuevo delito de colusión pareciera asemejarse a la nueva redacción del ilícito infraccional del artículo 3 letra a) del DL 211³⁸⁵, lo cierto es que la descripción de la conducta

³⁸³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 5p.

³⁸⁴ AVILÉS, J. 2017. Op. Cit. 12p.

³⁸⁵ Recordemos que este señala: “a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas

típica que se sanciona criminalmente contiene supuestos de hecho diferentes y elementos más restrictivos en comparación a lo que sucede en sede administrativa³⁸⁶⁻³⁸⁷, a pesar de que varias de las modalidades de colusión sancionadas en dicho artículo coincidan en ciertos elementos con la descripción típica del nuevo delito de colusión.

En efecto, según señala el profesor BASCUÑAN, hoy tenemos dos niveles regulativos para la persecución de la colusión. Un primer nivel consistente en una regulación de carácter infraccional y, un segundo nivel, relativo a una regulación de carácter penal. Sin embargo, a pesar de que el legislador pudo haber creado regulaciones vinculadas por un mismo supuesto de hecho -como ocurre en Australia³⁸⁸ - con consecuencias diferentes (la sanción penal v/s la infraccional), se optó por introducir al sistema *dos regulaciones paralelas*, tanto en los supuestos de hecho que se sancionan como respecto de la sanción misma³⁸⁹⁻³⁹⁰. En esa línea, una de las principales diferencias que podemos observar dice relación con la calificación del sujeto que llama a licitación en el caso de la modalidad colusoria consistente en “afectar el resultado de procesos de licitación”. En sede administrativa dicha calificación se deja abierta en su alcance a cualquier clase de sujeto licitador, mientras que en el ámbito penal, se limita su extensión únicamente a aquellas licitaciones “realizadas por *empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos*”. Observando esta diferencia de supuesto entre ambas regulaciones, se puede desprender que la regla utilizada en sede

de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”.

³⁸⁶ Ver lo dicho por el Profesor Francisco Agüero, en: BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 139p. Asimismo, el Fiscal Nacional Económico, en: *Ibíd.* 651p.

³⁸⁷ SALAZAR, A. 2016a. El delito de colusión. Comentarios críticos (sustantivos y procesales) relacionados con la nueva figura penal. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (68): 185-213. pp. 199-200.

³⁸⁸ Ver *Supra* 3.4.2

³⁸⁹ BASCUÑAN R., A. En: SEMINARIO: Nueva ley de fortalecimiento del sistema de defensa de la libre competencia: 8 de septiembre de 2016. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

³⁹⁰ Según vimos en 3.3 en el Reino Unido también existe un tipo administrativo regulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y un tipo penal regulado en el *Enterprise Act*.

penal es evidentemente restrictiva³⁹¹, lo cual se puede considerar razonable en razón de la característica de última ratio del derecho penal y del principio de proporcionalidad. Bajo esta misma idea, en el caso del nuevo delito de colusión se excluye la modalidad colusoria referida a un acuerdo consistente en “*determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores*”, y además, también la posibilidad de que se configure una colusión por medio de *prácticas concertadas* y no acuerdos expresos³⁹². Sin embargo, también pueden visualizarse otras diferencias entre los supuestos de ambas regulaciones (letra a) del artículo 3 v/s artículo 62) que parecen no ser precisamente restrictivas. Así, por ejemplo, se identifican las siguientes distinciones: “fijar precios de venta o de compra” v/s “fijar precios de venta o de compra *de bienes o servicios en uno o más mercados*”; “limitar la producción” v/s “limitar su producción o *provisión*”; “asignarse zonas o cuotas de mercado” v/s “*dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado*”. En estos casos, aparentemente existe una extensión de los supuestos de hecho del ámbito penal en contraste a la infracción administrativa de colusión, lo que no deja de resultar extraño y lógicamente cuestionable en relación a los principios que antes mencionábamos³⁹³. La pregunta es ¿Por qué se hizo la diferencia?

Finalmente, a modo de contraste, cabe mencionar que efectivamente el año 2003 se eliminó el carácter penal que tenía el ilícito de colusión en nuestro sistema de protección de la libre competencia. No obstante, la figura que existía hasta esa época no se restringía exclusivamente a la colusión como forma de ofensa de la libre competencia, sino que su alcance era tan amplio que se podía configurar,

³⁹¹ BASCUÑAN R., A. En: SEMINARIO: Nueva ley de fortalecimiento del sistema de defensa de la libre competencia: 8 de septiembre de 2016. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

³⁹² Nótese que para la profesora NEHME, uno de los riesgos que tiene la descripción del nuevo tipo penal es que en manos de un Tribunal no técnico, que no maneje la nomenclatura de la libre competencia, podría llevar a sancionar como colusión a conductas que son simplemente prácticas concertadas. En: BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 153p

³⁹³ En este sentido, el profesor Antonio BASCUÑAN critica a la nueva legislación y se pregunta si dichas diferencias obedecen a una extensión, infringiendo el principio de proporcionalidad, o simplemente a una redundancia superflua. En: SEMINARIO: Nueva ley de fortalecimiento del sistema de defensa de la libre competencia: 8 de septiembre de 2016. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

además, con cualquier otra conducta anticompetitiva diferente a la colusión³⁹⁴. Por ello la crítica de constitucionalidad que se profería contra aquel tipo penal referida a la vulneración del principio de tipicidad. De esta forma, se optó en esta oportunidad de re-penalización por limitar los supuestos típicos a conductas determinadas y descritas con mayor precisión (los carteles duros). Esta es la más relevante diferencia entre ambos tipos penales.

5.3 Tipicidad del delito de colusión

A continuación, analizamos la estructura típica del nuevo delito de colusión sobre la base de la teoría del tipo más comúnmente aceptada en la dogmática del derecho penal.

5.3.1 *Faz objetiva*

En palabras de ROXIN, “Al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado”³⁹⁵. En lo que sigue, veremos lo que la ley señala para el caso del nuevo delito de colusión.

5.3.1.1 Sujeto activo

Cuando nos referimos al sujeto activo estamos hablando de aquel que debe realizar la acción típica para que se configure el injusto penal. En nuestro caso, es posible observar que el nuevo artículo 62 del DL 211 comienza señalando “*El que (...)*”, nomenclatura utilizada normalmente en materia penal para determinar a un amplio grupo de sujetos que potencialmente podrían desarrollar la acción típica. Este es el caso del nuevo delito de colusión³⁹⁶. De esta manera, se entiende que

³⁹⁴ Profesor Francisco AGÜERO, en: BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 139p.

³⁹⁵ Cfr. ROXIN, C. 1997. Op. Cit. 304p.

³⁹⁶ En este sentido, haciendo referencia al ilícito infraccional que utiliza la misma técnica, SPOLMANN. En: SPOLMANN, S. 2011. Op. Cit. 53p.

cualquier persona puede ser autor de este injusto y, por tanto, no se limita su penalización a un determinado grupo de ellas, lo que importa porque nos permite diferenciarlo de los delitos especiales y calificarlo como *común*³⁹⁷. Sin embargo, ello no debe confundirse con el contexto especial exigido por el tipo penal para la actuación del sujeto activo, el cual describe una particular situación en la que éste se debe encontrar para que su conducta sea injusta, y que se traduce en dos requisitos adicionales que serán necesarios de acreditar en el proceso penal.

En primer lugar, se debe considerar una diferencia trascendental que existe entre el tipo infraccional y el penal en lo que dice relación al sujeto activo; esto es, que la responsabilidad penal tiene un carácter personal y que en nuestro derecho ello se concreta en la regla general de que las personas jurídicas no son susceptibles de reproche penal, salvo excepciones³⁹⁸. En esta línea, si bien tanto el delito como la infracción de colusión tienen un *carácter universal*³⁹⁹, en tanto cualquier persona puede cometerlo, ello no significa que se trate del mismo nivel de amplitud. En el caso del ilícito administrativo, el sujeto activo “(...) está determinado en forma amplia y comprende a toda persona natural o jurídica, de derecho público o de derecho privado, nacional o extranjera”⁴⁰⁰. Por esta razón, la regla general en materia de libre competencia hasta la fecha es que en sede administrativa el TDLC sancione únicamente a la persona jurídica que realizó la colusión. En contraste, el sujeto activo del injusto penal solo puede ser una persona natural, lo que obliga a atribuir la acción típica a una persona concreta ante el tribunal penal. Pero ¿A qué persona natural se le va poder atribuir? Adicionalmente al carácter universal del sujeto activo del delito de colusión, se agrega el requisito de que solo podrá cometerlo aquella persona natural que se encuentre en un contexto de vinculación con un *competidor* del mercado. Este vínculo puede estar dado por ser esa persona el propio agente competidor, por ser

³⁹⁷ ROXIN, C. 1997. Op. Cit. 304p.

³⁹⁸ Como es el caso de la Ley 20.393 que incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo ciertas circunstancias y solo en determinados delitos que se indican.

³⁹⁹ Palabra utilizada por SPOLMANN. En: SPOLMANN, S. 2011. Op. Cit. 51p.

⁴⁰⁰ GRUNBERG, J. 2007. Op. Cit. 58p

el dueño de la empresa competidora, por ser su gerente o director, por ser cualquier ejecutivo o administrativo dotado de *poder de decisión* por la persona jurídica (pública o privada) que actúa en el mercado o, por último, por ser esa persona un tercero que, sin ser el competidor, facilita el acuerdo anticompetitivo al habersele conferido poder de decisión por los competidores (como en los casos de *hub and spoke*). Y esta vinculación, que debe existir entre la persona natural y el competidor, se encuentra señalada en el tipo penal cuando éste expresa: “(...) que involucre a dos o más competidores entre sí”. Por tanto, la actuación del sujeto activo solo va a ser penalmente relevante en la medida en que esa persona natural (cualquiera que sea) que realiza la acción típica tenga una posición susceptible de involucrar al competidor del mercado relevante en el acuerdo colusorio que se va a llevar a cabo con otro u otros de sus competidores. Tener en consideración lo anterior es relevante, toda vez que el tipo penal del art. 62 del DL 211 no señala una calidad específica que deba tener la persona natural que realiza la acción típica, pero sí que su participación debe tener la aptitud de “involucrar” a dos o más competidores. Ese es el límite. Por ello, estimamos que no podrá castigarse a cualquier persona que haya participado de un acuerdo colusorio, sino únicamente a aquella que por su posición tiene la posibilidad real de influir en el ente competidor (tiene poder de decisión en él) y, por tanto, de involucrarlo en el acuerdo. A modo de ejemplo, no será sujeto activo de este delito una persona que trabaja como cajero de una gran cadena de supermercados y que, queriendo coludirse, celebra un acuerdo con otro cajero amigo de un supermercado de la competencia. Aunque ejecuten la acción típica, no tienen el poder para influir en sus empresas, por lo que no existe un verdadero acuerdo “entre” competidores. Particular importancia tiene esto si se comprende que, a diferencia de lo que sucede en sede administrativa, en materia penal se está obligado a encontrar a una persona natural culpable, sin poderse castigar a la persona jurídica directamente, lo que supone un enorme desafío en la actualidad, donde los competidores se organizan de forma compleja como sociedades con personalidad jurídica y múltiples trabajadores.

No obstante, lo anterior, un elemento que sí tienen en común el ilícito infraccional y el delito penal de colusión tiene que ver con que comparten una amplísima regla de imputación. En definitiva, tendrá responsabilidad por ambas conductas típicas todo aquel sujeto activo que intervenga en el acuerdo colusorio, independiente de su forma de participación en él. Por tanto, el concepto básico de imputación está en la idea de intervenir en el acuerdo⁴⁰¹. Ello, según el artículo 26 del DL 211 que regula la sanción en sede administrativa expresando “Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo” y de acuerdo al artículo 62 del mismo cuerpo legal que utiliza los verbos “celebrar, ordenar celebrar, ejecutar u organizar”, intentando abarcar todo el espectro de participación posible en sede penal. Esto permite imputar autoría a una amplia gama de sujetos que intervienen de alguna manera en la operatividad de un acuerdo colusorio, independiente de que su contribución haya sido esencial o no, evitando la necesidad de recurrir a otras formas de participación penal (cómplice o encubridor).

En segundo lugar, el otro requisito adicional que exige el tipo penal respecto a la situación contextual del sujeto activo dice relación con la pluralidad de sujetos activos que deben existir al mismo tiempo cada vez que se desarrolla la conducta típica⁴⁰². En efecto, en palabras del profesor VALDÉS, lo que diferencia al injusto monopólico de colusión de otros ilícitos contra la libre competencia consiste en que en él siempre existirá “una pluralidad de personas que alcanzan alguna forma de acuerdo, sea éste formal o informal, expreso o tácito, de ejecución instantánea o diferida”⁴⁰³. Así las cosas, el contexto en que se desarrolla este delito siempre tendrá, a lo menos, un carácter bilateral, en cuanto deberá haber dos competidores que se ponen de acuerdo en practicar una modalidad

⁴⁰¹ BASCUÑAN, A. En: SEMINARIO: Nueva ley de fortalecimiento del sistema de defensa de la libre competencia: 8 de septiembre de 2016. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

⁴⁰² SPOLMANN, S. 2011. Op Cit. 51p.

⁴⁰³ VALDES, D. 2006b. Op. Cit. 527p.

colusoria de aquellas descritas en el tipo penal, siendo imposible que este injusto penal se desarrolle solo por un sujeto activo. Todo acuerdo requiere una contraparte, lo que se manifiesta cuando el artículo 62 señala “(...) que involucre a dos o más competidores entre sí “. Ahora bien, ello no significa que siempre figurarán dos o más personas como imputados en el proceso penal, y ello se deberá a que, existiendo dos sujetos que se han coludido, uno de ellos podría gozar de la exención de responsabilidad penal derivada de la delación compensada y de participar en el proceso únicamente como testigo.

Por último, como se desprende de lo dicho hasta acá, siempre que nos referimos al sujeto activo hemos hablado de “competidores”, pues de esa forma el tipo penal describe a los involucrados en el acuerdo colusorio, al señalar: “dos o más competidores entre sí”. De ello se deriva entonces, que en el nuevo delito de colusión solo son punibles los acuerdos celebrados entre sujetos que compiten en un mismo mercado, en una misma escala productiva. Es decir, solo se castigan los acuerdos horizontales.

5.3.1.2 Sujeto pasivo

Para efectos de tipicidad de un injusto penal, en este caso del delito de colusión, no tiene gran relevancia identificar al sujeto pasivo, toda vez que no se presenta como un elemento de la descripción típica, cuya ausencia imposibilitaría su configuración. Más bien, su trascendencia tiene que ver con una cuestión de legitimación y crítica de la forma en que el legislador plasma definitivamente en la ley la descripción típica de lo que desea castigar. Por ello, el sujeto pasivo conceptualmente está fuertemente relacionado con la idea del bien jurídico protegido por el delito y su importancia, al cual ya nos hemos referido anteriormente. En consecuencia, solo hacemos un breve comentario aclaratorio sobre este punto.

Desde el punto de vista procesal, de acuerdo al artículo 108 del Código Procesal Penal, la víctima es la persona ofendida por el delito. Luego, se entiende que la víctima u ofendido es el sujeto pasivo del delito⁴⁰⁴. Éste, de acuerdo al concepto dogmático de sujeto pasivo del delito, será aquel titular o portador del bien jurídico que se ve afectado por la comisión del injusto penal⁴⁰⁵, como lo sería el dueño de la cosa hurtada cuya propiedad fue menoscabada. Sin embargo, cuando nos referimos al ofendido por el delito también debemos incluir al sujeto pasivo de la acción⁴⁰⁶, lo que no es lo mismo y no debe confundirse. Efectivamente, éste será aquel sujeto “(...) que sufre la acción delictiva, aunque no sea titular del bien jurídico afectado (así el trabajador de la empresa a quien se le ha robado el bien mueble)”⁴⁰⁷. Por ello, desde el punto de vista dogmático se deben distinguir estos dos niveles, entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción. En términos de tipicidad, será este último el importante de identificar, toda vez que sobre él recae la acción típica que se describe en la norma jurídica.

En la situación del injusto penal de colusión, por tanto, también distinguiremos para evitar confusión. En esa línea, el profesor VALDÉS señala que el ofendido inmediato será aquel a quien va dirigido el ilícito monopólico y, por otro lado, el ofendido mediato serán todos los integrantes de la sociedad civil o política en cuyos mercados se consuma dicho injusto⁴⁰⁸.

Es decir, en el delito de colusión, serán sujeto pasivo de la acción, en primer lugar, aquellos otros *competidores* que no participaron en el acuerdo colusorio, que se verán afectados por haberse alterado, por parte de los coludidos, alguna de las variables esenciales del mismo mercado relevante en que se

⁴⁰⁴ CORTI, P. 2005. La víctima en la reforma procesal penal y en la jurisprudencia. Boletín del Ministerio Público (25): 235-253. 239p.

⁴⁰⁵ MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. Derecho Procesal Penal. Segunda edición. Santiago, Thomson Reuters. Tomo I. 346p.

⁴⁰⁶ *Ibid.* 345p.

⁴⁰⁷ Cfr. *Ibid.* 345p.

⁴⁰⁸ VALDES, D. 2006b. Op. Cit. pp. 256-257. Nótese, sin embargo, que el profesor VALDES no realiza claramente la distinción entre sujeto de la acción y del delito, pero es posible desprender de su idea de ofendido inmediato y mediato.

desenvuelven. Asimismo, en segundo lugar, el acuerdo colusorio también podría perjudicar a integrantes de fases productivas conexas a aquella en la que actúan los propios sujetos activos, como sería el caso de un acuerdo entre proveedores de un insumo necesario para la elaboración de un bien, el cual debido a dicho comportamiento experimenta un alza artificial en su precio, afectando a este agente que actúa en la cadena productiva aguas abajo y sin competir contra los sujetos activos en el mismo mercado⁴⁰⁹. Por último, será sujeto pasivo del delito de colusión, la *sociedad* civil titular del bien jurídico libre competencia (o si se quiere, los consumidores en general). Como anteriormente mencionábamos, este es un bien que se configura como elemento esencial del orden público económico por permitir mayor bienestar material de las personas, y en consecuencia interesa a toda la comunidad como colectivo. Por ello, nuestra legislación creó un organismo público cuya misión es la persecución de las infracciones contra la competencia, a saber, la FNE, quien no actúa en defensa de una persona en particular, sino que representando el interés general de la colectividad⁴¹⁰.

En consideración a que desde el punto de vista procesal penal ambos niveles de sujetos pasivos pueden considerarse como ofendidos o víctimas del delito de colusión, era relevante esclarecerlos.

5.3.1.3 Acción o conducta típica

Todo análisis de la conducta típica debe comenzar por la revisión de su verbo rector. En efecto, éste nos indica cuál es el núcleo de la descripción de la conducta punible hecha por la ley⁴¹¹. En el caso del artículo 62 del DL 211 que tipifica el nuevo delito de colusión, la norma señala varios verbos distintos, de la

⁴⁰⁹ GRUNBERG, J. 2007. Op. Cit. 59p.

⁴¹⁰ En ese sentido, la letra b) del artículo 39 del DL 211 señala como atribución y deber del Fiscal Nacional Económico: “Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad”.

⁴¹¹ Ver la idea de núcleo como símil del verbo rector, en: POLITOFF, S., MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. C. 2014. Lecciones de derecho penal chileno. Segunda edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 188p.

siguiente manera: “El que *celebre* u *ordene celebrar*, *ejecute* u *organice* un acuerdo (...)”.

El verbo “celebrar”, manifiesta que la conducta castigada se refiere a la desarrollada por el sujeto que participa en el perfeccionamiento mismo del acuerdo colusorio consentido por otro competidor (en términos contractuales del derecho civil), y cuyo contenido se refiere a alguna de las modalidades tipificadas que más adelante analizaremos.

A su vez, quien “ordena celebrar” es aquel sujeto que, si bien no participa en el perfeccionamiento mismo del acuerdo, consiente en él (y por tanto está concertado con sus fines) por medio de otra persona a la cual mandata a convenirlo en concreto con el otro competidor. Entendemos que para que esta conducta sea punible será requisito que el “acuerdo” se haya logrado finalmente perfeccionar, de lo contrario no se estaría sancionando realmente la orden de celebrar un “acuerdo colusorio” (con finalidad determinada), pues éste recién existirá cuando, a lo menos, dos partes con intereses contradictorios (competidores) consientan en él y sus fines. La acción de “ordenar celebrar” no está referida a cualquier pacto, sino al que en específico el tipo legal se refiere; aquel que se expresa en un acuerdo sobre alguna de las modalidades de colusión señaladas en la norma⁴¹². Ese es el eje del injusto. Por lo demás, solo será posible acreditar la colusión cuando se pueda probar este acuerdo, y por tanto se requerirá que haya tenido vida. Luego se verá la forma de participación que cupo en él a cada sujeto activo.

En la situación de quien “ejecuta”, lo que tipo penal castiga es la puesta en práctica del acuerdo. Por ello, aquella persona que, concertada con los fines del acuerdo, lleva a cabo los actos necesarios para que el acuerdo se cumpla también es sujeto de reproche penal. Ahora bien, es evidente que dicha persona debe

⁴¹² SPOLMANN, S. 2011. Op. Cit. pp. 56–57.

estar en conocimiento del acuerdo colusorio y querer sus fines (concertada), lo que se relaciona con la faz subjetiva que el tipo exige y con la naturaleza propia de lo que es un acuerdo, toda vez que no se podrá sancionar la ejecución del acuerdo desarrollada por un mero trabajador de la empresa coludida ubicado al final de la cadena de mando. En pocas palabras, será ejecutor en el sentido de la norma penal el ejecutivo que decide alzar la lista de precios de los productos que vende la empresa en cumplimiento de lo acordado con otro competidor, pero no así el vendedor al cual se le ordena ofrecer los productos a esos nuevos precios, sin haber participado en la decisión.

Por último, cuando la norma se refiere a quien “organiza” un acuerdo, debemos entender que se trata de aquel sujeto que por actos positivos y concretos se encarga de facilitar y reunir a los competidores con intereses en pugna en una postura común, que tiene como consecuencia concreta el perfeccionamiento de un acuerdo con fines colusorios. Esta sería la hipótesis que, por ejemplo, permite considerar como sujeto activo a los terceros que participan en colusiones del tipo “*hub and spoke*”. Ahora bien, tal como señalamos más arriba, será necesario nuevamente que el acuerdo se haya logrado perfeccionar, pues el núcleo del injusto, lo que la norma realmente quiere sancionar, está en que haya nacido en el mercado un acuerdo que ponga en peligro a la libre competencia. “Acuerdo” que no es de cualquier tipo, sino solo aquel que tiene un fin determinado consistente en alguna de las modalidades de colusión que expresa la norma. De otra forma, se estaría castigando una especie de conspiración que por regla general no adquiere relevancia penal en nuestro derecho.

Dicho todo lo anterior, es posible concluir que las conductas imputables son de gran amplitud y que, si las ordenáramos temporalmente (organizar- ordenar celebrar- celebrar- ejecutar), podríamos decir que incluye a toda la cadena de sujetos relacionados con la elaboración del acuerdo colusorio. Tal como mencionamos al hablar del sujeto activo de este delito, la regla de imputación será

amplísima y podrá resumirse en la idea de “intervenir” en el acuerdo. En fin, el nuevo tipo penal castiga como autor a toda persona que intervenga de manera concertada y con poder de decisión en alguna de las fases de elaboración del acuerdo colusorio, ahí está el núcleo del injusto.

Ahora bien, estos verbos rectores del nuevo tipo penal de colusión deben manifestar una voluntad final de realización, por lo que no basta que el sujeto activo simplemente realice alguna de las conductas que describíamos. Para que dicha acción sea típica debe estar acompañada de dos elementos típicos adicionales:

- a) La configuración de un *acuerdo*.
- b) Que dicho acuerdo consista (su contenido) en alguno de los fines u objetivos determinados por la ley, a los que les llamaremos **modalidades de colusión**.

A) El acuerdo colusorio

En efecto, para que la acción del sujeto activo sea típica se exige la configuración de un *acuerdo*. En razón de ello, lo primero que debemos preguntarnos es qué cabe entender por acuerdo en este caso y cómo debe ser para este tipo penal. Luego de intentar contestar aquello, debemos continuar analizando en qué momento vamos a entender que existe acuerdo entre los competidores.

El acuerdo colusorio es sin duda el elemento objetivo más importante de la conducta. Como señalamos anteriormente, el nuevo tipo penal quedó estructurado como un injusto de mera actividad, en el cual basta la sola configuración del acuerdo colusivo para que la conducta sea penalmente relevante, sin que la acción típica requiera de algún resultado concreto. Es decir, para que se constituya este delito únicamente es necesario que se pueda acreditar más allá de toda duda razonable un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre si,

y que dicho acuerdo tenga alguno de los objetivos que más adelante analizaremos. Adicionalmente, la importancia de este elemento objetivo radica en que para que pueda iniciarse el procedimiento penal por este delito, conforme señala el artículo 64 del DL 211, es necesario que el TDLC de por acreditado en su sentencia definitiva la existencia del acuerdo. En otras palabras, además de ser un elemento objetivo del tipo, el acuerdo se relaciona con el especial *requisito de procesabilidad* exigido por el legislador para la persecución penal de la colusión.

En esa línea, para conceptualizar lo que debemos entender por “acuerdo”, podemos partir analizando si el tipo penal hace referencia a la misma idea o significado de acuerdo de que habla el tipo infraccional del art. 3 letra a) del DL 211, y que al TDLC le corresponderá revisar. En nuestra opinión, dado que el desarrollo técnico de esta materia se ha producido precisamente en esta sede, es posible echar mano a las caracterizaciones del acuerdo que se han dado en ella. No obstante, es importante hacer una prevención. Qué se utilicen en sede penal las conceptualizaciones que se han dado a la luz del ilícito infraccional no significa que cada vez que el TDLC de por acreditado un acuerdo en sede administrativa también deberá darse por acreditado por el Tribunal Penal. Esto es una cuestión probatoria. Se podría llegar a pensar, a *prima facie*, que tal cual como está diseñado el procedimiento, el legislador ha dejado a cargo de un tribunal especial y técnico, experto en temas de libre competencia, acreditar la existencia de un acuerdo colusorio, dejando imposibilitado al juez penal de poder juzgar si se está o no en presencia de una colusión y por tanto solamente poder referirse al objeto de dicho acuerdo, sin entrar a ponderar si éste existió o no. No obstante, creemos que esta interpretación no es correcta y a pesar del peligro que puede generar el tener sentencias contradictorias y dejar al conocimiento de un tribunal no experto en libre competencia la existencia o no de un acuerdo colusorio, que requiere un innegable criterio técnico, puede perfectamente ocurrir que el juez penal entienda que no hubo dicho acuerdo. La diferencia entre el acuerdo que habla el tipo infraccional en contraste del que menciona el tipo penal, no es una diferencia conceptual, el concepto de acuerdo colusorio en ambos tipos es el mismo, sino

que más bien la diferencia radica en los estándares probatorios exigidos a los jueces en uno u otro procedimiento para que éstos puedan formar convicción sobre la existencia del acuerdo.

Tal como han señalado los profesores JORGE GRUNBERG y SANTIAGO MONTT el estándar probatorio exigido para que el TDLC de por acreditada una colusión en contraste a un paralelismo consciente (conducta lícita según vimos), es el estándar de la evidencia clara y concluyente, un estándar intermedio entre el de la duda prevalente (estándar civil) y el estándar de “más allá de toda duda razonable” (estándar penal). En otras palabras, el estándar de prueba necesario para que el TDLC forme convicción suficiente para sancionar una conducta colusoria, es menos exigente que el que necesita un juez penal⁴¹³, esto se debe, siguiendo a los profesores, porque "nuestro TDLC no es un castigador penal, sino un regulador del comercio"⁴¹⁴ y exigir otro estándar en sede administrativa sería una invitación a coludirse⁴¹⁵. En otras palabras, creemos posible que un acuerdo que se dio por acreditado en sede infraccional puede ser desestimado en sede penal si para el Tribunal Oral en lo Penal no se aportó suficiente prueba que establezca más allá de toda duda razonable que hubo un acuerdo colusorio, sin perjuicio que el concepto de acuerdo utilizado en ambos tribunales para interpretar que se debe entender como tal, debiese ser el mismo.

Así, para poder dar una adecuada definición de lo que significa un acuerdo colusorio, es posible recurrir a la doctrina y jurisprudencia sobre la libre competencia. Como adelantamos anteriormente⁴¹⁶, en sede infraccional el legislador optó por no definir el concepto de acuerdo colusorio, entendiendo que ese es un rol que le corresponde a la jurisprudencia. En palabras de FERNANDO ARAYA: “(...) la noción de “acuerdo” en Derecho de la Competencia constituye un concepto amplio, no formalista, que se basa en la coincidencia o encuentro de las

⁴¹³ GRUNBERG, J. y MONTT, S. 2010. Op. Cit. 39p.

⁴¹⁴ GRUNBERG, J. y MONTT, S. 2010. Op. Cit. 33p.

⁴¹⁵ GRUNBERG, J. y MONTT, S. 2010. Op. Cit. 35p.

⁴¹⁶ Infra 1.2.2

intenciones de competidores más que en una manifestación externa de la existencia de dicho acuerdo. En este sentido, una señal inequívoca de un agente económico que manifiesta la intención de no competir agresivamente en una variable competitiva determinante, seguida de una manifestación de intención de un competidor de responder de forma favorable a esa señal (...)”⁴¹⁷. Por otro lado, el TDLC en una sentencia reciente ha reconocido que:

“En materia de libre competencia el término ‘acuerdo’ es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, ‘acuerdos o pactos de caballeros’, pautas de conducta, circulares, entre otros (Véase, en este sentido Areeda y Hovenkamp (2003), 1400a). Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un ‘acuerdo’, cualquiera sea el modo en que éste se manifieste”⁴¹⁸.

En consecuencia, en materia de libre competencia, para que se dé por acreditado un acuerdo colusorio, es necesario que exista un concierto de voluntades entre dos agentes económicos que sean competidores entre sí y que dicho concierto implique, en algún grado, una unificación de la competencia. De esta forma, concluimos que dicho acuerdo no requiere de ninguna formalidad (vale tanto escrito o verbal) y puede configurarse de múltiples formas, sin ser necesario que sea un contrato (en su sentido técnico) o que la manifestación de voluntad sea expresa. En este sentido, para que exista un acuerdo basta que exista un concierto de voluntades (consentimiento) por parte de los agentes económicos de querer llevar acabo la conducta.

⁴¹⁷ ARAYA, F. 2015. Op. Cit. 235p.

⁴¹⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2015. Sentencia N° 145. Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros; Rol C-265-13. Considerando 5to.

Dicho lo anterior, cabe agregar que, dicho acuerdo puede ser expreso o tácito en sede de libre competencia. Sin embargo, a diferencia de lo que señala literalmente el tipo infraccional, consta en las actas de la Historia Fidedigna de la Ley 20.945 que el tipo penal intencionalmente hace alusión solo a los denominados acuerdos *expresos*, no considerando a los acuerdos tácitos:

“(…) este tipo penal no se remite a todos los tipos de concierto entre competidores establecidos en el artículo 3° letra a) de la Ley de Defensa de la Libre Competencia (acuerdos expresos, acuerdos tácitos o prácticas concertadas), sino que específicamente a los "acuerdos". Y ello, porque esta es la forma de tipificación que se utiliza en las legislaciones comparadas. La lógica es que los acuerdos tácitos o prácticas concertadas son usualmente acreditados a través de indicios y prueba económica, lo cual generaría dudas a la hora de cumplir con el estándar probatorio penal que requiere acreditar la existencia del ilícito "más allá de toda duda razonable". De ahí que el tipo penal propuesto se refiere únicamente a las hipótesis de "carteles duros", que son los únicos en los cuales es posible alcanzar una convicción absoluta acerca de la anticompetitividad de la conducta”⁴¹⁹.

No estamos de acuerdo con lo señalado por la Comisión de Economía. Desde luego, quedan excluidos del tipo penal las colusiones tácitas o paralelismos conscientes, porque no son conductas ilícitas (Supra. 1.2.2)⁴²⁰. Luego, con respecto a los acuerdos tácitos creemos que existe una confusión y que se estaría cometiendo un error al dejarlos fuera del tipo penal. En primer lugar, porque si el sentido de la ley era dejar fuera a los acuerdos tácitos, debió estipularse exegéticamente que el tipo solamente sancionaba a los acuerdos expresos. No obstante, se decidió utilizar una terminología general (solo hablar de “acuerdo”, sin

⁴¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Op. Cit. 60p.

⁴²⁰ Cabe señalar que la tesis de ARAYA no es mayoritaria en doctrina, pero creemos que es la línea interpretativa correcta.

calificación), la cual debe entenderse igual en ambas sedes, como se señaló antes. La exclusión del legislador de los calificativos “expreso” y “tácito”, muestra más bien que es innecesaria hacer esa referencia, toda vez que se subentienden dentro de la idea general de “acuerdo”. Lo que se excluyó, por tanto, por el legislador fueron las colusiones tácitas, las que no se deben confundir con los acuerdos tácitos. En segundo lugar, desde el punto de vista hermenéutico sería complicado que el TDLC y el Tribunal Oral en lo Penal interpreten cosas distintas a raíz de una misma palabra (para uno, el “acuerdo” es tácito o expreso y, para el otro, es solo expreso). Claramente el sentido de utilizar la misma técnica legislativa al referirse a los acuerdos es que exista una coincidencia entre ambos, sino se generaría una inseguridad jurídica impropia de un sistema penal. Finalmente, si acudimos al estudio de los denominados casos emblemáticos, aquellos en los cuales probablemente también hubiese habido condena penal de estar vigente la ley, podemos observar que en ninguno de ellos existió un acuerdo expreso⁴²¹, sino que lo que hubo fue prueba indiciaria o indirecta que logró dar prácticamente por sentado que hubo un acuerdo entre competidores, más nunca se encontró prueba directa que diera por acreditado un cartel expreso. Es casi imposible encontrar una colusión en la cual los coludidos pacten expresamente, por ejemplo, a través de un contrato, un acuerdo colusorio. Dejar el tipo penal solamente para los acuerdos expresos haría que prácticamente la norma cayese en desuso. El problema que advierte la Comisión de Economía, no se refiere a lo que se debe incluir dentro del concepto de “acuerdo”, sino que más bien es un problema probatorio, en cuanto a los estándares de convicción exigidos en uno y otro procedimiento. El Ministerio Público, en sede penal, deberá hacer un esfuerzo probatorio más significativo que el que tuvo que hacer la Fiscalía Nacional Económica, para que el Tribunal Oral en lo Penal de por acreditado la existencia de un acuerdo tácito. Lo determinante será, que se logre acreditar más allá de toda duda razonable que el comportamiento de los competidores constituyó un consentimiento tácito de formar el acuerdo colusorio. En consecuencia, en nuestra

⁴²¹ Ver HERMOSILLA ZUÑIGA, F.I. 2016. Op. Cit.

opinión, debemos entender incorporados los acuerdos tácitos dentro del nuevo tipo penal.

Así, los acuerdos expresos son aquellos en que se manifiesta de manera explícita y directa la voluntad de las partes que se conciertan con el objeto de cooperar entre sí⁴²², por medio de alguna de las modalidades de colusión sancionadas. Como es evidente, este tipo de acuerdo colusorio es poco utilizado por aquellos competidores que se coluden, dado que, sabiendo que realizan una conducta ilícita, intentarán evitar por todos los medios su publicidad, de manera de que no sea descubierto. Por su parte, los acuerdos tácitos serán aquellos en que los sujetos activos no manifiestan su voluntad (el consentimiento) de forma directa y explícita, sino que “(...) se configura de manera tal que formalmente no es posible configurar la existencia del acuerdo, pero sin embargo, a propósito de los indicios que existen, es posible suponer o inferir la existencia de éste”⁴²³. Los indicios deberán mostrar hechos que revelan la inequívoca intención de los competidores en orden a coludirse. Así, la diferencia entre uno u otro será la manera en la que se exterioriza el acuerdo, es decir, la forma en que dicho acuerdo va ser apreciado por un tercero ajeno a dicho pacto⁴²⁴. Para diferenciar al acuerdo tácito de la práctica concertada, los cuales no se deben confundir dado que ésta última no es sancionada penalmente, como ahora explicaremos, es trascendente comprender que en el caso de las prácticas concertadas no existe pacto alguno que se haya convenido entre los competidores (consentimiento o acuerdo de voluntades específica), sino que hay un mera concurrencia de voluntades individuales que se resuelven en adoptar prácticas que representan un reemplazo de la competencia por un ambiente de cooperación entre los competidores⁴²⁵. No se ha celebrado ningún acuerdo, solo se sustituyó en la práctica el riesgo de la competencia.

⁴²² SPOLMANN, S. 2011. Op. Cit. 58p.

⁴²³ *Ibid.* 61p

⁴²⁴ *Ibid.* 61p.

⁴²⁵ *Ibid.* pp. 61-62

En efecto, el nuevo tipo penal excluye a las prácticas concertadas. A esta conclusión arribamos, en primero lugar, si se observa la literalidad de la descripción típica que realiza el art 62 del DL 211. A diferencia del tipo infraccional en el cual se menciona expresamente a las prácticas concertadas como una hipótesis posible de colusión, en sede penal se optó por excluir la referencia a ellas. Si el legislador se preocupó en el artículo 3 del DL 211 de distinguir a las prácticas concertadas de los acuerdos expresos o tácitos, significa que no entiende a las primeras dentro del concepto de “acuerdo”⁴²⁶. En esa línea, luego, si este mismo legislador se encargó de no mencionar a las prácticas concertadas cuando describe el nuevo tipo penal, no queda más que entender que ha buscado excluir su punibilidad. Dicho esto, si sabemos que una práctica concertada es algo diferente de un acuerdo tácito, esta exclusión no hace más que confirmar nuestra tesis de que estos últimos si son, por tanto, punibles según el nuevo delito de colusión. Luego, tal como señala la profesora NICOLE NEHME, se evita criminalizar a las prácticas concertadas debido al problema que existe al distinguirla de los paralelismos consientes. Las prácticas concertadas siempre son zonas de grises, su naturaleza misma hace que siempre exista duda. En otras palabras, no existe una práctica concertada que más allá de toda duda razonable sea acreditada como tal, por eso estás quedan fuera del tipo penal. Aquí se puede apreciar una de las diferencias restrictivas que tiene el nuevo tipo penal en comparación con el ilícito infraccional.

Por otro lado, vale mencionar que ciertos autores al referirse a los acuerdos colusivos hablan de “*conspiración monopólica*”⁴²⁷. Ello, sin embargo, no debe llevarnos a errores desde la óptica del derecho penal. En efecto, en penal cuando se habla de conspiración, se trata de aquellos casos en que “la ley castiga expresamente conductas que no realizan parte alguna del tipo del delito consumado, adelantando de esta manera la protección penal del bien jurídico

⁴²⁶ *Ibíd.* pp. 39-49.

⁴²⁷ Así, por ejemplo, el profesor Domingo VALDÉS. *En:* VALDES, D. 2006b. *Op. Cit.* También SPOLMANN, *en:* SPOLMANN, S. 2011. *Op. Cit.* pp. 48–49.

contra determinadas formas de atentados”⁴²⁸. En estos casos se sanciona actos preparatorios que se encuentran *ex ante* del comienzo de la ejecución del tipo de un delito que se encuentra consagrado. Estos actos no forman parte de la ejecución misma de ese delito. En este sentido, no podemos decir que en el caso del “acuerdo” del delito de colusión se trata de una conspiración entre competidores, puesto que dicho “acuerdo” es elemento objetivo integrante del propio tipo de la colusión (es la ejecución misma del delito que atenta contra la libre competencia), el cual se consume por su sola existencia, debido a que el objeto de ese acuerdo es digno de reproche penal para el legislador. Es un delito de peligro abstracto, no un acto de preparación de otro injusto. Con el acuerdo, no se está anticipando la protección de la libre competencia que realiza otro delito que se pueda cometer en el futuro, sino que el acuerdo por si mismo ya es injusto. Además, el artículo 8 del Código Penal señala que la conspiración solo es punible en los casos en que la ley las pena especialmente, lo que no se da en este caso. La vinculación conceptual que la doctrina de la libre competencia hace entre la idea de conspiración y la de colusión, apela simplemente a que la fuente de esta conducta potencialmente dañosa arranca de una “concertación” de dos o más competidores⁴²⁹. Por tanto, no obstante que penalmente el nuevo delito de colusión no es un acto preparatorio en el sentido del artículo 8, este vínculo conceptual no hace sino confirmar la noción que de “acuerdo” hemos afirmado aquí, donde lo importante es el concierto de voluntades (el consentimiento). Lo que es aún más evidente si se observa la definición que de conspiración da el legislador penal: “conspiración existe cuando dos o más personas se *conciertan* (...)”⁴³⁰. Como explica CURY, la conspiración requiere que un sujeto, primero, *manifieste su voluntad* a otras personas para que participen, juntamente con él, en la realización de un hecho y, luego, que éstos *la acojan* explícitamente, lo que produce un acuerdo⁴³¹.

⁴²⁸ CURY, E. 2005. Derecho Penal. Parte General. Octava edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 560p.

⁴²⁹ VALDES, D. 2006b. Op. Cit. 517p.

⁴³⁰ Chile. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal. Noviembre 1874. Artículo 8.

⁴³¹ CURY, E. 2005. Op. Cit. 561p

Para culminar la caracterización del elemento típico “acuerdo”, falta resolver desde qué momento se deberá entender que éste existe. Agrupando todo lo dicho hasta acá y agregando, además, el sentido común y obvio que tiene la palabra acuerdo⁴³², concluimos que este consiste en un concierto de voluntades entre dos o más competidores, que se manifiesta de forma expresa o tácita. Recurriendo a la idea de consentimiento utilizada por la Teoría del Acto Jurídico del derecho civil -para la cual éste también consiste en un acuerdo de voluntades⁴³³-, podemos entender que se habrá formado dicho consentimiento, y por tanto existirá acuerdo, cuando conste en el caso concreto que ha habido una aceptación por parte de cada uno de los competidores de la oferta común consistente en ejecutar alguna de las modalidades de colusión que el artículo 62 del DL 211 proscribiera⁴³⁴.

B) Finalidades o modalidades de colusión

Tal como reiteradamente hemos señalado, la tipicidad del delito de colusión exige, como elemento adicional al acuerdo, que esta concertación que involucre competidores verse sobre algunos de los fines u objetivos específicos que el legislador decidió castigar penalmente. Lo punible es un acuerdo colusorio, carácter o naturaleza que adquiere precisamente por su contenido consistente en alguna de las modalidades que describe la misma norma del artículo 62 del DL 211. Las formas o modalidades de colusión que se incorporaron en el nuevo tipo penal son las que siguen:

- 1.- Fijación de precios de venta o de compra de bienes o servicios.
- 2.- Limitación de la producción o provisión de bienes o servicios.

⁴³² Según el Diccionario de la Real Academia Española, acuerdo es: “*Convenio entre dos o más partes*”. En: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la lengua Española. Vigésimotercera edición. Madrid. [en línea] <http://www.rae.es> [consulta: 20 agosto 2017]

⁴³³ VIAL, V. 2006. Teoría General del Acto Jurídico. Quinta edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 62p.

⁴³⁴ Esto, siguiendo la *teoría de la declaración* señalada por la doctrina civil, según la cual el consentimiento se forma en el momento en que el destinatario acepta la oferta. En: VIAL, V. 2006. Op. Cit. 74p.

3.- División, asignación o repartición de zonas o cuotas de mercado.

4.- Afectación del resultado de licitaciones.

Fijación de precios

Esta forma de colusión, conocida internacionalmente en inglés como *price fixing*, es la más típica violación a las leyes antimonopolísticas y, a la vez, una de las más perseguidas por el efecto dañino que genera en la competencia⁴³⁵. Definida por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos como “un acuerdo entre competidores para aumentar, fijar o mantener de otra manera el precio en el cual sus bienes o servicios son vendidos”⁴³⁶, es, sin embargo, una caracterización insuficiente, toda vez que en dicho concepto es posible de incorporar un conjunto no taxativo de conductas, que tienen en común que lo que las subyace es la restricción del precio competitivo del bien o servicio ofrecido en el mercado⁴³⁷. Es decir, incluye cualquier acuerdo que influya en su determinación. Esto es importante de resaltar, ya que a la hora de analizar si la conducta del competidor cae en la descripción típica no deberá confundirse la idea de fijación de precios únicamente con aumentos de éstos, sino que incluso son parte de esta modalidad de colusión, por ejemplo, las disminuciones o descuentos concertadas de precios.

Ahora bien, sin poder restringir a un catálogo cerrado la formas de *price fixing* que se pueden encontrar en el mercado, siguiendo las referencias entregadas por la Antitrust División de EE.UU, organismo responsable de la persecución criminal de la colusión en dicho país⁴³⁸, podemos señalar algunas de las conductas que configurarían colusión además de la fijación de precios comunes y mayores a los competitivos.

⁴³⁵ MIRANDA, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. [en línea] <<http://www.centrocedec.files.wordpress.com>> [consulta: 15 julio 2017] 17p.

⁴³⁶ DEPARTMENT OF JUSTICE. Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for. An Antitrust Premier. [en línea] <<http://www.justice.gov>> [consulta: 15 julio 2017] Traducción propia del original en inglés. 2p.

⁴³⁷ *Ibíd.* 2p.

⁴³⁸ *Ibíd.* 2p.

a) En primer lugar, encontramos el establecimiento de descuentos de precio concertados por parte de algún grupo de competidores, quienes fijan uno distinto del que correspondería de haber competencia. Este caso no deja de llamar la atención, toda vez que se trataría de una circunstancia en que la acción típica beneficiaría, a lo menos aparentemente, a los consumidores. Pero como el bien jurídico tutelado no son los consumidores sino la libre competencia, esta conducta cae dentro de las sancionadas por la ley. Lo mismo sucede con la fijación de bonificaciones, comisiones y, en fin, de otros elementos que influyan en la determinación del precio del producto⁴³⁹.

b) Otra forma de fijación de precios consiste en el mantenimiento firme de un precio de bien o servicio. Sería la situación en que los competidores consienten en mantener el mismo precio sin alteración para los productos que venden durante un periodo de tiempo.

c) La eliminación o reducción de descuentos acordados por los competidores también constituye una manera de fijar precios. Supongamos aquí el caso, por ejemplo, de competidores que, en una lucha de precios a la baja por liderar un mercado determinado, acuerdan terminar con los descuentos que estaban ofreciendo para atraer clientes.

d) Por otra parte, el precio competitivo se puede ver restringido por medio de la adopción de una fórmula estandarizada para calcular los precios de los productos puestos a la venta. Nótese aquí que lo que se fija no es directamente un precio común de los productos vendido por los competidores, sino que una escala estandarizada para su cálculo a la que cada competidor en particular deberá someterse, por lo que no necesariamente se expresará en precios uniformes entre ellos.

⁴³⁹ HERMOSILLA ZUÑIGA, F.I. 2016. Op. Cit. 11p.

e) El mantenimiento de ciertas diferencias de precios entre distintas clases, tamaños o cantidades de productos ofrecidos al mercado. En este caso se restringe la posibilidad de vender a precios similares productos que presentan algunos componentes diferentes.

f) El cumplimiento de *tarifas mínimas o máximas* que los agentes acuerden para la venta de bienes o servicios⁴⁴⁰, o el cumplimiento de *programaciones de precios* que deberán seguirse en el tiempo. Esta última fórmula se refiere a la elaboración de un calendario común para variaciones de los precios ofrecidos por cada competidor.

g) La fijación de condiciones comunes de créditos que se ofrecen en el mercado. Podría ser la situación de bancos o entidades financieras que acuerden no entregar créditos para ciertas actividades o personas.

h) Finalmente, podemos mencionar la restricción de precios competitivos a través del método de no anunciar los precios de venta por los competidores. Lo anterior impide la competencia, toda vez que no permite que los consumidores comparen precios entre competidores y, por tanto, éstos pueden fijarlos con mayor flexibilidad.

Lo que hemos manifestado debe entenderse no solo respecto de precios de venta de productos o servicios, sino -como el tipo penal señala- es analogable también a la determinación de los precios de compra de ellos. Con esto, nos ponemos en el supuesto de que dos o más competidores se concierten para fijar el precio al que comprarán los insumos que ofrecen determinados proveedores⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Así también HERMOSILLA, F. En: *Ibíd.* 10p.

⁴⁴¹ SPOLMANN, S. 2011. 93p.

⁴⁴². Ahora bien, recuérdese que el nuevo delito de colusión no requiere que dichos sujetos activos logren un poder de mercado tal que permita que efectivamente ese sea el precio al que finalmente se les vendan los insumos. Este delito no requiere la lesión de la libre competencia para su configuración.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse si la forma en que está descrita en el tipo penal esta modalidad de colusión responde a la garantía establecida en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución, el principio de tipicidad (legalidad), pues puede observarse que se trata de un ámbito completamente abierto. La conducta castigada no está establecida con claridad en el tipo. Ello es criticable desde el punto de vista penal, en razón a que en esta sede se entiende que solo deben castigarse las conductas descritas en la ley bajo una interpretación estricta. Esto mismo se alegaba precisamente respecto del tipo penal existente en nuestro país con anterioridad al año 2003. Sin embargo, si bien podría observarse acá un caso de ley penal en blanco⁴⁴³, estimamos que sería inútil intentar establecer un catálogo cerrado de variantes de *price fixing*. Esta es una de aquellas materias que cae dentro de aquellas que justifican la existencia de esta clase de figura, dado que se trata de un ámbito sujeto a cambios o precisiones técnicas difíciles de abarcar en su totalidad⁴⁴⁴. Intentar lo contrario o interpretar el nuevo tipo penal circunscrito únicamente a una forma de fijación de precios, creemos que serían inconveniente, tornaría inútil a este nuevo delito, y podría frustrar la percusión penal de la colusión en muchos casos. Se trata de un riesgo inherente a estas materias económicas susceptibles a múltiples cambios. Por lo demás, el núcleo de la conducta castigada sí se encuentra perfectamente definido en la norma⁴⁴⁵.

⁴⁴² En la jurisprudencia antimonopólica pueden verse casos como el descrito, como el de la Sentencia N°7 del año 2004 dictada por el TDLC.

⁴⁴³ "(...) las que remiten la determinación de la materia de la prohibición a una norma de rango inferior, generalmente un reglamento u otra disposición normativa emanada de la autoridad administrativa" Cfr. En: POLITOFF, S., MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. C. 2014. Op. Cit. 96p.

⁴⁴⁴ Ibíd. 97p.

⁴⁴⁵ De acuerdo a lo exigido por el Tribunal Constitucional. En: Ibíd. 97p.

Limitación de la producción o provisión de bienes o servicios

El nuevo tipo penal señala además que el acuerdo que involucra a los competidores puede tener la finalidad de limitar la producción o provisión de bienes o servicios en una o más mercados. En primer lugar, debemos entender que acá se trata de la situación en que un grupo de sujetos activos, que en un principio competían entre sí, se concierta para limitar su producción de determinados productos a ciertas cantidades preestablecidas entre ellos⁴⁴⁶. De esta manera, se intenta aumentar los precios de dichos bienes o servicios para así lograr mayores utilidades⁴⁴⁷. En segundo lugar, cabe preguntarse a qué forma de colusión se refiere el legislador cuando habla de limitar la provisión de bienes o servicios. Desde luego, dicho verbo introducido en el tipo penal constituye una innovación respecto a lo consagrado en el tipo infraccional, el cual solo habla de la limitación de la producción. Esta introducción proviene del proyecto original enviado por el ejecutivo al Congreso y se mantuvo de esa forma hasta el final. Luego, si se investiga en la historia fidedigna de la ley 20.945 no se encuentra una referencia explícita al contenido de esta forma de colusión. Por tanto, siguiendo su sentido natural y obvio, de acuerdo a lo ordenado por las reglas de interpretación de la ley ubicadas en el Código Civil (elemento gramatical), podemos determinar su contenido. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define “proveer”, en su segunda acepción, como “suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin”⁴⁴⁸. Dicha definición calza perfectamente con lo que estimamos corresponde entender como la finalidad castigada en este caso por el delito de colusión. Efectivamente, lo que el legislador busca prohibir son aquellos acuerdos en que dos o más competidores que son proveedores de insumos de otros agentes que compiten elaborando productos para un mercado diferente aguas abajo, no se vean perjudicados por una limitación en el

⁴⁴⁶ COLOMA, G. 2003. Defensa de la competencia: análisis económico comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina. 101p.

⁴⁴⁷ SPOLMANN, S. 2011. Op. Cit. pp. 93-94.

⁴⁴⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la lengua española. Vigésimotercera edición. Madrid. [en línea] <http://www.rae.es> [consulta : 20 agosto 2017]

suministro de lo que requieren para su proceso productivo, pues ello llevará evidentemente a un alza de los precios ilícita de los insumos y, finalmente, del producto final.

División, asignación o repartición de zonas o cuotas de mercado

Respecto de esta modalidad de colusión, cabe observar que se pueden distinguir acá, en verdad, dos conductas distintas reguladas en una misma descripción típica: Por un lado, la asignación de cuotas de mercado y, por otro, la división o repartición de zonas de mercado.

En esa línea, lo primero que podemos señalar es que, en el caso de la finalidad del acuerdo consistente en asignarse cuotas de mercado, puede ésta perfectamente entenderse incorporada como una forma de la modalidad limitación de la producción, antes analizada⁴⁴⁹. En efecto, la asignación de cuotas de mercado consiste, en términos generales, en un acuerdo para restringir o limitar cuantitativamente la cantidad a producir por parte de los competidores⁴⁵⁰. Por tanto, lo que ocurre es que los sujetos activos acuerdan no competir entre ellos y producir cantidades menores que las que elaborarían de no existir acuerdo. De esta forma, sería un matiz de la finalidad de limitación de la producción y, por ello, una especificación de una de las maneras en que ésta se puede acordar indirectamente por los competidores, y que también se castiga penalmente. Desde la óptica del derecho penal (y del principio de legalidad), parece correcto y siempre deseable que se busque clarificar que para este tipo penal también es punible esta manera de limitar la producción. Ahora bien, de no haberse señalado expresamente en el tipo, podríamos igualmente haber concluido que era punible en nuestro derecho.

⁴⁴⁹ SPOLMANN, S. 2011. Op. Cit. pp. 94-95. Así también, HERMOSILLA, F. En: HERMOSILLA ZUÑIGA, F.I. 2016. Op. Cit. 11p.

⁴⁵⁰ SPOLMANN, S. 2011. Op. Cit. 95p

No sucede lo mismo con la finalidad relativa a dividirse o repartirse zonas de mercado. Esta modalidad no puede considerarse una simple variante de la limitación de producción, toda vez que incluye conductas muy distintas a ella. El llamado reparto de mercado consiste en un acuerdo en virtud del cual los competidores se asignan entre ellos áreas geográficas, clases de clientes o categorías de productos para comercializar de forma exclusiva, lo que las libera de tener que competir con los demás miembros del acuerdo⁴⁵¹. Es el caso, por ejemplo, en que un competidor acuerda vender únicamente a clientes de ciertas zonas geográficas del país, al tiempo que se priva vender, o les establece intencionalmente precios muy altos, a clientes de otras zonas asignadas al otro competidor con el que se coordinó⁴⁵². De lo anterior, se observa que esta modalidad desborda a la simple limitación de producción, lo que nos lleva a concluir que en este caso sí se busca castigar penamente una finalidad de acuerdo diferente. Cabe señalar que en este caso se deben entender como sinónimos los verbos “dividir” y “repartir”, toda vez que de acuerdo a la segunda acepción que entrega el diccionario de la Real Academia Española, dividir significa “distribuir o repartir algo entre varios”⁴⁵³. En ese sentido, el tipo infraccional del artículo 3 letra a) del DL 211 habla de “asignarse zonas o cuotas de mercado”, utilizando únicamente el verbo “asignar” para identificar estas conductas que estamos describiendo. Por ello, estimamos que en el caso del tipo penal se debe realizar una interpretación restringida y entender que “repartir”, “dividir” o “asignar” son sinónimos que manifiestan lo mismo, pues de lo contrario se le daría al injusto penal una amplitud carente de toda lógica en comparación a lo que sucede en sede administrativa. En otras palabras, no son palabras extensivas del tipo penal, sino superfluas⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ COLOMA, G. 2003. Op. Cit. 102p.

⁴⁵² DEPARTMENT OF JUSTICE. Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for. Op. Cit. 3p. Traducción propia del original en inglés.

⁴⁵³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la lengua Española. Vigésimotercera edición. Madrid. [en línea] <http://www.rae.es> [consulta : 20 agosto 2017]

⁴⁵⁴ En la línea de lo planteado por el profesor BASCUÑAN, A. En: SEMINARIO: Nueva ley de fortalecimiento del sistema de defensa de la libre competencia: 8 de septiembre de 2016. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Afectación del resultado de licitaciones

Respecto a esta modalidad de colusión son dos las cuestiones a las cuales debemos referirnos. Por un lado, determinar en qué consiste en específico esta finalidad del acuerdo colusivo. Por otra parte, cuáles son los sujetos que están particularmente vinculados a esta hipótesis de coordinación, ya que el tipo penal realiza una restricción especial en este caso respecto a la fuente de la licitación.

Los acuerdos entre competidores con el objeto de afectar el resultado de procesos de licitación son conocidos también en el mundo anglosajón con el nombre de *Bid Rigging*. Se trata de la situación que se presenta “(...) cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación”⁴⁵⁵. Los procesos de licitación buscan obtener menores precios o mejores productos, de manera que el dinero que invierte el comprador adquiera un mayor valor. Una licitación generará dicho resultado únicamente cuando los agentes del mercado compiten de forma real, con independencia y honestamente⁴⁵⁶.

Ahora bien, tal como sucedía con los acuerdos de precios, una *Bid Rigging* puede también tomar diferentes formas⁴⁵⁷, algunas de las cuales son necesarias de mencionar. Lo anterior, toda vez que en la mayoría de los casos este tipo de acuerdos caerá dentro de una o más de las más típicas formas que a continuación mencionaremos. Para ello, seguiremos lo dicho tanto por la OCDE como por la Antitrust División de los Estados Unidos.

⁴⁵⁵ Cfr. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). 2009. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. [en línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>> [consulta: 15 agosto 2017] 1p

⁴⁵⁶ *Ibíd.* 1p.

⁴⁵⁷ DEPARTMENT OF JUSTICE. Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for. Op. Cit. 2p. Traducción propia del original en inglés.

a) Las llamadas ofertas de resguardo (*Complementary Bidding*). Estas ocurren cuando algunos competidores se conciertan y acuerdan enviar al proceso de licitación ofertas de precios de venta de sus productos que son muy altas para ser aceptadas u ofertas que contienen términos especiales que no van a ser aceptados por el comprador⁴⁵⁸. El objetivo de dichas ofertas no será la obtención de la aceptación del licitador (ganar la licitación), sino que son diseñadas únicamente para dar al proceso de licitación la apariencia de ser competitivo, de manera que pueda ser adjudicada. Las ofertas de resguardo son la forma más común de manipulación de resultado de licitaciones⁴⁵⁹. Defraudan al comprador al lograr aumentar secretamente los precios por medio de la creación de una aparente competencia.

b) La supresión de ofertas o "*bid suppression*" en inglés, consiste en un esquema en que los competidores acuerdan abstenerse de presentar ofertas en la licitación o retirar la ya presentada, con el objeto de que se adjudique la licitación al ganador que ellos designan⁴⁶⁰.

c) Luego encontramos la rotación de ofertas (*bid rotation*), en donde lo que sucede es que los competidores acuerdan seguir participando en las licitaciones, pero se determinan turnos para que cada uno de ellos sea el ganador (el que presente la mejor oferta) en alguna de ellas⁴⁶¹. Evidentemente, la manera en que éstos planifiquen cuál será el ganador asignado para cada evento podrá depender de múltiples criterios que se escojan, por tanto, no será siempre igual.

d) Otra manera de afectar resultado de licitaciones es el caso de la asignación de mercado, que sucede cuando los competidores se conciertan para repartirse zonas geográficas del mercado o a determinados clientes. De esta manera, los

⁴⁵⁸ *Ibíd.* 2p.

⁴⁵⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). 2009. *Op. Cit.* 2p.

⁴⁶⁰ *Ibíd.* 2p.

⁴⁶¹ *Ibíd.* 2p.

competidores no harán ofertas o sólo realizarán ofertas de resguardo en licitaciones que correspondan a la clase de cliente potencial asignado a otro agente del mercado⁴⁶². Lo mismo tendrá que hacer ese competidor cuando se trate de otros tipos de clientes que no le corresponden según el acuerdo.

d) Finalmente, podemos agregar los casos de *subcontracting* (subcontratación). Este esquema es frecuentemente utilizado de la mano de alguna de las otras clases de *bid rigging*. Se trata de competidores que acuerdan no participar en una licitación o realizar ofertas perdedoras, pero a cambio de ser luego subcontratados por el “mejor” postor⁴⁶³. Con ello, se pueden repartir o compartir las ganancias derivadas de los precios inflados injustamente y provenientes del contrato ganado sin competencia.

En definitiva, si se observan los elementos frecuentes de todas estas formas de afectación de resultados de licitación, se puede concluir que todas tiene en común el hecho de ser un acuerdo entre todos o algunos de los competidores de una licitación, en el cual se predetermina anticipadamente la oferta que será ganadora y se limita o elimina la competencia entre los vendedores concertados⁴⁶⁴. Adicionalmente, nos remitimos a lo dicho al hablar sobre la modalidad de fijación de precios en lo referente a la posible crítica por la amplitud que muestra acá el tipo penal. Estimamos que, por las mismas razones, deben entenderse incluidas en la descripción típica todas estas formas no taxativas de *bid rigging*. El tipo penal señala con suficiente amplitud ambas modalidades de colusión, lo que nos permite incorporar estos diversos contenidos de acuerdo colusorio. Además, el núcleo del injusto está en la “celebración” de un acuerdo con cierto contenido anticompetitivo, y no en la especificidad del contenido del mismo (recuérdese que se trata de un delito de peligro abstracto), el cuál más bien nos

⁴⁶² *Ibíd.* 2p.

⁴⁶³ DEPARTMENT OF JUSTICE. Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for. *Op. Cit.* 3p. Traducción propia del original en inglés.

⁴⁶⁴ *Ibíd.* 3p. Traducción propia del original en inglés.

muestra la intencionalidad del sujeto activo, cuestión que se analiza en el ámbito de la faz subjetiva del tipo.

Por otro lado, el nuevo tipo penal establece una restricción importante en esta parte respecto a la fuente de la licitación afectada y, por tanto, los sujetos implicados. En efecto, una de las diferencias que anteriormente anotábamos entre el nuevo tipo penal y el tipo infraccional del artículo 3 letra a) del DL 211 se refiere a que el primero exige que la licitación que se afecte sea de aquellas “(...) realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos”. Dicha caracterización del sujeto que compra por medio de licitación no se efectúa en sede administrativa, donde simplemente se habla en general de la afectación de procesos de licitación. Ya hablamos de lo razonable que resulta esta especificación en sede penal (Supra. 5.3). Solo cabe agregar ahora que esta restricción resulta, además, justificada en su fondo por lo especialmente gravosos y dañinos que resultan los esquemas de afectación de licitaciones que provienen de esta clase de compradores (adquisiciones públicas), ya que lo que está en juego en esas ocasiones es el patrimonio del Estado y, en consecuencia, de los contribuyentes. En palabras de la OCDE, “este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo”⁴⁶⁵. Lo anterior hace aún más atendible que nuestro legislador haya buscado penalizar únicamente estos casos de afectación de licitaciones y, a la vez, demuestra nuevamente que lo que se quiere castigar son aquellas conductas que demuestran por su naturaleza una especial intencionalidad reprochable del sujeto activo.

Pues bien, dicho lo anterior, podemos concluir que en esta modalidad de colusión podrán ser sujetos activos del delito personas naturales que vinculen tanto a competidores de derecho privado como de derecho público, pero solo en el

⁴⁶⁵ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). 2009. Op. Cit. 1p.

caso de que su coordinación se realice para afectar una licitación convocada por uno de los siguientes sujetos:

- a) Empresas públicas.
- b) Empresas privadas prestadoras de servicios públicos.
- c) Órganos públicos.

En consecuencia, si bien “las instituciones públicas y privadas a menudo recurren a procesos de licitación competitiva para obtener un mayor valor por el dinero que invierten”⁴⁶⁶, en el caso del nuevo tipo penal de colusión se excluye, por regla general, la punibilidad de los acuerdos dirigidos a afectar las licitaciones llamadas por las segundas⁴⁶⁷. Así, la única posibilidad en que un privado se verá involucrado como licitador en un delito de colusión bajo esta modalidad será el caso de aquel que, como requisito, además presta un servicio público.

5.3.2 Faz subjetiva

Dentro de la estructura del tipo penal de todo delito encontramos, además de los elementos objetivos, la faz subjetiva. Por regla general, la ley penal castiga a una persona cuando su acción estaba dirigida a la realización del hecho típico⁴⁶⁸. Con esto, nos referimos a los delitos dolosos, donde el elemento subjetivo que compone su estructura consiste en el denominado dolo (a diferencia de lo que sucede con los cuasidelitos que exigen únicamente culpa del sujeto activo). En este sentido, los delitos se caracterizan “(...) por una rigurosa coincidencia entre la finalidad y el hecho típico objetivo, es decir, entre la faz

⁴⁶⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). 2009. Op. Cit. 1p.

⁴⁶⁷ Esto, a diferencia de lo que sucede en Estado Unidos, según se dijo en Supra 3.1.2.2.

⁴⁶⁸ CURY, E. 2005. Op. Cit. 326p.

subjetiva y objetiva de la acción”⁴⁶⁹. De esta forma, el dolo es el contenido básico de la faz subjetiva y lo necesario para la configuración de todo delito.

En el caso del nuevo tipo penal de colusión, el art. 62 del DL 211 señala “*El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo (...), para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios (...)*”. La palabra “para” nos manifiesta el elemento o ánimo subjetivo que el injusto requiere para su tipicidad. Esto significa que no basta con la elaboración de un acuerdo entre competidores con un contenido consistente en alguna de las modalidades señaladas (Supra. 5.3.1.3) para que se constituya el delito, sino que se requiere que dicho acuerdo haya sido perseguido intencionalmente por sus autores. De esto se puede concluir que el delito de colusión exige, como es la regla general, dolo de parte del sujeto activo, y sin excepción que haga punible los casos en que concurra únicamente culpa de éste (cuando es punible un cuasidelito deben estar señalado por la ley). En esa misma dirección apuntaba la jurisprudencia de nuestro país al interpretar la antigua redacción del ilícito infraccional de colusión del artículo 3 letra a), anterior a la reforma del año 2009 que lo modificó. Su redacción hablaba de que el acuerdo debía tener por objeto alguna de las modalidades de colusión⁴⁷⁰, lo cual parece ser similar a lo que exige el nuevo tipo penal. Interpretando dicha descripción la Corte Suprema resolvía:

“Que, de otro lado, hay que dejar claramente sentado que la disposición legal en comento exige que las actuaciones sean <<realizadas con el objeto de...>>, esto es, se requiere que haya una finalidad claramente perseguida y demostrada en el respectivo proceso”⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ CURY, E. 2005. Op. Cit. 303p.

⁴⁷⁰ La antigua redacción decía: “*Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran*”.

⁴⁷¹ CORTE SUPREMA. Requerimiento del fiscal nacional económico en contra de empresas distribuidoras de combustibles líquidos. 26 de octubre de 2005. Rol N° 3327- 2005. 10p.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse ahora si el dolo que exige la norma legal puede ser directo o eventual. El dolo directo es aquel que concurre cuando el objetivo perseguido por el sujeto activo es la realización de la acción típica; el eventual aquel en que el sujeto habiéndose representado la producción de la acción típica como una posible consecuencia de su comportamiento, la acepta voluntariamente en caso de que se realice⁴⁷². Estimamos, en base a la misma interpretación jurisprudencial que citamos y siguiendo, además, al profesor ANTONIO BASCUÑÁN⁴⁷³, que cuando el tipo penal utiliza la palabra “para” está expresando como elemento subjetivo del tipo la necesidad de que concurra dolo directo en los sujetos que intervienen en el acuerdo anticompetitivo, lo cual es otra restricción muy importante que presenta el nuevo tipo penal en comparación al actual ilícito infraccional. En este sentido, el delito sí es más restrictivo que la infracción de colusión. En consecuencia, el autor del delito de colusión quiere intervenir en un acuerdo o concierto colusivo con sus competidores, porque precisamente éste tiene alguna de las finalidades descritas en la norma (fijar precios, limitar producción, etc.). En efecto, es imposible encontrar un caso en que alguien participe en un acuerdo sin perseguir directamente alguna de esas modalidades (pues precisamente ese es el contenido que distingue a este acuerdo), y solo se “represente” como una alternativa posible un acuerdo de este tipo, pero sin perseguirlo. Precisamente, la circunstancia de que el tipo exija que el acuerdo sea para uno de esos fines, manifiesta el ánimo o intención directa del sujeto activo. Más aún, ello es evidente si se considera que este tipo de atentados a la libre competencia se ejecutan con un carácter secreto y confidencial, mediante complejas acciones y gestiones que buscan el exitoso desarrollo del acuerdo durante el tiempo que se pretende sostener⁴⁷⁴.

⁴⁷² CURY, E. 2005. Op. Cit. pp. 316-317.

⁴⁷³ BASCUÑÁN, A. Ponencia. SEMINARIO: Nueva ley de fortalecimiento del sistema de defensa de la libre competencia: 8 de septiembre de 2016. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

⁴⁷⁴ SPOLMANN, S. 2011. Op. Cit. 100p.

Por último, hay que mencionar que, por regla general, la faz subjetiva del tipo en los delitos dolosos se agota en la congruencia entre conocimiento, voluntad de realización (elemento intelectual y volitivo que caracteriza al dolo) y los requisitos objetivos del hecho típico⁴⁷⁵. Es decir, por la presencia de dolo en el autor. Sin embargo, hay delitos que requieren también de otros elementos subjetivos que integren el contenido de la faz subjetiva. En este punto debemos tener cuidado cuando interpretamos el nuevo tipo penal de colusión. A nivel comparado se ha discutido la idea de introducir como requisito para la persecución penal de la colusión la existencia de un ánimo especial en los sujetos activos, que permita diferenciar los casos que se criminalizan en contraste de los que constituyen solo infracción administrativa. Así, por ejemplo, en el Reino Unido surgió la idea del *deshonesty*, que exigía a los miembros del jurado para poder condenar al autor de colusión evaluar si la conducta de los sujetos había sido, hecha de forma deshonesta, esto es, si en el caso concreto los sujetos tenían conciencia de que estaban actuando de forma deshonesta (Supra. 3.3.2.1). Ello significaba la exigencia de un dolo especial para la configuración del delito de colusión, lo cual se entendió luego como un obstáculo excesivo para un delito tan complejo como éste, donde las pruebas son de carácter económico y en donde muchas veces el acuerdo se prueba por indicios o sin tenerse más antecedentes previos que el solo acuerdo expreso. Todo esto vuelve inoperante la existencia de un tipo penal que intente criminalizar la colusión. Frente a este asunto, es claro que en el caso del nuevo injusto del artículo 62 del DL 211 no se exige la presencia de un ánimo o dolo especial de este tipo, pues no lo señala así el legislador. Por tanto, sería un error que los tribunales ahondaran en algo semejante. No obstante, debemos considerar que cuando el tipo penal utiliza en su descripción la palabra “para”, no solo está caracterizando el contenido objetivo que debe tener el acuerdo colusivo para ser punible (la modalidad de colusión), sino también expresa un elemento subjetivo del tipo que acompaña al dolo. En efecto, el tipo exige que el sujeto activo exhiba una intención claramente

⁴⁷⁵ CURY, E. 2005. Op. Cit. 322p.

manifestada consistente en querer que, a través de su acuerdo, se consiga alguno de los fines de la norma (fijar precios, limitar producción, etc.), pues lo celebra especialmente “para” eso⁴⁷⁶. Así, el contenido o naturaleza propia del acuerdo expresa, a la vez, la voluntad directa y especial de su autor⁴⁷⁷. Para efectos sistemáticos, la apreciación de la existencia de un elemento subjetivo del tipo conduce, en general, a la exclusión del castigo a título de dolo eventual o culpa, ambos incompatibles con esta especial intención que se requiere del autor⁴⁷⁸, lo que confirma nuestra interpretación de que para la configuración del nuevo delito de colusión se requiere probar dolo directo y no eventual.

⁴⁷⁶ Una interpretación similar en: AVILÉS, J. 2017. 15p.

⁴⁷⁷ En este sentido, pero refiriéndose al caso de los acuerdos expresos, en: SPOLMANN, S. 2011. Op. Cit. 58p.

⁴⁷⁸ POLITOFF, S., MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. C. 2014. Op. Cit. 194p.

REFLEXIONES FINALES

No es posible concluir la presente investigación sin realizar un breve recuento de las principales conclusiones que se pueden derivar de todo lo que hemos expuesto hasta acá. Para efectos de orden y buena comprensión, nos permitimos ordenarlas numéricamente:

1. El nuevo delito de colusión introducido por la ley 20.945 viene a incorporarse a un sistema de la libre competencia que se destaca por un histórico carácter administrativo, a diferencia de lo que sucede en otros países donde la persecución penal tiene una larga data (así, por ejemplo, Estados Unidos). Debido a esto, no podemos sino recurrir a la doctrina y jurisprudencia de la libre competencia que existe en sede infraccional para poder comprender conceptualmente este nuevo injusto penal e interpretar sus alcances. Por ello, en esta investigación era importante hacer uso no solo de conceptos del Derecho Penal, sino también de las conceptualizaciones desarrolladas por los autores del Derecho de la Libre Competencia y utilizadas en nuestro país para comprender los ilícitos administrativos.

2. El análisis de la justificación de la imposición de sanciones penales para el injusto de colusión, obliga a tener en consideración argumentos de índole económicos, retributivos y preventivos. Sin embargo, hay que mencionar que en nuestro país la discusión parlamentaria para la creación del nuevo delito se centró prácticamente en el componente disuasivo que debía buscarse con este ilícito. Para la mayoría, la necesidad de penalizar los carteles estaba en evitar que estos se siguiesen originando, ya que dañaban enormemente a los consumidores y la confianza de ellos en el sistema económico. Por tanto, era necesario establecer penas efectivas de cárcel, de manera que los grandes agentes del mercado sintieran el riesgo de actuar concertados. Sin embargo, el contexto y la manera de tramitación de la Ley 20.945 nos enseña también un importante componente

retributivo. En efecto, su entrada en vigencia coincidió con un creciente número de emblemáticos casos de acuerdos colusivos que se estaban descubriendo en el país (farmacias, pollos, papel tissue, entre otros). Evidentemente, ello había generado un ambiente de crispación en la sociedad civil, sostenido por un sentimiento de impunidad e impotencia frente a estos hechos. Todo ello, llevó a que nuestros presionados representantes políticos se comprometieran con la promesa de cárcel para los delincuentes de “cuello y corbata”. De esta manera, se produjo un patente cambio cultural en la comunidad chilena, la que comenzó a entender el enorme daño social de este tipo de conductas, asimilándolas en su intensidad y connotación a otros delitos que el legislador penal sanciona. Así, se hizo presente un relevante aspecto retribucionista que justificó no solo la penalización de la colusión, sino que el establecimiento de penas de hasta 10 años de privación de libertad (incluyendo 1 año de cárcel efectiva). Hoy existe en Chile una nueva cultura penal respecto de estos ilícitos, que entiende lo realmente reprochable que son ellos.

3. Revisando el panorama a nivel comparado de la persecución de la colusión, podemos observar que existe una tendencia creciente a la criminalización de esta conducta. De esta forma, describimos lo que sucedía en países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia, Japón y Brasil. La característica común de todos ellos es que se decidió sancionar penalmente únicamente a los llamados carteles duros, los cuales consisten en modalidades o prácticas específicas de colusión que manifiestan de manera directa y explícita lo dañina que son para la libre competencia. Asimismo, siguiendo este camino, la Ley 20.945, tipificó en Chile solamente los acuerdos que versan sobre ciertas modalidades específicas de colusión, las que coinciden con los casos de carteles duros. En consecuencia, en nuestro país solo son punibles los acuerdos anticompetitivos que tienen una de estas finalidades determinadas por la ley, quedando fuera todo otro tipo de acuerdo que pudiera tener efectos semejantes. Estos últimos solo podrán ser analizados bajo la lupa del ilícito infraccional. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, donde las prácticas de colusión que se criminalizan han sido

configuradas vía jurisprudencia e interpretación de los entes persecutores, en un derecho como el nuestro es muy importante considerar que no podrá perseguirse penalmente ninguna otra conducta colusoria distinta de las que señala la ley. A su vez, cabe destacar que en gran parte de estos países ha sido difícil lograr condenas penales por colusión, mostrando que su criminalización es un completo desafío para la práctica. Creemos que nuestro país no va a estar ajeno a estas complicaciones.

4. En Chile, la historia de la persecución de la colusión comienza en el año 1959 con la entrada en vigencia de la primera ley antimonopolios. Desde esa época hasta el año 2003, existió en nuestro país la posibilidad de sancionar penalmente a las conductas colusorias. No obstante, a diferencia del nuevo delito, el antiguo tipo penal que se encontraba vigente durante esos años era amplio y abierto, por lo que no se refería únicamente a la colusión, sino que también podía servir para castigar otro tipo de prácticas anticompetitivas. A tal punto era su amplitud, que se le criticaba por ser una ley penal en blanco y no respetar las garantías constitucionales. De esta manera, el año 2003 nuestro legislador decide despenalizar la colusión, motivado además porque dicha sanción penal no había sido aplicada nunca en la historia. Durante el tiempo que medió entre la eliminación del antiguo tipo penal que permitía sancionar la colusión y la creación del nuevo delito del artículo 62 del DL 211, el Ministerio Público intentó solucionar este vacío recurriendo a la aplicación del artículo 285 del Código Penal que tipifica el delito de alteración fraudulenta de precios. No obstante, los resultados no fueron los esperados. Sin embargo, las fronteras entre este delito y el nuevo de colusión aún no están claras, lo que lleva a que en el futuro se puedan producir conflictos entre ambos. En particular, la persecución penal por el delito de alteración de precios puede ser iniciado de oficio por el Ministerio Público cuando lo estime pertinente, mientras que el ejercicio de la acción penal del nuevo delito de colusión es de competencia exclusiva de la FNE. Por tanto, estando vigentes hoy ambos delitos, pudiera darse la situación de que no habiendo iniciado el proceso penal la FNE en un determinado caso, el Ministerio Público decida usar el artículo 285 para

llevarla a cabo, lo que podría debilitar al efectivo instrumento de la delación compensada.

5. El nuevo delito de colusión busca tutelar el bien jurídico libre competencia, bien *colectivo supra individual* que asegura que todos los agentes que desean competir en un mercado puedan realizarlo libremente, esto es, que puedan *autodeterminar* su forma de competir, tomando sus propias decisiones. Resguardar esta forma de libertad, según nuestro modelo económico, permite obtener bienes y servicios de mejor calidad y a menor costo, lo que en definitiva permite un mayor bienestar material de la población y el mejor desarrollo de su personalidad, cuestión a la que todo bien jurídico debe propender. La forma en que se tipifica este delito demuestra que se trata de un tipo penal de *peligro abstracto*, pues no requiere que la conducta le genere poder de mercado a los autores, y de *mera actividad*, por cuanto para su consumación no requiere de un resultado separable de la acción típica. Esto último es coherente con lo que sucede en otros países, donde los carteles duros también se sancionan *per se*.

6. Finalmente, del análisis del nuevo injusto penal de colusión, se puede desprender que se trata de un tipo legal diferente del consagrado en el artículo 3 del DL 211 (ilícito infraccional). A diferencia de lo que sucede en otros países, en Chile, la descripción de la conducta colusoria sancionada penalmente es diferente de la concebida en sede infraccional. En principio, se puede decir que el nuevo tipo penal tiene un carácter mucho más restrictivo, por cuanto sanciona solo algunas de las modalidades de colusión del artículo 3, porque requiere de *dolo directo* para su comisión y porque no castiga las prácticas concertadas. Estimamos que esto es correcto desde el punto de vista del derecho penal, toda vez que este debe ser de *ultima ratio* y, por tanto, no puede sancionar todo tipo de conductas de forma amplia. En este sentido, es lógico que el tipo infraccional sea más extensivo. No obstante, debido a que la descripción típica del injusto penal es distinta a la de la infracción de colusión, quedan dudas sobre cómo van a interpretarse aquellos elementos típicos que no se contiene en la descripción en

esta última. En nuestra opinión, el nuevo tipo penal debería interpretarse siempre restrictivamente, de manera que nunca sobrepase los supuestos de hecho que se sancionan en sede administrativa. Hacemos el llamado a nuestros Tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABE, M. y NOTTAGE, L.. 2008. Japanese Law: An Overview: 1-19.
2. AGOSTINI, C. 2015. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. Centro de Estudios Públicos (409): 2-3.
3. ANTITRUST DIVISION. 2015. Antitrust Division Manual. 5ª ed. Estados Unidos.
4. ANTITRUST LAW ANSWER BOOK. 2015. Overview of the U.S. Antitrust Laws.
5. ARAYA, F. 2015. Derecho de la Libre Competencia. Revista Chilena de Derecho Privado (25): 233-250.
6. ASCH, P. 1983. Industrial Organization and Antitrust Policy. Estados Unidos, John Wiley & Sons.
7. AVILES, J. 2017. La Nueva Ley de Libre Competencia y los Desafíos de la Criminalización de la Colusión. serie informe legislativo 44: 1-24. 17p.
8. BALTRA, A. 1973. Teoría Económica. Tercera edición. Santiago, editorial Andrés Bello. Tomo I.
9. BANFI DEL RÍO, C. 2013. La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. Revista Chilena de Derecho Privado (21): 217-258.
10. BASCUÑAN, A. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. Centro d
11. BEATON-WELLS, C. 2009. Australia's Criminalization of Cartels Will it be Contagious?. The 4th ASCOLA Conference. Washington.
12. BEATON-WELLS, C. y HAINES, F. 2009. Making Cartel Conduct Criminal: A Case Study of Ambiguity in Controlling Business Behaviour. The Australian And New Zealand Journal Of Criminology 42(2): 218-243
13. BEATON-WELLS, C. 2007. Capturing the criminality of hard core cartels: the Australian proposal. Melbourne University Law Review 3: 675-704.
14. BECKER, G. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach. Journal of Political Economy 76: 169-217. 169p.

15. BERNEDO, P. 2013. Historia de la libre competencia en Chile, 1959-2010. Santiago, Fiscalía Nacional Económica.
16. BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2017. Historia de la Ley Nº 20.945. [en línea] <www.bcn.cl/historiadelaley> [consulta: 22 marzo 2017]
17. BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. 2003. Historia de la Ley Nº 19.911. [en línea] <www.bcn.cl/historiadelaley> [consulta: 30 agosto 2017]
18. Bork, R. H. 1993. The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself. Estados Unidos, Simon & Schuster.
19. CHANAME ORBE, R. Ley Sherman en acción: 111-117.
20. CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal. Noviembre 1874.
21. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción 1973. Decreto Ley 211: Fija Normas Para La Defensa De La Libre Competencia, 17 diciembre 1973.
22. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2005. Fija el texto refundido, coordinado, y sistematizado del Decreto Ley Nº211, de 1973. Marzo 2005.
23. COLOMA, G. 2003. Defensa de la competencia: análisis económico comparado. Buenos Aires, Ciudad Argentina.
24. CONCHA, C. 2002. Informe al Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica el texto actual del Decreto Ley 211 sobre protección de la Libre Competencia. [en línea] <[http:// www.prieto.cl](http://www.prieto.cl) > [consulta: 25 abril 2017]
25. CORTE SUPREMA. 29 de enero 2015. Rol 19.806-2014.
26. CORTE SUPREMA. Requerimiento de la FNE contra agrícola Agrosuper S.A. y otros. 29 de octubre de 2015. Rol Nº 27181-2014. [en línea] Poder Judicial <<http://www.pjud.cl/>> [consulta: 20 abril 2017]
27. CORTE SUPREMA. Requerimiento del fiscal nacional económico en contra de empresas distribuidoras de combustibles líquidos. 26 de octubre de 2005. Rol Nº 3327- 2005.

28. CORTI, P. 2005. La víctima en la reforma procesal penal y en la jurisprudencia. Boletín del Ministerio Público (25): 235-253.
29. COSGUIN, H. 2013. Criminalising Cartels: Theory and Practice in the UK and Australia. Global Antitrust Review 2013: 113-147
30. Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, Sentencia Definitiva, 28 de julio de 2015, RIT 531-2014. [en línea] Poder Judicial <<http://www.pjud.cl>> [consulta: 20 abril 2017]
31. CURY, E. 2005. Derecho Penal. Parte General. Octava edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
32. DAVIDOW, J. 2004. Recent US Antitrust Developments of International Relevance. World Competition 27 (3): 407-417.
33. DEPARTMENT OF JUSTICE. Price fixing, bid rigging, and market allocation schemes: what they are and what to look for. An Antitrust Premier. [en línea] <<http://www.justice.gov>> [consulta: 15 julio 2017]
34. DURAN MIGLIARDI. 2011. Teorías absolutas de la pena: origen y Fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neoproporcionalismo en el Derecho penal actual. Revista de filosofía 67: 123-144
35. FORNELLS DE FRUTOS, J. 2004. Derecho de competencia en Estados Unidos. Boletín ICE Económico N° 2802: 45-57.
36. FURSE, M. 2012. The Criminal Law of Competition in The UK and in the Us: Failure and Success. Edward Elgar Publishing Limited. Reino Unido
37. GONZÁLEZ, A. 2007. Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles. Revista En Foco: 1-18.
38. GONZÁLEZ, A. 2011. Prácticas colusivas. En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario. Santiago, Thomson Reuters. pp. 143-162.
39. GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. 2008. ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal, En: SERRANO-

- PIEDRECASAS, J. y CESPO, E. (Eds.). Cuestiones actuales de derecho penal económico. Madrid. p. 79.
40. GREEN, S. P. 2007. Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime. Oxford.
41. GRUNBERG, J. 2007. Ilícito monopólico de colusión: los acuerdos colusorios entre competidores: análisis dogmático y jurisprudencial. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
42. GRUNBERG, J. y MONTT, S. 2010. Informe en Derecho, Prueba de la Colusión. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Centro de Regulación y Competencia, Santiago Chile (7): 1-98.
43. GÜNSBERG, P. 2015. Criminalizing business cartels in Europe- A comparative perspective. Helsinki, Finlandia. Forum Iuris.
44. HARDING, J. y JOSHUA, J. 2003. Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control of Corporate Delinquency. Oxford University Press
45. HEFENDEHL, R. 2007. La teoría del Bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A.
46. HERMOSILLA ZUÑIGA, F.I. 2016. La colusión en la doctrina y la jurisprudencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
47. HERNANDEZ, H. 2012. La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. [en línea] Política Criminal Vol. 7, Nº13 Julio <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A4.pdf> [consulta: 15 abril 2017]
48. HUERGO, A. 2007. Las sanciones administrativas. Madrid, Iustel.
49. IRARRÁZABAL, F. 2010. El Sistema Chileno de la Libre Competencia. En: SEMINARIO LOS Nuevos Desafíos de la Política de Competencia en Argentina: Balance de Diez Años de la Ley, Proyecciones e Instrumentos en Contextos Cambiante: 11 de junio de 2010. Buenos Aires, Argentina. Facultad de Derecho de la Universidad Austral: 1-14.

50. JIMÉNEZ, S. 2015. Colusión de pollos: un fallo incompleto. En: Sentencias destacadas 2014. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Santiago, ediciones LYD. pp. 329-349.
51. JONES, A. y WILLIAMS, R. 2014. The UK Response to the Global Effort Against Cartels: Is Criminalization Really the Solution?. *Journal of Antitrust Enforcement*: 1-28.
52. JUPPET, M. F. 2015. Colusión: Un análisis jurisprudencial. *Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo* (32): 283-315.
53. KEITH JONES, F. H. Criminal Sanctions: An overview of EU and national case law. *E-Competitions, National Competition Laws Bulletin*. Nº 64713: 1-10
54. Kindhäuser, U. 2009. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. [en línea] *Revista para el análisis del derecho*, Febrero <<http://www.indret.com>> [consulta: 20 julio 2017]
55. KOVACIC, W.E. y SHAPIRO, C. 2000. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives* 14 (1): 44-60.
56. LIPSEY, R. 1993. Introducción a la Economía positiva. Duodécima edición. Barcelona, editorial Vicens Vives.
57. MAÑALICH, J. P. 2015. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. *Centro de Estudios Públicos* (409): 6-7
58. MARTINEZ, A. P. Y TAVARES DE ARAUJO, M. 2015. Anti-Cartel Enforcement In Brazil: Status Quo & Trends. En: *Overview Of Competition Law In Brazil*. San Pablo. 257-273pp.
59. MATURANA, C. y MONTERO, R. 2012. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Santiago, Thomson Reuters. Tomo I.
60. MATUS, J. P. 2012. Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios. [en línea] *Política Criminal Vol. 7, Nº14 Diciembre* <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A3.pdf> [consulta: 15 abril 2017]
61. MILL, J. S. 1859. Sobre la libertad. Acantilado.

62. MIRANDA, A. 1992. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. [en línea] <<http://www.centrocedec.files.wordpress.com>> [consulta: 15 julio 2017]
63. MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J. D. 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia. Revista de Derecho de la Competencia 2.
64. MONTT, L. (coord.) e IRARRAZABAL, F. 2002. Ley Antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1991-1992. Santiago, Thomson Reuters. Tomo VII.
65. MONTT, L. (coord.) y STITCHKIN, N. 1999. Ley Antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997. Santiago, editorial jurídica Conosur. Tomo IX.
66. NEHME, N. y GORAB, D. 2015. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. Centro de Estudios Públicos (409): 11-13.
67. NICOLAE, I. 2015. A comparative study between EU and Japanese Competition Law. Master Thesis. Lund University, Faculty of Law.
68. OECD. 2003. Cartels: Sanctions against Individuals. [En línea] <<https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>> [Consulta: 5 agosto 2017].
69. OECD. 2010. Competition Law and Policy in Brazil.
70. O' LOUGHLIN, P. 2014. The criminal enforcement of antitrust law – the importance of building an enforcement culture and how to create it. Londres, Inglaterra: 116-145.
71. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). 2009. Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas. [en línea] <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>> [consulta: 15 agosto 2017]
72. ORTUZAR, W. 1978. Ley Antimonopolios. Boletín de Investigaciones, Nº 40. Santiago.

73. PAREDES, R. 1995. Políticas de Competencia en países sin tradición de Mercado: El Caso de Chile [en línea] <<https://www.researchgate.net/publication/237738105>> [consulta: 25 marzo 2017].
74. PAREDES, J.M. 2003. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de derecho penal y criminología* (11): 95-164.
75. PELEGRINI, J. 2015. En: ¿Cárcel para colusión? 6 opiniones. *Centro de Estudios Públicos* (409): 4-5.
76. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. *Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Tercera Edición*. Madrid. [En línea] <<http://www.rae.es>>. [Consulta: 1 septiembre 2017].
77. ROXIN, C. 1997. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, editorial Civitas. Tomo I.
78. POLITOFF, S., MATUS, J.P. y RAMÍREZ, M. C. 2014. *Lecciones de derecho penal chileno*. Segunda edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
79. Pollos, Farmacias, Confort y Pañales: Cuatro mega portonazos al bolsillo de todos los chilenos los últimos 20 años. [en línea] *The Clinic Online*. 20 de diciembre, 2016. <<http://www.theclinic.cl/2016/12/20/cuatro-mega-portonazos-al-bolsillo-de-todos-los-chilenos-los-ultimos-20-anos/>> [consulta: 3 agosto 2017]
80. SALAZAR, A. 2016a. El delito de colusión. Comentarios críticos (sustantivos y procesales) relacionados con la nueva figura penal. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (68): 185-213.
81. SALAZAR, A. 2016b. Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas. *Política criminal* 11 (22):794-809.
82. SEMINARIO: Nueva ley de fortalecimiento del sistema de defensa de la libre competencia: 8 de septiembre de 2016. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

83. SILBERBERG, C. 2007. Fundamentos de libre competencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
84. SPOLMANN, S. 2011. Penalización De Ilícitos De Libre Competencia: Una Propuesta Normativa Respecto a La Colusión. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile.
85. STUCKE, M. E. 2006. Morality and Antitrust. *Columbia Business Law Review* (14): 443-547.
86. TIEDEMANN, K. 1993. Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español. Alemán). Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias.
87. TORRES, P. 2014. Regulación de carteles en Chile: reflexiones en torno a la introducción de sanciones penales y sus dificultades para el derecho de la competencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
88. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2012. Sentencia N° 119. Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros; Rol C-194-08.
89. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. 2015. Sentencia N° 145. Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros; Rol C-265-13.
90. TRIBUNAL DE JUSTICIA. 4 de junio 2009. Asunto C-8/08. [En línea] < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62008CA0008> > [Consulta: 11 agosto 2017]
91. U.S ANTITRUST IN GLOBAL CONTEXT. 1989. Por Eleanor M. Fox “et al”. 2ª ed. Estados Unidos. Thomson West.
92. VALDES, D. 2006a. El Injusto Monopólico (La Culpabilidad en el Injusto Monopólico), *Revista de Derecho e la Empresa* N° 5, Universidad Adolfo Ibáñez: 39-55.
93. VALDES, D. 2006b. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

94. VALENZUELA, P. 2016. Hub & Spoke. [En línea] Diario Financiero en Internet. 18 de febrero, 2016. <
<https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/hub-spoke/2016-02-17/212350.html>>.
95. VANDE WALLE, S. y SHIRAISHI, T. 2015. Competition law in Japan: 1-38.
96. VIAL, V. 2006. Teoría General del Acto Jurídico. Quinta edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
97. VICUÑA, D. 2017. Ley Nº 20.945 y el delito de colusión. Modificaciones al régimen sancionatorio y la importancia de la prejudicialidad. Actualidad jurídica. La revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo (36): 385-404.
98. WALKER, N. 1980. Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice. New Jersey. Barnes & Noble Books.
99. WILLS, W. P. J. 2002. The Optimal of EC Antitrust Law: Essay in Law & Economics. Kluwer Law International.
100. WILS, W. P. J. 2006. Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. World Competition 29(2): 1-32.
101. WIRZ, P. 2016. Imprisonment for Hard Core Cartel Participation: A sanction with Considerable Potential. Bond Law Review 28(2): 89-113.
102. WHELAN, P. 2007. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment under EC Cartel Law. The Competition Law Review (7): 113-147.
103. WHELAN, P. 2013. Cartel Criminalization and Challenge of Moral Wrongfulness. Oxford Journal of Legal Studies 33 (3): 535-561.
104. WHELAN, P. 2014. Report Examining the Desirability of Introducing Criminal Sanctions for Cartel Activity. [En línea] <<https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/ajankohtaista/tiedotteet/2014/whelan-selvitys-27-5-2014.pdf>> [Consulta: 5 agosto 2017]
105. WHELAN, P. 2015. Section 47 of the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013: A Flawed Reform of the UK Cartel Offence. Modern Law Review, 78 (3): 493-521.

106. WISH, R. 2003. Competition law. 5ta Edición. Londres. LexisNexis Butterworths.
107. YAMADA, A. y HIDEOTO, I. 2017. Japan: Cartels. [The Asia-Pacific Antitrust Review 2017](#)