



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

**SANCIONES EN EL DERECHO DE LA LIBRE
COMPETENCIA: EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA
LEGISLACIÓN CHILENA**

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

MARÍA-PILAR DOMÍNGUEZ LEÓN

Profesora Guía: Nicole Nehme Zalaquett

Santiago, 2018

AGRADECIMIENTOS

*A Diego Hernández De Lamotte, por su
disposición, dedicación y ayuda para
la elaboración de este trabajo.*

*A mi familia, por su inagotable apoyo y
cariño.*

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|-----|
| RESUMEN | 4 |
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CAPÍTULO I: MARCO LEGISLATIVO DE LAS SANCIONES EN EL DERECHO CHILENO | 8 |
| I.1. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA | 8 |
| I.2. ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN | 19 |
| CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LOS TIPOS DE SANCIONES CONTEMPLADOS EN LA LEY CHILENA | 28 |
| II.1. MULTAS | 30 |
| II.2. OTRAS MEDIDAS DEL ARTÍCULO 26 DEL D.L. 211 | 74 |
| II.3. SANCIONES PENALES | 100 |
| CAPÍTULO III: SISTEMA DE SANCIONES EN EL DERECHO COMPARADO | 110 |
| III.1. ESTADOS UNIDOS | 111 |
| III.2. UNIÓN EUROPEA | 120 |
| III.3. REINO UNIDO | 124 |
| CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN CHILENA A LA LUZ DE SU APLICACIÓN POR EL TDLC Y LA EXPERIENCIA COMPARADA | 129 |
| IV.1. LECCIONES A PARTIR DE LA APLICACIÓN DE SANCIONES POR EL TDLC | 129 |
| IV.2. LECCIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA COMPARADA | 132 |
| IV.3. DIAGNÓSTICO ACERCA DEL SISTEMA DE SANCIONES | 135 |
| CONCLUSIONES | 144 |
| BIBLIOGRAFÍA | 146 |

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar la legislación chilena en materia de sanciones en el derecho de la libre competencia. Para ello se analizaron las diversas regulaciones que han normado la materia hasta la actualidad. Asimismo, se estudiaron los diversos mecanismos de sanción contemplados en la ley; primero, desde una perspectiva teórica y, luego, desde la práctica, revisando la forma en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha aplicado estas herramientas en sus sentencias. Específicamente en el caso de las multas, por tratarse del tipo de sanción más utilizado en nuestro país, se indagó en los criterios de su determinación, en los datos estadísticos que arrojan las sentencias en relación a las multas aplicadas y en la fundamentación que se ha dado para su imposición. A continuación, se investigaron algunos sistemas sancionatorios en materia de competencia en el derecho comparado. Finalmente, a la luz de todos los resultados obtenidos, se elaboró un diagnóstico del sistema de sanciones vigente en Chile, evaluando, en particular, si las modificaciones introducidas a la legislación por una reforma realizada el año 2016, lo fueron en el sentido correcto conforme a la experiencia nacional e internacional, y si son necesarios instrumentos adicionales que doten de mayor predictibilidad a la imposición de sanciones.

INTRODUCCIÓN

El derecho de la libre competencia busca regular el funcionamiento de los mercados a fin de que se fomente una competencia vigorosa entre sus partícipes. Esto se realiza a través de ciertas limitaciones a la libertad de acción de los agentes del mercado, atendido el hecho de que la maximización de las ganancias es uno de los objetivos principales de los agentes a la hora de actuar en el mundo económico, lo que a veces los lleva incluso a pasar por alto el marco jurídico establecido, si con ello pueden obtener rentabilidades mayores. Las prácticas ejecutadas en este sentido, pueden distorsionar el normal funcionamiento de los mercados, contribuyen a la concentración de la riqueza, merman la libertad de los demás agentes del mercado y afectan gravemente el bienestar de los consumidores.

Frente a ello, la regulación en materia de libre competencia busca impedir la realización de aquellas conductas que resultan nocivas para el funcionamiento de los mercados. Tales normas, desde luego, requieren ser apoyadas por un sistema de sanciones a las cuales recurrir cuando se detecten acciones de esta especie.

El marco normativo de que hablamos se encuentra dado actualmente por el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973 (“D.L. 211”). Éste, en su artículo tercero inciso primero, establece el tipo general que configura el ilícito¹, señalando que:

“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

¹ Además de la situación descrita en esta norma, las siguientes contemplan hipótesis más específicas de infracción.

la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.”

Se establece de esta manera en nuestra legislación un tipo amplio, dirigido a la prohibición a todo tipo de conductas que afecten la libre competencia -sin perjuicio de la descripción ejemplificativa que a continuación se realiza de algunas prácticas-, señalando a la vez que su infracción acarreará una serie de sanciones o “medidas”, siguiendo la terminología de la ley. El relevante lugar que tienen en el D.L. 211 las sanciones, no queda sólo limitado a la mención que se hace a ellas en el tipo, sino que se evidencia ya desde el artículo primero, según el cual “[l]os 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”.

La definición de la forma idónea para corregir, prohibir y reprimir los actos contrarios a la libre competencia, así como la elección de las sanciones para ello, sin embargo, no es un asunto libre de discusión. Por el contrario, y tal como ocurre en el derecho sancionatorio en general, se suscita un importante número de dificultades en torno a cuál es el esquema sancionatorio óptimo para satisfacer todos los fines que con él se persiguen, así como de qué manera debe ser implementado.

El presente trabajo busca mostrar cuál es el panorama normativo en nuestro país en el ámbito de las sanciones a las infracciones a la legislación que cautela la libre competencia, para lo cual se revisarán los distintos cuerpos normativos que han regulado la materia hasta hoy y se analizarán los tipos de sanciones contemplados actualmente desde una perspectiva teórica y también desde su aplicación en la práctica del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC” o “Tribunal”). Luego, se revisarán algunos sistemas sancionatorios en materia de competencia en el derecho comparado – en particular, en Estados Unidos, la Unión Europea y Reino Unido-. Finalmente, se realizará un diagnóstico del sistema de sanciones vigente en nuestro país a la luz de la

práctica del TDLC y de la experiencia comparada, analizando si fue adecuada la dirección tomada por una reciente reforma del año 2016² y si son o no necesarios instrumentos adicionales que doten de mayor predictibilidad a la aplicación de sanciones.

² Introducida por la Ley N°20.945, que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de agosto de 2016, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

CAPÍTULO I: MARCO LEGISLATIVO DE LAS SANCIONES EN EL DERECHO CHILENO

I.1. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE SANCIONES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

El primer antecedente que tenemos en Chile de una legislación antimonopolios data del año 1959, cuando se dictó la Ley N°13.305, en cuyo título V se contemplaban “[n]ormas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”.

El artículo 173 de esta ley señalaba que:

“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.

Los cómplices o encubridores serán penados con la multa señalada en el inciso anterior.

En el caso de personas jurídicas, si se tratare de reincidencia, además de la multa señalada en el inciso primero y de la responsabilidad penal que sea imputable a sus representantes, podrá el Tribunal aplicar, como pena accesoria la cancelación de la personalidad jurídica, la revocación de la autorización de existencia si se tratare de una sociedad anónima o de una agencia de sociedad anónima extranjera, o la disolución anticipada en los demás casos. La sentencia que aplique estas penas, tratándose de una

sociedad anónima o comercial o de una agencia de sociedad anónima extranjera deberá ser inscrita en el Registro de Comercio respectivo y publicada en el ‘Diario Oficial’”³.

Se establecía con ello, por primera vez, un tipo para proteger la libre competencia, contemplando, frente a su infracción, sanciones de carácter penal⁴ y de multa, sumadas a la revocación o disolución si se tratase de una persona jurídica⁵.

Posteriormente, el año 1963, se modificó la Ley N°13.305, con la dictación de la Ley N°15.142⁶, que dotó a la Comisión del poder de adoptar una o varias de las siguientes resoluciones:

“1. Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios sistemas o acuerdos que sean contrarios a lo dispuesto en el artículo citado y ordenar la disolución de las personas jurídicas que hubieren participado en ellos.

2. Declarar la inhabilidad de los responsables para ocupar cargos directivos en colegios profesionales o instituciones gremiales.

3. Aplicar multas a beneficio fiscal.”

Por su parte, la Ley N°15.142 dejó subsistente la posibilidad de que la Comisión requiriese al Consejo de Defensa del Estado para la aplicación de sanciones penales.

³ Ley N°13.305: Reajusta las remuneraciones de todos los empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la Nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala. Diario Oficial de la República de Chile, 06 de abril de 1959.

⁴ Para la aplicación de sanciones penales, la Comisión debía requerir su aplicación al Consejo de Defensa del Estado, quien formularía una denuncia o querrela, dando así inicio a un procedimiento penal en el que eventualmente se impondrían.

⁵ El órgano encargado de conocer esta clase de conductas era una Comisión que tenía a su cargo “conocer, ya sea de oficio o a petición de cualquiera persona natural o jurídica, de las situaciones que puedan estar comprendidas en el artículo 173, a fin de declarar si procede o no la iniciación del proceso respectivo ante los Tribunales de Justicia”. Bajo el texto original de la Ley N°13.305, que creó esta Comisión, ella no detentaba facultades jurisdiccionales para sancionar las conductas del tipo del artículo 173, sino que únicamente era un ente intermedio que debía analizar la procedencia de la acción ante los tribunales ordinarios. Sólo con la modificación introducida por la Ley N°15.142, se ampliaron sus potestades, otorgándole facultades sancionadoras.

⁶ Ley N°15.142: Consulta normas para favorecer la distribución, comercialización y transporte de productos y reprimir los monopolios a excepción de los artículos que indica. Diario Oficial de la República de Chile, 22 de enero de 1963.

Esta legislación se mantuvo vigente hasta el año 1973, cuando fue derogada con la dictación del D.L. 211.

En su versión original, la parte inicial de este cuerpo legal adelantaba que “resulta necesario garantizar la libre concurrencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución”⁷.

Tal declaración luego se ratificaba por el tenor del artículo primero, que disponía:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado.”

En su artículo decimoséptimo, se establecía como atribución de la entonces existente Comisión Resolutiva⁸:

“Conocer, a requerimiento del Fiscal, las situaciones que pudieren importar infracciones al presente decreto ley, y pronunciarse sobre ellas pudiendo adoptar en cada caso, una o varias de las siguientes resoluciones:

⁷ Decreto Ley 211: Fija normas para la defensa de la libre competencia. Diario Oficial de la República de Chile, 22 de diciembre de 1973.

⁸ Para la prevención, investigación y persecución de los atentados a la libre competencia y su represión, se crearon en el D.L. 211 las Comisiones Preventivas Provinciales, la Comisión Preventiva Central, la Comisión Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica.

1.- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones del presente decreto ley;

2.- Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere el número anterior;

3.- Declarar la inhabilidad temporal de los responsables para ocupar cargos directivos en colegios profesionales o instituciones gremiales, la que podrá regularse de uno a cinco años;

4.- Aplicar multas hasta por una suma equivalente a ciento cincuenta sueldos vitales anuales, escala A) del departamento de Santiago, que se destinarán a los fines señalados en el artículo 20°.- Las multas se regularán discrecionalmente según sea el capital en giro de los autores de la infracción y la gravedad de ella, atendiendo principalmente al perjuicio causado a la colectividad;

5.- Ordenar al Fiscal el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos a que se refieren los artículos 1° y 2°.⁹

Como vemos, además del catálogo de sanciones que la propia Comisión Resolutiva podía imponer, el D.L. 211, contempló la posibilidad de que ordenase al Fiscal Nacional Económico el ejercicio de la acción penal.

Por otra parte, vemos que entre las legislaciones dictadas hasta este punto no existió una diferencia sustancial en cuanto a la configuración del tipo antimonopólico, el que se caracterizaba por constituir una descripción amplia que abarcaba todo tipo de actos o

⁹ El D.L. 211 mantuvo las facultades sancionadoras a cargo del órgano especializado en materia de competencia, conforme había introducido antes la Ley N°15.142.

situaciones que tendieran a obstaculizar la libre competencia. En cuanto a las sanciones, tampoco se observa una gran diferencia, únicamente innovando el D.L. 211 respecto del estado anterior al establecer, además de la posibilidad de disolver a las personas jurídicas involucradas en hechos que impliquen atentados contra la libre competencia -como ya lo hacía la Ley N°13.305–, la facultad de modificarlas, cuando ello fuere pertinente; y al establecer un límite máximo al monto de las multas, que antes no existía.

La mayor diferencia entre ambas normativas, por cierto, se encuentra en materia orgánica, pues las entidades que conocen de los atentados contra la libre competencia son radicalmente diferentes bajo ambas legislaciones.

No muchos años después, en 1979, se dictó el Decreto Ley 2.760, que entre otras modificaciones, incrementó significativamente el monto máximo de la multa que era posible aplicar. En efecto, sustituyó la antigua letra a) del artículo 17 por la siguiente:

“4) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 10.000 Unidades Tributarias¹⁰.

Las multas se regularán prudencialmente, según sea el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción”.

Tras largo tiempo inmutable, en 2003 se dictó la Ley N°19.911, con el fin de perfeccionar el D.L. 211 y adaptarlo a los cambios que se habían gestado en los mercados durante el largo periodo intermedio, tras la consolidación y desarrollo de la economía de neoliberal en Chile¹¹.

¹⁰ La norma alude a Unidades Tributarias Mensuales.

¹¹ Historia de la Ley N°19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 14 de noviembre de 2003. P. 3. Web 10 de julio de 2015. <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>>.

Sin perjuicio del buen diagnóstico dado al sistema establecido en el D.L. 211, en virtud de la falta de independencia y especialidad¹² detectada en la institucionalidad a cargo, se introdujo un nuevo cambio a la estructura orgánica. Dicho cambio consistió en la creación del TDLC, que reemplazó en sus funciones a las antiguas Comisiones Preventivas y Comisión Resolutiva.

En otro importante cambio, la Ley N°19.911 optó por la eliminación de las penas privativas de libertad contempladas hasta entonces “por dos razones, la primera, jurídica, ya que se ha estimado que esta norma contenía una ley penal en blanco, y otra práctica, puesto que en los últimos treinta años nunca se ha aplicado esta norma.”¹³

Como contrapartida, se aumentaron sustancialmente las multas a aplicarse como sanción, pasando a ser su monto máximo la suma de veinte mil unidades tributarias anuales (“UTA”), esperándose con esto aumentar el efecto disuasivo de las sanciones, del que -según expresó el Mensaje del Proyecto de Ley- carecía el anterior sistema sancionatorio.

El mismo Mensaje señaló que “un tribunal fortalecido, con directrices bien definidas, debe contar con atribuciones sancionatorias adecuadas que le permita cumplir con el objetivo de inhibir las conductas anticompetitivas, en el estricto marco constitucional”¹⁴.

Junto con el aumento del monto máximo de las multas, se decidió cambiar el catálogo de circunstancias que serían consideradas para determinar la sanción a ser impuesta y su entidad, con respecto a lo señalado en el D.L. 211 en su versión anterior. Este último contemplaba dentro de las circunstancias a considerar el capital de los autores de la infracción, la gravedad de ella y el perjuicio causado a la colectividad. Con la

¹² Dentro de los motivos de la creación del TDLC se encuentra el intento de responder a la crítica formulada a la institucionalidad anterior referida a la mezcla de facultades sancionatorias e investigativas que se evidenciaba en las Comisiones.

¹³ Historia de la Ley N°19.911. Op. Cit. (N. 11), P. 246.

¹⁴ Historia de la Ley N°19.911. Op. Cit. (N. 11), P. 8.

modificación introducida por la Ley N°19.911, en cambio, el artículo 26 incluía:

- El beneficio económico obtenido con la infracción;
- La gravedad de la conducta;
- La calidad de reincidente del infractor.

Tras estas modificaciones, por razones de orden y de utilidad práctica, y a fin de facilitar el conocimiento y la aplicación de las nuevas normas legales en materia de tanta trascendencia, el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, fijó el año 2005 el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. 211.

Luego, el año 2009, entró en vigencia la Ley N°20.361, que modificó el D.L. 211, a fin de plasmar las conclusiones extraídas acerca del análisis de cómo se había desarrollado la institucionalidad desde el 2004, con las anteriores modificaciones¹⁵.

En cuanto al aspecto sancionatorio, alineándose con los mecanismos existentes a nivel comparado, se introdujo una nueva figura: la delación compensada¹⁶, por medio de la cual se pretendió hacer frente a la dificultad de detectar carteles, incentivando a los agentes involucrados en conductas coordinadas a confesarlo, obteniendo a cambio de ello una rebaja o incluso la exención de la sanción en la medida en que se cumpliera con los requisitos dispuestos en el artículo 39 bis. Tales requisitos consisten básicamente en proporcionar antecedentes veraces, precisos y comprobables; no divulgar la solicitud de

¹⁵ Historia de la Ley N°20.361, Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 13 de julio de 2009. Web. 10 de julio de 2015. <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4696/>>.

¹⁶ Con el objetivo de detectar y sancionar de una manera más eficaz las conductas previstas en el artículo 3 letra a) del D.L. 211, el artículo 39 bis permite otorgar un beneficio a los agentes que cooperen con la Fiscalía Nacional Económica proporcionando antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el TDLC. Como contrapartida, tales agentes se ven beneficiados con la exención o reducción de las multas que pudiere imponérseles con motivo de la ejecución de las conductas colusorias. Tratándose de la exención de multa, ella está únicamente disponible para el primero que solicite el beneficio de la delación compensada y coopere con la investigación. La reducción de multa, en cambio, puede otorgarse a más de un solicitante, en la medida que cada uno cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 39 bis y en la Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, de la Fiscalía Nacional Económica.

los beneficios hasta que la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes; y terminar con la conducta anticompetitiva.

También en relación con las sanciones, se aumentó el monto máximo de las multas a 30.000 UTA específicamente para el caso de conductas colusorias, dada la especial gravedad del daño causado por estas conductas al sistema de mercado del país, según señaló el respectivo Mensaje Presidencial¹⁷.

Adicionalmente, se modificaron una vez más los criterios a considerar por el TDLC para la imposición de multas, ajustándose a los cambios introducidos por la propia ley; quedando el listado como sigue:

- Beneficio económico obtenido por la infracción;
- La gravedad de la conducta;
- La calidad de reincidente del infractor;
- La colaboración que el infractor haya prestado a la FNE, para efectos de disminuir la multa.

En definitiva, al cabo de todas las modificaciones legislativas hasta aquí referidas, y representando el estado anterior a la reciente reforma realizada el año 2016, el artículo 26 del D.L. 211, rezaba del siguiente modo:

“La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia

¹⁷ Este aumento no estuvo exento de disidencia. A modo de ejemplo, durante la discusión parlamentaria, el diputado señor Gonzalo Arenas, señaló que “[e]ste incremento carece de racionalidad, porque hace poco las aumentamos de 10 mil a 20 mil, tanto más cuanto que nunca se ha aplicado este máximo de multa. Estamos hablando de casi 14 millones de dólares, en circunstancias de que la legislación antimonopolio estadounidense establece, como máximo, 10 millones de dólares.”

deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo.

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

a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;

b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma.

Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

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

circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación.”

El catálogo de sanciones recién transcritas, que rigió por varios años en nuestro país, a saber, desde 2009 hasta 2016, fue objeto de numerosas observaciones por parte de la doctrina, parte de las cuales serán revisadas posteriormente en este trabajo.

Finalmente, como último punto de la muestra de la legislación en materia de libre competencia antes de la reforma de 2016, y aunque no se trate de un tipo de sanción, preciso es hacer presente también que la ley contempla¹⁸ la posibilidad de que un particular afectado pueda solicitar en sede civil¹⁹ la indemnización de los perjuicios ocasionados a raíz de la conducta anticompetitiva.

Así, el artículo 30 del D. L. 211 disponía hasta antes de la reforma de 2016:

“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil.

El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la

¹⁸ La posibilidad de solicitar indemnización por los perjuicios generados en virtud de actos contrarios a la libre competencia fue consagrada con la Ley N°19.911, en su artículo 17 N.

¹⁹ Actualmente el órgano competente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios es el propio TDLC, como se revisará en la sección I.2.

aplicación de la presente ley.”

Esta última acción, como adelantábamos, no tiene un fin sancionatorio sino meramente restitutorio, conforme al principio que rige en materia de responsabilidad civil extracontractual en cuanto a que la indemnización encuentra sus límites en la reparación íntegra del daño y, derivado de este principio, del rechazo que ha tenido en nuestra doctrina la aplicación de los daños punitivos.

Diferente es la situación en el derecho comparado, por cierto, donde la posibilidad de demandar los perjuicios es reconocida como una importante herramienta de disuasión²⁰. Al respecto, la Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que “es una herramienta principal en el esquema de aplicación de la legislación de libre competencia, representando un disuasivo crucial para potenciales infractores”²¹. Estas apreciaciones son motivadas por el hecho de que en la legislación norteamericana se combinan los objetivos compensatorios con los sancionatorios, mediante la institución de los *treble-damages*, en virtud de la cual “acreditado el ilícito monopólico, el monto de los perjuicios a indemnizar alcanzará el triple de los daños efectivamente causados”²². Como señala Posner, en estas acciones “dos tercios de cada indemnización es en efecto una multa -a menudo mucho más alta que el máximo legal para una acción criminal de libre competencia-, aunque que la multa es pagada al demandante en lugar de al estado”²³.

Como puede apreciarse, al separarse nuestra legislación de esta corriente y restringir la indemnización únicamente a la reparación de los daños, no cabe concebirla como una sanción más para los ilícitos anticompetitivos.

²⁰ WERDEN, Gregory, HAMMOND, Scott y BARNETT, Belinda. *Deterrence and Detection of Cartels: Using all the Tools and Sanctions*. 2012. Web. < <https://www.justice.gov/atr/file/518936/download>>.

²¹ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614-635 [1985]. En: *Ibíd.*

²² GUERRA, María Alejandra. “La Responsabilidad Civil Derivada de Ilícitos Monopólicos”. Tesis. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011. Impreso. P. 65.

²³ POSNER, Richard. “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”. *American Criminal Law Review*. 1980: 409-418. Impreso. P. 417.

I.2. ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN

Durante el año 2016 se dictó la Ley N°20.945, que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia. En esta ley confluyen una serie de ideas planteadas en múltiples proyectos de ley anteriores²⁴, que en general compartían la idea de que el sistema sancionatorio vigente no era suficiente para disuadir la comisión de ilícitos anticompetitivos.

Los ejes de esta reforma se pusieron sobre objetivos tales como contar con sanciones de mayor capacidad disuasiva para la colusión que las existentes hasta la fecha; facilitar la reparación de daños a los consumidores mediante acciones de interés colectivo o difuso; minimizar los riesgos anticompetitivos que generaran las operaciones de concentración, mediante la imposición de un control preventivo y obligatorio de fusiones; la erradicación del *interlocking horizontal*²⁵; el control de las participaciones cruzadas de montos considerables de capital; la dotación de nuevas facultades a la FNE; y modificaciones institucionales y procedimentales²⁶.

De esta manera, como parte de las modificaciones realizadas, se establecieron nuevas reglas en materia de sanciones²⁷.

²⁴ Entre estos ver las siguientes mociones emanadas de la Cámara de Diputados:

- Impone penas por delitos que atenten contra la libre competencia. Boletín N°6438-03, 2 de abril de 2009.
- Eleva las multas en materia de libre competencia, en consideración al beneficio obtenido por la infractora, y penaliza al vendedor de farmacias que niegue la venta de medicamentos. Boletín N°6471-03, 28 de abril de 2009.
- Sanciona penalmente los atentados a la libre competencia, aumenta las sanciones pecuniarias y modifica la figura de la delación compensada. Boletín N°8822-07, 7 de marzo de 2013.
- Modifica diversos textos legales, con el propósito de restablecer sanciones penales y aumentar el límite de multas en casos de conductas atentatorias a la libre competencia. Boletín N°9046-03, 1 de agosto de 2013.
- Modifica el decreto ley N° 211, de 1973, y el Código Penal, con el objeto de endurecer las sanciones por conductas que atentan contra la libre competencia y de establecer un nuevo mecanismo de designación del Fiscal Nacional Económico. Boletín N°9742-03, 26 de noviembre de 2014.

²⁵ El *interlocking horizontal* es, en términos simples, la participación simultánea de una persona en altos cargos en dos o más empresas competidoras entre sí.

²⁶ Discurso del Ministro de Economía, Señor Céspedes, en la inauguración del Seminario de la Ley N°20.945, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el día 08 de septiembre de 2016. Web. 16 de septiembre de 2017. <http://www.derecho.uchile.cl/documentos/revisa-el-discurso-del-ministro-cespedes_126080_1_3228.pdf>.

²⁷ Además de las modificaciones en cuanto al catálogo y forma de implementación de las sanciones, la Ley N°20.945 incorporó un nuevo tipo al cual se podrán aplicar las medidas del artículo 26 y una hipótesis adicional respecto de la cual se aplicaría una sanción de multa.

Una de ellas es el reemplazo, en la letra c) del artículo 26, del límite de las multas, pasando desde las veinte mil UTA y treinta mil UTA en el caso de las colusiones²⁸, a ser ahora el tope el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual la conducta se hubiere extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción.

Por otra parte, se contempló expresamente la solución para el caso de que no fuera posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, señalando la ley que el TDLC podrá aplicar multas por un monto de hasta sesenta mil UTA. Mediante esta norma, por lo demás, más allá de resolver la indeterminación antes existente, se ha duplicado y triplicado (dependiendo de si hablamos de carteles o no) el monto máximo de multa que puede imponer el TDLC.

A su vez, otra destacable modificación realizada por la reforma, vinculada precisamente a las multas, está dada por las circunstancias que han de considerarse por el TDLC para la determinación de su monto. Así, actualmente, el párrafo segundo del artículo 26 dispone:

“Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso

En cuanto al nuevo tipo, nos referimos al artículo 4 bis, que establece la obligación de informar a la FNE dentro de 60 días desde su perfeccionamiento, de la adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora; pudiendo sancionarse la infracción de la obligación de informar con cualquiera de las medidas del artículo 26 y/o aplicarse las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas necesarias.

Por su parte, en caso de que se omita realizar la notificación ordenada por el artículo 48 a la Fiscalía, esto es, cuando se realizan operaciones de concentración, el TDLC podrá aplicar una multa de hasta veinte UTA por cada día de retraso, contados desde el perfeccionamiento de la operación. De esta manera, se coacciona el deber de poner en conocimiento de la FNE este tipo de operaciones, permitiendo que aquella pueda evaluar sus efectos en la competencia y prevenir eventuales perjuicios.

²⁸ El concepto de colusión también fue modificado en la reforma, definiéndose ahora estas conductas como: “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”.

que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

Si bien a primera vista podría parecer que no se generó gran cambio, la virtud de esta norma se encuentra en la mayor determinación que otorga para la consideración del beneficio económico y de la reincidencia, así como en la incorporación de dos nuevas circunstancias para determinar la graduación de las multas y la ampliación de la aplicabilidad de la colaboración prestada a la Fiscalía.

En cuanto al beneficio económico obtenido por la infracción, se zanja que sólo será considerado cuando efectivamente existiese, de manera que se excluye la posibilidad de que la ausencia de beneficio económico redunde en un elemento favorable para la entidad infractora a la hora de determinar su sanción. Es decir, se excluye esta circunstancia como un posible elemento atenuante.

La calidad de reincidente, por su parte, alineándose con la presunción de inocencia, sólo se analizará en tanto el infractor hubiese sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas, no bastando una mera investigación a su respecto. Además, al hablar de “infracciones anticompetitivas” se aclara que podrá tratarse de cualquiera de ellas, no siendo necesario que se trate de idéntica conducta a la que ahora se está analizando.

A su vez, se estableció un límite temporal máximo dentro del cual debe haber sido impuesta la condena por la conducta anterior, a saber, los últimos diez años, impidiendo la consideración de aquellas más antiguas y, con ello, que las infracciones no sean arrastradas permanentemente.

Por su parte, se incorporaron dos nuevas circunstancias, a saber, el efecto disuasivo y la capacidad económica del infractor. La nota común de ambas es que tienden naturalmente a un aumento del monto de la sanción a aplicar, pretendiéndose, con fines de prevención general y especial, desincentivar la comisión de nuevas infracciones, en consideración a las características particulares de la empresa infractora. Con ello, se pretende responder al objetivo de que, en un análisis costo-beneficio, las empresas no decidan ejecutar la conducta aun bajo el riesgo de sanción, por ser rentable incluso considerando este costo.

Además, respecto de la colaboración que haya prestado el infractor a la Fiscalía antes o durante la investigación, que hasta antes de la reforma sólo se consideraba como un beneficio a quien la prestara, disminuyendo su sanción, con la reforma se amplió su alcance, posibilitándose recurrir a ella como una circunstancia agravante. En efecto, ante la negativa de los infractores a aportar antecedentes o facilitar la investigación, el TDLC lo podrá evaluar para un posible incremento del monto de la multa; lo que representa un gran incentivo al ejercicio de la delación compensada.

En otro orden de cosas, en cuanto a las sanciones, la reforma no sólo modificó las multas y su forma de determinación, como veíamos, sino que además incorporó nuevos tipos de sanciones que pueden aplicarse a las conductas colusorias.

Una de estas nuevas sanciones consiste en la inhabilitación para contratar con el Estado u obtener concesiones, persiguiendo “impedir que el transgresor adquiera beneficios monetarios por futuros contratos que celebre con el Estado”²⁹. Así, el nuevo literal d) del artículo 26 contempla que:

²⁹ Historia de la Ley N°20.945: Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. 30 de agosto de 2016. P. 545. Web. 10 de julio de 2015. <<https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5311/>>.

“En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada”.

Otra categoría de sanciones incorporada por la reforma y que probablemente representa el mayor cambio al sistema antes vigente, es la posibilidad de que impongan sanciones penales frente a las infracciones al D.L. 211. Al respecto, el mismo artículo 26 aclara que la aplicación de las sanciones descritas en él, que son las que hemos tratado hasta aquí, es compatible con la imposición de aquellas de carácter penal, así como con las indemnizaciones de perjuicios que procedan.

Para estos efectos, la Ley N°20.945 incorporó al D.L. 211 el Título V, De las Sanciones Penales. En éste se establece un nuevo tipo penal para las conductas de acuerdos colusorios, contemplado en los dos primeros incisos del artículo 62, que señalan:

“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 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.

Asimismo, será castigado con 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.”

Esta norma cambió drásticamente el estado legislativo existente con anterioridad a la reforma, pues posibilitó la imposición de penas privativas de libertad para las conductas colusorias, contemplando detalladamente los actos de concertación que podrán ser sancionadas en sede penal, eliminándose con eso la ambigüedad evidenciada en el artículo 285 del Código Penal, que había intentado aplicarse en el pasado para condenar acuerdos colusorios; ambigüedad relativa a la excesiva amplitud del tipo³⁰. Dentro de las conductas contempladas se cuentan los acuerdos entre competidores para fijar precios de venta o de compra, limitar la producción de bienes o servicios, la asignación de cuotas de mercado y la intervención de licitaciones, esto es, los llamados *carteles duros*.

El rango de pena aplicable para estos efectos va desde los 3 años y un día hasta los 10 años de cárcel³¹, con un mínimo de un año de cumplimiento efectivo³². Esto, desde luego, sin perjuicio de las circunstancias particulares del caso que pudieren servir para determinar la pena en concreto.

Adicionalmente, frente a la vulneración de este nuevo tipo se contempla una sanción no carcelaria para el director o gerente de la entidad infractora, en virtud de la cual se le prohíbe mantener tal cargo en una sociedad abierta o sujeta a reglas especiales, una empresa del Estado o con participación estatal, una asociación gremial o una profesional. Esta prohibición podrá durar desde 7 años y 1 día hasta 10 años³³.

³⁰ Mayores detalles acerca de la discusión sobre la aplicabilidad de esta norma en la sección II.3.1.

³¹ Código Penal. Diario Oficial de la República de Chile, 12 de noviembre de 1874. Artículo 56.

³² Respecto de estos ilícitos son aplicables las penas sustitutivas a las restrictivas de libertad, conforme a las reglas generales, pero con una relevante particularidad: la pena sustitutiva impuesta quedará en suspenso por el lapso de un año, que necesariamente habrá de cumplirse en privación efectiva de libertad.

³³ Código Penal. Op. Cit. (N. 31).

La aplicación de este tipo de sanciones, desde luego, queda entregada al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, competente naturalmente en la materia.

Para que se inicie la acción penal se requerirá de la presentación de una querrela por parte de la FNE, que tiene la titularidad exclusiva para estos efectos, según dispone el nuevo artículo 64. Ello implica que se veda al Ministerio Público de la posibilidad de iniciar por su cuenta una investigación respecto de conductas que estimara constitutivas del delito, con independencia de si ellas han sido o no investigadas por la FNE o conocidas por el TDLC. De esta manera, se resguarda y privilegia la especialización en materia de competencia de que está dotada la FNE. Así, su lógica se asimila a la de una acción penal pública previa instancia particular^{34 35}.

A mayor abundamiento, se ha establecido una fórmula adicional para reforzar la exclusividad de la FNE en la iniciativa de la acción, cual es que en estas acciones el Ministerio Público no podrá realizar ni siquiera aquellos “actos urgentes de investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito”³⁶; actos que, para otras acciones que requieren de denuncia o querrela previa, sí puede realizar incluso cuando éstas no se hayan presentado todavía.

Adicionalmente, se establece -en el mismo artículo 64- que la FNE sólo podrá interponer la querrela respectiva una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC. Con ello, se fuerza el paso del conflicto por el tribunal especializado, previo a cualquier intento ante la justicia penal. La sentencia del TDLC, por lo demás, debe encontrarse ratificada por la Corte Suprema, en el evento de que se hubiesen presentado recursos en su contra. Así, se

³⁴ Una acción penal previa instancia particular, de acuerdo a los artículos 54 y 166 del Código Procesal Penal, es aquella en que no es posible proceder de oficio por el Ministerio Público en el ejercicio de la acción sin que previamente se hubiere denunciado el hecho por los habilitados para ello.

³⁵ La fuente normativa de tal calificación se encuentra en el artículo 54 letra g) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 64 del D.L. 211.

³⁶ Código Procesal Penal. Diario Oficial de la República de Chile, 12 de octubre del 2000. Artículo 166.

despeja toda posibilidad de mutación de la decisión antes de que se inicie el procedimiento penal, buscando armonizar y coordinar las decisiones jurisdiccionales de las distintas sedes.

La ley considera la interposición de la querrela por parte de la FNE en aquellos casos en que se trate de hechos que comprometan gravemente la libre competencia, según dispone el artículo 64. Para efectos de discernir cuáles infracciones cumplen con este requisito, será preciso atender a la fundamentación que hubiese realizado el TDLC a la hora de sancionar la conducta y cómo hubiese estimado que concurrían en el caso concreto las circunstancias que el artículo 26 ordena considerar. Lo anterior, incide en que el TDLC fundamente de mejor manera sus resoluciones, haciendo explícitos los criterios utilizados^{37 38}.

Para la presentación de la querrela, la FNE cuenta con un plazo de seis meses desde que la sentencia del TDLC se encuentre ejecutoriada. Si, en cambio, la FNE decidiera no iniciar la acción penal respecto de alguna conducta que afectare gravemente la competencia, se establece el deber de emitir una resolución fundada al respecto.

Por otra parte, luego de la descripción del tipo, el artículo 62 establece reglas especiales para la determinación de la pena específica que ha de imponer el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, apartándose de la regulación que al respecto realiza el Código Penal³⁹, detallando cómo han de considerarse las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes en la conducta en cuestión, para efectos de determinar el grado en que, dentro del rango de pena aplicable, finalmente el juez penal prudencialmente decidirá la duración de la condena.

³⁷ Discurso del Ministro de Economía. Op. Cit. (N. 26).

³⁸ En la sección II.1.4.2. se analizará el trabajo de fundamentación hecho por el TDLC en sus sentencias.

³⁹ Código Penal. Op. Cit. (N. 31). Artículos 67 a 69.

A su vez, el artículo 63 establece cómo incidirá la colaboración prestada a la FNE en las actividades investigativas -en el marco de un programa de delación compensada- en la determinación de la pena, pudiendo llegar ser causal de exención de responsabilidad criminal, si se tratare del primer infractor que concurra a entregar información, o bien incidiendo en una disminución en el grado de la pena aplicable, si se aportaran antecedentes adicionales.

Finalmente, cabe señalar que la acción penal para la persecución de este delito, prescribe en el lapso de 10 años⁴⁰, contados desde que la sentencia del TDLC adquiera el carácter de ejecutoriada⁴¹.

Otro relevante cambio introducido por la Ley N°20.945 fue el relativo a la tramitación de la acción de indemnización de perjuicios. Ya comentábamos la regulación existente al respecto previo a la reforma. El cambio más significativo fue que actualmente no es un tribunal civil, sino el propio TDLC el encargado de tramitar y resolver la acción indemnizatoria. Para ello deberá fundar su decisión en los hechos que hubiere dejado antes establecidos en la sentencia que sirva de antecedente a esta demanda, en forma similar a lo que se contemplaba en la legislación previa, con la salvedad de que actualmente no se encuentra el TDLC determinado por la calificación jurídica que hubiere dado a los hechos en la sentencia anterior, como sí lo estaba el tribunal civil respecto de la sentencia del TDLC.

En tanto, destaca también la incorporación de la posibilidad de ejercer ante el TDLC acciones de interés colectivo o difuso en defensa de los derechos de los consumidores, de acuerdo al procedimiento especial contemplado al efecto en la Ley N°19.496, de

⁴⁰ Este plazo es concordante con el establecido para la consideración de la reincidencia en la determinación del monto de la multa.

⁴¹ Llama la atención la gran extensión del plazo dentro del cual podría sancionarse una conducta colusoria desde que se hubiere cometido. En efecto, si se considera que, según el artículo 20 del D.L. 211, las acciones para perseguir ante el TDLC una colusión prescriben en el plazo de cinco años y que, en promedio, un proceso de esta especie puede tener una duración de tres años de tramitación desde el inicio de la acción ante el TDLC hasta una eventual sentencia de la Corte Suprema, la acción penal podría estar iniciándose hasta 18 años después de que se hubiere cometido el ilícito anticompetitivo.

Protección a los Derechos de los Consumidores⁴². Lo anterior, según señaló el Mensaje de la reforma, “[c]on el objeto de garantizar adecuadamente la posibilidad de que en casos de infracciones a la libre competencia, los consumidores afectados puedan ser efectivamente indemnizados de los perjuicios que se les causen”.

Además, reguló expresamente que la indemnización comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción, zanjando de esta manera la extensión temporal de los perjuicios indemnizables. Además, con ello quedó en evidencia el carácter esta acción -que, por cierto, es exactamente el mismo a aquel previo a la reforma, a que nos referimos *supra*-, a saber, no sancionatorio sino restitutorio.

A su vez, se excluyó el ejercicio de acciones civiles en el marco de los procedimientos penales que se inicien en razón de los ilícitos contemplados en el Título V, debiendo llevarse adelante la acción indemnizatoria exclusivamente conforme al proceso contemplado en este artículo, esto es, ante el TDLC.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LOS TIPOS DE SANCIONES CONTEMPLADOS EN LA LEY CHILENA

En términos generales, el diseño de las distintas estrategias sancionatorias se construye sobre la teoría económica, en virtud de la cual los agentes económicos racionales estarán dispuestos a observar o infringir la ley según los costos y beneficios que deriven de cada alternativa⁴³. Como señala Becker, “[e]ste enfoque implica que hay una función que relaciona el número de ofensas de cualquier persona a su probabilidad

⁴² Sin perjuicio de quedar subsistentes las acciones de interés colectivo propias de esta ley.

⁴³ ROMERO, Juan José. “Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño”. Tesis. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2013. Web. <https://gedos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123045/1/DDAFP_Romeroguzman_ejecucioncumplimientonormativolibrecompetencia.pdf>.

de condena, a su castigo si es condenado, y a otras variables, como los ingresos disponibles para él en actividades legales y otras actividades ilegales, la frecuencia de arrestos por infracciones menores, y su disposición a cometer un acto ilegal”⁴⁴.

De acuerdo a ello, la sanción asociada a una infracción -por ejemplo, a la libre competencia-, sería un factor de suma relevancia a la hora de crear una legislación que propenda a su observancia, mientras que en menor medida lo es la probabilidad de ser condenado. Esto, por cuanto incrementar el grado de severidad de la sanción tiene un costo menor que aquel requerido para alterar la probabilidad de condena. De esta manera, “desde el punto de vista de la eficiencia, la opción comparativa preferida para disminuir el número de infracciones será aquella tendiente a incrementar la severidad o ‘quantum’ de las mismas”⁴⁵.

Sea cual sea la estrategia por la que se opte para efectos de sancionar, las sanciones estarán dirigidas a ciertos fines, como son la retribución, la disuasión, la rehabilitación, la incapacitación y la reparación⁴⁶.

El fin retributivo busca imponer un castigo para los infractores por el injusto cometido; la disuasión pretende inhibir o desincentivar de la comisión de actos ilícitos; la rehabilitación vela por modificar el comportamiento del infractor y dirigirlo hacia uno que se apegue a la legislación; la incapacitación va dirigida hacia impedir que los infractores puedan cometer actos ilícitos nuevamente; en tanto que la reparación persigue una compensación del mal infringido hacia las víctimas.

Cada una de las alternativas de sanción involucra una combinación de aquellos objetivos, confluyendo en diferentes proporciones, según la decisión que tome el

⁴⁴ BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. 1974: 1 - 54. Web. <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. P. 9.

⁴⁵ ROMERO. Op. Cit. (N. 43), P. 366.

⁴⁶ ROMERO, Juan José. “Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno”. *La libre competencia en el Chile del bicentenario*. Santiago: Thomson Reuters, 2011. 503-537. Impreso. P. 519.

legislador.

Por ejemplo, si, atendiendo únicamente al fin de reparación, se optara por imponer penas de multa cuyo monto quedara determinado por el perjuicio causado a las víctimas, la disuasión y la retribución serían a lo sumo parcialmente satisfechas⁴⁷. Llevado lo anterior al campo de la libre competencia, “si se enfatizara la compensación, el objetivo principal de los procedimientos legales sería imponer multas iguales al daño infligido a la sociedad por las restricciones al comercio”⁴⁸. De ahí que no tendría sentido imponer sanciones como la privación de libertad o la disolución de órganos o empresas.

En cambio, dado que, como decíamos, no se trata necesariamente de una elección por uno u otro objetivo, la legislación debe considerar todos ellos a fin de llegar a un mecanismo óptimo de sanción, sea que se contemplen diversos tipos de sanción para satisfacer a los diversos objetivos o que éstos se combinen para determinar la envergadura de un tipo de sanción en específico.

A continuación, se tratarán los diversos tipos de sanciones contemplados en nuestra legislación de libre competencia, con las consideraciones teóricas tenidas en vista para su imposición.

II.1. MULTAS

II.1.1. GENERALIDADES

La aplicación de multas es una de las estrategias sancionatorias más utilizadas, no sólo en el derecho chileno de la libre competencia sino también a nivel comparado. Este tipo de sanciones podría cumplir los fines retributivo, disuasivo y de rehabilitación -

⁴⁷ BECKER, Gary. Op. Cit. (N. 44), P. 33.

⁴⁸ BECKER, Gary. Op. Cit. (N. 44), P. 34.

quedando fuera la reparación, por ser más propia de acciones privadas, individuales o colectivas-.

Mediante el fin retributivo se busca simplemente imponer una sanción por la infracción cometida. Atendiendo a éste, la multa, que impone una obligación de pago de un monto de dinero y, con ello, genera una disminución de las ganancias de una empresa, representa claramente un castigo frente a la conducta ilícita.

Por otro lado, desde el análisis económico^{49 50} se ha entendido que las multas son las que responden de mejor manera al objetivo de disuadir a los infractores de la realización de conductas contrarias a la legislación de la libre competencia, toda vez que anulan o al menos reducen el beneficio económico que se pudiera haber obtenido de su ejecución. En la medida en que el costo de cierta manera sea mayor a los beneficios que de ello se obtenga, los agentes deberían abstenerse de tal conducta.

De acuerdo a sus partidarios, las multas, en contraste a las sanciones no pecuniarias, como son las sanciones indicadas en los literales a) y b) y, desde luego, las recientemente incorporadas en la letra d), del artículo 26 del D.L. 211, son aparentemente más eficaces, puesto que pueden hacer responder económicamente tanto a las entidades mismas como a los individuos que las conforman, de manera tal que se difumina el incentivo a reiterar la conducta ilegal, sea a través de la misma entidad o de otra diferente, pues el potencial atractivo, que es la obtención de mayores ganancias, se ve mermado.

Finalmente, el pago de una multa pretende, a la vez, que el costo que ella implique sea lo suficientemente considerable como para evitar la reincidencia del infractor, de manera que se prevenga de futuros comportamientos ilícitos por el mismo sujeto.

⁴⁹ BECKER, Gary. Op. Cit. (N. 44).

⁵⁰ POSNER, Richard. Op. Cit. (N. 23).

Si bien es relativamente indiscutido que las multas satisfacen, en general, los objetivos mencionados, existen aún muchos aspectos en discusión en torno a la imposición de este tipo de sanción. Tales son, entre otros, los criterios que han de tenerse en consideración para determinación de la cuantía de la multa; la tendencia de la jurisprudencia de nuestro TDLC en cuanto a los montos impuestos; y, finalmente, críticas a nivel general sobre la real eficacia de las multas para los fines que se persiguen con la imposición de este tipo de sanciones.

En nuestra legislación este tipo de sanción puede imponerse tanto a personas jurídicas como a ciertas personas naturales, a saber, los directores y administradores de la persona jurídica involucrada en el acto anticompetitivo y toda aquella persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo⁵¹.

En el caso de que se sancione a una persona natural, a fin de resguardar los fines que le son propios -especialmente el de disuasión-, las multas no pueden ser pagadas por la persona jurídica en que ejercieron, ni tampoco por sus accionistas o socios. Asimismo, se prohíbe su pago por parte de cualquier otra entidad que forme parte del mismo grupo empresarial⁵² en el que ejercía el individuo sancionado, ni sus accionistas o socios.

Por su parte, tratándose de personas jurídicas, sus directores, administradores y toda aquella persona que se haya beneficiado del acto sancionado responderá solidariamente del pago de la multa. Con ello se refuerza la efectividad de la sanción, al impedir que la disolución de la persona jurídica sirva como un mecanismo para burlarla.

II.1.2. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LAS MULTAS

⁵¹ De acuerdo al artículo 3 letra c) del D.L. 211.

⁵² Para estos efectos ha de estarse al concepto de grupo empresarial entregado en el artículo 96 de la Ley N°18.045, de Mercado de Valores.

El artículo 26 del D.L. 211 señala en su inciso final:

“Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

La propia ley es la que da una pauta al TDLC para la imposición de las multas, atendida la gran discrecionalidad que se da para estos efectos, donde no existe una correspondencia rígida entre sanción y conducta.

En materia de libre competencia, alcanzar certeza acerca de la multa que se aplicaría a determinada práctica resulta prácticamente imposible, dado que la variedad de conductas que los agentes pueden desplegar y que conculcarán el bien jurídico libre competencia es amplia. Este es justamente el motivo por el cual nuestra legislación ha consagrado históricamente un tipo amplio, donde la ley se limita a dar una caracterización general de lo que está prohibido, acompañada de ejemplos a fin de aclarar para los receptores de la norma su contenido, pero permitiendo de este modo que el organismo sancionador pueda hacer uso de todas sus competencias técnicas para decidir cuándo una situación resulta contraria a la legislación y cuándo no, sin las limitaciones dadas por tipos rígidos.

Al igual como nuestra legislación contempla un tipo amplio, la penalidad asociada a las conductas que entren en él también lo es, recayendo, en último término, la decisión de qué sanción es la adecuada al caso concreto en el TDLC. Si bien esto puede ser considerado positivo, atendida la especialización y conocimientos de que los ministros del TDLC gozan y que permiten presumir que se encuentran en la mejor posición para

evaluar y determinar cuál es la sanción específica a aplicar en el caso concreto, no podemos dejar de lado el hecho de que, de acuerdo a la garantía del debido proceso⁵³, nuestro derecho debe respetar ciertos principios a la hora de juzgar a sus ciudadanos, que podrían considerarse insatisfactoriamente cumplidos en caso de que la determinación de la ley se agotara en el establecimiento de un marco penal amplio.

En efecto, uno de estos principios es el de reserva legal de la pena, consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, conforme al cual “[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”; principio que “representa una garantía para todas las personas, en la medida que ellas cuentan con la seguridad de no verse expuestas a la arbitrariedad judicial o administrativa”⁵⁴. Esta garantía difícilmente se vería satisfecha si la ley no contemplara reglas para la elección de la sanción específica a aplicar dentro del catálogo establecido.

Precisamente como uno de los mecanismos para hacer frente al desafío de ajustarse a este principio, que la ley consagra criterios para la determinación de las multas. Con ellos se busca acotar el posible margen de discrecionalidad del TDLC, estableciendo desde antes una pauta para la fijación de las sanciones pecuniarias, a la vez que no afectar el beneficio social de dejar un margen de apreciación al TDLC para las circunstancias del caso específico que esté conociendo.

En este mismo sentido, Juan José Romero señala que “[e]xiste, efectivamente, un trade-off o tensión entre el valor de la predictibilidad en el proceso de determinación del importe de una multa y el de la flexibilidad que un tribunal necesita para ajustar la multa al caso concreto considerando razones disuasorias y retributivas”⁵⁵.

⁵³ Aplicable en esta materia, por mandato constitucional, a todo órgano que ejerza jurisdicción.

⁵⁴ RODRÍGUEZ, LUIS. “Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 1984: 231-245. P.232. Web.< <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/124/115>>.

⁵⁵ ROMERO, Juan José. Op. Cit. (N. 46)

Es preciso hacer notar, no obstante, que la propia ley señala que en la determinación de las multas se tendrán en consideración “entre otras” las que allí se señalan, con lo cual vuelve a dejar abierto el margen para que se evalúen otros aspectos como influyentes en la decisión.

Intentando salvar nuevamente la amplia discrecionalidad del TDLC es que la ley agrega en la parte inicial del artículo 26 que:

“La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia.”

Al exigirse por la ley el requisito de deber fundar el TDLC la decisión que adopte, se permite un mejor entendimiento de parte de los particulares del contenido y objetivos de la sentencia, como también una mejor evaluación por parte de la Corte Suprema, cuando conozca del recurso de reclamación sobre la sentencia definitiva dictada por el TDLC⁵⁶, de la decisión que éste hubiere tomado para efectos de zanjar si aquella se ajustó o no a derecho.

De esta manera, las circunstancias que hayan sido evaluadas por el Tribunal en el caso, deberán plasmarse en la sentencia, y podrán ser objeto de análisis de dicha Corte, posibilitando una revisión no sólo acerca de la configuración de la infracción, sino también de aquellos elementos de carácter técnico que se toman en consideración para decidir cómo sancionarla.

A lo largo de la historia de funcionamiento del TDLC, podemos constatar que en sus

⁵⁶ De acuerdo al artículo 27 del D.L. 211, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas, será susceptible del recurso de reclamación para ante la Corte Suprema.

decisiones, además de los criterios señalados por la ley, ha tenido en consideración al menos los siguientes⁵⁷:

- Efecto de la conducta en el mercado;
- Colusión como conducta merecedora de mayor reproche;
- Aprovechamiento de situación de monopolio legal o jurídico;
- Relación con servicios esenciales;
- Pluralidad de conductas ilícitas;
- Cantidad de población afectada;
- Multiplicidad de demandantes afectados;
- Aumento en costo para los consumidores finales;
- Efecto en la libertad de elección de los consumidores;
- Permanencia de la conducta ilícita;
- Duración de efecto dañoso en el mercado;
- Contumacia;
- Inexistencia de irreprochable conducta anterior;
- No perseverancia en conductas constitutivas de infracción;
- Grado de extensión de aspectos bajo coordinación colusiva;
- Efecto en arcas públicas.

A modo de ejemplo, se señalan a continuación algunas referencias hechas por el Tribunal en sus sentencias respecto de las circunstancias legales más frecuentemente utilizadas:

A) Beneficio económico obtenido:

Acogiendo el requerimiento presentado por la FNE y la demanda interpuesta por

⁵⁷ Recopilación propia, en base al análisis del total de sentencias condenatorias dictadas por el TDLC.

Banco de Chile en contra de S.A.C.I. Falabella y París S.A., el TDLC señaló en la Sentencia N°63/2008, en su considerando 161:

“Que, como otro elemento relevante para determinar el monto de la multa, este Tribunal considera que el beneficio económico logrado por la conducta ilícita corresponde no sólo a las mayores ventas que tuvieron las requeridas al impedir la realización de la Feria, sino además el efecto disuasivo de largo plazo sobre sus proveedores y sobre quienes consideren desarrollar nuevos canales de ventas para éstos, en los términos ya descritos.”⁵⁸

Por su parte, en la sentencia N°139/2014, que resolvió el requerimiento presentado por la FNE en contra de Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., en su considerando 355, el TDLC estableció:

“Que ante diversos escenarios de sobrepuestos cobrados por las Empresas Avícolas Requeridas, basta con que el sobrepuesto cobrado durante todo el período de duración de la colusión (1994 a 2010) haya estado por sobre un 3% – escenario muy conservador – para que (i) el beneficio económico obtenido por Agrosuper sea cerca de ocho veces la multa máxima aplicable; (ii) el beneficio económico obtenido por Ariztía sea cercano a cuatro veces la multa máxima aplicable; y, (iii) el beneficio económico obtenido por mayores precios, por parte de Don Pollo, sea cercano a la multa máxima aplicable.”⁵⁹

B) Calidad de reincidente:

El TDLC, en la Sentencia N°97/2010, conociendo de demandas interpuestas por Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., en los

⁵⁸ TDLC (10 de abril de 2008), Rol C-103-06.

⁵⁹ TDLC (29 de septiembre de 2014), Rol C 236-11.

considerandos 76 y 77 señaló que:

“En primer término, es preciso recordar que, en octubre del 2006, TCH fue sancionada mediante Sentencia de este Tribunal N°45/2006, por imponer restricciones en los contratos mayoristas del servicio de banda ancha con el objeto de impedir la entrada y desarrollo de la telefonía IP, que era entonces una nueva tecnología que amenazaba con arrebatarse clientes del servicio de telefonía tradicional; Que, entonces, TCH no sólo es reincidente porque ha infringido nuevamente las normas de defensa de la libre competencia previstas en el DL N° 211, sino que, además, es contumaz, porque ha vuelto a incurrir en conductas que excluyen y levantan barreras de entrada respecto de los proveedores de telefonía IP, que son los mismos afectados por su primitiva infracción. En efecto, infringiendo abiertamente lo resuelto en el N° 11) de la mencionada sentencia N°45/2006, TCH incurrió nuevamente en hechos, actos o convenciones que obstaculizan injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha.”⁶⁰

Por su parte, en la Sentencia N°119/2012, del caso de la “colusión de las farmacias”, el TDLC analizó la pertinencia de aplicar esta circunstancia, dado que Cruz Verde S.A. y empresas antecesoras legales de Salcobrand S.A. fueron condenadas por la Comisión Resolutiva, en el año 1995, por acuerdos de precios. Al respecto, el TDLC la desestimó, introduciendo un elemento extralegal para su consideración:

“Ducentésimo cuarto: Que si bien el D.L. N° 211 no establece un período dentro del cual deba haber sido condenado un infractor de sus disposiciones para efectos de determinar su calidad de reincidente, este Tribunal estima prudente en este caso no considerar la reincidencia de las requeridas como un elemento relevante para incrementar la multa a aplicar, atendido (i) el largo tiempo transcurrido desde que se dictó por la H. Comisión Resolutiva la Resolución N° 432 y (ii) el hecho que, desde esa

⁶⁰ TDLC (4 de marzo de 2010), Rol C 135-07.

fecha y hasta la comisión de la conducta colusoria que motiva la presente sentencia, ninguna de ellas ha sido sancionada nuevamente en esta sede”.

C) Gravedad de la conducta:

Nuevamente en relación a la Sentencia N°139/2014, pero ahora en los considerandos números 359 y 360, el TDLC dispuso:

“Que en lo que respecta a la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., este Tribunal estima que el comportamiento desplegado por esa asociación gremial no se condice con el comportamiento esperable de una institución de esa naturaleza, que está llamada a apoyar el progreso de su sector y no a limitar la competencia en el mismo”.

“Que considerando la extensión y gravedad de las conductas desarrolladas por la APA y acreditadas en autos, este Tribunal estima que la sanción idónea es ordenar la disolución de dicha persona jurídica. La circunstancia de que la APA cumpla con funciones gremiales legítimas, de apoyo a la actividad del sector, no obsta a la gravedad de sus conductas. En cualquier caso, esta sanción no restringe el derecho de las Empresas Avícolas Requeridas a constituir o participar en asociaciones gremiales en el futuro, cumpliendo con las normas sobre defensa de la libre competencia”⁶¹.

En el caso de la “colusión de las farmacias”, la Sentencia N°119/2012, en sus considerandos 195 a 199 afirmó:

“Centésimo nonagésimo quinto: Que, a juicio de este Tribunal, la apreciación de la gravedad de la conducta acreditada en autos debe efectuarse a partir de diferentes elementos. El primero de ellos viene dado por la naturaleza del ilícito sub lite, pues la

⁶¹ TDLC. Op. Cit. (N. 59).

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;

Centésimo nonagésimo sexto: Que así ha sido reconocido también por la Excma. Corte Suprema que, en su sentencia de 29 de diciembre de 2010 (conociendo recursos de reclamación contra la Sentencia N° 94/2010 de este Tribunal) “la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes;

Centésimo nonagésimo séptimo: Que el segundo de los elementos a considerar respecto de la gravedad del ilícito en el caso de autos está dado por el tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza del producto o productos que, por causa de la colusión, fueron vendidos a un precio mayor del que se habría obtenido en ausencia de la misma. En este caso, la colusión ha afectado, primero, a productos farmacéuticos destinados -en su gran mayoría -a tratar enfermedades crónicas y, además, ha tenido la aptitud de extender sus efectos a toda la categoría de productos Farma vendidos por las requeridas, ocasionando directamente un menoscabo a personas que los requieren para sus tratamientos y que no pueden sustituirlos por otras formas

terapéuticas;

Centésimo nonagésimo octavo: Que la colusión de las requeridas también debe considerarse como especialmente grave por la extensión del daño causado, que en este caso viene determinada por tres factores: (i) en primer lugar, por la importante participación de mercado de FASA, CV y SB, quienes en conjunto representaban a la fecha de los hechos el 92% de las ventas totales de productos Farma en el país, lo que implicó que la conducta tuviese aptitud para involucrar a casi la totalidad de la oferta en el mercado relevante; (ii) en segundo término, por el número de consumidores afectado por las alzas coordinadas de precios, que en este caso, atendida la participación de mercado antes indicada y más aún si se considera que dicha participación se extiende a todo el territorio de la República, necesariamente es muy elevado, alcanzando potencialmente a la totalidad de la población; y (iii) por la circunstancia de que el acuerdo probablemente se habría mantenido en el tiempo de no haberse iniciado en contra de las requeridas la investigación de la FNE que motivó el requerimiento de autos;

Centésimo nonagésimo noveno: Que todos estos factores evidencian que las consecuencias negativas de la conducta colusiva de las requeridas, tanto económicas como sociales, fueron extensas, lo que permite a este Tribunal atribuir a tal conducta la mayor gravedad, por lo que este solo criterio de sanción permite aplicar, a cada una de las requeridas SB y CV, el mayor monto de multa que permite la ley, en los términos que se explicarán más adelante.”⁶²

Por su parte, a continuación se ejemplifica la alusión por el TDLC a circunstancias extralegales:

D) Efecto de la conducta en el mercado:

⁶² TDLC (31 de enero de 2012), Rol C 184-08.

En la Sentencia N°85/2009, el TDLC acogió la demanda presentada por la empresa Constructora e Inmobiliaria Independencia en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A., y en su considerando 191, indicó que “en opinión de este Tribunal, es necesario considerar además los efectos de estas conductas en el mercado de viviendas sociales, ya que los cobros excesivos realizados a los urbanizadores, si bien podrían ser traspasados –al menos en parte— a los usuarios vía un mayor precio de la vivienda, en alguna proporción serán, en último término, financiados por subsidios estatales. Lo anterior implica que, dado un determinado monto de gasto social destinado a esta materia, los cobros abusivos acreditados en autos habrían redundado, finalmente, en un menor desarrollo de viviendas sociales”⁶³.

En cambio, resolviendo una demanda presentada por Comercial Arauco Ltda. en contra de Distribución y Servicio D&S S.A, en la Sentencia N°103/2010, en su considerando 54, el TDLC descartó la aplicación de este criterio, al disponer que: “estos sentenciadores estiman que no hay evidencia en autos que permita concluir que los actos de competencia desleal hayan producido efectos importantes en el mercado ni menos que permita cuantificar estos efectos, lo que se tendrá en consideración al momento de establecer la multa a aplicar”⁶⁴. Lo anterior, por cuanto, en concepto del TDLC, el informe pericial allegado a la causa para analizar los efectos de la conducta del demandado en las ventas del demandante, no justificó adecuadamente por qué se habría producido una disminución de las ventas en el período denunciado por la demandante, al no controlar otros factores que podrían afectar el comportamiento de las ventas⁶⁵.

Llama la atención el diferente criterio utilizado en uno y otro caso, pues, mientras que en el primer caso se consideró la circunstancia de “efecto en el mercado” en base a las

⁶³ TDLC (02 de julio de 2009), Rol C 79-05.

⁶⁴ TDLC (08 de septiembre de 2010), Rol C 151-08.

⁶⁵ *Ibíd.* Considerandos 49° a 52°.

propias consideraciones del TDLC, en el segundo se rechazó su aplicación por deficiencia de la prueba aportada por la demandante. Es probable que haya sido relevante a este respecto la categoría del servicio o bien ofrecido, -como de hecho ocurría en el primer caso al tratarse de servicios de agua potable y alcantarillado- que, por constituir una necesidad básica, pudiera suponer una protección que ameritara un estándar de prueba más laxo.

E) Aprovechamiento de situación de monopolio legal o jurídico:

La Asociación Gremial de Transporte Expreso Internacional en conjunto con otras empresas interpusieron una demanda en contra de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. Sociedad Concesionaria del Aeropuerto Internacional de Santiago Arturo Merino Benítez. La Sentencia N°75/2008, en su considerando 74, dispuso que “se considerará especialmente que SCL, en su calidad de oferente monopolista de instalaciones que conforman la concesión del Aeropuerto, debió tener particular cuidado en atenerse a los términos del marco jurídico que rige dicha concesión, circunstancia que no ocurrió, tal como se ha establecido”⁶⁶.

Asimismo, en la Sentencia N°85/2009, ya mencionada, se señaló en su considerando 189 que “en relación con la gravedad de las conductas de abuso establecidas en autos, este Tribunal estima que, a pesar de que tales conductas fueron realizadas fuera de los territorios concesionados a cada requerida, las fuentes de posición de dominio que éstas poseen en determinadas áreas colindantes a sus respectivos territorios operacionales surgen, precisamente, de las economías de ámbito y de escala que las requeridas han podido alcanzar dentro de cada territorio concesionado, y así luego extender hacia áreas colindantes. Tal fuente de posición de dominio, en áreas adyacentes a territorios concesionados, que constituyen un monopolio legal, impone un especial y estricto deber

⁶⁶ TDLC (30 de septiembre de 2008), Rol C 113-06.

de cuidado a las empresas concesionarias de servicios sanitarios, en términos de velar por que sus conductas no atenten contra la libre competencia, incluso en áreas fuera del territorio concesionado”⁶⁷.

Desde ya puede notarse que el TDLC ha realizado, en general, un análisis sucinto de las circunstancias que estima concurrentes, tanto para el caso de las legales como las extralegales; sin dejar plasmado cómo ellas influyen en términos concretos, a nivel cuantitativo, en la determinación de la multa aplicada. Ahondaremos en este aspecto *infra*, en el acápite II.1.4.2.

II.1.3. CRÍTICAS

Numerosas críticas se han formulado en relación al mecanismo de imposición de multas en nuestra legislación, algunas de las cuales habrían sido resueltas por la modificación introducida por la reforma, mientras que otras subsistirían, lo cual se revelará en gran medida a partir de la práctica del TDLC en los años venideros.

Muchas de estas críticas no podrán ser resueltas de forma óptima, pues no existe hasta hoy un sistema de sanciones que sea capaz de satisfacer todos y cada uno de los objetivos que fundamentan su existencia. Sin embargo, es preciso ver desde ya que una sanción de multa lo suficientemente alta para ser disuasiva, con un sistema adecuado para su determinación, sí puede ser capaz de ofrecer respuestas a la mayoría de los reparos planteados.

La crítica más recurrente antes de la reforma de 2016 decía relación con la poca eficacia que las multas tendrían debido a su baja cuantía, pues tratándose de empresas de gran tamaño, aquellas resultaban insuficientes para sus fines disuasivos, en la medida

⁶⁷ TDLC. Op. Cit. (N. 63).

en que el beneficio económico obtenido a raíz de la conducta resulta mayor a la sanción establecida, con lo que la multa queda absorbida dentro de los resultados de la operación.

El hecho de existir un monto máximo fijado por la ley, como sucedía hasta antes de la reforma, que impedía al TDLC imponer sanciones por sobre aquél, provocaba, presumiblemente, que las grandes empresas que realizaban conductas contrarias a la libre competencia internalizaran como parte de su estructura de costos las eventuales multas que podrían imponérseles. Además, el encontrarse expresamente señalado el máximo permite desde antes prever la sanción pecuniaria que se les podría imponer y a partir de ello evaluar si los beneficios económicos que se obtendrían de la realización de la conducta ilícita superarían o no tal sanción, analizando así la conveniencia económica de su ejecución.

Este aspecto fue expresamente considerado por el TDLC en el “caso pollos” como uno de los fundamentos para la determinación de los montos de multas aplicadas:

“Tricentésimo quincuagésimo cuarto. Que, no obstante lo anterior, de tomarse como referencia la estimación del informe acompañado por la FNE a fojas 10.319 del cuaderno principal, el sobreprecio promedio estimado por los autores es de un 14% (entre los años 2008 y 2010). Con esta estimación, el daño generado por las Empresas Avícolas Requeridas, en términos de mayores precios cobrados, supera en muchas veces el máximo de la multa aplicable en esta causa”.

En tanto, la Corte Suprema se refirió al punto, en el mismo caso, señalando que:

“Preciso es además hacer constar que, en esta materia, es del todo relevante el efecto disuasivo que es esperable de la sanción que se imponga, en tanto desincentive de persistir en conductas como las investigadas pese a la potencialidad de beneficios que pudieran significar. Es por tal razón que la graduación de la sanción de multa hace

imprescindible el análisis, entre otros criterios, de la obtención de beneficios económicos por parte de quienes se han coludido”⁶⁸.

En este mismo sentido, Romero señaló que “respecto de los problemas de eficacia de las multas como instrumento disuasivo, se suele destacar que para las grandes compañías las multas pueden ser insignificantes, al punto de considerárseles como un mero costo del negocio.”⁶⁹

Por lo demás, incluso la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OECD”) recomendó al gobierno de Chile vincular las multas máximas a los ingresos obtenidos por las empresas⁷⁰.

Estas críticas fueron precisamente las que motivaron que se modificara con la reforma de 2016 el máximo de las multas a aplicar, tal como lo deja en claro el Mensaje del Proyecto de Ley con que se inició la tramitación de la reforma hoy vigente:

“Transcurridos 5 años de vigencia de dicha ley, se ha constatado que el citado tope máximo puede resultar insuficiente como herramienta para disuadir la comisión de ilícitos anticompetitivos. Tal y como lo ha señalado nuestra Excma. Corte Suprema, la multa debe implicar al infractor al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber infringido la ley (Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 2 de junio de 2010, dictada en autos rol 277-2010).

A fin de asegurar que las multas puedan ser efectivamente disuasorias de conductas anticompetitivas, resulta necesario establecer un límite máximo flexible que permita al Tribunal aplicar una multa superior al beneficio económico obtenido por los infractores

⁶⁸ Corte Suprema (20 de octubre de 2015), Rol N°236-2011.

⁶⁹ ROMERO, Juan José. Op. Cit. (N. 46).

⁷⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Economic Surveys: Chile*. 2012. Web. <<http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/informeocde2012.pdf>>.

y que, para aquellos casos en que resulte sumamente complicado determinar dicho beneficio, se le autorice al Tribunal a fijar las multas basándose en estándares que se han considerado por el derecho comparado y la literatura como una aproximación certera de tales beneficios.”⁷¹

En virtud de tales consideraciones es que en la actualidad el monto máximo de multa queda determinado por un porcentaje -30%- de las ventas del infractor durante el periodo en que la conducta ilícita se haya extendido o bien por el beneficio económico que haya obtenido a causa de ella. Con ello se dio mayor amplitud al monto que podría aplicarse, a la vez que se eliminó el tope prefijado, evitando con ello que las empresas pudieran hacer una internalización de antemano de este costo, como peor escenario posible, para decidir emprender un ilícito.

A su vez, se contempló la posibilidad de que no pudiera determinarse por el TDLC, de acuerdo a las circunstancias del caso, las ventas del infractor o el beneficio económico para efectos del cálculo de la multa, en cuyo caso la ley establece que podrá aplicarse una multa de hasta 60.000 UTA, incrementando ostensiblemente –doblando o triplicando, dependiendo de la conducta en cuestión- el máximo que antes contemplaba nuestra legislación, lo que al menos aminora de forma significativa el riesgo de que el monto sea demasiado bajo para la envergadura de los negocios de la empresa infractora.

Por otra parte, del lado contrario a la situación que veníamos planteando, tratándose de pequeñas empresas, la envergadura de las multas impuestas podría eventualmente provocar que les sea imposible continuar con su actividad de manera lícita a raíz del gran peso que implica una alta multa. En relación a esto, Romero ha dicho que “para las empresas de menor tamaño, una multa de un monto que adecuadamente refleje la

⁷¹ Mensaje Presidencial N°009-363, del Proyecto de Ley que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973. 16 de marzo de 2015. Web. 09 de noviembre de 2017. <<http://s.bcn.cl/1xbl4>>.

gravedad de la infracción bien puede estar más allá de sus medios. Esta situación daría lugar a lo que se conoce como ‘trampa disuasiva’, en donde el monto de la multa pasa a ser indiferente ante la incapacidad de pago del infractor”⁷².

Este defecto, no obstante, podría quedar en gran medida resuelto por el hecho de que a la hora de determinar el monto de la multa deberá tenerse en consideración la gravedad de la conducta, lo que implica evaluar el real grado de afectación que generó en la libre competencia la conducta desplegada, que presumiblemente será bajo en la mayoría de los casos de pequeñas empresas. No obstante, no podemos desatender el hecho de que no existe en nuestra legislación -ni antes ni posterior a la reforma- un factor que determine la incidencia de la gravedad u otros elementos para la determinación de la multa a aplicar, de manera que no hay certeza acerca de cuánto habrá de incidir la valoración planteada.

Otra crítica que se ha formulado acerca de las multas como mecanismo de sanción dice relación con el efecto adverso en terceros que puede originarse de la imposición de multas, cuyo costo no sólo sería asumido por el infractor, sino que también se desplazaría bajo distintas formas -no pecuniarias- a otros sujetos, como los trabajadores, los accionistas o los consumidores de la entidad infractora⁷³. Igual crítica, sin embargo, podría formularse para cualquier sector de la legislación que contemple un procedimiento sancionatorio que incluya multas, pese a lo cual ha prevalecido como el tipo de sanción más aplicado no sólo en nuestro país sino a escala global, concordante con la conclusión desde el análisis económico, de que estas sanciones son más eficientes que las no monetarias^{74 75}.

Por su parte, también se ha criticado el posible efecto que la imposición de multas

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ BECKER, Gary. *Op. Cit.* (N. 44).

⁷⁵ POSNER, Richard. *Op. Cit.* (N. 23).

podría generar en la opinión pública, al generarse la creencia en la comunidad de que la realización de conductas contrarias a la libre competencia sería perfectamente posible en la medida en que el agente que la realiza pague un determinado monto a beneficio fiscal *ex post*, con lo cual no se abordarían los efectos que su ejecución pueda haber conllevado para los mercados, los otros competidores o los consumidores. En este aspecto se perdería el rol disuasivo a nivel general, así como el carácter de denuesto público que también implica una sanción⁷⁶.

Este fue un punto que, si bien no se abordó directamente, estuvo presente durante la tramitación de la reforma, aludiéndose a la apatía sentida por la ciudadanía frente a la estructura institucional⁷⁷. Resulta esperable que las sanciones penales introducidas por ella signifiquen un gran cambio en este sentido, toda vez que desde la perspectiva de la ciudadanía las penas de cárcel sí implican un castigo efectivo -dado su carácter personalísimo- a quienes ocasionaron un daño mediante su conducta anticompetitiva. Además, cabe mencionar que a nivel internacional se considera que la mera realización de un procedimiento que condene al infractor implica en sí mismo una sanción, por los efectos en la reputación que implicaría, en lo cual contribuiría una mayor publicidad por parte de la FNE de los casos que hayan terminado con sentencias condenatorias.

Vinculado a lo anterior, se ha dicho, tanto a nivel nacional como internacional, que la imposición de multas no sería eficaz para satisfacer el fin de prevención general. Esto, en tanto montos bajos podrían ser internalizados como costos de la operación y, con ello, en la medida en que tras la sanción el resultado financiero del infractor indique que, pese a ella, la infracción igualmente reportó beneficios económicos, se vuelve atractivo para otros actores incurrir en conductas contrarias a la ley, a fin de obtener también beneficios económicos como los que resultaron para el sancionado. En efecto, se ha señalado que las sanciones de multa “cumplirán su propósito de desincentivar la realización de

⁷⁶ ROMERO, Juan José. Op. Cit. (N. 43).

⁷⁷ Historia de la Ley N°20.945. Op. Cit. (N. 29), P. 259.

infracciones administrativas sólo si la cuantía o magnitud de ellas supera o iguala el referido beneficio”⁷⁸ y que “[p]ara que una multa tenga algún efecto disuasivo respecto a potenciales conductas anticompetitivas, debe ser suficiente en magnitud como para que los costos esperados en caso de ser sorprendido y castigado sean mayores que los beneficios de violar la ley”⁷⁹.

Adicionalmente, se ha señalado⁸⁰ que la imposición de multas no satisfaría el fin de rehabilitación del infractor. Lo anterior dado que la mera obligación al pago de una multa no incidiría necesariamente en un cambio de comportamiento de parte del infractor, desde que no existe aparejado un deber de revisar la estructura interna de la empresa a fin de modificar lo que sea necesario para tender a una conducta acorde a la legislación de libre competencia en lo sucesivo.

Al respecto, podemos señalar que si la multa impuesta resultara de la envergadura suficiente como para disuadir al infractor de ejecutar conductas como la condenada, presumiblemente él mismo se vería incentivado a realizar cambios en la forma de operación de la empresa a fin de apegar su comportamiento a la ley.

No obstante, tratándose de infracciones cometidas por empresas, se ha dicho que no suelen ser lo suficientemente altas para ser un óptimo disuasivo contra los carteles, de manera que las sanciones en contra de personas naturales pueden complementarlas. Según ha dicho la OECD, pese a que no hay evidencia sistemática que pruebe la eficacia de las sanciones a individuos, existe una tendencia entre los distintos países a aceptar como autoevidente que ellas pueden ser una parte útil en la labor de persecución de

⁷⁸ CALDERÓN, Andrés. “Una pena entre dos... ¿duele menos?: Análisis de la responsabilidad en la Ley de Libre Competencia”. *Revista de Derecho Administrativo*. 2006: 345-362. Web. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16346/16753>>.

⁷⁹ AGOSTINI, Claudio. “¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones”. *Puntos de Referencia*. 2015: 2-4. Web. <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf>

⁸⁰ Historia de la Ley N°20.945. Op. Cit. (N. 29), P. 259.

carteles⁸¹.

A mayor abundamiento, se ha señalado que la persecución de la responsabilidad de los individuos es relevante por cuanto, teniendo como objetivo la disuasión, “tanto las compañías como las personas naturales están implicadas, son culpables y contribuyen al daño causado por el cartel. Uno tiene que apuntar a ambos con el objetivo de maximizar la disuasión”⁸². Lo anterior pues mientras que teóricamente la responsabilidad corporativa debería facilitar la responsabilidad individual, al jugar un papel importante en la identificación de las personas naturales que son responsables de la conducta, “[i]gualmente la responsabilidad individual debería facilitar la sanción corporativa. Si hay responsabilidad contra las personas y riesgo de sanciones, entonces los intereses e incentivos de esas personas estarán alineados con la cooperación con la autoridad para ayudar a reunir evidencia y tomar acciones en contra de su empresa empleadora”^{83 84}.

Esta evaluación positiva respecto de las sanciones a individuos, sin embargo, se ve mermada para el caso específico de las multas, ya que, según se ha observado en la práctica, ellas suelen ser pagadas por la empresa a la que pertenece el individuo, lo que conlleva su pérdida de eficacia⁸⁵. El legislador de la Ley N°20.361 fue consciente de esta situación, estableciendo –en el artículo 26 del D.L. 211- una prohibición en torno a que las empresas hagan pago de las multas impuestas a individuos, lo que, sin embargo, no deja de presentar dificultades desde la perspectiva probatoria ni impide que en los hechos se haga de esta forma el pago, o bien, de manera más indirecta, a través de seguros de responsabilidad. Esto hace que tomen fuerza otras opciones de sanciones a personas naturales, en desmedro de las multas, tales como las privativas de libertad o la

⁸¹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Cartels: Sanctions against individuals*. 2005. Web. <<https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>>.

⁸² ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Global Forum on Competition: Sanctions in antitrust cases. Summary of discussion*. Dic. 1-2, 2016. Web. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)14/en/pdf)>.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ BEATON-WELLS. “Criminal Sanctions for Cartel Conduct – The Leniency Conundrum”. *Global Forum on Competition: Sanctions in antitrust cases*. Dic. 1-2, 2016. Web. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)7/en/pdf)>.

⁸⁵ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Op. Cit. (N. 81).

inhabilitación, dado que “[e]l riesgo de un castigo personal (especialmente un período de cárcel) podría también alentar a los individuos a resistir la presión de la empresa de entrar en una actividad ilegal”⁸⁶.

Por otra parte, específicamente en relación a la forma de imponer las multas, se han formulado profundas críticas acerca de la fundamentación que se ha dado por el TDLC al establecerlas. En esta línea, Tapia⁸⁷ ha dicho que “[e]n sus fallos, tanto el TDLC como la Corte Suprema sólo hacen una simple y vaga mención a los parámetros legales al momento de establecer una multa, sin explicitar la forma de ponderarlos. [...] Esta práctica es inadecuada, pues en el DL 211 los parámetros no sólo son escasos e insuficientes por sí mismos como justificación de un monto, sino que constituyen meros enunciados carentes de un peso específico conferido por la ley. Es precisamente este ‘peso’ el que las autoridades encargadas de sancionar debieran explicitar en cada caso concreto”.

Es en este contexto que el autor propone una metodología para el cálculo de multas, que no requeriría de un cambio legal, pudiendo ser recomendada por la FNE al TDLC mediante una guía⁸⁸. Nos referimos al cumplimiento del deber de fundamentación de las sentencias por parte del TDLC en el acápite II.1.4.2.

II.1.4. APLICACIÓN DE LAS MULTAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TDLC

II.1.4.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

⁸⁶ JONES, Keith y HARRISON, Farin. “Criminal Sanctions; an overview of EU and national case law”. *e-Competitions*. 2014: Artículo N°64713. Web. <awa2015.concurrences.com/IMG/pdf/Keith_jones.pdf>.

⁸⁷ TAPIA, Javier. “La Aplicación de Multas a Agentes Económicos en el Derecho Chileno de la Libre Competencia. Una propuesta metodológica”. *Estudios Públicos*. 2013: 71-105. P. 75 y ss. Impreso.

⁸⁸ En su Cuenta Pública 2017, la FNE anunció que publicará un borrador de guía que precise los criterios para la determinación de las multas solicitadas en sus requerimientos.

Desde el año 2004 hasta el 31 de diciembre del año 2017⁸⁹, el TDLC ha dictado un total de 162 sentencias, de las cuales 63 han sido condenatorias y 99 absolutorias⁹⁰.

El análisis que desarrollaremos en este acápite se enfocará en las sentencias de carácter condenatorias, que son precisamente aquellas donde el tribunal pudo imponer alguna sanción de multa.

Como señalábamos, el TDLC ha dictado un total de 63 sentencias condenatorias. Tal cantidad no se conforma de un aumento progresivo por año:

| Año | Cantidad de sentencias condenatorias dictadas |
|------|---|
| 2004 | 3 |
| 2005 | 8 |
| 2006 | 7 |
| 2007 | 5 |
| 2008 | 8 |
| 2009 | 6 |
| 2010 | 5 |
| 2011 | 4 |
| 2012 | 3 |
| 2013 | 3 |
| 2014 | 7 |
| 2015 | 3 |
| 2016 | 0 |
| 2017 | 1 |

Tabla 1⁹¹.

De estas 63 sentencias, no en todos los casos el TDLC ha optado por aplicar una sanción de multa, pero sí en la amplia mayoría de ellas, a saber, 52 casos. En las restantes

⁸⁹ Para efectos de este trabajo, todos los análisis han sido realizados respecto de las sentencias dictadas hasta el 31 de diciembre de 2017.

⁹⁰ Según estadísticas del TDLC (Web. 18 de octubre de 2017. <<http://www.tdlc.cl/tdlc/estadisticas/>>) más datos recopilados directamente de todas las sentencias dictadas por el TDLC.

⁹¹ Elaboración propia. En base a estadísticas del TDLC más datos recopilados directamente de todas las sentencias dictadas por el TDLC. Todas las tablas acompañadas en lo sucesivo tienen igual fuente.

11 sentencias condenatorias, el TDLC ha preferido aplicar otras sanciones contempladas en el artículo 26 del D.L. 211, sin perjuicio de que en aquellos casos en que ha aplicado multas, muchas veces van acompañadas también de estas otras medidas.

De los casos en que el TDLC ha optado por multas, la suma total alcanza la cifra de 194.060,83 UTA⁹². Las sumas anuales quedan registradas en la siguiente tabla:

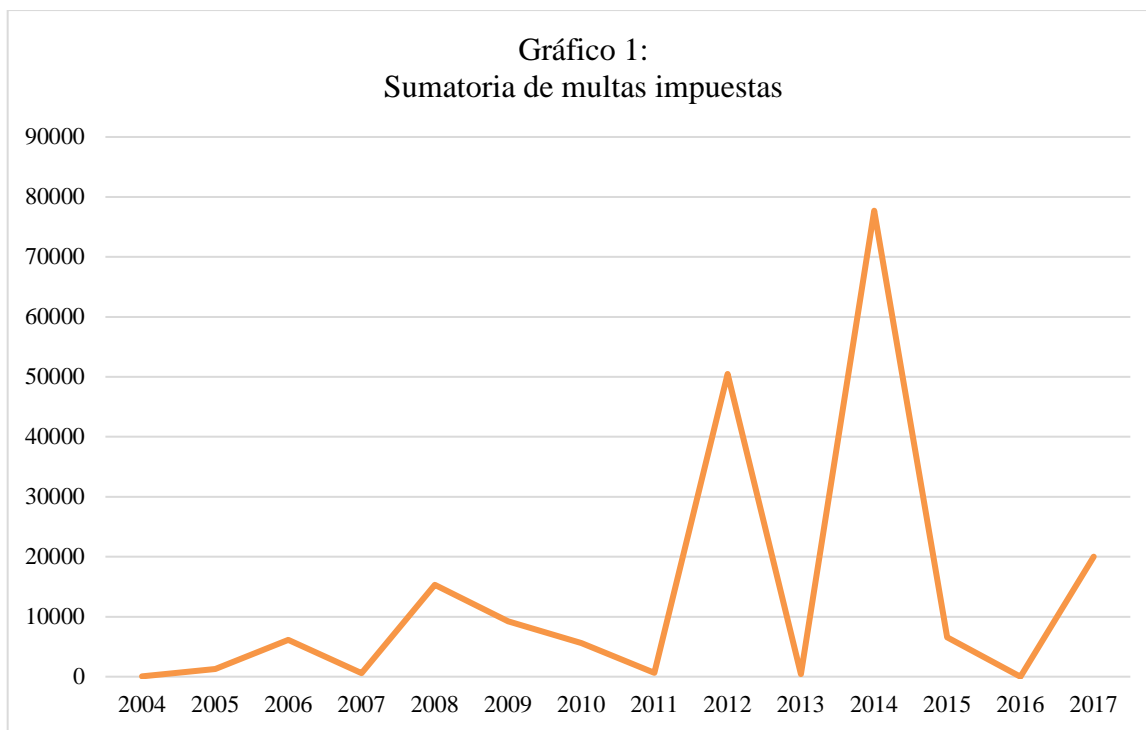
| Año | Sumatoria de multas impuestas |
|------|----------------------------------|
| 2004 | 58,4 |
| 2005 | 1.318,6 |
| 2006 | 6.124,13 |
| 2007 | 580 |
| 2008 | 15.335 |
| 2009 | 9.219 |
| 2010 | 5.588 |
| 2011 | 662 |
| 2012 | 50.500 |
| 2013 | 407,5 |
| 2014 | 77.706,5 |
| 2015 | 6.561,7 |
| 2016 | 0 |
| 2017 | 20.000 |

Tabla 2.

A su vez, estos montos pueden verse reflejados en el siguiente gráfico⁹³:

⁹² Cálculo propio, en base al total de sentencias condenatorias dictadas por el TDLC. Todos los cálculos sucesivos son de igual fuente, salvo que se exprese lo contrario.

⁹³ Elaboración propia, en base a datos recopilados de todas las sentencias dictadas hasta el 31 de diciembre de 2017 por el TDLC. Todos los gráficos acompañados en este trabajo en lo sucesivo tienen igual fuente.



Como se puede observar, si bien han existido ciertos años de abruptos descensos, la tendencia general es al alza, alcanzando su máximo en el año 2014, en que se recaudaron cerca de cuarenta mil millones de pesos, equivalente a poco menos de la mitad del monto total acumulado a lo largo de toda la historia del TDLC.

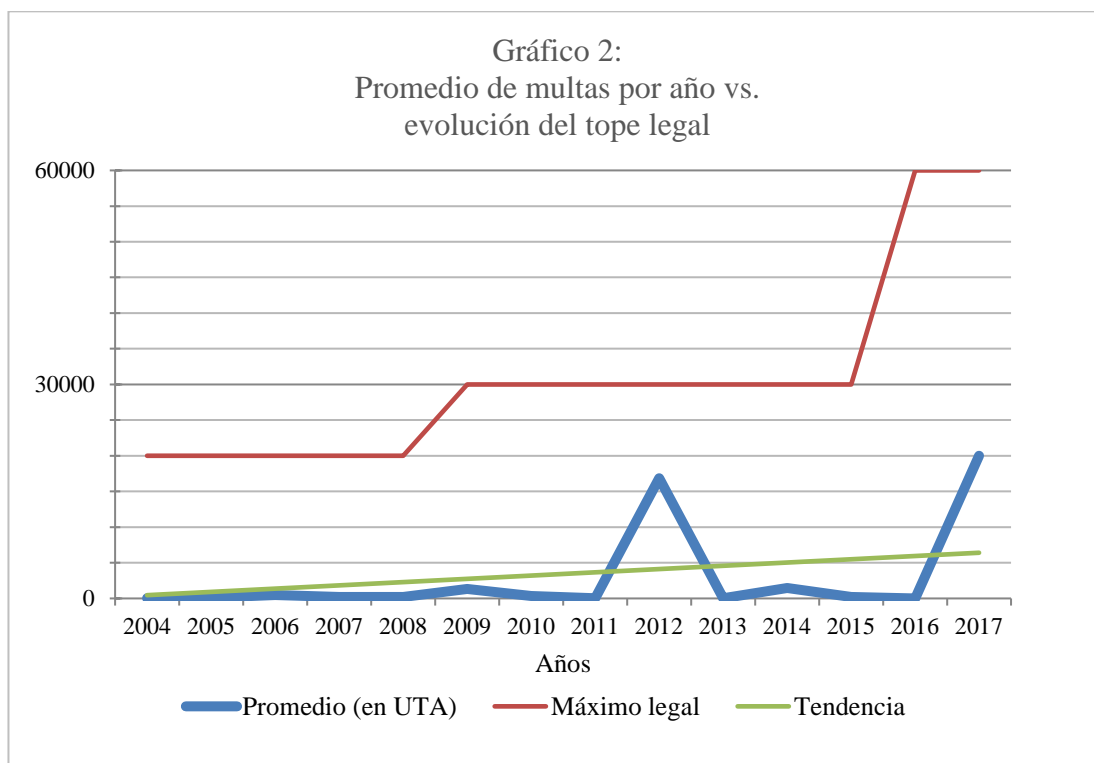
Por su parte, en cuanto al promedio de multas aplicadas, la media a nivel general es de 840,09 UTA⁹⁴. Desglosado por año se obtienen las siguientes cifras:

⁹⁴ Cálculo propio, en base a las sentencias dictadas por el TDLC desde 2004 hasta el 31 de diciembre de 2017, con sanción de multa, considerando el monto impuesto a cada uno de los agentes condenados.

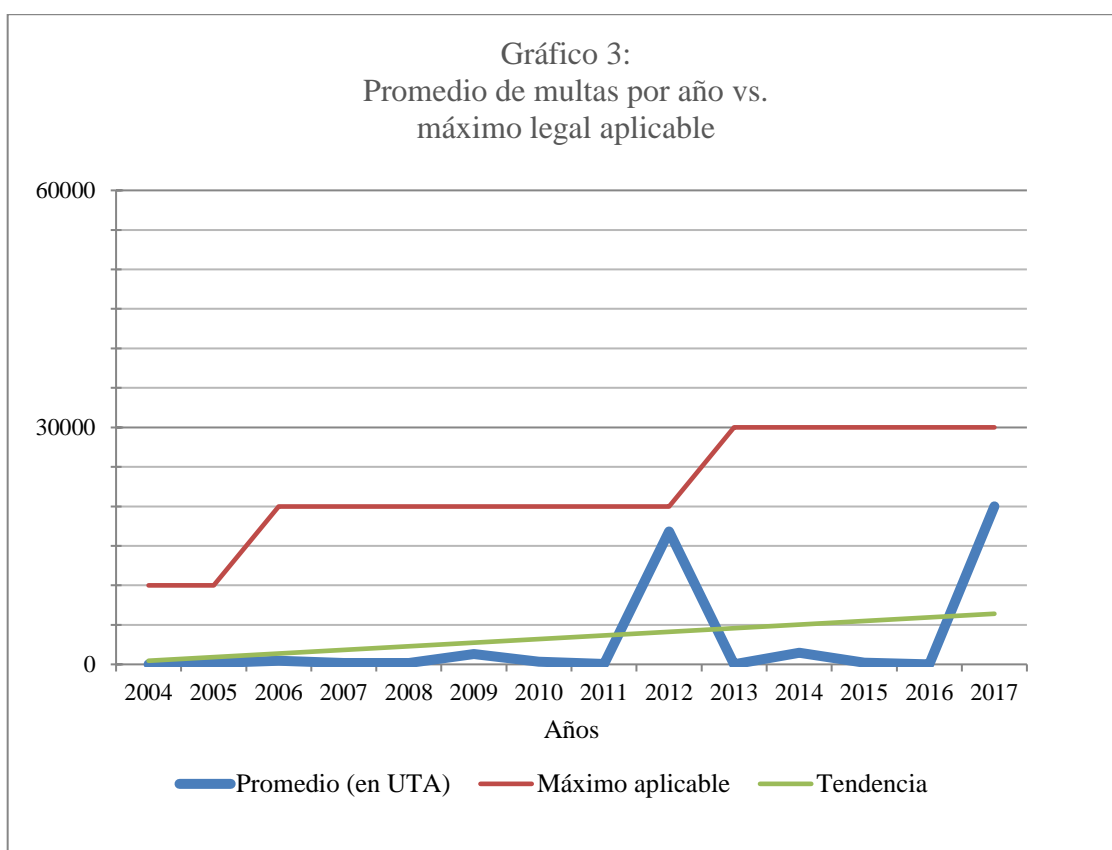
| Año | Promedio de multas impuestas |
|------|---------------------------------|
| 2004 | 29,2 |
| 2005 | 119,87 |
| 2006 | 471,09 |
| 2007 | 193,3 |
| 2008 | 191,7 |
| 2009 | 1.317 |
| 2010 | 328,7 |
| 2011 | 47,29 |
| 2012 | 16.833 |
| 2013 | 18,52 |
| 2014 | 1.453 |
| 2015 | 218,72 |
| 2016 | 0 |
| 2017 | 20.000 |

Tabla 3.

Tales valores se encuentran representados en el siguiente gráfico, que muestra el promedio anual, en contraste con la evolución del tope máximo legal de las multas:



Cabe aclarar que la figura anterior no contempla el máximo legal que resultaba específicamente aplicable al caso concreto, según la fecha de ocurrencia de los hechos constitutivos de la infracción. Por lo demás, sólo una parte minoritaria de los fallos del TDLC señalan de manera expresa la legislación aplicable para efectos de determinar la multa, por lo que no es posible realizar un análisis certero en este sentido. No obstante, una versión aproximada de este análisis, realizada a partir de la exposición fáctica de cada sentencia, da lugar a la siguiente representación:



Como puede apreciarse, a lo largo de casi todo el período analizado hay una diferencia notoria entre el monto máximo contemplado por la legislación y el promedio de las multas aplicadas.

Asimismo, puede observarse una situación excepcional en los años 2012 y 2017, pues mientras que en los demás años el promedio no superó las 2.000 UTA, en 2012 la cifra ascendió a casi 17.000 UTA y en 2017 fue de 20.000 UTA. Tal diferencia se debe a que la mayoría de los casos que ha sancionado el TDLC han recibido multas mucho menores, en tanto que el 2012 y 2017 fueron años en que, si bien no se dictó gran número de sentencias, el monto impuesto en ellas fue de gran envergadura, particularmente en casos de colusión⁹⁵. En el resto de los años, en cambio, aun cuando se hayan dado casos con sanciones de grandes montos, el promedio desciende por la aplicación de numerosas multas menores. Ejemplo de ello es lo sucedido el 2014, en que fue resuelto el “caso pollos”⁹⁶, donde se aplicaron las mayores multas contempladas en nuestra legislación hasta entonces y, con ello, ha recibido la mayor multa hasta ahora, pese a lo cual, dado que existió una gran cantidad de sanciones con montos menores, el promedio no alcanzó siquiera las 1.500 UTA.

En efecto, dentro de las sentencias condenatorias del TDLC, destacan por su excepcionalidad aquellos casos en que se han impuesto las mayores multas a nivel total, es decir, considerando la suma de las sanciones impuestas a cada uno de los condenados en cada caso. Hablamos, en orden cronológico, del requerimiento contra las empresas Falabella y Paris⁹⁷ y los conocidos casos de la “colusión de las farmacias”⁹⁸ y el “caso pollos”⁹⁹. En el primero de estos casos, en contra de Falabella y Paris, se impuso una sanción total de 13.000 UTA, desagregadas en 8.000 UTA para la primera y 5.000 para la segunda¹⁰⁰. En la “colusión de las farmacias”, por su parte, el monto global ascendió a 40.000 UTA, dividido en 20.000 UTA para Farmacias Cruz Verde S.A. e igual suma

⁹⁵ De las estadísticas del TDLC y la clasificación que en ellas se hace de las conductas sancionadas, así como la revisión de las sentencias dictadas los años 2012 y 2017, puede verse que en el primer año se dictaron dos sentencias condenatorias, donde las multas fueron de 10.500 y dos de 20.000 UTA, mientras que en 2017 se dictó sólo una sentencia de igual tipo, que impuso una multa por una suma de 20.000 UTA; siendo todos los casos colusiones.

⁹⁶ TDLC. Op. Cit. (N. 59).

⁹⁷ TDLC. Op. Cit (N. 58).

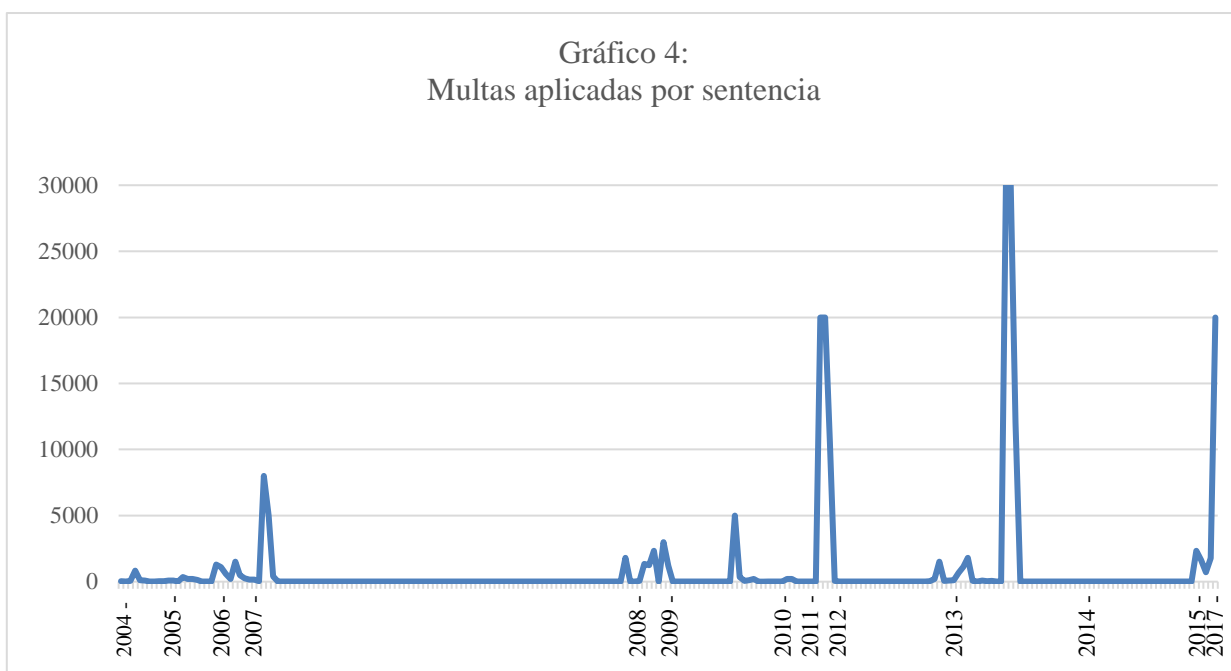
⁹⁸ TDLC. Op. Cit (N. 62).

⁹⁹ TDLC. Op. Cit. (N. 59).

¹⁰⁰ Cabe señalar que la Corte Suprema, conociendo de la reclamación interpuesta en contra de la decisión del TDLC, confirmó su sentencia, pero acogió las peticiones subsidiarias de las entidades sancionadas, reduciendo las multas impuestas a Falabella y Paris a 6.000 y 3.750 UTA respectivamente.

para Farmacias Salcobrand S.A.¹⁰¹ Luego, la sentencia del “caso pollos”, de septiembre del año 2014, impuso una multa total de 72.000 UTA, sancionando a Ariztía S.A. y Agrícola Agrosuper S.A. con el máximo legal hasta entonces, 30.000 UTA, en tanto que a Agrícola Don Pollo S.A. con 12.000 UTA. Finalmente, la sentencia de la “colusión del papel higiénico”, con una multa única de 20.000 UTA impuesta a SCA Chile S.A.

Estos casos de multas altas, como decíamos, son particulares dentro de un contexto de mayoritaria aplicación de multas de sumas menores. Lo anterior se evidencia en el siguiente gráfico¹⁰², que muestra los montos de las multas aplicadas por sentencia:

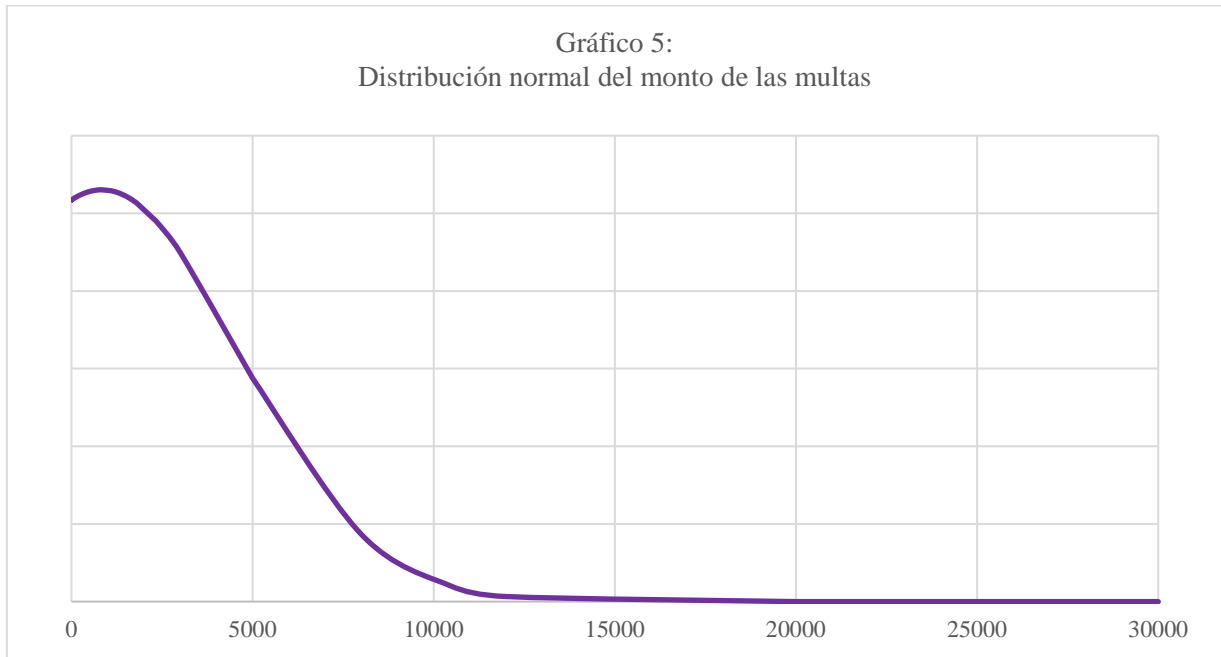


Asimismo, el gráfico acompañado a continuación da cuenta de la distribución normal del monto de multas. En este caso, la tendencia difiere mucho de la clásica imagen de la Campana de Gauss, donde el mayor nivel se encuentra en un punto intermedio del rango. Por el contrario, tratándose de las multas, los montos más reiterados se encuentran en el

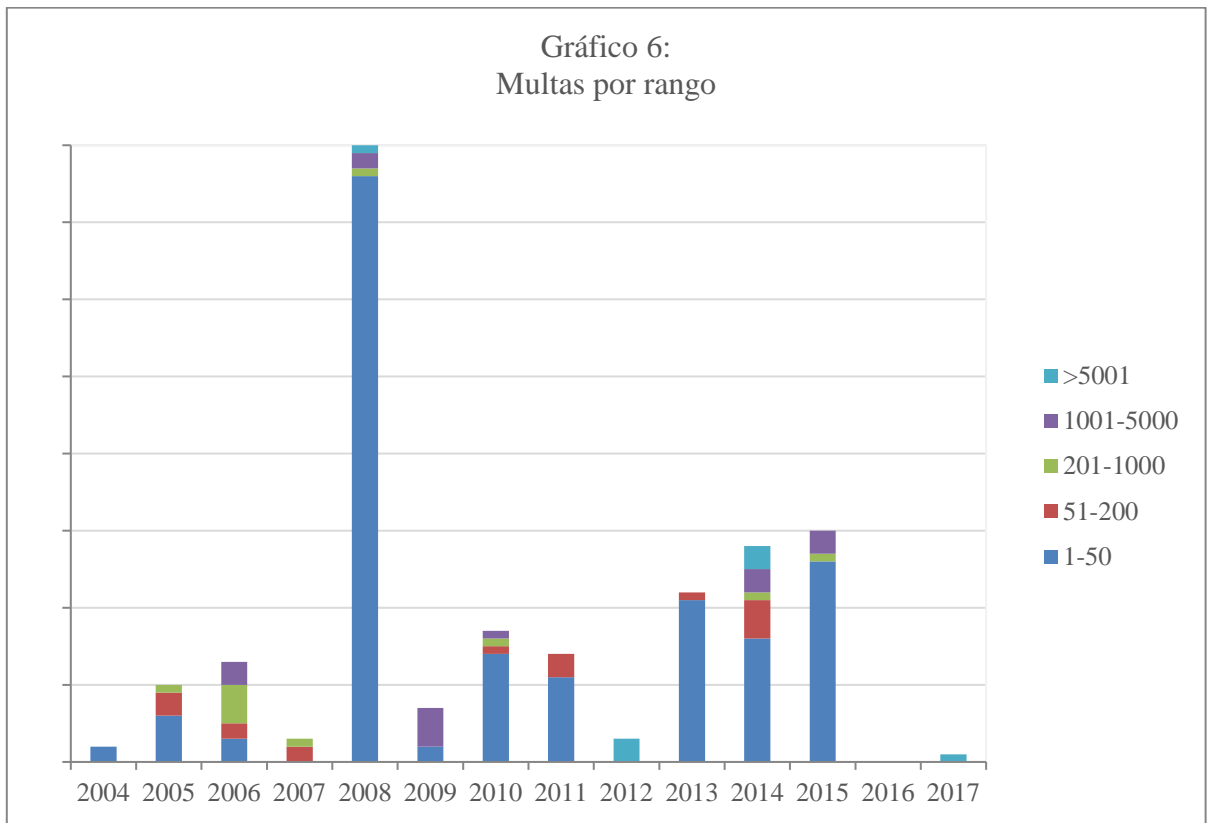
¹⁰¹ La FNE terminó anticipadamente el caso en contra de Farmacias Ahumada S.A., en virtud del Acuerdo Conciliatorio suscrito entre ambas y que fue aprobado por el TDLC; motivo por el cual no llegó a ser sancionada por éste.

¹⁰² Por razones de espacio, se han omitido en el eje horizontal los números de sentencia, separándose por la línea marcadora e identificándose el año de dictación.

tramo menor, pudiendo constatarse claramente que la máxima concentración de encuentra en el tramo de hasta 5.000 UTA, en tanto que los montos mayores a 10.000 UTA tienen escasa participación.



Por su parte, tal y como queda reflejado en el Gráfico 4, a diferencia de lo que podría pensarse, no existe una tendencia progresiva a lo largo de los años hacia un mayor monto promedio de las multas, sino que ellos fluctúan de manera irregular, prevaleciendo, en todo caso, la imposición de multas menores a las 5.000 UTA.



Del gráfico anterior podemos desprender que las multas de hasta 50 UTA son por lejos las más aplicadas, en tanto que sanciones mayores a 5.000 UTA sólo han sido aplicadas en 5 sentencias¹⁰³, de cuatro años diferentes.

Este resultado tiene como causa relevante la gran diferencia existente en la cuantía de las multas aplicadas a personas naturales en contraste con las impuestas a personas jurídicas. Mientras que para las primeras el promedio es de 4,18 UTA, para las segundas es de 1613,3 UTA.

El siguiente gráfico muestra el promedio de multas impuestas por año, considerando

¹⁰³ Las cinco sentencias a que nos referimos son las N° 121/2012, 139/2014 y 160/2017.

ambos tipos de personas separadamente:

| | Personas Naturales | Personas Jurídicas |
|------|--------------------|--------------------|
| 2004 | 0 | 29,2 |
| 2005 | 0 | 119,87 |
| 2006 | 0 | 471,09 |
| 2007 | 0 | 193,3 |
| 2008 | 1,267 | 2177,5 |
| 2009 | 0 | 1317 |
| 2010 | 0 | 328,71 |
| 2011 | 2,5 | 50,73 |
| 2012 | 0 | 16833,33 |
| 2013 | 5,625 | 25,8928 |
| 2014 | 61,25 | 3277,56 |
| 2015 | 3,188 | 1296,4 |
| 2016 | 0 | 0 |
| 2017 | 0 | 20000 |

Tabla 4.

En tanto, el monto total de las multas impuestas es de 464,7 y 193.596,13 UTA, respectivamente, lo que significa que la recaudación por multas impuestas a personas naturales representa aproximadamente un 0,002% del total. Esta gran diferencia, por cierto, no se deriva -como podría llegar a pensarse- de una considerablemente menor cantidad de ocasiones en que se haya sancionado a personas naturales, sino que probablemente por la consideración hecha por el TDLC acerca de la menor capacidad de pago de las personas naturales. Por el contrario, el número de veces en que se ha sancionado a cada categoría es bastante similar, con 112 multas impuestas en contra de personas naturales y 121 en contra de personas jurídicas.

En definitiva, más allá de la reiterada predominancia de multas de baja cuantía, se observa un progresivo aumento del monto total de multas impuestas por año, tal como puede constatarse en el Gráfico 1, donde la línea de color verde muestra la tendencia en

este aspecto.

Habiendo analizado los montos de las multas de manera general, corresponde revisar cómo han sido sancionadas las diferentes conductas contrarias a la libre competencia. Para estos efectos, se presenta la siguiente Tabla 5¹⁰⁴, que da cuenta de los promedios de multas aplicadas distinguiendo según tipos de conductas:

| Tipo de conducta | Multa promedio aplicada (en UTA) |
|-------------------------------|----------------------------------|
| Abuso de posición dominante | 1.070,78 |
| Colusión | 877,95 |
| Incumplimientos de resolución | 262 |
| Actos de autoridad | 200 |
| Precios predatorios | 100 |
| Competencia desleal | 75 |
| Discriminación arbitraria | 41,7 |
| Barreras a la entrada | 12,3 |

Tabla 5.

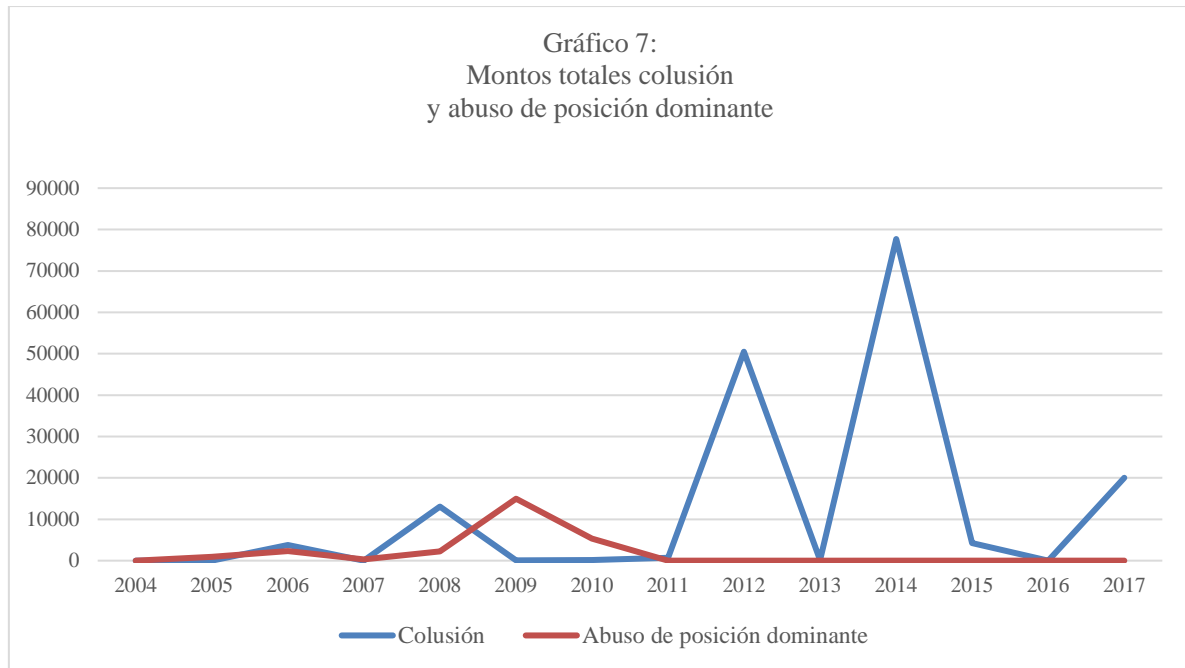
De la Tabla 3, vemos que las multas más altas son aplicadas a dos tipos de conducta: abuso de posición dominante y colusión, seguidas de lejos por el incumplimiento de resoluciones, con una multa promedio inferior a la mitad de la aplicada para las colusiones. A su vez, cabe destacar que el promedio de las multas aplicadas para las colusiones, calculado separadamente según el monto máximo legal aplicable al caso, representa aproximadamente el 2,5% y el 5,9% del mismo; mientras que el promedio para los abusos de posición dominante es un 3,2% y un 6,75% del límite legal aplicable.

¹⁰⁴ La sentencia N°160/2017, que no se encuentra incluida hasta la fecha de realización de este trabajo en las estadísticas del TDLC, se ha clasificado para estos efectos como colusión.

| Año | Colusión | Abuso de posición dominante | Incumplimiento de resolución | Actos de autoridad | Competencia desleal | Precios Predatorios | Discriminación arbitraria | Barreras a la entrada |
|-------|-----------|-----------------------------|------------------------------|--------------------|---------------------|---------------------|---------------------------|-----------------------|
| 2004 | 0 | 16,7 | 0 | 0 | 0 | 0 | 41,7 | 0 |
| 2005 | 0 | 916,6 | 240 | 0 | 50 | 100 | 0 | 12 |
| 2006 | 3757,43 | 2350 | 16,7 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2007 | 0 | 330 | 250 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2008 | 13092,5 | 2212,5 | 5 | 0 | 0 | 0 | 0 | 25 |
| 2009 | 60 | 14964,8 | 20 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2010 | 138 | 5350 | 0 | 0 | 100 | 0 | 0 | 0 |
| 2011 | 662 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2012 | 50500 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2013 | 177,5 | 30 | 0 | 200 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2014 | 77706,5 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2015 | 4227,7 | 0 | 2334 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2016 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2017 | 20000 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Total | 170321,63 | 22170,6 | 2865,7 | 200 | 150 | 100 | 41,7 | 37 |

Tabla 6: Montos totales por año y tipo de conducta.

Por otro lado, aquellos dos tipos de conducta con los promedios de sanción más altos son a la vez por los que se han recaudado las mayores sumas en multas. En estos casos, al igual que como hemos visto a nivel general, los montos totales de las multas evidencian una tendencia al alza, mucho más clara para el caso de las colusiones.



II.1.4.2. ANÁLISIS CUALITATIVO: FUNDAMENTACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LAS MULTAS

Tal como adelantábamos en la sección II.1.2., el TDLC, en general, no ha sido particularmente detallista a la hora de fundamentar de qué manera cada una de las consideraciones tenidas a la vista ha influido en la determinación del monto específico de la multa impuesta. Ello trae como consecuencia que la actuación del TDLC se dé dentro de un marco de discrecionalidad amplio y, con ello, refleje un ejercicio jurisdiccional que pudiera mejorar en transparencia y predictibilidad, ambos deseables a la luz de los principios de seguridad e igualdad.

En efecto, como evidenció Tapia¹⁰⁵, de una revisión de los fallos emitidos es posible notar que la imposición de multas muchas veces no trae aparejado un análisis exhaustivo tendiente a determinar su monto. Por el contrario, y como ejemplifica el autor, nos encontramos incluso con sentencias que deciden aplicar *prudencialmente* determinada

¹⁰⁵ TAPIA, Javier. Op. Cit. (N. 87).

multa, sin explicar en qué medida intervino cada una de las circunstancias concurrentes:

“Ducentésimo tercero. Que a todos los mencionados precedentemente se les aplicará prudencialmente una multa a beneficio fiscal, en los términos que se indican en la parte resolutive de esta sentencia; en montos que se ubicarán en el tramo bajo del rango permitido por el artículo 26 c) del D.L. N° 211, toda vez que, si bien la conducta es grave, a juicio de este Tribunal, y por todo lo descrito precedentemente, (i) la extensión del daño causado es baja; (ii) el beneficio obtenido por las requeridas, de haber existido, fue mínimo; y, (iii) como se ha dicho, existió en alguna medida una finalidad gremial para llevar a cabo dicha conducta”¹⁰⁶.

De igual manera ocurrió en la Sentencia N°117/2011:

“Nonagésimo quinto. Que, en segundo término, en lo resolutive de esta sentencia se impondrá al requerido una multa a beneficio fiscal, para lo cual se estará a los criterios de graduación que para esta sanción contempla el inciso final del referido artículo 26: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, y la calidad de reincidente del infractor. Al respecto, se ha acreditado en autos que el señor Malone (i) es el controlador de VTR y conocía esta calidad; (ii) sabía de la Condición Primera; (iii) sin dejar de ser el controlador de VTR y a sabiendas de la condición que le afectaba, adquirió y mantiene hasta hoy una participación en la propiedad de DirecTV Chile, incluso a pesar de haber sido advertido de la ilicitud de dicha conducta por la Fiscalía Nacional Económica al iniciar una investigación en su contra; (iv) la conducta infractora del señor Malone priva de juridicidad a la fusión aprobada por la Resolución No 1/2004 y generó en el mercado las consecuencias negativas que la Condición Primera pretendía evitar, lo que infringe el artículo 3o del D.L. No 211 al permitir que un competidor con posición de dominio en el mercado -

¹⁰⁶ TDLC (29 de enero de 2013), Rol C 177-08.

VTR- pueda influir, a través de un controlador común, en su competidora DirecTV, o que a lo menos pueda conocer las decisiones competitivas de esta última; (v) su conducta infractora le habría reportado a su controlada VTR -y, por ende, a él mismo- beneficios económicos al reforzar la posición de dominio de su controlada VTR; y, (vi) la conducta se ha mantenido en el tiempo por casi tres años. Por otra parte, no consta a este Tribunal que el señor Malone haya sido alguna vez condenado por infracciones a la libre competencia, por lo que no se aplica en su respecto la condición de reincidente antes referida. Por todas estas razones, este Tribunal impondrá prudencialmente al requerido una multa de cuatro mil Unidades Tributarias Anuales”¹⁰⁷.

Bastante similar a esta hipótesis es la situación en que, sin aludir a una determinación *prudencial*, el TDLC únicamente menciona las circunstancias que tiene en consideración para imponer la multa, muchas veces fundamentando su concurrencia, pero sin plasmar en el fallo cómo ellas inciden concretamente en el monto impuesto. Este defecto se produce tanto en el caso en que se aplican circunstancias legales como cuando se trata de criterios extralegales.

Esta carencia se evidenció incluso en la sentencia que ha impuesto la sanción más grave hasta la actualidad, donde fuera de señalar que se considerará la gravedad de la infracción para efectos de determinar la multa, no explica en qué grado lo hará:

“Tricentésimo cuadragésimo sexto. Que, conforme con todo lo anterior, se condenará a las Empresas Avícolas Requeridas al pago de multas a beneficio fiscal. Para estos efectos se debe tener presente que el inciso final de la letra c) del artículo 26° del D.L. N° 211 dispone que en la determinación de las multas a ser impuestas se considerarán, entre otras circunstancias, la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido con la infracción, y la calidad de reincidente del infractor;

¹⁰⁷ TDLC (29 de diciembre de 2011), Rol C 156-08.

Tricentésimo cuadragésimo séptimo. Que, en primer lugar, respecto de la gravedad de la conducta, tanto este Tribunal como la Excma. Corte Suprema han resuelto en diversas oportunidades que la colusión es el más grave de los atentados contra la libre competencia, y que la multa a aplicar debe ser equivalente al menos al beneficio económico obtenido por dicha infracción;

Tricentésimo cuadragésimo octavo. Que un elemento agravante de la conducta es la duración de la misma. Como se desarrolló a lo largo de la presente sentencia, el cartel conformado por las Empresas Avícolas Requeridas y facilitado por la APA comenzó al menos en el año 1994; esto es, diecisiete años antes de la presentación del requerimiento. Durante estos diecisiete años, las Empresas Avícolas Requeridas afectaron artificialmente y de forma sistemática los resultados de la competencia en el mercado, por la vía de coordinar sus acciones, afectando con ello directamente a los consumidores;

Tricentésimo cuadragésimo noveno. Que otro factor que este Tribunal considera particularmente grave es el hecho que el acuerdo en cuestión haya sido promovido, mantenido y monitoreado en el seno de una asociación gremial, en la cual además participaban personalmente los más altos ejecutivos de las Empresas Avícolas Requeridas, desviándose así de los objetivos netamente gremiales y distorsionando la competencia que la misma asociación está llamada a fomentar”¹⁰⁸.

En tanto, entre las circunstancias extralegales, cabe referirse a la Sentencia N°85/2009, que analizó la pérdida de posibilidades de elección para los consumidores:

“Centésimo nonagésimo segundo. Que así, dado el conjunto de los factores que condicionan la demanda y oferta de los servicios sanitarios analizados en autos, los

¹⁰⁸ TDLC. Op. Cit. (N. 59).

demandantes de estos servicios en áreas colindantes a territorios concesionados a empresas sanitarias, y en donde estas empresas puedan extender y aprovechar sus economías de ámbito y de escala, enfrentarán muy escasas opciones de elección respecto del proveedor de tales servicios. Por todo lo anterior, este Tribunal estima que las conductas de abuso acreditadas en autos son graves, lo que será considerado al calcular el valor de las multas por imponerse en cada caso”¹⁰⁹.

Peor aún, más escueta explicación se ha dado anteriormente, al ni siquiera mencionar el TDLC las circunstancias específicas que se tendrían en consideración en el caso concreto, bastándole con hacer una vaga remisión a la ley:

“Quincuagésimosexto: Que, sobre la base de lo expuesto, y considerando para tal efecto sólo aquellos hechos, actos o contratos ejecutados o celebrados dentro de los dos años precedentes a la notificación de la demanda, se impondrá a la demandada una multa a beneficio fiscal por dicha infracción, que será apreciada prudencialmente sobre la base de la información disponible en autos y conforme con los criterios establecidos en el artículo 26° del D.L. 211, y se adoptarán las demás medidas preventivas y correctivas que se señalan en la parte resolutive de esta sentencia”.

La falta de fundamentación de las sanciones impuestas en cuanto a los criterios utilizados es una deficiencia en que también ha incurrido la Corte Suprema, que en ocasiones ha optado por mantener las razones entregadas por el TDLC, sin analizar el valor específico que tuvo en el caso cada circunstancia concurrente. Así ocurrió, por ejemplo, en el fallo dictado en la reclamación en contra de la sentencia del TDLC N°88/2009¹¹⁰, en que la Corte señaló genéricamente que:

“[L]os basamentos tenidos en consideración para la determinación de la sanción

¹⁰⁹ TDLC. Op. cit. (N. 63).

¹¹⁰ Que resolvió acoger la demanda de OPS Ingeniería Ltda. y otros en contra de Telefónica Móviles de Chile S.A.

contienen el debido desarrollo de los elementos que al tenor del inciso final de la norma citada se exigen para dicho establecimiento, por lo que la aplicación de la multa se ha construido debidamente sobre los parámetros que para la fijación de ella establece la legislación”¹¹¹.

De igual manera ocurrió en el fallo recaído en la reclamación en contra de la sentencia N°122/2012¹¹², en que la Corte Suprema confirmó la decisión reclamada, pero optó por rebajar la multa impuesta –de 10.500 a 5.000 UTA– sin análisis alguno de las circunstancias pertinentes para disminuirla en la medida que lo hizo:

“Trigésimo: Que sin perjuicio de lo dicho, aun cuando esta Corte ha de coincidir de que el monto de la multa aplicada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia refleja adecuadamente la gravedad de la infracción y que la multa para que sea eficaz como instrumento disuasivo requiere que su monto no resulte insignificante para la infractora, se estima que la función disuasoria y retributiva que tiene esta sanción se satisface plenamente con una disminución prudencial del monto regulado por el fallo recurrido, por lo que se accederá a esta pretensión de la reclamación”¹¹³.

Asimismo, la Corte Suprema ha optado por aplicar una multa cuando el TDLC no lo había estimado pertinente –lo que hace aún más esperable una fundamentación al respecto–, conformándose con mencionar las circunstancias que estimó aplicables al caso sin realizar un análisis de su incidencia en el monto de multa aplicado. Tal es el caso del fallo por el que la Corte Suprema acogió las reclamaciones de la FNE y Philip Morris en contra de la sentencia N°115/2011, condenando a la Compañía Chilena de Tabacos S.A. al pago de una multa de 1666,7 UTA, además de las otras medidas aplicadas por el TDLC en su sentencia:

¹¹¹ Corte Suprema (7 de julio de 2010), Rol N°8077-2009.

¹¹² Que resolvió acoger el requerimiento de la FNE en contra de Tecumseh Do Brasil y Whirlpool S.A.

¹¹³ Corte Suprema (24 de septiembre de 2013), Rol N°5308-2012.

“Vigésimo primero: Que así, la violación constatada al artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, pese a los recaudos que adoptó el dominante en el mercado, no puede ser objeto sólo de medidas correctivas, sino que ameritan una sanción pecuniaria teniendo para ello presente la gravedad de la conducta, pues dada su condición de cuasi-monopolista debió prever que el no explicitar en los contratos las dimensiones de los espacios que iban a ser destinados a publicidad, más aún con las restricciones legales que se imponían con la nueva ley, se podían generar en los hechos efectos anticompetitivos –lo que efectivamente ocurrió- por lo que debió monitorear el cumplimiento que en la práctica se daba a los contratos, siendo insuficientes todas las medidas detalladas a partir del considerando centésimo cuadragésimo porque -tal como dice la sentencia reclamada- la mayoría de ellas se implementaron recién en el año 2008 o después, es decir, cuando ya se sabía por Chiletabacos de la investigación que llevaba a cabo la Fiscalía Nacional Económica en su contra.

También ha de considerarse el beneficio económico que este tipo de conductas le ha irrogado, pues le ha permitido mantener su posición dominante en el mercado en perjuicio del minoritario.

Otro aspecto a ponderar es la reincidencia. Sobre este punto ha de tenerse presente que si bien se ha desechado considerar que Chiletabacos incumplió la sentencia N° 26, no es menos cierto que en ella se le sancionó por infracción al artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, que corresponde a la misma figura por la que ahora es objeto de reproche, de tal suerte que debe considerársela reincidente al momento de aplicar la sanción que se le impondrá.

Vigésimo segundo: Que lo anterior es sin perjuicio de mantener las medidas impuestas en el resuelto tercero de la sentencia que se revisa, pero debiendo éstas también extenderse a los puntos de venta del segmento low trade, por cuanto no existe razón para

eximir a dichos locales de este resguardo.”

Este defecto en la fundamentación de las sentencias ha tendido a cambiar en el TDLC desde que el Ministro Javier Tapia fue nombrado integrante, notándose un incremento en el grado de análisis realizado para imponer una multa en concreto, aplicándose en gran medida la metodología que propusiera años antes¹¹⁴. Así, tomando también como ejemplo la consideración de la gravedad de la conducta, el TDLC ha establecido en el último tiempo en qué medida influirá ésta en el monto, asociándola a un porcentaje de las ventas del infractor:

“Centésimo trigésimo quinto. Que a juicio de este Tribunal la gravedad de las conductas ilícitas acreditadas en este proceso amerita considerar un monto equivalente al 15% de las ventas comprometidas en cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó cada acuerdo. De esta forma: (i) se aplicará un 15% del precio y la cantidad ofrecida en la cotización finalmente aceptada de las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, el que se repartirá por partes iguales entre las empresas que participaron del mismo, vale decir, ENEX, QLA y ACH; (ii) se aplicará un 15% del precio y la cantidad ofrecida en la cotización finalmente aceptada de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, el que se repartirá por partes iguales entre las cuatro empresas requeridas, ya que todas ellas participaron de ese acuerdo; y, (iii) se aplicará un 15% del precio y la cantidad ofrecida en la cotización finalmente aceptada de la obra La Negra, el que también se repartirá por partes iguales entre las cuatro empresas requeridas, ya que todas ellas participaron de ese acuerdo;

Centésimo trigésimo sexto. Que en el caso del acuerdo para la asignación concertada de las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, existe en autos [...] prueba de que las últimas cotizaciones aceptadas por las empresas del Grupo Dragados correspondientes a dichas

¹¹⁴ Nos referimos a la propuesta que formuló en su publicación *La Aplicación de Multas a Agentes Económicos en el Derecho Chileno de la Libre Competencia* (N. 87).

obras ascendieron a 22.350 toneladas, por un valor de 10.335,81 millones de pesos, valorizados a noviembre de 2011 en 22.183,5 UTA. Por consiguiente, el 15% de dicha cantidad asciende a un monto de 3.327,5 UTA, correspondiéndole, por lo tanto, a cada una de las empresas que participaron en ese acuerdo –ENEX, ACH y QLA – un monto de 1.109,2 UTA, sin perjuicio de la exención que corresponde aplicar a ENEX;

Centésimo trigésimo séptimo. Que en el caso del acuerdo para la asignación concertada de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, existe en autos [...] prueba de que las últimas cotizaciones aceptadas por la empresa Besalco correspondientes a dichas obras ascendieron a un total de 9.521 toneladas, por un valor de 5.444,1 millones de pesos, valorizados a noviembre de 2012 en 11.442,3 UTA. Por consiguiente, el 15% de dicha cantidad asciende a un monto de 1.716,3 UTA, correspondiéndole, por lo tanto, a cada una de las empresas que participaron en este acuerdo – ENEX, ACH, QLA y Dynal – un monto de 429,1 UTA, sin perjuicio de la exención que corresponde aplicar a ENEX;

Centésimo trigésimo octavo. Que, por último, en el caso del acuerdo para la asignación concertada de la obra La Negra, existe en autos [...] prueba de que la última cotización aceptada por la empresa Figueroa Vial correspondiente a dicha obra ascendió a un total de 2.300 toneladas de productos asfálticos valorizados en un total de 1.158 millones de pesos, equivalentes a 2.433,8 UTA a noviembre de 2012. Por consiguiente, el 15% de dicha cantidad asciende a un monto de 365,1 UTA, correspondiéndole, por lo tanto, a cada una de las empresas que participaron en ese acuerdo –ENEX, ACH, QLA y Dynal– un monto de 91,3 UTA, sin perjuicio de la exención que corresponde aplicar a ENEX;

Centésimo trigésimo noveno. Que, por consiguiente, la gravedad de las conductas en que participaron las requeridas ENEX, ACH y QLA las hace acreedoras, en principio, a una multa por una cantidad de 1.629,5 UTA para cada una de ellas, sin perjuicio de la

exención que corresponde aplicar a la primera de ellas según se ha explicado. En el caso de Dynal, quien no participó del primer grupo de conductas, el monto de la multa asciende a 520,4 UTA”¹¹⁵.

Es de esperar que en el futuro cambie la práctica que se ha dado históricamente en torno a la insuficiente motivación en la determinación de las multas, de modo que tanto el TDLC –avanzando en la dirección iniciada desde la integración del Ministro Tapia– como la Corte Suprema precisen de mejor manera los criterios utilizados para calcular el monto de las multas impuestas.

En el logro de esta meta tiene también un importante rol la FNE, en cuanto sus requerimientos pueden contener razonamientos que ayuden a dirigir en este punto a las sentencias, por lo que debiesen contener detalladamente el efecto de las circunstancias aplicables en la multa solicitada. La FNE ha manifestado estar consciente de este problema, por lo cual se encuentra trabajando para solucionarlo mediante la elaboración de una guía al efecto. Así fue anunciado en la cuenta pública de la FNE del año 2017, donde el Fiscal Nacional Económico señaló que “queremos explicitar los criterios que utilizamos al momento de determinar las multas que podemos solicitar en nuestros requerimientos. Con el objetivo de predictibilidad en mente, prontamente publicaremos una guía de multas que orientará sobre la forma en que la FNE va a estimar dichos montos, guía que someteremos en borrador a consulta pública”¹¹⁶.

II.2. OTRAS MEDIDAS DEL ARTÍCULO 26 DEL D.L. 211

II.2.1. GENERALIDADES

¹¹⁵ TDLC (23 de diciembre de 2015), Rol C 280-14.

¹¹⁶ Discurso del señor Fiscal Nacional Económico, Felipe Irrarrazabal, en Cuenta Pública 2017 de la FNE, efectuada el 26 de abril de 2018. Web. 10 de mayo de 2018. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/Discurso_final.pdf>.

II.2.1.1. MEDIDAS DEL ARTÍCULO 26 LETRA A)

Según señala el artículo 26 del D.L. 211, dentro de las medidas que el Tribunal puede imponer en la sentencia definitiva, distintas de las multas, se encuentra, en su literal a), la posibilidad de “modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley”.

En cuanto a esta primera medida, es posible notar una vinculación entre ella y la sanción de nulidad absoluta contemplada en el derecho común. En este caso, se trata de actos o contratos que contradicen normas de orden público, no disponibles por las partes. Frente a ellos, el Código Civil, en su artículo 1681, dispone que “es nulo todo acto o contrato a que falta, alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato”. Así, en la medida en que el acto no se ajuste a las normas de orden público que lo regulan, corresponderá que el tribunal civil competente declare su nulidad, dejándolo sin efecto. Tratándose de actos contrarios a la libre competencia, la legislación especial otorga la posibilidad de que el TDLC deje sin efecto todos aquellos actos que sean actos contrarios a las normas -de orden público- que regulan la competencia en los mercados.

A mayor abundamiento, el carácter de orden público de las normas de libre competencia ha sido expresamente reconocido por la Corte Suprema, al señalar que: “la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelven, sino que afectando los intereses

de los consumidores, lo que en último término se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad”¹¹⁷.

De ahí que la sanción contemplada en el derecho común y la contemplada por la legislación especial en materia de libre competencia, sean concordantes e incluso podríamos llegar a entender que existe entre ellas una relación de género a especie. Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que, más allá del análisis teórico que pueda realizarse, dada la especialidad de la materia, corresponderá regirse por el D.L. 211 y no por el derecho común.

Por otra parte, cabe agregar que esta medida será adecuada cuando, a fin de impedir la continuación de efectos perniciosos que pudiera haber causado el acto en cuestión, sea necesario cesar en su totalidad la ejecución de éste, sin que sea posible mantenerlo vigente, ni siquiera bajo condiciones diversas.

Luego, es relevante que el D.L. 211 no sólo contempla la opción de dejar sin efecto el acto con efectos anticompetitivos, sino que además se podrá modificar en el sentido que el TDLC estime pertinente. Con ello, a diferencia de los casos en que se dé la situación explicada anteriormente, cuando sea posible llevar a cabo la operación de alguna otra manera que no implique una merma a la competencia en el mercado, podría optarse por esta vía, no impidiendo su ejecución en forma absoluta.

Las posibilidades de modificación o de terminación de los actos o contratos son de tan variada índole como los mismos actos que ejecuten los particulares. Las características de la modificación que deba hacerse en el acto o contrato, dependerán de las circunstancias específicas del caso, pudiendo ir ser, por ejemplo, dejar sin efecto

¹¹⁷ Corte Suprema (12 de octubre de 2016), Rol N°5128-2016.

alguna parte del acuerdo que se hubiere gestado o cambiar el sentido de una cláusula contractual¹¹⁸.

II.2.1.2. MEDIDAS DEL ARTÍCULO 26 LETRA B)

Otra de las facultades que tiene el TDLC a la hora de establecer sanciones, es la contemplada en el artículo 26 letra b), que consistente en “ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos”.

Podemos entender esta facultad, ejercida hasta ahora por el TDLC únicamente en el “caso pollos”^{119 120}, como una herramienta preventiva otorgada por el legislador al TDLC en orden a que éste impida que permanezcan en funcionamiento órganos que han servido al ejercicio de prácticas contrarias a la libre competencia o entidades que han incurrido en tales prácticas. La aplicación de esta medida, por tanto, quedaría reservado para casos de extrema gravedad, respecto de los cuales no sólo no baste con la aplicación de una sanción de multa o la anulación o modificación del acto anticompetitivo, sino que la pervivencia de la empresa u organización resulte a tal nivel riesgoso para el normal desarrollo de los mercados y de la competencia al interior de ellos, que el tribunal considere necesario impedir su continuación.

La severidad de esta sanción se refleja en el hecho de que no haya sido sino hasta la reforma de 2016 que se incluyó dentro de las medidas que pueden evitarse en virtud de la delación compensada, con lo que ha de entenderse que el legislador veía que la conducta a la que se aplique dicha medida era de tal gravedad, que la colaboración

¹¹⁸ En la sección II.2.2.1. se ahondará en el ejercicio que ha hecho el TDLC de esta facultad.

¹¹⁹ En la causa rol C 265-13, requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros, el TDLC rechazó la solicitud de la FNE de ordenar la disolución de la asociación requerida. Sin embargo, tal medida fue dispuesta luego por la Corte Suprema, acogiendo en este punto el recurso de reclamación interpuesto por la FNE en contra de la sentencia del TDLC.

¹²⁰ Detalles acerca del ejercicio de esta facultad *infra*, en la sección II.2.2.2.

prestada a la Fiscalía en la investigación no bastaba para pasar por alto la necesidad de impedir la existencia del órgano que intervino en el acto.

Con la reforma, sin embargo, se optó por incluir también dentro de las sanciones que podrían evitarse, incentivando con ello el ejercicio de la delación compensada. En efecto, el Mensaje del proyecto de ley señala:

“A 5 años de la entrada en vigencia de la ley N° 20.361 y considerando la aplicación práctica que ha tenido la delación compensada, resulta imprescindible efectuar algunas modificaciones que permitan que ésta funcione de manera eficaz, generando los incentivos y la certeza suficiente para permitir la desarticulación de carteles.

Es necesario establecer que el espectro de las sanciones respecto de las cuales puede otorgarse una exención o reducción debe ser más amplio que la multa.”

Sin embargo, manteniendo el espíritu de severidad en esta sanción, se contempla un ámbito acotado para el otorgamiento de este beneficio, siendo sólo aplicable a quien primero aporte antecedentes a la FNE. En este sentido, el inciso tercero del artículo 39 bis del D.L. 211 dispone que:

“Para acceder a la exención de la disolución o multa, en su caso, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, quien intervenga en la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.”

II.2.1.3. MEDIDAS DEL ARTÍCULO 26 LETRA D)

Tras la reforma de 2016, se incorporó una nueva sanción posible, aplicable para el caso específico de las conductas calificadas de colusión. Esta medida consiste en

imponer “la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada”.

Según se aclara en el Mensaje de la Presidenta de la República con el que inició el proyecto de la ley, esta sanción sería acumulativa respecto de las demás que pudiese imponer el TDLC, no pudiendo ser la única aplicada.

Con ella se pretende impedir que quien haya sido parte en un cartel se beneficie de la obtención de recursos públicos a partir de contratos con el Estado o concesiones que se adjudicara¹²¹.

Esta sanción podría evitarse acogiéndose al beneficio de la delación compensada, según contempla expresamente el artículo 39 bis del D.L. 211, no siendo una restricción para estos efectos que se trate del primer partícipe en aportar antecedentes o cualquiera de los restantes.

Es del caso mencionar que sanciones aparentemente equivalentes a esta han sido contempladas en nuestra legislación para infracciones en otros ámbitos, a saber, en materia laboral y en materia concursal. En efecto, el artículo 4º, inciso primero, de la Ley N°19.886¹²², sobre contratación administrativa, dispone en relación a los requisitos para contratar con el Estado:

¹²¹ Mensaje Presidencial N°009-363. Op. Cit. (N. 71).

¹²² Ley N°19.886: De Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial de la República de Chile, de 30 de julio de 2003.

“Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal.”

La situación, sin embargo, no es exactamente igual, pues mientras que en materia laboral y concursal bastará que haya existido una condena del tribunal correspondiente, tratándose de la legislación de libre competencia, el TDLC deberá optar expresamente por imponer esta medida. De este modo, mientras que en aquellas legislaciones es una consecuencia directa y necesaria de la sentencia condenatoria, en esta, en cambio, la sanción podrá o no darse, según la decisión que tome el TDLC en el caso concreto.

Precisamente esta diferencia es un punto discutido en el Proyecto de Ley “Fármacos II”¹²³, que pretende incluir un nuevo artículo en el D.L.211, con una sanción similar a la que venimos tratando. En efecto, establece que quien hubiese sido condenado por infracción al mismo quedará inhabilitado para contratar con la Central de Abastecimiento. En contra de la iniciativa se ha señalado que en el marco de la tramitación de la Ley N°20.945 “se concluyó que impedir la participación de aquellas personas en los procesos licitatorios del sector público podría ser perjudicial para los intereses del Fisco, especialmente cuando existe sólo un proveedor del producto o servicio requerido. Por lo anterior, parece prudente que sea el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el ente que pondere las condiciones de mercado y las

¹²³ Boletín N°9.914-11, que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos bioequivalentes genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias.

circunstancias del caso, para establecer sanciones como la que trata la indicación”¹²⁴.

II.2.2. APLICACIÓN DE LAS OTRAS MEDIDAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TDLC

El TDLC ha recurrido en reiteradas ocasiones a medidas diferentes de las multas para sancionar las conductas contrarias a la libre competencia, sea conjuntamente, en su mayoría, o con independencia de aquellas.

A continuación, se referirán algunos casos en los que se han impuesto estas medidas.

II.2.2.1. MEDIDAS DEL ARTÍCULO 26 LETRA A)

A) Sentencias en que se ha impuesto exclusivamente esta medida

A.1) Sentencia N°34, de 2005, en causa rol C 72-05

Este caso se inició a partir de demanda presentada por la Empresa Nacional de Servicios de Aseo S.A. en contra de la Ilustre Municipalidad de Cauquenes, por incorporar a las bases de licitación de los “Servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Barrido de Calles y Disposición Final de Residuos Domiciliarios de la Comuna de Cauquenes” cláusulas contrarias a la libre competencia. En lo sustancial, el vicio en el proceso de licitación habría redundado en la adjudicación del contrato a una empresa que no participó del proceso y con condiciones diferentes a las originales, lo que daría cuenta de un acuerdo entre la municipalidad y la empresa adjudicataria.

¹²⁴ COMISIÓN DE SALUD DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. “Segundo Informe de Comisión recaído en el proyecto de ley Boletín N°9.914-11”. Web. <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=19389&prmTIPO=INFORME_PLEY>.

Al respecto, el TDLC analizó las bases administrativas de la licitación, concluyendo que existieron una serie de cláusulas que mermaban la competencia. En este sentido, los considerandos décimo tercero, décimo octavo del fallo y la parte final del vigésimo segundo, establecieron:

“Décimo Tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal [sic] considera incompatible con la libre competencia el hecho de haberse incluido en las bases la cláusula que motivó el descarte de la actora, puesto que reduce injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva”.

“Décimo Octavo: Que, en el caso de la cláusula 8, en análisis, este Tribunal considera que corresponde a una atribución discrecional y anticompetitiva del Municipio, de aquellas cuestionadas en nuestra jurisprudencia, toda vez que es inaceptable, desde la óptica de la libre competencia, que se deje sin efecto una licitación antes de la apertura de las propuestas sin expresión de fundamento alguno. Por tanto, también se acogerá la alegación correspondiente de la actora”.

“Vigésimo Segundo: [...] En circunstancias que, tal como se dijo, se está licitando un monopolio que ofrecerá por varios años un servicio esencial para los habitantes de una comuna, este Tribunal estima que cualquier cláusula que entorpezca la selección de los operadores más eficientes es contraria a la competencia y por tanto debe ser revisada”.

A partir de sus consideraciones, el TDLC acogió algunas de las alegaciones del demandante, señalando: “i) que la cláusula de inadmisibilidad de reclamos posteriores establecida en las Bases Administrativas Generales es contraria a la libre competencia; ii) que la cláusula que otorga a la Municipalidad el derecho a poner término al contrato de disposición final, en forma unilateral, anticipada, sin necesidad justificación y sin que dé origen a reclamos, indemnizaciones u otras acciones legales de parte del operador abre un espacio excesivo de discrecionalidad que podría dar pie a restricciones a la libre

competencia, y iii) que la cláusula 8 [por la cual el municipio se reserva el derecho de dejar sin efecto la licitación, en cualquier momento hasta antes de la apertura de la propuesta, por razones de interés municipal o de disponibilidad presupuestaria] de las bases de licitación corresponde a una atribución discrecional y anticompetitiva del Municipio”.

De conformidad a lo anterior, resolvió¹²⁵:

“Primero. Ordenar a la Municipalidad de Cauquenes la realización de un nuevo proceso de licitación, en un plazo no superior a dos años desde la notificación de esta sentencia, incorporando en sus bases cláusulas compatibles con los criterios aquí señalados; y,

Segundo. Luego de adjudicada la licitación ordenada en el resuelvo precedente, dejar sin efecto el contrato suscrito entre la Municipalidad de Cauquenes y la empresa Himce Ltda. como consecuencia de la licitación privada analizada en autos.”

A.2) Sentencia N°61, de 2007, en causa rol C 86-06

Este procedimiento fue iniciado a partir de demanda interpuesta por Transportes Delfos Ltda. en contra de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. (“SCL”), Empresa de Transportes Rurales Ltda. y Transportes Centropuerto Ltda., por abuso de posición dominante y acuerdos colusorios en la asignación de subconcesiones del servicio de taxis en el aeropuerto de Santiago en la fijación de tarifas al público y a los concesionarios. Luego, la FNE presentó requerimiento en contra de SCL.

El TDLC, acogiendo la demanda, estableció que:

¹²⁵ La sentencia del TDLC fue revocada por la Corte Suprema al acoger el recurso de reclamación interpuesto por la Municipalidad de Cauquenes.

“Trigésimo quinto. Que, por lo precedentemente expuesto, este Tribunal se ha formado la convicción de que las tarifas vigentes del servicio de taxis de turismo no reflejan las que resultarían de una estructura de mercado competitiva, sino que, por el contrario, corresponden a las resultantes de una estructura de mercado cuyos precios -el que SCL cobra a los operadores y el que éstos cobran a los usuarios finales- permiten un doble cobro de márgenes monopólicos y se encuentran limitados sólo por la elasticidad de la demanda”.

“Cuadragésimo primero. Que, en consecuencia, el régimen de cobros establecido por SCL a los subconcesionarios del servicio de taxis configura un abuso de su posición dominante, por lo que se impondrán las condiciones que se señalan en lo resolutivo”.

A partir de lo anterior, sin fundamentación alguna acerca de la decisión de imponer únicamente esta sanción, el TDLC resolvió modificar las bases de licitación en el sentido que indica, una vez que finalicen los contratos vigentes:

“2. Acoger la demanda de Transportes Delfos en contra de SCL, Tur Bus y Centropuerto, y el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de SCL, sólo en cuanto se ordena que, al término de los contratos de subconcesión del servicio de taxis de turismo actualmente vigentes, SCL deberá asignar estas subconcesiones mediante una licitación pública abierta. Las bases de licitación deberán ser informadas a la Fiscalía Nacional Económica, con una anticipación mínima de 60 días, y deberán prohibir la participación de personas o empresas subconcesionarias de otros servicios de transporte público en el Aeropuerto, y sus relacionadas, si el servicio de taxis es licitado separadamente del resto de los servicios de transporte público en el Aeropuerto Arturo Merino Benitez [sic]. En caso de licitarse conjuntamente todos estos servicios, no será necesario establecer restricciones a la participación de una empresa, simultáneamente, en los distintos servicios, siempre que éstos sean asignados al menos a dos operadores,

independientes y no relacionados entre sí”.

A.3) Sentencia N°81, de 2009, en causa rol C 148-07

La FNE presentó requerimiento al TDLC para que modificara las bases de licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil para el proceso de licitación pública de siete frecuencias aéreas entre las ciudades de Santiago y Lima, a fin de que se incorporen condiciones de competencia en la industria.

Tras analizar los antecedentes del caso, el TDLC estimó pertinente proponer a la Presidenta de la República la modificación del Reglamento de Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales, a fin de que se establezcan mecanismos de asignación de rutas que mejoren las condiciones de competencia entre las empresas interesadas.

Adicionalmente, optó por acoger el requerimiento¹²⁶, sancionando a la Junta de Aeronáutica Civil con una medida de la letra a) del artículo 26, haciendo mención expresa a su aplicación:

“Centésimo sexagésimo séptimo. Que sin perjuicio de lo anterior y en lo inmediato, este Tribunal ordenará, en lo dispositivo de este fallo, modificar las Bases de Licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil con el objeto de adjudicar siete frecuencias aéreas restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima. Ello teniendo en consideración que dichas bases constituyen normas administrativas de jerarquía infrarreglamentaria que conculcan la Libre Competencia en el mercado relevante analizado, por las razones largamente tratadas en la presente sentencia y que, por lo tanto,

¹²⁶ La Corte Suprema acogió la reclamación deducida por la Junta de Aeronáutica Civil y Lan Airlines S.A. –tercero coadyuvante de aquella- en contra de la decisión del TDLC, rechazando, en consecuencia, el requerimiento de la FNE en contra de la primera.

pueden ser modificadas directamente por este Tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26°, inciso segundo, letra a, del Decreto Ley N°211”.

Tal decisión quedó plasmada en la parte resolutive del fallo de la siguiente manera:

“a) Modificar dichas bases dentro del término de treinta días corridos contados desde que la presente sentencia quede ejecutoriada, a fin de que éstas establezcan que la autoridad aeronáutica chilena podrá adjudicar a un mismo postulante, en una primera ronda, como máximo un 75% del total de frecuencias aéreas internacionales directas existentes en la ruta Santiago-Lima, sumadas las asignadas y por asignar. Para tal efecto, deberá considerarse como un mismo postulante a una determinada persona, sus filiales, coligadas y/o relacionadas conforme a los artículos 100 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores. En caso de que esta primera ronda se declare desierta, no regirá en la segunda ronda la limitación al porcentaje de frecuencias internacionales que puede adjudicarse una misma compañía y sus relacionadas. Las bases deberán además ser modificadas, a fin de procurar que los plazos de inicio de operaciones que se exijan a los postulantes, no restrinjan o perjudiquen la participación del mayor número de interesados posible”.

B) Sentencias en que se ha aplicado la medida del artículo 26 letra s) y multa

Como decíamos anteriormente, esta situación es la más reiterada. En la mayoría de los casos en que se ha establecido una medida de la letra a) del artículo 26, se ha hecho adicionalmente a una sanción de multa. A continuación, se señalan algunos casos:

B.1) Sentencia N°26, de 2005, en causa rol C 11-04

Phillip Morris presentó denuncia en contra de su competidora, Compañía Chilena de Tabacos, por una serie de prácticas contrarias a la libre competencia en relación a la

distribución de cigarrillos, con el propósito de consolidar su monopolio en el mercado y eliminar la competencia, tales como el condicionamiento de las ventas de sus productos a que los puntos de venta no comercializaran ni exhibieran productos de la competencia en sus locales y el retiro de merchandising de otros oferentes, entre otras.

Analizando las prácticas denunciadas, el TDLC señaló:

“Vigésimo Segundo. Que, a juicio de este Tribunal, las cláusulas de exclusividad e incentivos antes indicadas son, a la vez, fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder de mercado que detenta CCT, toda vez que actúan como un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de venta *High Trade*, los que, además, no pueden negarse a pactarlas, pues, por una parte, no les es conveniente prescindir de la venta de cigarrillos de Chiletabacos, dado que, tal como se ha acreditado, éstos son los más consumidos por el público y, por la otra, reciben incentivos económicos evidentes por aceptarlas;

Vigésimo Tercero. Que, tal como se decidirá en la parte resolutive de este fallo, de todo lo anterior no puede sino derivarse la necesidad de eliminar de los contratos de CCT las cláusulas de exhibición exclusiva y las que contemplan incentivos económicos por la participación de sus productos en las ventas de cigarrillos en determinados locales, aludidas respectivamente en los considerandos Decimoctavo y Vigésimo Primero, precedentes, por constituir infracciones al artículo 3º, primer inciso, y al artículo 3º, letra b), parte final del D.L. 211, así como la de prevenir su uso en el futuro. Esta última prevención, por lo demás, también sería aplicable a cualquier otro competidor con poder de mercado”.

Esta, entre las demás conductas analizadas, permitieron al Tribunal señalar:

“Trigésimo Segundo. Que, como ha podido apreciarse en los considerandos

anteriores, CCT ha incurrido en prácticas de exclusión que no son otra cosa que barreras estratégicas a la entrada de competidores erigidas por la empresa dominante, que le permiten sostener un poder de mercado, y que en su conjunto configuran un abuso de posición dominante, contrario a la libre competencia”.

Atendido lo anterior, el TDLC resolvió “dejar sin efecto todas aquellas estipulaciones contenidas en los contratos de exclusividad aludidas”.

Adicionalmente, y tras haber zanjado en su parte considerativa que la multa a aplicar para el caso queda circunscrita por el límite legal vigente al momento de producirse los hechos, “atendida la gravedad de las conductas cometidas por Chiletabacos y el beneficio económico que habría obtenido con motivo de las multas”, el TDLC impuso una multa de 10.000 UTM.

B.2) Sentencia N°45, de 2006, en causa rol C 60-05

La empresa Voissnet S.A. interpuso demanda en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. por incurrir en abuso de posición dominante, imponiendo barreras a la entrada al mercado de suministro de banda ancha.

Al respecto, el Tribunal señaló que:

“Sexagésimo: Que, por consiguiente, este Tribunal no puede admitir que CTC imponga limitaciones contractuales para restringir la competencia en el negocio de telefonía fija, aún cuando pudiesen éstas tener como finalidad la de proteger sus inversiones en este mercado. Por ello sancionar a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., en razón de haber infringido las normas sobre protección a la libre competencia al imponer barreras artificiales de entrada a la Telefonía IP prestada sobre banda ancha DSL”.

En consecuencia, acogiendo las peticiones de la demandante y de la FNE en su requerimiento, resolvió:

“10) Modificar todos los Contratos de Servicio Megavía DSL que Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. ha suscrito con distintos ISPs, eliminando de ellos toda prohibición o restricción al uso de la capacidad de ancho de banda para efectuar prestaciones de telefonía IP o para enrutamiento (“ruteo”) de paquetes entre usuarios del servicio de acceso a Internet conectados mediante el servicio Megavía DSL, en cuanto ello obstaculice injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha”.

Además de esta medida, el Tribunal condenó a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile a una multa de 1.500 UTA.

B.3) Sentencia N°55, de 2007, en causa rol C 94-06

La FNE dedujo requerimiento en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A., por conductas que infringirían el artículo 3 letra b) del D.L. 211.

El TDLC señaló:

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

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

En consecuencia, recogiendo la petición de la FNE, decidió condenar a cada una de las requeridas a una multa de 165 UTA y ordenarles “reestructurar sus tarifas por transporte de carga desde el Aeropuerto Carlos Ibáñez del Campo a las bodegas de la Empresa Portuaria Austral, y por uso de grúa horquilla para estos efectos, de forma que no sean arbitrariamente discriminatorias ni tiendan a excluir a esta última empresa del mercado de almacenamiento aduanero de carga aérea internacional con destino Punta Arenas”.

B.4) Sentencia N°82, de 2009, en causa rol C 140-07:

Este caso se inició por el requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Gremial de Buses Interbus y sus directores, por conductas tendientes a la exclusión de un competidor.

A partir de la prueba presentada en autos, el TDLC indicó:

“Trigésimo noveno. Que [...] se deduce que Interbus ha efectuado de manera más o menos constante actos que han tenido por objeto obstaculizar el trabajo de Costa Cordillera y amedrentar a sus operadores, todo lo cual, sumado al reparto de mercado llevado a cabo por Interbus y su política de subsidios cruzados al tramo con fines exclusorios, habría producido como resultado que, a la fecha, Costa Cordillera haya dejado de prestar sus servicios, tal como se manifestó y no se contravirtió en estrados,

lográndose de esta forma la finalidad exclusoria buscada por Interbus para el sector La Mina – Baños El Médano;

Cuadragésimo. Que, a juicio de este Tribunal, dichos actos de amedrentamiento y hostigamiento constituyen también una infracción al artículo 3° del D.L. 211, en cuanto dicha norma sanciona cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.

A partir de ello, el TDLC decidió “ordenar a la Asociación Gremial de Buses Interbus el cese de todo acto o conducta ilícita cuyo objeto o efecto sea el de excluir a competidores de sus socios, que operen en el recorrido Talca – Baños el Médano, o el de impedir el ingreso de nuevos competidores a dicho recorrido”.

B.5) Sentencia N°85, de 2009, en causa rol C 79-05.

La empresa Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. interpuso una demanda en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A. (“ASNM”) por conductas contrarias a la libre competencia consistentes en el abuso de posición dominante en los cobros por prestaciones sanitarias para proyectos ubicados fuera del radio operacional de la concesión. A su vez, la FNE presentó requerimiento en contra de ESSAL S.A., ESSBIO S.A., Aguas Andinas S.A. y ASNM, a partir de una denuncia realizada por la Cámara Chilena de la Construcción (en adelante “CCHC”), a consecuencia de la cual abrió una investigación en cuyo curso habría constatado la existencia de diversos abusos de posición dominante por parte de las requeridas, en contra de los desarrolladores inmobiliarios que necesitan de sus servicios, y que de posición dominante en contra de desarrolladores inmobiliarios que necesitan de sus servicios.

En cuanto a la demanda, ella fue acogida por el TDLC, declarando que ANSM abusó de su posición dominante, al aplicar a la actora cobros arbitrariamente discriminatorios:

“Centésimo vigésimo séptimo. [...] En síntesis, si en un proyecto determinado el cobro que ANSM efectuó a Constructora Independencia es superior a los costos no cubiertos por las tarifas a usuarios, entonces la diferencia entre éstos no tiene otra justificación que el abuso de su posición dominante;

Centésimo vigésimo octavo. Que resulta evidente para este Tribunal, a partir de los resultados contenidos en la tabla anterior, que existe tal diferencia injustificada, por lo que se concluye que ANSM realizó, respecto de esos proyectos inmobiliarios, cobros arbitrariamente discriminatorios que, en total, ascienden aproximadamente a UF 23.410.”

En razón de esto, la condenó al pago de una multa de 1.338 UTA.

Por su parte, acogió el requerimiento de la FNE respecto de ANSM y ESSBIO S.A., señalando que utilizaron un parámetro de cobro, denominado “factor nuevo consumo”, que era injustificado y abusivo. En efecto, el Tribunal dispuso:

“Centésimo trigésimo sexto. Que, tal como ya se ha establecido en las consideraciones octogésimo octava y octogésimo novena, precedentes, este Tribunal concuerda con la demandante y con la FNE en el sentido que, en las áreas fuera de su área de concesión, pero cercanas a ella, la empresa sanitaria titular de dicha concesión tiene un importante poder de mercado, en tanto disponga de economías de escala relevantes, razón por la cual su actuar no se ve disciplinado por la competencia, lo que conlleva un riesgo de potenciales abusos monopólicos respecto de las empresas constructoras;

Centésimo trigésimo séptimo. Que, asimismo, este Tribunal ya ha constatado que las requeridas no utilizan una metodología clara, objetiva, transparente y no discriminatoria para determinar el monto de los cobros a las empresas constructoras por proveer

servicios sanitarios a sus proyectos, fuera de sus respectivas áreas de concesión. Dada la insuficiente competencia en el mercado relevante, este Tribunal. [sic] en ejercicio de la facultad de disponer medidas correctivas establecida en el artículo 3° del D.L. 211, ordenará específicamente a las requeridas adoptar una metodología que establezca en forma previa condiciones de contratación objetivas, transparentes y no arbitrariamente discriminatorias respecto de ese tipo de proyectos, en los términos que se señalarán en lo resolutivo de esta sentencia”.

En concordancia, se condenó a las requeridas al pago de una multa de 1.254 UTA y se les ordenó “modificar sus modelos de evaluación para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, estableciendo en su reemplazo uno basado en parámetros explícitos que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios, que deberá ser de libre acceso público y mantenerse publicado en sus respectivas páginas web”.

B.6) Sentencia N°94, de 2010, en causa rol C 149-07:

La FNE presentó requerimiento en contra varias empresas de transportes y sindicatos de taxis, por haber realizado conductas contrarias a la libre competencia, a partir de la suscripción del “Acta de Acuerdo de los Representantes Legales del Transporte de Pasajeros Urbanos de Osorno”, en el que se habría concertado la uniformidad de las tarifas del transporte público de pasajeros en Osorno y se habría acordado el congelamiento del parque de buses del recorrido urbano de pasajeros en la ciudad.

Analizando los resultados de dicho acuerdo, el TDLC indicó:

“Cuadragésimo primero: Que a mayor abundamiento, y tal como se ilustra en el siguiente Gráfico No 1, en los meses previos a la firma del acuerdo puede observarse que las tarifas de las distintas líneas de microbuses mostraban niveles de dispersión consistentes con la existencia de competencia efectiva entre la mayoría de ellas, lo que

cambió abruptamente en la época que siguió a la suscripción del acuerdo que se ha venido analizando. Con posterioridad a dicho acuerdo, las empresas requeridas mantuvieron tarifas idénticas entre los meses de diciembre de 2007 hasta junio de 2008, fecha está última que se corresponde con la época en la que se contestó el requerimiento por parte de la mayoría de las requeridas en autos”.

“Cuadragésimo quinto: Que, en suma, el documento firmado ante notario de 27 de noviembre de 2007 y los elementos que la componen y que han sido descritos en las consideraciones anteriores, son propios de un acuerdo de cartelización con una vocación de estabilidad y duración prolongada en el tiempo, desde que representan un esfuerzo por mantener una relación cooperativa entre sus partícipes, que les permite a todos ellos suprimir la competencia, repartiéndose el mercado, pactando una tarifa por un término prolongado y creando un mecanismo apto para, eventualmente, fijar en el futuro nuevos precios. Todo ello asegurado mediante el establecimiento de un efectivo sistema de monitoreo del cumplimiento de lo acordado que pretende minimizar, además, los conflictos entre los cartelizados;

Cuadragésimo sexto: Que, en consecuencia, este Tribunal ha llegado a la convicción que las estipulaciones del acta de acuerdo referida, y el pacto sobre las tarifas, acreditado en el proceso, son contrarios a la libre competencia, por lo que serán sancionados en la forma que se establece en la parte dispositiva de esta sentencia”.

A su vez, respecto de los sindicatos requeridos, señaló:

“Sexagésimo: Que en conclusión, los antecedentes consignados en las consideraciones anteriores, apreciados en conjunto y conforme a las normas de la sana crítica, permiten a este Tribunal formarse la convicción de que las líneas de taxis colectivos Sociedad de Transportes Perla del Sur S.A., Sindicato de Trabajadores Independientes Taxis Colectivos Línea 17, 17- A, 18 de Osorno, Sindicato de

Trabajadores Independientes Taxis Colectivos “Perla del Sur” y Sindicato de Trabajadores Independientes Taxis Colectivos de Osorno, participaron de una práctica concertada en torno a un objeto común, cual fue alzar coordinadamente las tarifas a los usuarios del transporte público colectivo de pasajeros de la ciudad de Osorno, en los términos definidos en la consideración vigésimo segunda”.

Consecuentemente, condenó a diferentes montos de multa a las requeridas y ordenó “poner término el convenio denominado “*Acta de acuerdo de los Representantes Legales del Transporte de Pasajeros Urbanos de Osorno*”, suscrito ante el Notario de esa ciudad don Fernando Muñoz Bertin, con fecha 27 de noviembre de 2007”.

B.7) Sentencia N°117, de 2011, en causa rol C 156-08

Este procedimiento se inició por requerimiento de la FNE en contra de John C. Malone, en virtud de que éste habría ejecutado actos que infringían la primera condición de la Resolución N°01/2004, que autorizó la operación de concentración entre las operadoras de televisión por cable VTR S.A y Metropolis Intercom S.A. y dispuso que el grupo controlador de la empresa fusionada no podría participar, ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas, en la propiedad de compañías operadoras de televisión, debiendo proceder a la enajenación de cualquier participación que mantuviera en sociedades del giro.

Tras analizar latamente los antecedentes, el TDLC estableció:

“Sexagésimo noveno. Que se encuentra demostrado que, en todo momento, el Sr. Malone ha tenido y mantenido personal y directamente participaciones accionarias de entre un 25% y un 40% en sociedades que, a su vez, tienen porcentajes de participación superiores al 80% en VTR. En efecto, el señor John C. Malone, al 26 de febrero de 2008 y tal como ya ha sido acreditado, contaba con el 37,4% de los derechos de voto en LGI.

Ello, sumado a la dispersión accionaria existente en LGI de que da cuenta la consideración sexagésimo segunda, sobre la base de la cual se puede descartar la concurrencia de alguna de las excepciones contempladas en las letras a) o b) del artículo 99 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, también permite presumir legalmente que el Sr. Malone era el controlador de LGI y, por su intermedio, de VTR, presunción que no ha sido refutada con evidencia en contrario;

Septuagésimo. Que en virtud de lo anterior, este Tribunal da por establecido que el Sr. Malone ha sido el controlador final de VTR, desde la operación de concentración aprobada con condiciones por este Tribunal mediante Resolución N° 1/2004, de 24 de octubre de 2004, hasta esta fecha. En la especie, se trata de un controlador indirecto de VTR que opera por medio de una cascada de sociedades que comienza en el extranjero con un porcentaje de participación accionaria directa del Sr. Malone en LGI de un 31,8% y continua hasta VTR por medio de sociedades relacionadas, que son controladas con participaciones accionarias sobre el 80%;

Septuagésimo primero. Que, en conclusión, para los efectos de lo dispuesto en la Condición Primera de la Resolución N° 1/2004, se debe entender como cumplido el primero de sus supuestos de aplicabilidad, esto es, que el obligado a cumplirla era y es el “grupo controlador” de VTR y que ese controlador es el requerido John C. Malone”.

Tal infracción, a juicio del Tribunal, debía ser sancionada con la desinversión en la empresa DirecTV Chile, en que tenía participación, en tanto representaba la única forma de volver al cumplimiento de la resolución vulnerada:

“Nonagésimo segundo. Que de todo lo anteriormente analizado no es posible concluir, a juicio de este Tribunal, que hayan ocurrido en el mercado cambios extraordinarios que justifiquen por parte del requerido haber incumplido la Condición Primera sin haber solicitado antes su alzamiento o modificación en los términos indicados en la presente

sentencia, por lo que ha de mantenerse lo razonado en cuanto a que el señor Malone ha infringido el artículo 3° del D.L. 211 al adquirir una participación indirecta en la propiedad de un proveedor de servicios de televisión satelital (DirecTV Chile) que se suponía debía competir con VTR, controlada por el requerido;

Nonagésimo tercero. Que, a juicio de este Tribunal, el incumplimiento de la Condición Primera por parte de John C. Malone amerita que se le impongan dos de las medidas y sanciones que contempla el artículo 26 del D.L. 211. En primer lugar, la obligación de poner término a su participación en la propiedad de DirecTV Chile, sea directa o indirecta, contemplada en la letra a) del inciso 2° de dicha norma, debiendo celebrar, dentro de un plazo breve pero prudente, todos los actos y contratos que en derecho correspondan para lograr tal fin. De esta manera se restituirá el orden infringido al estado de juridicidad previsto en la Condición Primera.”

En definitiva, resolvió¹²⁷:

“Ordenar al señor John C. Malone que, dentro del plazo de seis meses, celebre todos los actos y contratos que en derecho procedan para cesar jurídica y materialmente toda participación en la propiedad de la sociedad DirecTV Chile Ltda., sea directa o indirecta, sea mediante la tenencia de acciones o de otros títulos o derechos que le confieran a él o a sus personas relacionadas participación en la referida sociedad”.

II.2.2.2. MEDIDAS DEL ARTÍCULO 26 LETRA B)

Como señaláramos, esta sanción sólo ha sido impuesta en una oportunidad por el TDLC. Se trata del bullado “caso pollos”.

¹²⁷ La Corte Suprema acogió el recurso de reclamación presentado por John C. Malone en contra de la sentencia del TDLC sólo en cuanto dejó sin efecto la multa de 4.000 UTA que le había sido impuesta.

En efecto, la sentencia N°139, de 2014, concluyó que las requeridas se coludieron, acordando limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignándose cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto, infringiendo con ello el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211. A raíz de tal conducta, ordenó, en su resuelvo N°6, la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile, que actuaba como coordinadora del cartel; en forma adicional, por cierto, a multas de 30.000 UTA para Agrosuper y Ariztía y de 12.000 UTA para Don Pollo.

Los argumentos esgrimidos por los jueces para adoptar esta decisión fueron:

“Tricentésimo quincuagésimo noveno. Que en lo que respecta a la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., este Tribunal estima que el comportamiento desplegado por esa asociación gremial no se condice con el comportamiento esperable de una institución de esa naturaleza, que está llamada a apoyar el progreso de su sector y no a limitar la competencia en el mismo;

Tricentésimo sexagésimo. Que considerando la extensión y gravedad de las conductas desarrolladas por la APA y acreditadas en autos, este Tribunal estima que la sanción idónea es ordenar la disolución de dicha persona jurídica. La circunstancia de que la APA cumpla con funciones gremiales legítimas, de apoyo a la actividad del sector, no obsta a la gravedad de sus conductas. En cualquier caso, esta sanción no restringe el derecho de las Empresas Avícolas Requeridas a constituir o participar en asociaciones gremiales en el futuro, cumpliendo con las normas sobre defensa de la libre competencia”¹²⁸.

De esta manera, resolvió:

¹²⁸ TDLC (30 de enero de 2014), Rol C 223-11.

“Ordenar la disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., oficiando al efecto al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo”.

C) Sentencias en que se ha rechazado la imposición de esta medida

A mayor abundamiento, en otros casos en que la FNE, en sus requerimientos, ha solicitado la aplicación de esta medida, el TDLC ha rechazado la solicitud.

A modo ejemplar, en la sentencia N°82, de 2009, cuyos antecedentes ya hemos descrito, el TDLC consideró que no se justificaba su imposición dada la menor magnitud de la conducta de que se trataba:

“Cuadragésimo cuarto. Que, finalmente, se rechazará la solicitud de la Fiscalía relativa a que se ordene la disolución de Interbus, por cuanto una medida de tal naturaleza y magnitud no se encuentra justificada en este caso, atendido el alcance relativamente limitado de las conductas *sub lite*, el hecho de no tener la requerida la calidad de reincidente, y la circunstancia de que las medidas y sanciones que se decretan en lo resolutivo de esta sentencia, a juicio de este Tribunal, son por sí solas suficientes para restituir el imperio del derecho y de la libre competencia en el mercado relevante de autos”¹²⁹.

Asimismo, en la sentencia N°145, de 2015, donde, sin explicar sus razones, el TDLC rechazó aplicar la medida -decisión que fue luego revertida por la Corte Suprema¹³⁰:-

“Sexagésimo sexto. Que, finalmente, respecto de las sanciones solicitadas para la AGGOÑ, este Tribunal rechazará la solicitud de disolución de la misma, pero atendido el hecho que la referida Asociación se desvió manifiestamente de los fines señalados en

¹²⁹ TDLC (22 de enero de 2009), Rol C 140-07.

¹³⁰ Corte Suprema (07 de enero de 2016), Rol N°5609-2015.

sus estatutos, este Tribunal le aplicará una multa prudencial ascendente a 10 UTA, monto que es consistente y complementario al programa de cumplimiento. Como medida adicional, le ordenará elaborar e implementar un programa de cumplimiento de las normas de libre competencia en los términos que se indicarán en la parte resolutive de esta sentencia, la que, a juicio de este Tribunal, ayudará a desincentivar futuras conductas anticompetitivas que pudiesen ocurrir en su interior”¹³¹.

II.2.2.3. MEDIDAS DEL ARTÍCULO 26 LETRA D)

Esta sanción, hasta la fecha de este análisis, no ha sido aplicada por el TDLC, debido a la reciente modificación que la incorporó. Es de esperar que sea recogida en el futuro en sus sentencias, a fin de que la incorporación de esta medida tenga utilidad y no caiga en desuso por el diferente tratamiento que se hizo de ella en esta materia en contraste con la legislación laboral y concursal.

II.3. SANCIONES PENALES

II.3.1. GENERALIDADES

La consagración de sanciones penales en la legislación especial relativa a la libre competencia ha ido variando sucesivamente, como revisáramos *supra*.

Sin perjuicio de lo anterior, existen en el Código Penal, vigente desde 1874, ciertas normas que, para una parte de la doctrina y de nuestra jurisprudencia, serían aplicables a las vulneraciones a la libre competencia. Según esta posición, independientemente de la sentencia que dictare el TDLC –o el órgano que hubiere estado encargado, según la época-, un tribunal de jurisdicción penal podría sancionar las conductas que atenten

¹³¹ TDLC (01 de abril de 2015), Rol C 265-13.

contra la competencia recurriendo a los tipos que el Código Penal contempla en su sección referida a los crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas.

En particular, las normas a las cuales se refiere esta postura son:

“Art. 285. 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 objeto de contratación, sufrirán penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Art. 286. Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto de fraude.

Art. 287. Los que emplearen amenaza o cualquier otro medio fraudulento para alejar a los postores en una subasta pública con el fin de alterar el precio del remate, serán castigados con una multa del diez al cincuenta por ciento del valor de la cosa subastada: a no merecer mayor pena por la amenaza u otro medio ilícito que emplearen”¹³².

De estas normas, la de mayor interés es el artículo 285, pues este consagraría, según parte de la doctrina, la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad a las conductas contrarias a la libre competencia consistentes en carteles.

El artículo 286, en tanto, sería un tipo calificado respecto de la conducta descrita en el 285, pues establece una figura agravada en la medida en que la alteración de precios

¹³² Código Penal. Op. Cit. (N. 31).

se refiere puntualmente a artículos de primera necesidad. Coherentemente, establece una sanción adicional a la pena privativa de libertad determinada para el tipo del artículo anterior, consistente en el comiso de los artículos en cuestión.

Por último, el artículo 287 contempla una situación más específica, en que la conducta va orientada a eliminar a otros posibles postores de una subasta pública, a fin de adjudicarse la cosa ofrecida a un precio menor al que hubiera tenido en condiciones de competencia normal. Aquí, conforme han señalado algunos¹³³, podría ser encuadrada la colusión en licitaciones públicas¹³⁴ o *bid rigging*¹³⁵.

Dada su mayor amplitud, el foco del análisis se encuentra en las dos primeras normas, que permitirían subsumir una mayor diversidad de conductas. Sin intención de ahondar en este trabajo en las discusiones que se han suscitado respecto de la aplicabilidad de estas normas para los casos de infracciones a la libre competencia, a continuación, nos referiremos sucintamente a las principales posturas al respecto, esto es, de quienes afirman su aplicabilidad y quienes la rechazan.

Del lado de los partidarios de la aplicabilidad, Hernández ha argumentado “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 los llamados fraudes por engaño, sí lo excede y se identifica en general con el empleo de medios ilícitos. En ese contexto, pocas dudas pueden haber sobre la posibilidad de subsumir en él la colusión de precios, que reconocidamente constituye la

¹³³ MERA, Jorge. “Colusión en licitaciones públicas a la luz del artículo 287 del Código Penal: ¿Sanción o impunidad?”. *Revista de Estudios Ius Novum*, N°8. 2015: 37 - 59. Impreso.

¹³⁴ Esta figura se encuentra contemplada como un ilícito anticompetitivo al incluir el artículo 3 letra a) del D.L. 211 “Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en [...] afectar el resultado de procesos de licitación”.

¹³⁵ Este concepto se utiliza para referirse a la colusión en todo tipo de licitaciones, ya sean estas públicas (del Estado) o privadas, alterando los precios o acordando de antemano al adjudicatario, por ejemplo.

forma más elemental de falsificar la competencia”¹³⁶.

Para afirmar lo anterior, tras analizar la historia fidedigna y el contexto del art. 285, afirma que la colusión de precios “constituye, entre otras posibles, una hipótesis de ‘medio fraudulento’ en los términos de los artículos 285 y 286”¹³⁷, considerando que se trata de un concepto amplio¹³⁸.

A su vez, refuta el argumento según el cual, si el Código Penal fuera aplicable en el asunto, no habría sido necesario establecer una legislación penal especial en la Ley N°13.305, de 1959, y luego en el D.L. 211, en su versión original, cuyos artículos 173 y 1°, respectivamente, penalizaban las conductas de manera más explícita que el art. 285. Señala que aceptar esta postura “implicaría desconocer por completo las prácticas del legislador chileno. 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”¹³⁹ y que “en la medida en que ninguno de estos cuerpos normativos derogó el art. 285, lo más que se puede constatar es que durante un tiempo más o menos prolongado se dio una superposición al menos parcial de regulaciones penales sobre prácticas contrarias a la libre competencia, que debía ser resuelta conforme a los principios generalmente aceptados en materia de concursos aparentes de leyes, probablemente en favor de las disposiciones de la ley especial”¹⁴⁰.

Por su parte, desde la posición contraria y mayoritaria¹⁴¹, se ha manifestado Jean

¹³⁶ HERNÁNDEZ, Héctor, “La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno”. *Política criminal*. Jul. 2012: 147–167. Web. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A4.pdf>. P. 154.

¹³⁷ *Ibíd.*, P. 149.

¹³⁸ En este mismo sentido, Salazar: “uno de los sentidos en que el legislador nacional ha utilizado la expresión “fraude” o “medios fraudulentos” al momento de incluirlo en los tipos penales, guarda relación con una referencia genérica a cualquier medio ilícito. Esta es, precisamente, la interpretación que aparece como la más consistente con la intención de los legisladores decimonónicos y con las ideas que se encontraban detrás de los precedentes legislativos y doctrinarios de la Europa medieval y moderna, de acuerdo con lo estudiado”. En: SALAZAR, Andrés. “La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285 del Código Penal chileno y su interpretación”. *Política criminal*. Dic. 2016: 391-438. Web. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A3.pdf>. P. 421.

¹³⁹ HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, P. 157.

¹⁴⁰ HERNÁNDEZ. *Op. cit.*, P. 158.

¹⁴¹ Entre otros autores, Etcheberry, Del Río, Novoa y Matus.

Pierre Matus en diversas ocasiones. En una primera ocasión, a propósito de la derogación de las sanciones penales existentes hasta entonces por la Ley N°19.911, en el año 2003, el autor analiza si igualmente podrían castigarse los ilícitos anticompetitivos con sanciones criminales en virtud de las normas del Código Penal. Para estos efectos, tras analizar el sentido y alcance del artículo 285 en base al código español -en que se basa nuestro Código Penal- y la discusión de la comisión redactora, concluye que en nuestra legislación los medios fraudulentos que son requisito del tipo dicen relación exclusivamente con el despliegue de un engaño, de manera que “se castigan únicamente los fraudes para hacer subir el precio de las mercaderías, sin que se consideren como tales las “coligaciones” o “acuerdos de precios” entre vendedores”¹⁴².

Agrega, citando a Novoa, que “la reducción del ámbito de lo punible así operada es apropiada a la mentalidad de los redactores del Código y su época, pues “es perfectamente explicable que quienes partían de una supuesta igualdad entre las partes contratantes en cualquier tipo de negocio, consideraran ilícito solamente el valerse de maquinaciones dolosas (fraudes) para inducir a error a otro contratante y hacerlo caer así en un vicio del consentimiento”, pero el que actuaba “sin fraude y sin error”, “no podía quedar sujeto a sanción”, y por lo tanto, “el artículo 285 ya citado pena únicamente a los que alteran los precios naturales [...] valiéndose de medios fraudulentos”¹⁴³.

Tras estas consideraciones, agrega que una muestra de que el artículo 285 no considera los acuerdos de precios es que posteriormente se tipificaran figuras penales en la legislación especial. A este argumento, como señalamos *supra*, se ha referido Hernández desde la perspectiva contraria.

Según indica Matus, “la historia del establecimiento de la Ley No 13.305, en cuyo

¹⁴² MATUS, Jean Pierre. “Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios”. *Política criminal*. Dic. 2012: 318-356. Web. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A3.pdf>. P. 325.

¹⁴³ *Ibíd.*, P. 326. Citando a: NOVOA, “La legislación”, cit. N. 2, P. 155.

artículo 173 se sanciona por primera vez las convenciones o acuerdos para fijar precios, demuestra que en su concepción y primeras interpretaciones, se entendía que con ella venía a llenar un vacío necesitado de regulación, pues las conductas monopólicas como la señalada no estarían sancionadas en el Código penal o en otras disposiciones especiales”¹⁴⁴.

Adicionalmente, “de haber sancionado el artículo 285 del Código penal los acuerdos de precios con anterioridad a la promulgación de la Ley No 13.305, ésta la habría derogado en lo relativo a dichos acuerdos de precios, al establecer una regulación integral en la materia”¹⁴⁵.

En tanto que respecto del D.L. 211 en su versión original, “con referencia exclusiva a la tipificación penal de los acuerdos de precios atentatorios a la libre competencia, la situación no se alteró demasiado”¹⁴⁶, destacando que “ahora la tipificación del delito contra la libre competencia se depuraba del casuismo de su antecesora”¹⁴⁷.

Luego, en una segunda oportunidad, haciéndose cargo de las opiniones manifestadas por Hernández, Matus reforzó su posición de rechazo a la aplicabilidad del artículo 285 para los ilícitos anticompetitivos.

Destacó que la principal diferencia entre ambas visiones se encuentra en que mientras a su juicio el tipo resguarda la *libre concurrencia* –pues el engaño impide que la voluntad en la fijación de precios haya sido libre-, según Hernández protegería la *libre competencia* -en virtud del concepto amplio de medios fraudulentos, que incluye los acuerdos de precios-. Al respecto, se vale nuevamente del argumento histórico y de la discusión de la comisión redactora del Código Penal para reiterar que lo castigado por el

¹⁴⁴ *Ibíd.*, P. 334.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, P. 335.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, P. 342.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

legislador son “los fraudes que permiten alterar el precio natural de las cosas, engañando al conjunto del resto de los participantes del mercado que se trate”¹⁴⁸.

Sea cual fuere la posición adoptada, cabe referirse a los problemas prácticos, de gran trascendencia, que se han diagnosticado en relación a la norma del artículo 285.

Se trata, en primer lugar, de la dificultad con que se encontraría el Ministerio Público al ejecutar su rol persecutor, de alcanzar el nivel de información necesario acerca de la conducta anticompetitiva de que se trata como para poder cumplir con el estándar de convicción para acoger la acción. El tribunal con competencia penal debería llegar a convencerse *más allá de toda duda razonable* de que se configuran los elementos del tipo para darle aplicación y sancionar en virtud de este. Lo anterior redundaría en que este tipo penal haya tenido escasa aplicación práctica¹⁴⁹.

Por otra parte, dada la sofisticación con que hoy en día se desarrollan los carteles, donde sus partícipes se preocupan de no dejar rastros de la coordinación efectuada, resulta complejo lograr acceder a los antecedentes necesarios para arribar a la construcción del tipo. Esto ha sido precisamente lo que ha motivado la implementación del mecanismo de la delación compensada. En conexión con esto, el segundo problema redundaría en que, en tanto la delación compensada no implique beneficio alguno respecto de una eventual pena, la existencia del tipo penal representa un desincentivo a hacer uso de aquella, pues la mera reducción de sanciones administrativas no logra disipar el temor de que, a partir de la propia confesión, se acarreen consecuencias en sede penal¹⁵⁰.

¹⁴⁸ MATUS, Jean Pierre “De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art. 285 del Código penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en Política Criminal”. *Política criminal*. Jul. 2013: 314-362. Web. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15D1.pdf>. P. 326.

¹⁴⁹ A modo de ejemplo, durante el año 2015, en la arista penal del caso de la colusión de las farmacias, el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago absolvió de los cargos imputados a los ejecutivos de las entidades farmacéuticas, por estimar que no se reunían los requisitos del tipo.

¹⁵⁰ Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Julio de 2012. Web. 12 de septiembre de 2017. <<http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>>. P. 21.

En efecto, se ha sostenido que “[s]iendo la privación de libertad la sanción más severa, el exonerarse de multas pierde absoluta relevancia si no va acompañada de una exención equivalente en lo que a cárcel se refiere. Si bien es cierto que el proyecto de ley propone eximir de prisión al primer delator, los incentivos para delatarse igualmente disminuirán, porque quien tiene la intención de denunciarse ignora si será el primero o si otro miembro del cártel ya se delató con anterioridad, en cuyo caso no se obtendrá el beneficio. Ante tal incertidumbre, aumentan los incentivos para no denunciarse”¹⁵¹.

Ahora bien, volviendo al ámbito de la legislación especial, la posibilidad de imponer sanciones penales por ilícitos anticompetitivos, a partir de la reforma al D.L. 211, vuelve a contemplarse, tras la derogación que había hecho de ellas la Ley N°19.911.

El Mensaje del Proyecto de la Ley N°20.945, señaló que, a más de 10 años de la derogación del tipo penal, “es posible constatar la necesidad y legitimidad de volver a criminalizar conductas anticompetitivas, esta vez únicamente limitado a la colusión y, particularmente, a aquellos casos que en el derecho de la competencia se consideran como carteles duros”¹⁵².

Y respalda lo anterior señalando que “este tipo de conductas son manifiestamente anticompetitivas y, de esta manera, son los únicos comportamientos en el derecho de la competencia en los que es posible generar una convicción más allá de toda duda razonable en cuanto a que se cometió el hecho punible objeto de la acusación y que en él correspondió al acusado una participación culpable y penada por la ley.

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

¹⁵¹ PELLEGRINI, Julio. “¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones”. *Puntos de Referencia*. 2015: 4-5. Web. https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf.

¹⁵² Mensaje Presidencial N°009-363. Op. Cit. (N. 71), P. 6.

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. En ese contexto, no resulta justificable que conductas que tienen una significación económica y disvalor social sustancialmente menores que los carteles duros sean tipificadas como delitos penales, mientras que la colusión no lo sea.”¹⁵³

En efecto, tal como lo deja en claro el Mensaje, la criminalización de las conductas anticompetitivas tiende a justificarse principalmente a partir de la reducción de eficiencia distributiva, por los perjuicios que ocasionan en el bienestar de los consumidores. Esto se vincula y se suma al significativo efecto disuasivo que tendrían las penas de cárcel, toda vez que las multas podrían ser absorbidas por la estructura corporativa del infractor, lo que no sucede en cambio con las sanciones penales, que afectarían directamente a los ejecutivos involucrados en el cartel. Lo anterior pues “una pena de encarcelamiento se distingue por consistir en la privación de algún derecho —aquí: un derecho de libertad— que no es susceptible de ser compensada por equivalencia ni de ser transferida a personas diferentes de aquella sobre la cual se impone y ejecuta la sanción en cuestión. En tal medida, y a diferencia de una pena de multa, una pena de encarcelamiento se caracteriza por presentarse como la irrogación de un mal que sirve de soporte a una reacción punitiva esencialmente personalísima”¹⁵⁴.

En la doctrina comparada se han señalado diversos argumentos a favor de la imposición de sanciones penales¹⁵⁵ para delitos contra la competencia. Se ha dicho que una disuasión realmente efectiva implicaría la necesidad de imponer penas tan altas que incluso pueden llegar a exceder la capacidad de pago de la empresa infractora, lo que ocasionaría su bancarrota. Además, incluso manteniéndose por debajo del nivel que

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones”. *Puntos de Referencia*. 2015: 5-7. Web. <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf>.

¹⁵⁵ WILS, Wouter. “Is criminalization of EU Competition Law the Answer?”. *World Competition: Law and Economics Review*. Jun. 2005: 117-159. Web. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=684921>. P. 28 y ss.

generaría una imposibilidad de pago, multas muy altas generan una serie de costos secundarios indeseados, que en definitiva serían trasladados a terceros, partiendo desde la pérdida de empleos, por la necesidad de reducir costos de operación, hasta la reducción en recaudación de impuestos fiscales, pasando sin duda por un perjuicio a los consumidores, a quienes se trasladaría en gran parte el costo de la multa mediante un alza en el valor del producto o servicio ofrecido.

Se ha dicho también que las multas no siempre garantizan adecuados incentivos para los individuos responsables de la empresa, puesto que la compañía a quien se impuso la multa puede, en muchos casos, no ser capaz de controlar el comportamiento de sus agentes, sea porque no cuenta con medidas apropiadas para ello o porque la administración de la empresa es externa a ella.

También se ha argüido que las penas de cárcel son un muy efectivo disuasivo, pues el saber que existe tal riesgo aleja a los ejecutivos de comportamientos ilícitos. Probablemente a la hora de ponderar los costos de ejecutar la conducta se valore más la libertad individual que la significancia económica de la multa. Muestra del mayor carácter disuasivo de estas sanciones frente a las de multa es que los carteles internacionales tienden a desplegarse en países que no cuentan con sanciones penales, como Estados Unidos¹⁵⁶ ¹⁵⁷.

Derivado de lo anterior, se ha indicado que la posibilidad de imponer sanciones penales incrementa la efectividad de los programas de amnistía y denuncia, por cuanto una eventual responsabilidad criminal genera incentivos a desenmascarar la conducta basados en el temor, evitando de esta forma una pena de cárcel. Evidencia de ello sería el exitoso resultado comprobado en la experiencia de Estados Unidos¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program. Presented before the ICN Workshop on Leniency Programs*. 2004. Web. <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>>.

¹⁵⁸ *Ibíd.* Hammond ha señalado que la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de Estados Unidos ha “descubierto carteles que operaban productivamente y de manera ilegal en Europa, Asia, y en cualquier otro lugar alrededor del mundo, pero

A todo lo anterior, se suma el que las penas de prisión conllevan un mensaje moral especialmente potente, derivado de la percepción de mayor reproche respecto de aquellos ilícitos que pueden acarrearlas e influenciado también por el mayor interés periodístico que suscitan.

En todo caso, los autores tienden a concordar en que las sanciones penales debiesen quedar reservadas para los ilícitos de mayor gravedad. Esto, dado el carácter de *ultima ratio* del derecho penal¹⁵⁹ y por el mayor costo que representan respecto de las multas. Ambos argumentos, por cierto, son utilizados también para sostener la inadecuación de las sanciones penales para los ilícitos anticompetitivos.

CAPÍTULO III: SISTEMA DE SANCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

A nivel de derecho comparado, se contemplan sanciones similares a las actualmente vigentes en nuestro país, sin perjuicio de diferencias legislativas en cuanto a los montos máximos de multas o la existencia de sistemas consolidados de criminalización de este tipo de delitos, como ocurre en Estados Unidos. Esta similitud es novedosa en nuestra legislación, pues es sólo a partir de la reforma de 2016 que se ha reducido la distancia existente respecto de los sistemas sancionatorios contemplados en el derecho comparado.

Como puntos de encuentro entre las diversas legislaciones podemos anotar que la sanción por excelencia para las infracciones contra la competencia es la multa; a la vez que hay coincidencia en que, de contemplarse sanciones penales, ellas están reservadas

que no expandieron su actividad de cártel a Estados Unidos únicamente porque no valía la pena el riesgo de sanciones de los Estados Unidos. [...] ¿Por qué? La respuesta, de las bocas de los miembros del cartel y verificada por nuestras investigaciones, es que los ejecutivos no querían arriesgarse a ser atrapados e ir a la cárcel en los Estados Unidos”.

¹⁵⁹ ARTAZA, Osvaldo; SALAZAR, Andrés; SALGADO, Hugo. “Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas”. *Política criminal*. Dic. 2016: 794-809. Impreso.

para los comportamientos más perjudiciales. En efecto, en los países que contemplan sanciones penales, este mayor reproche recae en los hechos considerados más graves, los llamados *carteles duros*, que generalmente se identifican con los acuerdos colusorios.

III.1. ESTADOS UNIDOS

La legislación antitrust en Estados Unidos se compone principalmente de cuatro leyes federales, a saber, la *Sherman Act*, de 1890; la *Clayton Act*, de 1914; la *Federal Trade Commission Act*, del mismo año; y, la *Hart-Scott-Rodino Act* dictada en 1976.

Pese a que la *Sherman Act*¹⁶⁰ no es la primera legislación antimonopolios dictada, su relevancia en el desarrollo de esta disciplina es indiscutible. La *Sherman Act*, en su sección 1, declara ilegal todo contrato o combinación en la forma de monopolio, conspiración u otra, que restrinja el comercio entre los estados o con otras naciones. Quedan aquí incluidos los acuerdos entre competidores para fijar precios, arreglar licitaciones y repartirse clientes. Además, la *Sherman Act* señala como delito el monopolizar cualquier parte del comercio interestatal; entendiendo que existe un monopolio ilegal cuando una empresa controla el mercado de un producto o servicio, habiendo obtenido dicho poder de mercado no porque su producto o servicio sea superior a los demás, sino porque suprimió la competencia valiéndose de una conducta anticompetitiva.

La *Clayton Act*, por su parte, declara la ilegalidad de conductas dirigidas hacia la monopolización, como son la discriminación de precios, las imposiciones de exclusividad, las fusiones o adquisiciones susceptibles de debilitar la competencia, la administración conjunta de empresas competidoras, etcétera. Lo anterior a fin de

¹⁶⁰ Esta norma ha sido objeto de una serie de modificaciones desde su dictación, dentro de las cuales cabe mencionar la complementación hecha por la *Clayton Act*, las modificaciones realizadas por la *Robinson-Patman Act*, de 1936, en lo que respecta a la discriminación de precios y por la *Celler-Kefauver Act*, de 1950, en cuanto a las fusiones; y la complementación de la *Hart-Scott-Rodino Act*, de 1976.

proteger a los consumidores de eventuales aumentos de precio generados a raíz de estas operaciones. Esta ley es de carácter civil, por lo que no contempla sanciones penales.

La *Federal Trade Commission Act*, en tanto, prohíbe las formas de competencia desleal en el comercio interestatal y mediante ella se creó la *Federal Trade Commission* (FTC), que se encarga de vigilar las infracciones a la ley. Al igual que la *Clayton Act*, esta normativa no incluye sanciones penales.

Posteriormente, con la *Hart-Scott-Rodino Act* de 1976, se avanzó en el control de fusiones, a raíz de la ola de este tipo de operaciones producidas a partir de 1890 en Estados Unidos. Esta ley obligó a notificar previamente las potenciales fusiones al Departamento de Justicia y a la Federal Trade Commission, siempre que los activos de la empresa fusionada superen los 200 millones de dólares -rebajándose el límite en algunos casos a 50 millones de dólares-. La autoridad podrá aprobar una fusión estableciendo ciertas condiciones para la operación¹⁶¹.

Además de estas leyes federales, “[c]ada uno de los estados que conforman la federación cuenta con legislación antitrust y dichas leyes se aplican en forma paralela a las federales cuando las prácticas anticompetitivas se realizan dentro del mercado de un estado. (...) La mayoría de los estatutos de los estados son prácticamente iguales a la legislación federal y, además, la mayoría de los estados siguen las resoluciones federales en la interpretación de sus estatutos propios”¹⁶².

Por último, el marco normativo aplicable se completa con las guías emitidas por la *U.S. Sentencing Commission*, que regulan aspectos específicos en materia de

¹⁶¹ FORNELLS, Jordi. “Derecho de Competencia en Estados Unidos”. *Boletín Económico de ICE* N° 2802, 19 al 25 de abril de 2004: 45-58. Web
<http://www.revistasice.info/cache/pdf/BICE_2802_4557_B1B3DA585451C4484A9F4B6E47377BF3.pdf>.

¹⁶² WITKER, Jorge. *Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2000. Impreso. P. 91.

competencia¹⁶³.

En cuanto a la institucionalidad a cargo de velar por la defensa de la libre competencia, tales funciones son compartidas por dos agencias gubernamentales, a saber, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (“DA”) y la Comisión de Comercio Federal (“CCF”).

La DA es la agencia responsable del cumplimiento de las leyes *Sherman* y *Clayton*, encargándose de la detección, investigación y persecución de carteles. Esta agencia puede perseguir la responsabilidad tanto civil como criminal por los ilícitos anticompetitivos, lo que hace usualmente cuando los sujetos incurren en prácticas que restringen la producción y tienen conocimiento de los probables efectos anticompetitivos que causarían¹⁶⁴.

Una de las implicancias de la dualidad de competencias de que está dotada la DA, esto es, civiles y penales, es que mientras algunos asuntos son por su naturaleza investigaciones civiles, en otros casos, en cambio, debe decidir si proceder por la vía penal o civil¹⁶⁵.

En la práctica, la DA reserva las investigaciones criminales para aquellos casos que involucran de por sí acuerdos ilegales entre los competidores, vulnerando la Sección 1 de la *Sherman Act*, tales como, por ejemplo, fijaciones de precios, *bid-rigging* y divisiones de mercado¹⁶⁶, sin perjuicio de la posibilidad de perseguirlas en sede civil. De hecho, prácticamente todas las demandas criminales de la DA han consistido en casos

¹⁶³ Ejemplos de estas guías son las *Justice Department/FTC Horizontal Merger Guidelines*, las *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, la llamada *Antitrust Enforcement for International Operations* y la *Statements of Antitrust Enforcement Policy and Analytical Principles Relating to Health Care and Antitrust*.

¹⁶⁴ GELLHORN, Ernest y KOVACIC, William. *Antitrust and Law Economics in a Nutshell*. St. Paul: West Group, 1994. Impreso. P. 451.

¹⁶⁵ FIRST, Henry, FOX, Eleanor y HEMLI, Daniel. The United States. The Competition Law System and the Country’s Norms. En: FOX, Eleanor y TREBILCOCK, Michael. *The Design of Competition Law Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 344. Impreso.

¹⁶⁶ GELLHORN, Ernest y KOVACIC, William. Op. Cit. (N. 164).

relativos a tal norma, en contra de restricciones horizontales duras como las señaladas¹⁶⁷.

Por su parte, todas aquellas conductas que no califiquen de esta manera, son evaluadas e investigadas en procesos de carácter civil.

A fin de perseguir las conductas anticompetitivas, la DA actúa a través de procedimientos judiciales en el marco del sistema federal, siendo decididos en cortes no especializadas, sea que se trate de casos civiles o penales.

Por su parte, la CCF es una agencia de carácter administrativo, independiente, encargada de resguardar la sujeción a las normas en materia de competencia y consumidor, a excepción de la *Sherman Act*. Esta agencia carece de competencia penal, a diferencia de la DA. La CCF ejerce su función mediante adjudicación administrativa y puede imponer medidas cautelares que permitan mantener invariables las circunstancias mientras se encuentra pendiente de resolución un procedimiento administrativo solicitándolo a las cortes federales¹⁶⁸. Como parte de sus facultades puede proscribir conductas que contraríen la legislación antimonopólica, así como imponer el cese o desistimiento de la conducta y la restitución de lo obtenido ilegítimamente¹⁶⁹. Esta agencia debe recurrir a los tribunales para denunciar el incumplimiento de sus fallos resolutivos¹⁷⁰.

A fin de no duplicar las funciones, ambas agencias utilizan un sistema de comunicación mutuo por el cual notifican a la otra antes de iniciar una investigación, tras lo cual se determina cuál tendrá a su cargo cada asunto en específico¹⁷¹.

¹⁶⁷ GAVIL, Andrew; KOVACIC, William y BAKER, Jonathan. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. St. Paul: West Group, 2002. Impreso. P. 970.

¹⁶⁸ GELLHORN, Ernest y KOVACIC, William. Op. Cit. (N. 164). P. 452.

¹⁶⁹ GELLHORN, Ernest y KOVACIC, William. Op. Cit. (N. 164). P. 453.

¹⁷⁰ WITKER, Jorge. Op Cit. (N. 162). P.154.

¹⁷¹ GELLHORN, Ernest y KOVACIC, William. Op. Cit. (N. 164). P. 452.

Por otra parte, más allá del litigio en concreto, ambas agencias influyen notoriamente en la adjudicación contribuyendo a la creación de políticas mediante la promulgación de guías, llamadas *Sentencing Guidelines*. Su publicación se materializa mediante la *U.S. Sentencing Commission* y, pese a que ellas no son vinculantes, se utilizan como base en la determinación de los montos específicos de las multas a imponer. Adicionalmente, tanto la DA como la CFC realizan recomendaciones a otros órganos gubernamentales tales como comisiones regulatorias y comités legislativos acerca de los efectos en la competencia que pueden o podrían tener las leyes y reglamentos vigentes y en proyecto¹⁷².

Las sanciones que se pueden llegar a imponer por infracciones a la legislación antitrust son de varios tipos. Según la *Sherman Act*, las personas naturales que han infringido la ley podrán ser sancionadas penalmente con condenas de prisión de hasta 10 años o sanciones de multa que van hasta los diez millones de dólares, pudiendo incluso acumular ambos tipos de sanciones; y las personas jurídicas, por su parte, podrán ser condenadas al pago de multas de hasta cien millones de dólares¹⁷³. Actualmente, “las multas pueden calcularse en relación a la cantidad bruta obtenida con motivo de la violación o en atención a la suma solicitada por la víctima y, en ambos eventos, la pena podrá duplicar dichas cantidades”¹⁷⁴. Es decir, la multa tiene establecido un máximo que equivale al doble de la ganancia obtenida por el infractor o el doble de la pérdida causada a las víctimas.

En sede administrativa, en tanto, podrá imponerse multas a los individuos que hayan cometido actos anticompetitivos de hasta un millón de dólares.

¹⁷² GELLHORN, Ernest y KOVACIC, William. Op. Cit. (N. 164). P. 453.

¹⁷³ JELEZTCHEVA, María. “Las autoridades de Defensa de la Libre Competencia. Los Estados Unidos y la Unión Europea. España y Bulgaria”. Tesis. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2007. P. 154. Web. <<http://eprints.ucm.es/8185/1/T30219.pdf>>.

¹⁷⁴ BARÓN, Ignacio. “Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea”. *Centro de Libre Competencia UC*. 2007. Web. 18 de mayo de 2015 <http://www.lcuc.cl/documentos_down/Referencia%20al%20Derecho%20Comparado.pdf>.

Por lo demás, las cortes federales podrán establecer sanciones de otros tipos, tales como:

- “- Obligar a una parte a realizar o abstenerse de realizar una acción determinada;
- Ordenar la restauración de las condiciones competitivas, incluidos el embargo de activos y la rescisión de contratos; y,
- Ordenar desagravios que prohíban violaciones futuras o en desarrollo de las leyes antitrust.”¹⁷⁵

En relación a aquellos otros tipos de sanciones, “las agencias antimonopolio de Estados Unidos y las cortes están generalmente atentas a las compensaciones. Buscan una forma de compensación que se ajuste a la violación y que permita curar el problema de competencia”¹⁷⁶. Como contrapartida, “cuando la compensación no tiene una relación razonable con las violaciones halladas, debe dejarse de lado. De hecho, las cortes han desistido de las compensaciones si ellas no guardan relación con el conflicto de competencia, incluso si la compensación pudiese ser considerada como una buena política social”¹⁷⁷.

Las sanciones criminales para violaciones a la legislación de libre competencia han incrementado sustancialmente desde 1970, como consecuencia de importantes cambios legislativos y de la experiencia a nivel mundial respecto de los carteles.

Adicionalmente, las guías promulgadas por la *U.S. Sentencing Commission* contemplan sanciones tales como la restitución, la confiscación de activos y el

¹⁷⁵ *Ibíd.* P. 21.

¹⁷⁶ FOX, Eleanor y TREBILCOCK, Michael. *The Design of Competition Law Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Impreso. P. 354.

¹⁷⁷ *Ibíd.* P. 355.

sometimiento a supervisión del tribunal¹⁷⁸.

Respecto de la determinación del monto de las multas, las guías establecen que la multa base generalmente será de un 20% del volumen del mercado afectado, monto que surge a partir de la estimación de que la ganancia de conseguida a partir de la fijación de precios es de un 10% del precio de venta, sumado a idéntico valor a consecuencia de los daños generados por la infracción a los consumidores¹⁷⁹. Luego, el 10% de sobreprecio se ajusta en razón de las circunstancias agravantes o atenuantes que concurran, que determinarán un factor de culpabilidad.

La regulación que entregan las guías ha hecho que los jueces estén más dispuestos a imponer multas mayores o sanciones privativas de libertad respecto de quienes hayan incurrido en restricciones horizontales duras¹⁸⁰.

Las *Sentencing Guidelines*¹⁸¹, junto con las modificaciones legislativas que incrementaron el monto máximo de la multa a imponer, han incidido en que las multas impuestas hayan aumentado considerablemente desde 1990 a la fecha¹⁸², pasando de un monto total de 142 millones de dólares en dinero recaudado por multas corporativas entre los años 1990 y 1994, a un monto de 630 millones de dólares en 2007 y hasta una suma récord de 3,6 billones de dólares el año 2015¹⁸³. Asimismo, el promedio de multas aplicadas también ha aumentado, pasando entre 1990 y 1994 de 480 mil a 44 millones

¹⁷⁸ GAVIL, Andrew; KOVACIC, William y BAKER, Jonathan. Op. Cit. (N. 167). P. 1017.

¹⁷⁹ CONNOR, John y LANDE, Robert. "Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines". *Issues in Competition Law and Policy*. Chicago: ABA Book Publishing, 2008. 2203-2218. Web. <http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=all_fac>.

¹⁸⁰ GAVIL, Andrew; KOVACIC, William y BAKER, Jonathan. Op. Cit. (N. 167). P. 1016.

¹⁸¹ Según las guías, la multa se determina en gran parte en función de la magnitud del comercio afectado por el cartel. Esto habría incidido directamente en el incremento en el monto recaudado por multas a partir de 1997, considerando que los carteles internacionales afectan un gran volumen del comercio de Estados Unidos. (HAMMOND, Scott. A Summary Overview of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program. Enero 2003. Web. <<https://www.justice.gov/atr/speech/summary-overview-antitrust-divisions-criminal-enforcement-program>>. P. 4.)

¹⁸² CHEMTOB, Stuart. "Antitrust Deterrence in the United States and Japan". División Antimonopólica del Departamento de Justicia de Estados Unidos. 2000. Web. 10 de octubre de 2017. <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-deterrence-united-states-and-japan>>. P. 6.

¹⁸³ DIVISIÓN ANTIMONOPÓLICA DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA. "Criminal Enforcement Trends Charts". Web. 13 de mayo de 2018 <<https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement>>.

de dólares entre 2005 y 2009, y hasta un récord de 76 millones en 2015. Dicha alza se suma al hecho de que hasta abril del 2017 se han aplicado en 141 ocasiones multas superiores a los 10 millones de dólares y en 32 casos incluso mayores a los 100 millones de dólares¹⁸⁴.

En cuanto a las sanciones de cárcel, por su parte, también se ha evidenciado un aumento significativo, desde un promedio de aproximadamente 8 meses de cárcel entre los años 1990 y 1994 a uno de 22 meses entre 2010 y 2016¹⁸⁵, cambio que se ha visto favorecido por el aumento de la pena máxima, en el año 2004, de 3 a 10 años.

En sede civil, por su parte, los remedios toman dos formas básicas: el propio efecto de castigo de la demanda en sí y las sanciones impuestas judicialmente, los que a su vez pueden formar parte de una de dos categorías: compensaciones equitativas, como órdenes de desinversión, o daños¹⁸⁶. En cuanto a los daños, “existen acciones judiciales individuales y colectivas que permiten exigir el triple del valor monetario de los daños sufridos”¹⁸⁷. Se trata de las llamadas *treble damages*, que tienen una marcada función disuasoria y de prevención general, al enfatizar la condena social que implica este tipo de prácticas; además de ser, por el otro lado, una herramienta llamativa para los particulares, que pueden verse incentivados a entablar este tipo de acciones en tanto facilita la compensación a las víctimas¹⁸⁸.

La actividad de la DA ha sido internacionalmente calificada como exitosa¹⁸⁹. Una de las prácticas que, a juicio de la propia DA, ha contribuido a aquello es focalización en la

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ GAVIL, Andrew; KOVACIC, William y BAKER, Jonathan. Op. Cit. (N. 167), P.1021.

¹⁸⁷ ESCALONA, Eduardo. “Informe comparado en derecho de la libre competencia”. 95 propuestas para un Chile mejor. Grupo Res Pública Chile. 2013. 136-145. Web. <<http://95propuestas.cl/contenidos/libro/>>. P. 22.

¹⁸⁸ ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. “Report and Recommendations”. 241-308. Web. 15 de noviembre de 2017 <http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/chapter3.pdf>.

¹⁸⁹ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY. “Peer Review of Competition Policy”. 14 de mayo de 2004. Web. 20 de octubre de 2017 <<http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/peercp04.pdf>>. P. 28.

persecución de colusiones duras¹⁹⁰. No obstante, “el paso más importante en la persecución de carteles, y particularmente en disuadirlos, es dejar en claro que toda la ejecución anti carteles debe ser y es una prioridad. Una forma en que hemos hecho [la DA] esto en los Estados Unidos es separando la ejecución criminal de la civil. (...) A la vez, la división centra su ejecución criminal sólo en las violaciones duras. Focalizándose estrictamente en la fijación de precios, *bid-ridding* y repartos de mercado, como opuesto a la ‘regla de la Razón’ o el análisis monopólico utilizado bajo la legislación de libre competencia civil, hemos establecidos claros y predecibles límites para los negocios”¹⁹¹.

En segundo lugar, la DA ha planteado que ha sido relevante para el éxito de su actividad el que la sanción por los ilícitos anticompetitivos debe ajustarse al crimen, reflejando el hecho de que los carteles causan enormes daños a los consumidores sin ganancias de eficiencia correlativas. En este sentido, “las sanciones a los carteles no sólo deben ser lo suficientemente grandes como para negar incentivos financieros para conspirar, sino que también deben incluir sustanciales tiempos de cárcel para los individuos responsables. Nada es mejor disuasivo ni nada es un mejor incentivo a los participantes de un cartel, una vez expuestos, a cooperar en la investigación de sus co-conspiradores que la amenaza de un encarcelamiento sustancial en una cárcel de Estados Unidos”¹⁹². Además, y sin perjuicio de otros elementos de gran relevancia como los programas de amnistía, la fuerte persecución a la obstrucción a la justicia, el tratamiento conjunto de los ilícitos anticompetitivos con otros que concurran, el éxito del modelo

¹⁹⁰ BERNETT, Thomas. “Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model”. División Antimonopólica del Departamento de Justicia de Estados Unidos. 2000. Web. 10 de octubre de 2017. Web. <<https://www.justice.gov/atr/file/518376/download>>.

¹⁹¹ *Ibíd.*

¹⁹² *Ibíd.* P. 3.

norteamericano sugiere que las jurisdicciones debiesen proveer transparencia y predictibilidad en la persecución y sanción de carteles. Informar a los participantes del mercado las reglas y las posibles consecuencias provee una base crucial para una disuasión efectiva. Esto, pues los ejecutivos necesitan conocer dónde ha sido trazada la línea para tener la oportunidad de conformar su comportamiento con la ley¹⁹³.

III.2. UNIÓN EUROPEA

La protección de la libre competencia surgió como un objetivo de la Comunidad Europea a partir del reconocimiento por las partes de que “la eliminación de los obstáculos existentes [para los intercambios internacionales] exigiría una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal”¹⁹⁴. Lo anterior quedó plasmado en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea como uno de sus principios fundadores, al señalar que “[l]a Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4 [...] un alto grado de competitividad”¹⁹⁵.

Si bien antes se encontraban las normas sobre competencia dentro del mismo Tratado, actualmente la regulación de la materia está dada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante “TFUE”), en particular en sus artículos 101 a 109, que prohíben los acuerdos entre empresas que sean contrarios a la libre competencia. De éstos, son de mayor relevancia los artículos 101 y 102, relativos a las prácticas concertadas y al abuso de posición dominante, respectivamente. A estas normas cabe

¹⁹³ *Ibíd.* P. 6.

¹⁹⁴ BARÓN, Ignacio. *Op. Cit.* (N. 174).

¹⁹⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

agregar una serie de reglamentos¹⁹⁶ que vienen a complementar el marco otorgado por los tratados.

El órgano encargado de resguardar la competencia en la Comunidad Europea es la Comisión Europea¹⁹⁷ -sin perjuicio de las potestades de las agencias nacionales de cada país miembro respecto de las infracciones que afecten sus mercados, sin efectos transfronterizos-. La Comisión Europea, además de ejercer estas funciones, se encarga de dictar guías que regulan con mayor especificidad la ejecución de la normativa de competencia, colabora con las agencias nacionales y vigila la Red Europea de la Competencia^{198 199}.

La Comisión Europea reúne las facultades investigativas y sancionatorias, siendo apelables sus decisiones ante el Tribunal General de la Unión Europea.

Frente a las infracciones que se detecten, la Comunidad Europea contempla un sistema de sanciones basado en dos tipos de multa: sancionadora y coercitiva. La primera se traduce en la posibilidad de imponer multas en base al volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, mientras que la segunda implica la posibilidad de imponer multas coercitivas de hasta un 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha que fije en su decisión, con el fin de obligar a las partes a cumplir lo ordenado²⁰⁰.

¹⁹⁶ Dentro de los éstos, cabe mencionar el Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas; el Reglamento (CE) N°1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado; el Reglamento (CE) N°773/2004 de la Comisión, de 07 de abril de 2004, relativo al desarrollo de procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado; entre otros.

¹⁹⁷ Las facultades en materia de libre competencia de que está dotado este órgano surgieron del Reglamento 4.064/89 y su posterior modificación, el Reglamento 139/2004

¹⁹⁸ A través de esta red, las autoridades nacionales intercambian información con la Comisión Europea acerca de la aplicación de la normativa europea de competencia. Además, ella ayuda a determinar la autoridad competente en cada caso.

¹⁹⁹ ELHAUGE, Einer y GERADIN, D. *Global Competition Law & Economics*. Oxford: Hart Publishing, 2011. Impreso. P. 41.

²⁰⁰ JUNGSMANN, Ricardo. *El injusto monopolístico y la graduación de las sanciones en la legislación chilena y comparada*. Informe solicitado por la FNE en causa rol 2658-2014-INA, del Tribunal Constitucional. Santiago, 2014. Web. <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=49661>. P. 14.

En la legislación de la Unión Europea no se contemplan sanciones privativas de libertad para los actos contrarios a la libre competencia, ni tampoco sanciones a los individuos que hayan participado en ellos. En cambio, podrá la Comisión adoptar decisiones que ordenen el cese de la conducta, así como también declarar obligatorios para las empresas los compromisos que hayan propuesto ante los reparos formulados por la Comisión en el análisis a sus actuaciones. Además, la Comisión está facultada para imponer remedios estructurales, lo que ocurrirá cuando no sea posible imponer alguna medida dirigida a modificar la conducta del sancionado y aquellos sólo son proporcionados cuando hay un riesgo sustancial de que se produzca una vulneración duradera o repetida que derive principalmente de la estructura de la empresa²⁰¹.

Acerca de las multas, “[e]l Reglamento 1/2003 establece las sanciones financieras en casos de infracción intencional o negligente de los artículos 101 y 102 del TFEU. En general, la multa no debe exceder el 10 por ciento de las utilidades de la empresa en el año comercial anterior”²⁰².

En cuanto a la dictación de las *Fining Guidelines*, éstas tienen como objetivo “exponer públicamente la metodología que la Comisión aplicará en sus decisiones futuras de imposición de multas y, por lo tanto, aumentar la transparencia. De este modo, la Comisión garantiza simultáneamente la coherencia de su política de sanciones y provee a las empresas de algún grado de seguridad jurídica”²⁰³. En efecto, la Comisión adoptó una serie de guías que introdujeron una nueva metodología para el cálculo de las multas en casos de vulneración a los mencionados artículos del TFUE, bajo los límites establecidos por el Reglamento 1/2003, a fin de asegurar que las multas tengan un efecto disuasorio suficiente.

²⁰¹ EZRACHI, Ariel. *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*. Portland: Hart Publishing, 2016. Impreso. P. 521.

²⁰² *Ibíd.* P. 522.

²⁰³ DE BROCA, Hubert. “The Commission revises its Guidelines for setting fines in antitrust cases”. *Competition Policy Newsletter*. Otoño 2006: 1-6. Web. <http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2006_3_1.pdf>. P. 1.

De acuerdo con las *Fining Guidelines*, de 2006, que establecen directrices acerca de la imposición de multas en la UE, tratándose de carteles, la multa base es de hasta el 30% del volumen de ventas de una empresa, sin perjuicio de la facultad de la Comisión Europea de incrementar la multa en razón de entre el 15% y el 25% del volumen de ventas –valor denominado *entry fee*- cuando se trate de carteles intrínsecamente nocivos²⁰⁴, con objetivos meramente disuasivos²⁰⁵.

Adicionalmente, las guías establecen que la multa base se determina en función del volumen de negocios, la gravedad de la infracción y el tiempo de duración de la conducta. Este monto base podrá ajustarse en función de las circunstancias agravantes o atenuantes que concurren, las que han sido profusamente aplicadas por la Comisión²⁰⁶.

Respecto de los perjuicios ocasionados por la conducta, cualquier individuo que se haya visto afectado económicamente por una vulneración al artículo 101 del TFUE puede requerir la indemnización de los perjuicios ante los tribunales de su país.

Al igual como sucedió en Estados Unidos, en la Unión Europea también se ha evidenciado un significativo aumento del monto de las multas impuestas. En efecto, en el período entre 1990 y 1994 el total de multas impuestas fue de casi 540 millones de euros, mientras que en el período entre 2015 hasta lo que va del 2017²⁰⁷, se ha recaudado un total de 6 mil millones de euros aproximadamente, pasando por un máximo histórico

²⁰⁴ SECRETARIADO DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Sesión I: *Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia*. Documento de base preparado para el Foro Latinoamericano de Competencia. 3 y 4 de septiembre de 2013. Web. 10 de octubre de 2017. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)4/REV1&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)4/REV1&docLanguage=Es)>.

²⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA. “Directrices para el Cálculo de las Multas Impuestas en Aplicación del Artículo 23, Apartado 2, Letra a), del Reglamento (CE) N° 1/2003”. Septiembre 2006. Web. 2 de noviembre de 2017. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126118>>.

²⁰⁶ Para mayor información al respecto ver GERADIN, Damien y SADRAK, Katarzyna. “The EU Competition Law Fining System: A Quantitative Review of the Commission Decisions between 2000 and 2017”. *TILEC Discussion Paper*. Abr. 2017. Web. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2958317>.

²⁰⁷ Cifra actualizada al 22 de noviembre de 2017.

entre los años 2005 y 2009 de alrededor de 9.400 millones de euros²⁰⁸; reflejando de esta forma incluso una mayor tasa de aumento que en las multas corporativas en Estados Unidos, donde sólo se reunió un monto mayor al de la Unión Europea en el año 1999²⁰⁹.

Además, el promedio de las multas corporativas en la Unión Europea incrementó de menos de 2 millones de euros en el período de 1990 a 1994 hasta más de 45 millones entre 2005 y 2009²¹⁰, mientras que el total en multas impuestas en el primer período alcanzó la suma de 500 millones de euros y de 9,5 billones de euros en el segundo²¹¹.

III.3. REINO UNIDO

En el Reino Unido, la *Enterprise Act* contiene la normativa que regula la libre competencia. Esta ley, del año 2002, fue recientemente reformada por la *Enterprise and Regulatory Reform Act* (“ERRA”), del 2013, que realizó una modificación relevante para efectos de la tipificación de las conductas estimadas anticompetitivas. En efecto, la ERRA eliminó el requisito, antes existente, de que, para que configurara un cartel, los individuos partícipes debían haber actuado “deshonestamente”. De esta forma, se eliminó el elemento subjetivo requerido para la configuración del tipo, disminuyendo con ello las dificultades probatorias asociadas y que se traducían en una mayor dificultad para efectos de poder sancionar conductas anticompetitivas.

Por otra parte, también en el ámbito institucional se dio una reforma reciente, toda vez que la Autoridad de Competencia y Mercados (“ACM”) ²¹², órgano creado el año 2014,

²⁰⁸ EUROPEAN COMMISSION. “Cartel Statistics”. 22 de noviembre 2017. Web. 5 de diciembre de 2017. <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>.

²⁰⁹ GINSBURG, Douglas y WRIGHT, Joshua. “Antitrust Sanctions”. *Competition Policy International*. Otoño 2010: 3-39. Web. <https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1060AntitrustSanctions.pdf>. P. 11.

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ GERADIN, Damien y SADRAK, Katarzyna. Op. Cit. (N. 206), P. 27.

²¹² Sin perjuicio de que la ACM es la autoridad principal en la materia, cabe mencionar que en ciertos países miembros del Reino Unido comparte sus poderes de investigación y persecución respecto de las infracciones criminales bajo la *Enterprise Act* con la *Serious Fraude Office*, que es el órgano persecutor en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte en aquellos casos que involucran fraudes serios o complejos; así como con la *Crown Office and Procurator Fiscal Service* en Escocia.

reemplazó y reunió las labores de la *Office of Fair Trading* y la *Competition Commission*.

Es la propia ACM quien, tras la investigación y descubrimiento de infracciones, impondrá las sanciones pertinentes; aceptará, modificará o publicará acuerdos; y establecerá medidas provisionales. Su decisión, desde luego, es apelable, tanto de respecto de la propia imposición de la sanción, del monto de la misma, o ambas.

Al alero de la *Enterprise Act*, la participación de un individuo es una infracción de carácter criminal. Esta legislación contempla la posibilidad de establecer sanciones privativas de libertad, así como multas con un máximo de hasta el 10% de la facturación total del cartel y de sus negocios relacionados.

Adicionalmente, los individuos que fueran parte de la compañía asociada a la infracción pueden ser inhabilitados para servir el cargo de director de una empresa del Reino Unido (cualquiera, no sólo la empresa infractora) por un período de hasta 15 años. Además, pueden incluso ser castigados con sanciones penales²¹³.

Para efectos de determinar el monto preciso de la sanción a aplicar, la ACM ha adoptado guías publicadas por la *Office of Fair Trading*. Dentro de éstas se incluyen directrices para determinar el monto de la multa a imponer, ya que, tal como la última guía dictada por la *Office of Fair Trading* dispone, los dos objetivos de la política relativa a sanciones financieras son “imponer sanciones a las empresas infractoras que reflejen la seriedad de la infracción y asegurar que la amenaza de sanciones disuada tanto a las empresas infractoras como a otras empresas que puedan estar considerando actividades anticompetitivas de involucrarse en ellas”²¹⁴.

²¹³ Slaughter and May. “An overview of the UK competition rules”. Junio de 2016. P.14. Web. 20 de septiembre de 2017 <<https://www.slaughterandmay.com/media/1515647/an-overview-of-the-uk-competition-rules.pdf>>.

²¹⁴ OFFICE OF FAIR TRADING. “OFT’s Guidance as to the appropriate amount of a penalty”. Septiembre de 2012. P. 2. Web. 20 de septiembre de 2017. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf>.

Consecuentemente, la misma guía establece que la multa será determinada realizando el cálculo en base a una serie de pasos²¹⁵, comenzando por la valoración de la multa base, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y el volumen de negocios de la empresa²¹⁶, ajustada por su duración, los factores agravantes y atenuantes, por factores específicos de disuasión y proporcionalidad, y por rebajas en virtud de los programas de amnistía o acuerdos. Además, el monto deberá ajustarse si el cálculo anterior arrojara una sanción mayor a la multa máxima del 10% del volumen de negocios de la empresa a nivel global o a fin de evitar sancionar dos veces por la misma ofensa²¹⁷.

De esta manera, en la determinación del monto final influirá la seriedad y duración²¹⁸ de la infracción, la fuerza económica de las empresas involucradas, así como la naturaleza del producto, la estructura del mercado, la cuota de mercado de la empresa, las condiciones de entrada, el efecto sobre competidores y terceros²¹⁹, la cooperación u obstrucción a la investigación de la ACM, el rol principal o reactivo de la infracción, la reiteración de infracciones y la naturaleza intencional o culposa de ellas, entre otros²²⁰.

A su vez, cuando la infracción en cuestión haya tenido efectos en otro estado miembro, la ACM puede, con el consentimiento de aquél otro estado miembro, tomar en consideración los efectos de la infracción en este último para calcular el monto de la multa²²¹.

Respecto de la posibilidad de inhabilitar a los directores de la compañía, por lo general la ACM no optará por esta sanción a menos que haya descubierto previamente una vulneración a la libre competencia por la misma empresa, salvo que en aquel caso se

²¹⁵ *Ibíd.*, P. 7.

²¹⁶ Para estos efectos, se toma en consideración el volumen de negocios de la empresa en el mercado relevante afectado por el incumplimiento en el último año financiero previo a la fecha en que la conducta terminó.

²¹⁷ OFFICE OF FAIR TRADING. Op. Cit. (N. 214), P. 7 y ss.

²¹⁸ A fin de ajustar la multa base en relación a la duración de la infracción, se multiplicará aquella por la cantidad de años que hubiera durado si fuesen más de uno, mientras que podrá reducirse si la vulneración hubiera durado menos de un año.

²¹⁹ JUNGMAN. Op. Cit. (N. 200). P.13.

²²⁰ JUNGMAN. Op. Cit. (N. 200). P.22.

²²¹ OFFICE OF FAIR TRADING. Op. Cit. (N. 214), P. 10.

haya optado por un programa de delación compensada²²². En todo caso, los factores que determinarán la aplicación de esta sanción se encuentran reglados en una guía de la OFT dictada al efecto y adoptada por la ACM²²³.

El efecto de esta sanción es prevenir que el individuo que es sujeto de la inhabilitación participe de la administración de una empresa del Reino Unido sin la autorización de un tribunal. La vulneración a la inhabilitación es, a su vez, un delito criminal y puede conllevar penas de cárcel de hasta dos años y multas de hasta cinco mil libras.

Adicionalmente a las sanciones mencionadas, si la ACM constata un efecto adverso en la competencia, deberá ordenar una medida de reparación, como por ejemplo la liquidación de activos, la prohibición de ciertas conductas, precios límite u obligaciones de reportar ciertos aspectos.

Por lo demás, en cuanto a las sanciones penales, en el Reino Unido un individuo culpable de participar en fijación de precios, limitación de la oferta o de la producción, reparto de mercados, o manipulación de las licitaciones, podrá ser sujeto de una pena de prisión de hasta cinco años.

La ACM²²⁴, al igual como lo hacía anteriormente la OFT²²⁵, considera ciertos principios de priorización para el ejercicio de su actividad, centrando sus esfuerzos y recursos en disuadir e influenciar los comportamientos que implican la mayor amenaza al bienestar de los consumidores, a la vez que reconoce la necesidad de evitar imponer cargas innecesarias en los negocios. Para estos efectos, generalmente prioriza de acuerdo al impacto en el bienestar de los consumidores en el mercado afectado por el sector donde

²²² OFFICE OF FAIR TRADING. Director disqualification orders in competition cases. 2010. Web. 20 de septiembre de 2017 <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/324978/oft510.pdf>. P. 9.

²²³ Precisamente, se trata de la guía citada en el punto anterior.

²²⁴ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. Priorisation principles for the CMA. Abril 2014. Web. 20 de septiembre de 2017 <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-prioritisation-principles>>.

²²⁵ GOODMAN, Shaun (Ed.). *The Public Competition Enforcement Review*. Londres: Law Business Research, 2009. Impreso. P. 368.

se llevó a cabo la infracción y a la significancia estratégica de la infracción en relación con las políticas de la ACM.

La competencia efectiva ha sido declarada como una prioridad clave para el gobierno del Reino Unido en su objetivo de mejorar el crecimiento y la productividad²²⁶. De hecho, una investigación de la OECD sugirió que la competencia ha sido un factor relevante en el aumento de la productividad del Reino Unido²²⁷. Al respecto, la ACM estimó que su trabajo y el de las agencias que la precedieron generaron promedio anual de 745 millones de libras esterlinas en beneficios a los consumidores en el período 2012 a 2013 y 2014 a 2015. Por su parte, entre los años 2012 y 2014 la ACM recaudó un total de 65 millones de libras.

No obstante, tal como sucedió antes con la OFT, pese a que ésta había sido evaluada favorablemente en relación a las agencias de competencia de otros países, cabe señalar que la Oficina Nacional de Auditoría (“NAO”) no ha evaluado tan positivamente el trabajo de la CMA²²⁸, lo que se vería reflejado, por ejemplo, en que la cifra total recaudada en multas entre 2014 y 2015 parece deficiente al compararla con los casi 1,4 billones de libras que recaudó la agencia correlativa en Alemania. Asimismo, el flujo de casos concluidos aparece deficiente al contrastarlo con los que llevaron la agencia alemana y la francesa, correspondientes a 16 y 5 veces respectivamente los resueltos por la ACM, pese a niveles similares de recursos dispuestos para la materia y a ser países con economías de tamaños similares²²⁹. Al respecto, se ha señalado que la ACM enfrenta significativas barreras a la hora de incrementar su flujo de casos, toda vez que su labor de ejecución no es imperativa, no tiene tiempos límite de trabajo establecidos y se

²²⁶ NATIONAL AUDIT OFFICE. The UK Competition Regime. 3 de febrero de 2016. Web. 15 de noviembre de 2017 <<https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2016/02/The-UK-Competition-regime.pdf>>. P. 7.

²²⁷ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. Productivity and competition. A summary of the evidence. Julio 2015. Web 15 de enero de 2018. <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/443448/Productivity_and_competition_report.pdf>.

²²⁸ NATIONAL AUDIT OFFICE. Op. Cit. (N. 226).

²²⁹ NATIONAL AUDIT OFFICE. Op. Cit. (N. 226), P. 32.

enfrenta a un estricto régimen de supervigilancia judicial²³⁰.

En cuanto a las sanciones privativas de libertad, en tanto, ellas sólo han sido aplicadas en un caso en la historia del Reino Unido, durante el año 2008. Se trató del llamado *Marine Hose Cartel*, a cargo de la OFT, en que resultaron condenados tres ejecutivos a penas de entre dos y medio y tres años de cárcel, tras declararse culpables de actuar deshonestamente al asignar mercados, restringir suministros, fijar precios y manipular la oferta. Estos individuos, además, fueron los primeros a quienes se les aplicó la sanción de descalificación de directores. Todo ello, sin perjuicio de considerables sumas en sanciones pecuniarias, en relación a sus ganancias personales por el cartel^{231 232}.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN CHILENA A LA LUZ DE SU APLICACIÓN POR EL TDLC Y LA EXPERIENCIA COMPARADA

IV.1. LECCIONES A PARTIR DE LA APLICACIÓN DE SANCIONES POR EL TDLC

Tal como se mostró en el acápite II.1.4., existe una tendencia al alza en el monto recaudado por multas año a año. Asimismo, llama la atención la gran diferencia existente entre el promedio de multas aplicadas con respecto al máximo legal contemplado en cada período en nuestra legislación. En este punto ha sido determinante el hecho de que los casos en que se han aplicado sumas de altos montos son la excepción, siendo la mayoría de los casos sancionados con multas que están muy por debajo del máximo legal aplicable.

²³⁰ NATIONAL AUDIT OFFICE. Op. Cit. (N. 226), P. 9.

²³¹ LOUGHER, Guy. First UK Prison Sentences for Criminal Price-Fixing Will Encourage Greater Competition Law Compliance. 17 de julio de 2008. Mondaq. Web 17 de enero de 2018. <http://www.mondaq.com/article.asp?article_id=62488&signup=true>.

²³² En este caso la investigación se desarrolló de manera conjunta con las autoridades competentes de Estados Unidos, donde también fueron sancionados algunos altos ejecutivos.

La diferencia de que hablamos entre el promedio y el máximo legal de multa no cambia cuando se analizan las sentencias separadas por el tipo de conducta anticompetitiva. Analizando los montos impuestos caso a caso, en cambio, es donde cobra relevancia el tipo de conducta, pues las multas impuestas a los casos más relevantes y conocidos del último tiempo, que han sido coincidentes con el máximo legal aplicable al caso o muy cercanas a él, han sido casi exclusivamente de colusiones.

En efecto, mucho se ha hablado a nivel nacional, tanto en la prensa como en las discusiones legislativas, de que la colusión es el más grave ilícito en materia de libre competencia, principalmente por sus perniciosos efectos a los consumidores. Esto se ve reflejado en que es respecto de estas conductas que se han recaudado los mayores montos en multa, en que han sido las conductas más sancionadas en el último tiempo²³³ y en que es respecto de las colusiones que se vuelve mucho más notoria la tendencia al alza en la aplicación de multas.

En cuanto al bajo promedio de multas aplicadas, este tiene como causa más probable la baja entidad en la gravedad de las conductas de las que mayoritariamente ha conocido hasta ahora el TDLC. Otras posibles causas son las escasas ganancias que pudieran haber tenido los infractores, el mínimo daño ocasionado por el ilícito, o, saliendo del ámbito de las características específicas de la conducta, incluso podría deberse a cierta benevolencia de parte de los sentenciadores a la hora de considerar las circunstancias concurrentes para decidir la sanción en concreto, a una práctica de educación al mercado por parte del TDLC, mediante el alza progresiva de las multas impuestas cuando la práctica sancionada se reitera en el tiempo, o a un problema legislativo, entre otras. La falta de fundamentación en las decisiones del TDLC, sin embargo, significa un obstáculo para vislumbrar la relevancia de las posibles causas.

²³³ De acuerdo a las estadísticas del TDLC, entre 2010 y 2016 –ambos inclusive- se dictaron 16 sentencias condenatorias por colusiones, de un total de 22 fallos emitidos.

En caso de considerarse que se trata de un problema legislativo, podríamos estar ante dos aspectos diferentes. Por un lado, puede que la ley sea insuficiente en tanto no determina ni establece reglas para que los jueces apliquen de manera más precisa determinados montos a una u otra conducta o en función de la concurrencia de ciertas circunstancias; por otro, podría ser simplemente que los montos máximos de multas contemplados por la ley son superiores a lo que requiere la realidad nacional. Esta última opción, sin embargo, cabría descartarla dada la práctica observada en la actividad del TDLC en el último tiempo a aplicar el monto máximo contemplado en la ley o cifras cercanas a éste en los casos más bullados.

Ahora, en cuanto a la consideración de los criterios que consagra la ley para la determinación del monto específico de la multa a imponer, hemos visto que el TDLC ha sido impreciso, pues si bien menciona las circunstancias que estima concurrentes, sólo las asocia en abstracto a la multa. En efecto, el TDLC ha explicado, con mayor o menor detalle, cómo se ha configurado en el caso concreto la circunstancia en cuestión, pero no realiza, en cambio, una valoración del grado de incidencia, a nivel cuantitativo, que le ha otorgado a tal elemento. Es de esperar que en esta materia se vaya evolucionando favorablemente en los próximos años.

Por su parte, respecto de las otras medidas que contemplaba el D.L. 211, cabe alcanzar conclusiones diferenciadas.

En primer lugar, tratándose de la medida contemplada en la letra a) del artículo 26, esto es, dejar sin efecto o modificar actos o contratos, fue posible constatar una aplicación asistemática de ellas, pues mientras en algunos casos, el TDLC la aplicó de manera independiente, en otros lo hizo junto con multas o rechazó su aplicación, imponiendo sólo sanción de multa. Tales decisiones, por cierto, sin una explicación que permitiera comprender la motivación que tuvo el TDLC para cada caso, ni menos extraer parámetros aplicables para el resto.

Respecto de estas medidas, la falta de motivación se vuelve más grave cuando se aplican de manera exclusiva, sin estar acompañadas de otro tipo de sanción, pues es necesario comprender qué elementos determinan que ellas sean la sanción adecuada al caso concreto, especialmente en términos de su eficacia disuasiva en contraste con el efecto de una multa. Esto, considerando que el incumplimiento de la sentencia que la dicte en definitiva sólo redundaría en un eventual nuevo procedimiento por el que se discuta el incumplimiento de la medida y se imponga una sanción de multa²³⁴, con lo que el efecto disuasivo de futuras conductas anticompetitivas se produciría sólo por este último tipo de sanción.

Luego, como vimos, la medida de la letra b) del artículo 26, que permite modificar o disolver las personas jurídicas involucradas en la infracción, casi no ha recibido aplicación, habiendo sido impuesta hasta ahora sólo en un caso, pero precisamente el más grave que ha conocido del TDLC. La particularidad de aquel caso hace pensar que esta medida está reservada para casos de una gravedad tal que, afortunadamente, son escasos en nuestro país, sin perjuicio de lo cual hemos de contar con herramientas como ésta que permitan impedir la continuación de ilícitos como el que se hubiere cometido.

IV.2. LECCIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA COMPARADA

A partir de la revisión de las principales características de los sistemas legislativos extranjeros seleccionados, es posible rescatar ciertas características que han hecho de ellos casos exitosos.

²³⁴ La ley no trata el caso particular de que se incumpla una de las otras medidas del artículo 26. Hasta ahora el TDLC no ha iniciado procedimiento alguno para perseguir el cumplimiento de las sanciones no pecuniarias que ha impuesto. Sin embargo, sí existen procedimientos por incumplimiento de resoluciones de la Comisión Preventiva y la Comisión Resolutiva (entre éstas ver las causas roles C 63-05, C 73-05 y C 87-06), así como causas iniciadas por “incumplimiento de resoluciones” (entre éstas, las causas roles C 180-08 y C 156-08). Todos estos últimos procedimientos han terminado con sanciones de multa.

En primer lugar, se observa, sin lugar a dudas, que imperan las multas como el mecanismo de sanción elegido para los ilícitos anticompetitivos. Respecto de aquellos países en que se contemplan sanciones de tipo penal, esto es, Estados Unidos y el Reino Unido, la experiencia es disímil. En Estados Unidos, por una parte, ha sido reconocidamente exitosa²³⁵, considerándose un mucho mayor disuasivo²³⁶. En Reino Unido, en cambio, su aplicación ha sido escasa, optándose por esta sanción en sólo una oportunidad, hace casi 10 años²³⁷.

No es claro el motivo de esta diferencia entre ambos países, sin embargo, la causa inmediata más plausible es la distinta disposición de los tribunales de cada uno de ellos a aplicar sanciones privativas de libertad, existiendo en Estados Unidos mucha mayor tendencia a ello, en atención a la cultura jurídica predominante en ese país. Posiblemente en este punto influya también el hecho de que sólo desde 2003 en Reino Unido se considera la participación en un cartel como un delito criminal, mientras que en Estados Unidos tiene tal carácter desde 1890, con la dictación de la Sherman Act. Por lo demás, es de esperar que tras la reforma introducida en la legislación del Reino Unido el año 2013, donde se eliminó como requisito el que el sujeto haya actuado deshonestamente, se facilite el catalogar una conducta como criminal y, con ello, se extiendan las sanciones aplicables a los casos venideros.

Por otra parte, cabe hacer presente que la gran aplicación de las sanciones privativas de libertad en Estados Unidos y su consecuente eficacia disuasiva, en contraste con el escenario planteado por la reforma de 2016, muy posiblemente esté determinada por el hecho de que esta representa una opción más dentro del catálogo de sanciones posibles dentro del mismo proceso iniciado para perseguir el ilícito. En efecto, al no ser necesario iniciar una nueva acción ante un órgano judicial diferente, a fin de determinar la

²³⁵ DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY. Op Cit. (N. 189).

²³⁶ BERNETT, Thomas. Op. Cit. (N. 190).

²³⁷ Se trata, como señalamos, del *Marine Hose Cartel*. Más información acerca del caso disponible en <https://www.gov.uk/cma-cases/marine-hose-criminal-cartel-investigation>.

aplicabilidad de esta sanción de cárcel, se evita la posibilidad de diferencias considerativas en cuanto al mérito del caso.

Además, en relación a las multas, ellas son establecidas con un máximo determinado por un factor de las ventas del infractor durante la ejecución de la conducta ilícita o del beneficio económico que se hubiere obtenido a consecuencia de ella. De esta manera, se otorga una flexibilidad de que carece la técnica legislativa de imponer cierto monto como tope, a fin de que la multa impuesta no quede coartada por aquél en cuanto a su capacidad disuasiva cuando las circunstancias del caso ameriten la imposición de una cantidad superior a ese máximo. En todo caso, si bien en principio la multa queda determinada por los factores mencionados, las legislaciones contemplan igualmente montos topes, de muy altos montos.

Dentro de la experiencia extranjera, en el Reino Unido destaca un mecanismo de sanción particular de esta legislación, consistente en la inhabilitación de los directores de la empresa infraccionada para volver a ejercer tal cargo en cualquier otra empresa dentro del país. Dicha sanción viene a ejercer un efecto disuasivo similar a la sanción penal en el sentido de que ella se dirige al individuo responsable detrás de la operación y no podría ser absorbida por la compañía.

Además, es posible notar también fuertes sistemas de amnistía, que determinan que la colaboración prestada a las agencias mediante la entrega de antecedentes que contribuyan a la investigación de la infracción, excluya o disminuya la aplicación de todas o la mayoría de las sanciones posibles, incluso las más gravosas.

Por otra parte, y en lo que resulta ampliamente destacable, a nivel comparado las sanciones han sido reguladas en detalle, dentro del marco dispuesto por las leyes aplicables, por medio de guías. En ellas se establece acuciosamente los pasos que habrá de seguir el órgano encargado de conocer de la conducta a la hora de determinar qué

sanción imponer, así como su temporalidad y monto, reglando cuál será la medida en que se deberá considerar cada una de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad concurrentes y en qué casos no es posible imponer determinada sanción.

Conforme se ha señalado por las autoridades de Estados Unidos, a modo ejemplar, dentro de los aspectos que sustentan el éxito de su política de libre competencia se encuentran la publicidad y la transparencia²³⁸ en la determinación de sanciones, lo que se materializa, precisamente, mediante la dictación de las guías a que nos referimos. En efecto, ellas han resultado ser un eficaz disuasivo en la medida en que los agentes conocen las consecuencias a que podrían atenerse de efectuar un ilícito de esta especie, y esto dado también que las guías contribuyen a que todo el catálogo de sanciones contemplados en la ley, incluso aquellas más severas, sea potencialmente aplicado.

IV.3. DIAGNÓSTICO ACERCA DEL SISTEMA DE SANCIONES

IV.3.1. ¿SE JUSTIFICAN LAS MODIFICACIONES REALIZADAS POR LA REFORMA?

La Ley N°20.945, como señaláramos, introdujo una serie de modificaciones al sistema de sanciones contemplados en nuestra legislación de libre competencia, muchas de las cuales se dirigieron a resolver las críticas planteadas al sistema hasta antes vigente.

En primer lugar, se estableció un tope para las multas vinculado a las ventas o utilidades que hubiera reportado la infracción, eliminando la determinación que antes hacía la ley con base a un monto fijo como máximo. Esta modificación fue en la línea correcta, pues permitió reforzar el efecto disuasorio de la sanción, evitando el problema de que el tope de la multa a aplicar sea inferior al beneficio que conllevaría ejecutar la conducta ilícita o que la cuantía de la misma se convierta en un mero costo del negocio,

²³⁸ BERNETT, Thomas. Op. Cit. (N. 190).

con nulo efecto disuasivo tanto a nivel de prevención especial como de prevención general, lo que en definitiva redundaría en que sea más conveniente llevar a cabo el acto anticompetitivo incluso teniendo en consideración el costo de la multa.

Además, con esta modificación se alineó nuestra legislación a los sistemas del derecho comparado, que ya desde hace largo tiempo consideran que esta es la vía apropiada para que las multas sean efectivas en el cumplimiento de los fines buscados.

No obstante, puntualmente en cuanto al porcentaje establecido, esto es, el 30% de las ventas o el beneficio económico, se ha criticado que tal valor es desproporcionado a la realidad chilena, donde las utilidades anuales promedio de una empresa del IPISA son de alrededor de un 7% de sus ventas, lo que supera con creces valor establecido en la ley, pudiendo redundar en definitiva en un efecto anticompetitivo²³⁹ por forzar la salida del mercado de ciertos competidores, incapaces de continuar su actividad tras el pago de la multa. Para evitar esto será necesario una acabada evaluación de la capacidad económica del infractor, a fin de distinguir según el tamaño de la empresa de que se trate y establecer multas proporcionales a aquél.

Por otra parte, para el caso de que no pudiese determinarse el beneficio económico obtenido o las ventas del infractor, la ley contempló una multa máxima de hasta 60.000 UTA, doblando o triplicando, según la conducta de que se trate, la cifra contemplada antes de la reforma. Al respecto, si bien se hacía necesario incrementar el tope de las sanciones, saltan dudas acerca de la necesidad de haberlo aumentado a tal nivel, considerando, como hemos revisado, que mayoritariamente los montos aplicados en multa por el TDLC han sido sustancialmente inferiores y sólo en el último tiempo han existido algunos casos -los más conocidos por la ciudadanía-, en que se ha impuesto el máximo legal o cifras cercanas. En cambio, pareciera que un aumento tan significativo

²³⁹ *Sanciones en la Nueva Ley de Competencia*. Coloquios Regulatorios RegCom, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Julio de 2015.

tiene más relación con la gran controversia y agitación pública han suscitado los casos más graves y conocidos en el último tiempo, como la “colusión de las farmacias”, el “caso pollos” y la colusión entre las empresas papeleras. Así parece entenderlo también el Presidente del TDLC, don Enrique Vergara, quien ha señalado que “[s]i bien es cierto que la aparición de grandes casos provoca una legítima indignación en la ciudadanía, esto no puede ser motivo para caer en la tentación de sobre-regular o de querer solucionar todos los problemas a través de una ley”²⁴⁰.

Sea como sea, es adecuado que nuestro marco legal esté preparado para enfrentar asuntos con alta repercusión a nivel social y económico, cuya sanción necesariamente ha de ser alta para disuadir de la ejecución de otras conductas equivalentes. El hecho de que hasta ahora no se hayan impuesto multas tan altas sino en contadas ocasiones, no debe desviarnos de la envergadura del tipo de conductas con que está llamada a lidiar la legislación antimonopólica y sus innumerables y nocivos efectos. Por lo demás, el nuevo tope máximo no debería ser impuesto por el TDLC sino a conductas que ameriten tal castigo.

Otra modificación interesante introducida por la reforma fue la adición de dos nuevas sanciones: la prohibición de contratar con el Estado y la inhabilitación para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad.

En cuanto a la primera, esta opción parece ser correcta, considerando el reproche moral que conlleva y que las otras materias para las cuales se ha previsto esta sanción – aunque en diversa forma, como explicamos- son también ámbitos en que la conducta ilícita afecta a terceros – en libre competencia a los consumidores- que quedan en una situación desventajada respecto del infractor, como son los trabajadores en las prácticas antisindicales y los acreedores respecto del deudor concursal.

²⁴⁰ Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 15 de mayo de 2017. Web. 10 de octubre de 2017 <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/2017/05/CuentaPublica_2017.pdf>.

La segunda, tomada claramente del ejemplo del Reino Unido, pero con un ámbito más acotado al considerarse la inhabilitación sólo respecto de sociedades anónimas abiertas o sujetas a normas especiales, es una vía jurídica peculiar para nuestra tradición legislativa. Hemos de ver cómo la aplicará el TDLC en sus fallos, pero es de esperar que se reserve a conductas de colusión de mayor gravedad, dado el carácter individual de la sanción y su efecto para el desenvolvimiento futuro del sancionado.

La modificación más destacada de la reforma, sin duda, fue la reincorporación de sanciones penales para los ilícitos anticompetitivos consistentes en acuerdos colusorios tipo *carteles duros*. Esto representa un gran avance en el efecto disuasivo de la legislación, que ahora considera la imposición de sanciones individuales, que, a diferencia de las multas, no podrían simplemente estimarse como *costos del negocio*, al estar involucrada la libertad personal. Vinculado a ello, se suma como un punto favorable de esta modificación la mejora en la percepción social, ya que la sanción no será vista simplemente como un permiso que se paga con posterioridad a la ejecución, sino realmente como un castigo a quien incurra en actos tan indeseables.

No obstante, no puede desconocerse que, así como no ha habido gran cantidad de casos a los que se haya aplicado los mayores montos contemplados en nuestra legislación, es posible que sea escasa la aplicación que tenga la sanción penal, estimada más excepcional por su mayor gravedad. En este sentido, Tapia indicó que en su concepto “los mercados chilenos son pequeños y existen una serie de sanciones previas a la cárcel que son muy fuertes y que podrían aplicarse perfectamente a este tipo de casos. [...] El tema es no saltar directamente de la multa a la cárcel, porque hay otras sanciones que podrían ser muy efectivas en mercados como el chileno, que podrían probarse primero”²⁴¹. Pese a ello, estimamos que la existencia de sanciones penales para

²⁴¹ El Mercurio Legal. Entrevista a Javier Tapia. 02 de septiembre de 2014. Web. 10 de noviembre de 2017 <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903294&Path=/0D/C8/>>.

las vulneraciones a la legislación de libre competencia, representa de por sí un potente disuasivo a su perpetración.

Por otra parte, la incorporación del tipo penal viene a solucionar la incertidumbre²⁴² existente anteriormente en relación a si era o no aplicable el artículo 285 del Código Penal a las actuaciones contra la libre competencia, ya que primará la norma especial. Además, la ley solucionó el problema que explicáramos acerca del desincentivo que significaba la existencia del tipo del artículo 285 para el ejercicio de la delación compensada, dado por el hecho de que, si bien la colaboración en la actividad investigativa podía incidir favorablemente en el resultado del proceso seguido ante el TDLC, ello no implicaba beneficio alguno en un eventual proceso penal en que se persiguiera la comisión del tipo contemplado en dicha norma. En efecto, la Ley N°20.945 estableció expresamente que en caso de que se aportaran antecedentes a la FNE en los términos exigidos para acceder al beneficio de la delación compensada, podría accederse a la exención o reducción de la pena de cárcel, según si se fuera el primero o segundo en aportar tales antecedentes. A este incentivo se suma el que la investigación por los hechos descritos en el nuevo tipo penal únicamente puede iniciarse previa querrela de la FNE, “sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela”²⁴³, impidiendo así la persecución por cualquier otro tipo del Código Penal, en el que no operaría la exención o reducción de la pena.

Otro aspecto destacable es la configuración que se dio al nuevo tipo penal, que describió un catálogo de conductas que eran susceptibles de sancionarse en esta sede. Se diferenció así del artículo 285 del Código Penal, que es mucho más amplio que el incluido por la reforma, y más aún del tipo que contemplaba el D.L. 211 en su versión original, eliminado por la Ley N°19.911, que había sido catalogado incluso de tipo penal

²⁴² KLOUB, Jindrich. La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles. En Foro Latinoamericano de Competencia. Santiago, 9 y 10 de septiembre 2009. Impreso. P. 11 y ss.

²⁴³ D.L. 211, artículo 64.

en blanco, motivando su supresión.

Por su parte, dada la separación de jurisdicciones consagrada, parece correcto el requisito establecido por la ley de que para el ejercicio de esta acción la FNE deba previamente interponer querrela y sólo respecto de aquellos ilícitos que ya tuvieren sentencia condenatoria del TDLC –los que además deberán tratarse de hechos que *comprometieren gravemente* la libre competencia en los mercados-, resguardando la especialización en la evaluación de esta materia, al evitar que el Ministerio Público puede buscar someter a proceso conductas que, desde una mirada técnica, no son atentatorias a la libre competencia. En este punto, sin embargo, quedó excluido el TDLC, quien debiese poder al menos recomendar en sus sentencias la interposición de la querrela respectiva, pues no parece suficiente que su participación quede limitada a la consideración que realice de la gravedad de la conducta.

En cuanto a la exclusión de las sanciones de carácter penal de aquellas que puede imponer el TDLC, dejándola en manos del tribunal con competencia penal, si bien difiere de lo evidenciado en los sistemas comparados, tal opción es acorde con el resto de nuestra institucionalidad –donde las sanciones administrativas son impuestas por la agencia ad hoc y el tipo penal es de conocimiento del tribunal con competencia criminal²⁴⁴-, en una conjugación de la especialización deseada en la materia²⁴⁵ y el marco fijado por la Constitución²⁴⁶. No obstante, significa tanto una menor eficiencia -al tener que iniciarse dos procesos diversos, con los recursos que ello implica- como una mayor demora en la conclusión de cada caso –demora a la cual contribuye el que se tenga que ventilar en un tribunal penal y no en un órgano especializado materias de alta complejidad técnica económica²⁴⁷-, con la incertidumbre que ello implica para los

²⁴⁴ Sin perjuicio de que en esta materia, a diferencia de otras, conviven dos tribunales y no una agencia y un tribunal.

²⁴⁵ Siendo este un aspecto distintivo respecto de la legislación norteamericana, donde es la justicia común quien tiene a su cargo sancionar los delitos a la libre competencia, al no existir tribunales especiales.

²⁴⁶ A diferencia de lo que ocurre en Reino Unido, donde la agencia especializada tiene a su cargo investigar y juzgar, pudiendo incluso imponer penas privativas de libertad, en nuestra legislación, en cambio, en virtud del artículo 19 N°7 de la Constitución, esta última posibilidad está reservada para los tribunales de justicia.

²⁴⁷ Historia de la Ley N°20.945. Op. Cit. (N. 29), P.137.

infractores.

En definitiva, sin perjuicio de que muchos aspectos relevantes quedaron sin resolver por la Ley N°20.945, los cambios que ella introdujo en cuanto a sanciones sin duda representan un avance en el robustecimiento de nuestro sistema, llevándolo a niveles similares a lo que se ha dado en el extranjero, con un fuerte foco en la disuasión. Sin embargo, “[e]n Chile todavía tenemos que avanzar. Desde un punto de vista económico no basta con avanzar en sanciones de mayor nivel, como las penas de cárcel, también es necesario avanzar en las probabilidades de aplicación mejorando facultades para detección y aplicación de multas. No basta con tener multas altas si la probabilidad de la aplicación de la multa es baja”²⁴⁸.

IV.3.2. ¿SON NECESARIOS INSTRUMENTOS ADICIONALES PARA DOTAR DE MAYOR PREDICTIBILIDAD A LA APLICACIÓN DE SANCIONES?

De la revisión que hemos efectuado a las medidas -incluidas las multas- que ha impuesto el TDLC, es posible notar un problema común, cual es la ausencia de criterios públicos y objetivos para la elección entre una u otra medida, y la posterior determinación, en su caso, de aquella por la que se optó. En efecto, no es posible desprender que la imposición de multas –y sus montos- o de las otras medidas haya ido asociada a la concurrencia de circunstancias específicas. De igual modo, ni siquiera es posible explicarse, de la sola lectura de las sentencias del TDLC, por qué ha impuesto los montos de multas que ha impuesto.

Si bien la mejora mostrada por el TDLC en el trabajo de fundamentación de sus sentencias es un avance en este sentido, mediante éste no se soluciona el problema de fondo que diagnosticara Tapia en cuanto a que “en el DL 211 los parámetros no sólo son

²⁴⁸ ARTAZA, Osvaldo; SALAZAR, Andrés; SALGADO, Hugo. Op. Cit. (N. 159).

escasos e insuficientes por sí mismos como justificación de un monto, sino que constituyen meros enunciados carentes de un peso específico conferido por la ley”²⁴⁹. Por su parte, tampoco se alcanzan los objetivos de publicidad y transparencia que han resultado exitosos para la disuasión de carteles en el derecho comparado.

En tanto, la Ley N°20.945 tampoco contribuyó en la fijación de parámetros que valorizaran la consideración de los diversos criterios para la imposición de las sanciones ni especificó su ámbito de aplicación. La reforma sólo se encargó de regular en los aspectos macro, perdiendo de vista los defectos prácticos que se han dado hasta ahora en la aplicación de la ley.

En razón de ello, sería deseable que en nuestro país, alineándose con la práctica observada en el extranjero, se regulara mediante guías dictadas por la FNE, dentro del marco establecido por la ley, todo lo relativo a la imposición de multas -tal como el borrador de guía que la propia FNE ha anunciado²⁵⁰ que hará en relación a los criterios a utilizar para determinar las multas solicitadas en sus requerimientos-. Hablamos de guías que establezcan factores o porcentajes en función de cada una de las circunstancias que concurran al caso de que se trate, dándoles una incidencia cuantitativa.

Tales guías no serían vinculantes para el TDLC, sino que servirían de referencia a su labor adjudicativa, tal como lo han sido las guías que ha publicado en otros aspectos, entre las que se encuentran, por ejemplo, la *Guía para el análisis de restricciones verticales*²⁵¹ o la reciente *Guía de Remedios*²⁵².

De esta manera, la vía que se propone no incurre en los vicios que se temieran del pre-establecimiento de sanciones fijas según tipo de conducta, sino que se mantiene la

²⁴⁹ TAPIA, Javier. Op. Cit. (N. 87). P. 76.

²⁵⁰ En su Cuenta Pública 2017, realizada el 26 de abril de 2018.

²⁵¹ Disponible en <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf>>.

²⁵² Disponible en <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/05/Guia-de-remedios-.pdf>>.

flexibilidad²⁵³ con que cuenta nuestro actual sistema para su adecuación al caso concreto. No existiría una asignación automática de multa para cada conducta²⁵⁴, de manera que el TDLC seguiría tendiendo un ámbito de discrecionalidad en la consideración de los distintos criterios que está llamado a evaluar según la ley para atenuar o incrementar la sanción. Sin embargo, la diferencia está en que, de existir las guías propuestas, la decisión de los jueces se orientaría por los parámetros establecidos por la FNE, imponiendo sanciones más o menos similares para casos similares.

Lo anterior es relevante a fin de evitar que la misma discrecionalidad y flexibilidad con que operan los jueces pueda eventualmente derivar en un problema de arbitrariedad en la determinación de las sanciones, en la medida en que no sean evaluados de manera precisa los distintos criterios que señala la ley o bien se den soluciones diversas frente a casos análogos. De paso, contribuiría a dar cierta seguridad jurídica a los involucrados.

Por lo demás, la orientación que otorguen las guías podría incluso incidir en que los jueces estén más propensos a la imposición de sanciones mayores, como ocurrió en Estados Unidos, y, con ello, en la mayor eficacia disuasiva de nuestro sistema.

Por otro lado, mediante la dictación de guías no se presenta el problema que sí tiene la ley de no ser lo suficientemente veloz en su adaptación a los cambios que ocurren en la práctica, puesto que ellas no estarían sujetas a extensos trámites que demoren en exceso su dictación tornándolas anacrónicas, pudiendo adaptarse fácilmente mediante la modificación por parte de la propia FNE.

La combinación de un marco legislativo fuerte, como el que estableció correctamente la reforma, sumado a una mayor determinación en la aplicación de las diversas sanciones

²⁵³ ROMERO, Juan José. Op. Cit. (N. 43). P. 379.

²⁵⁴ CENTRE FOR LAW, ECONOMICS & SOCIETY UCL FACULTY OF LAWS. An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: A Comparative Analysis. Mayo 2014. Web. 20 de enero de 2018. <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio.pdf>>. P. 63.

según las circunstancias del caso, harían del sistema chileno en materia de sanciones en la libre competencia un exitoso exponente, por su capacidad disuasiva y preventiva en la comisión de estos ilícitos.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha presentado, en el Capítulo I, el marco legislativo de las sanciones frente a los atentados contra la libre competencia, analizando primeramente la evolución del régimen de sanciones en nuestro país, para luego presentar el estado normativo actual, con la reciente reforma introducida por la Ley N°20.945, el pasado año 2016.

Posteriormente, en el Capítulo II, se ha analizado desde la perspectiva teórica y en la práctica del TDLC cada una de las sanciones contempladas en nuestra legislación, distinguiendo entre las multas y las otras medidas que establece el D.L. 211.

Luego, el Capítulo III se dedicó a revisar los principales aspectos del *enforcement* a nivel de derecho comparado, en particular, en Estados Unidos, la Unión Europea y el Reino Unido.

Producto del análisis efectuado en los diversos capítulos, pudimos señalar que la reforma del año 2016 al D.L. 211 realizó un gran avance en la incorporación de herramientas que permitan a nuestro TDLC imponer sanciones suficientes para el cumplimiento de los fines que le son propios a esta legislación. Entre estas mejoras se encuentra la modificación de la determinación de la multa máxima a aplicar, determinada ahora por un porcentaje de las ventas del infractor o el beneficio económico obtenido por la conducta; así como la tipificación penal de conductas contrarias a la libre competencia, aclarando con ello las incertidumbres existentes previamente en torno a la

aplicabilidad del tipo contemplado en el artículo 285 del Código Penal a esta materia.

Por otra parte, el estudio de las sentencias condenatorias que ha dictado el TDLC hasta ahora, permitió notar que existe una mayoritaria aplicación de sanciones de multa de bajos montos, donde el promedio de las multas aplicadas históricamente dista mucho del máximo legal. No obstante, hay una clara tendencia al alza al analizar los montos totales en multas impuestas año a año. Asimismo, se evidenció que la aplicación de sanciones se ha dado con una fundamentación deficitaria, que no ha permitido constatar en qué grado han influido las circunstancias que el TDLC está llamado a considerar. Este último problema se repite respecto de la imposición de las “otras medidas” del artículo 26, cuya aplicación ha sido asistemática, yendo en la mayoría de los casos acompañada de sanciones de multas, y en otros de manera independiente, sin que existan elementos que el TDLC haya exteriorizado como sustentos de tales decisiones.

De ahí que se haya evidenciado una falta de transparencia en nuestro sistema, que sería subsanable mediante la dictación de guías internas que sienten lineamientos para que la FNE proponga y el TDLC imponga sanciones, cuantificando la concurrencia de los diversos factores y distinguiendo entre los tipos de conducta. Esto permitiría incrementar el efecto disuasivo de nuestra legislación, así como reducir riesgos de arbitrariedades en las sentencias del TDLC, pero, en todo caso, permitiéndole decidir dentro del marco de discrecionalidad que la ley le otorga.

En síntesis, en este trabajo se ha evaluado de manera crítica la legislación de libre competencia en cuanto a las sanciones, concluyendo que el camino optado por la Ley N°20.945 fue apropiado, sin perjuicio de que es necesario además introducir pautas que permitan conocer de mejor manera los factores que determinarían la aplicación de una u otra sanción y así anticipar su magnitud.

BIBLIOGRAFÍA

I. ARTÍCULOS Y DOCTRINA

AGOSTINI, Claudio. “¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones”. Puntos de Referencia. 2015: 2-4. Web. <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf>.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. “Report and Recommendations”. 241-308. Web. 15 de noviembre de 2017 <http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/chapter3.pdf>.

AROCA, Alexandra. “Análisis de la independencia de los organismos antimonopolio en Chile”. Tesis. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, 2010. Impreso.

ARTAZA, Osvaldo; SALAZAR, Andrés; SALGADO, Hugo. “Protección de la libre competencia en Chile. Desafíos para el derecho penal y las ciencias económicas”. *Política criminal*. Dic. 2016: 794-809.

BARÓN, Ignacio. “Referencia al Derecho Comparado de la Libre Competencia: Derecho Antitrust Norteamericano y Derecho de la Competencia de la Unión Europea”. *Centro de Libre Competencia UC*. 2007. Web. 18 de mayo de 2015 <http://www.lcuc.cl/documentos_down/Referencia%20al%20Derecho%20Comparado.pdf>

BEATON-WELLS. “Criminal Sanctions for Cartel Conduct – The Leniency Conundrum”. *Global Forum on Competition: Sanctions in antitrust cases*. Dic. 1-2, 2016. Web. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)7/en/pdf)>.

BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. 1974: 1 - 54. Web. <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>.

BERNETT, Thomas. “Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model”. División Antimonopólica del Departamento de Justicia de Estados Unidos. 2000. Web. 10 de octubre de 2017. <<https://www.justice.gov/atr/file/518376/download>>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 14 de noviembre de 2003. Web <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°20.361, Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 13 de julio de 2009. Web <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4696/>>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°20.945, Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. 25 de septiembre de 2017. Web. <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>>.

CALDERÓN, Andrés. “Una pena entre dos... ¿duele menos?: Análisis de la responsabilidad en la Ley de Libre Competencia”. *Revista de Derecho Administrativo*. 2006: 345-362. Web. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16346/16753>>.

CENTRE FOR LAW, ECONOMICS & SOCIETY UCL FACULTY OF LAWS. An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: A

Comparative Analysis. Mayo 2014. Web. 20 de enero de 2018. <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio.pdf>>.

COMISIÓN EUROPEA. “Directrices para el Cálculo de las Multas Impuestas en Aplicación del Artículo 23, Apartado 2, Letra a), del Reglamento (CE) N° 1/2003”. Septiembre 2006. Web. 2 de noviembre de 2017. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126118>>.

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. Priorisation principles for the CMA. Abril 2014. Web. 20 de septiembre de 2017 <<https://www.gov.uk/government/publications/cma-prioritisation-principles>>.

CONNOR, John y LANDE, Robert. “Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines”. *Issues in Competition Law and Policy*. Chicago: ABA Book Publishing, 2008. 2203-2218. Web. <http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=all_fac>

CHEMTOB, Stuart. “Antitrust Deterrence in the United States and Japan”. División Antimonopólica del Departamento de Justicia de Estados Unidos. 2000. Web. 10 de octubre de 2017. <<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-deterrence-united-states-and-japan>>.

DE BROCA, Hubert. “The Commission revises its Guidelines for setting fines in antitrust cases”. *Competition Policy Newsletter*. Otoño 2006: 1-6. Web. <http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2006_3_1.pdf>.

DE SMIJTER, Eddy y SINCLAIR, Ailsa. “The Enforcement System Under Regulation 1/2003”. *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Impreso.

DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY. “Peer Review of Competition Policy”. 14 de mayo de 2004. Web. 20 de octubre de 2017 <<http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/peercp04.pdf>>.

DIVISIÓN ANTIMONOPÓLICA DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA. “Criminal Enforcement. Trends Charts Through Fiscal Year 2016”. Web. 28 de noviembre de 2017 <<https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>>.

DIVISIÓN ANTIMONOPÓLICA DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA. “Individual Accountability for Antitrust Crimes”. Web. 10 de mayo de 2018. <<https://www.justice.gov/opa/file/826721/download>>.

DIVISIÓN ANTIMONOPÓLICA DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA. “Sherman Act Violations Yielding a Corporate Fine of \$10 Million or More”. Web. 28 de noviembre de 2017 <<https://www.justice.gov/atr/sherman-act-violations-yielding-corporate-fine-10-million-or-more>>.

ELHAUGE, Einer. y GERADIN, D. *Global Competition Law & Economics*. Oxford: Hart Publishing, 2011. Impreso.

ESCALONA, Eduardo. “Informe comparado en derecho de la libre competencia”. 95 *propuestas para un Chile mejor*. Grupo Res Pública Chile. 2013. 136-145. Web. <<http://95propuestas.cl/contenidos/libro/>>.

EUROPEAN COMMISSION. “Cartel Statistics”. 22 de noviembre 2017. Web. 5 de diciembre de 2017. <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>.

EZRACHI, Ariel. *EU Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*. Portland: Hart Publishing, 2016. Impreso.

FAUL, Jonathan y NIKPAY, Ali. *The EU Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Impreso.

FIRST, Henry; FOX, Eleanor; HEMLI, Daniel. “The United States. The Competition Law System and the Country’s Norms”. *The Design of Competition Law Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2013. 329-383. Impreso.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. “Minuta del Día de la Competencia. Sanciones justas y óptimas para las infracciones a la libre competencia”. 2014. Impreso.

FORNELLS, Jordi. “Derecho de Competencia en Estados Unidos”. *Boletín Económico de ICE* N° 2802, 19 al 25 de abril de 2004: 45-58. Web. <http://www.revistasice.info/cache/pdf/BICE_2802_4557_B1B3DA585451C4484A9F4B6E47377BF3.pdf>.

FOX, Eleanor y TREBILCOCK, Michael. “The GAL Competition Project: The Global Convergence of Process Norms”. *The Design of Competition Law Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Impreso.

FOX, Eleanor y TREBILCOCK, Michael. *The Design of Competition Law Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Impreso.

FRESE, Michael. *Sanctions in EU Competition Law. Principles and Practice*. Oxford, United Kingdom: Hart Publishing, 2014. Impreso.

GARRIDO, María Isabel. “La Predicibilidad de las Decisiones Judiciales”. *Ius et Praxis*. 2009: 55-72. Web. <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v15n1/art03.pdf>>.

GAVIL, Andrew; KOVACIC, William y BAKER, Jonathan. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. St. Paul: West Group, 2002. Impreso.

GELLHORN, Ernest y KOVACIC, William. *Antitrust and Law Economics in a Nutshell*. St. Paul: West Group, 1994. Impreso.

GERADIN, Damien y SADRAK, Katarzyna. “The EU Competition Law Fining System: A Quantitative Review of the Commission Decisions between 2000 and 2017”. *TILEC Discussion Paper*. Abr. 2017. Web. <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2958317>.

GINSBURG, Douglas y WRIGHT, Joshua. “Antitrust Sanctions”. *Competition Policy International*. Otoño 2010: 3-39. Web. <https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/1060AntitrustSanctions.pdf>.

GOODMAN, Shaun (Ed.). *The Public Competition Enforcement Review*. Londres: Law Business Research, 2009. Impreso.

GUERRA, María Alejandra. “La Responsabilidad Civil Derivada de Ilícitos Monopólicos”. Tesis. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011. Impreso.

HAMMOND, Scott. *Cornerstones of an Effective Leniency Program. Presented before the ICN Workshop on Leniency Programs*. 2004. Web. <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-leniency-program>>.

HAMMOND, Scott. A Summary Overview of the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program. Enero 2003. Web. <<https://www.justice.gov/atr/speech/summary-overview-antitrust-divisions-criminal->

[enforcement-program](#)>.

HERNÁNDEZ, Héctor, “La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno”. *Política criminal*. Jul. 2012: 147–167. Web. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A4.pdf>.

JELEZTCHEVA, María. “Las autoridades de Defensa de la Libre Competencia. Los Estados Unidos y la Unión Europea. España y Bulgaria”. Tesis. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2007. Web. <<http://eprints.ucm.es/8185/1/T30219.pdf>>.

JONES, Keith y HARRISON, Farin. “Criminal Sanctions; an overview of EU and national case law”. *e-Competitions*. 2014: Artículo N°64713. Web. <awa2015.concurrences.com/IMG/pdf/Keith_jones.pdf>.

JUNGMANN, Ricardo. *El injusto monopolico y la graduación de las sanciones en la legislación chilena y comparada*. Informe solicitado por la FNE en causa rol 2658-2014-INA, del Tribunal Constitucional. Santiago, 2014. Web. <http://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_expediente.php?id=49661>.

KLOUB, Jindrich. La clemencia como la herramienta más efectiva para combatir los carteles. En Foro Latinoamericano de Competencia. Santiago, 9 y 10 de septiembre 2009. P. 11 y ss. Impreso.

LLANOS, Ioannis y ANDREANGELI, Arianna. “The European Union. The Competition Law System and the Union’s Norms”. *The Design of Competition Law Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Impreso.

LLANOS, Ioannis y GERADIN, Damien, ed. *Handbook on European Competition Law:*

Enforcement and Procedure. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited y Northampton, USA: Edward Elgar Publishing, Inc. 2013. Impreso.

MAÑALICH, Juan Pablo. “¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones”. *Puntos de Referencia*. 2015: 5-7. Web. <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf>.

MASS, Mauricio. “Estudio de las modificaciones introducidas al D. L. N° 211 sobre Libre Competencia en especial acerca del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. Tesis. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2011. Impreso.

MATUS, Jean Pierre “De nuevo sobre la falta de punibilidad de los atentados contra la libre competencia, de conformidad con el Art. 285 del Código penal. Algunos aspectos de la discusión con Héctor Hernández en Política Criminal”. *Política criminal*. Jul. 2013: 314-362. Web. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_15/Vol8N15D1.pdf>.

MATUS, Jean Pierre. “Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios”. *Política criminal*. Dic. 2012: 318-356. Web. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A3.pdf>.

MERA, Jorge. “Colusión en licitaciones públicas a la luz del artículo 287 del Código Penal: ¿Sanción o impunidad?”. *Revista de Estudios Ius Novum*, N°8. 2015: 37 - 59. Impreso.

NATIONAL AUDIT OFFICE. The UK Competition Regime. 3 de febrero de 2016. Web. 15 de noviembre de 2017 <<https://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2016/02/The-UK-Competition-regime.pdf>>.

NEHME, Nicole. “Aplicación de las normas de defensa de la competencia a los

organismos de la administración del Estado”. *La libre competencia en el Chile del bicentenario*. Santiago: Thomson Reuters, 2011. 317- 373. Impreso.

OFFICE OF FAIR TRADING. Director disqualification orders in competition cases. 2010. Web. 20 de septiembre de 2017 <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/324978/oft510.pdf>.

OFFICE OF FAIR TRADING. “OFT’s Guidance as to the appropriate amount of a penalty”. Septiembre de 2012. Web. 20 de septiembre de 2017 <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Competencia y Estudios de Mercado en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú*. 2015. Web. <<http://www.oecd.org/daf/competition/competencia-y-estudios-de-mercado-en-america-latina%202015.pdf>>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Economic Surveys: Chile*. 2012. Web. <<http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/informeocde2012.pdf>>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Promoting Compliance with Competition Law. Policy Roundtables*. 2011. Web. <<http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Cartels: Sanctions against individuals*. 2005. Web.

<<https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Global Forum on Competition: Sanctions in antitrust cases. Summary of discussion*. Dic. 1-2, 2016. Web. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)14/en/pdf)>.

PELLEGRINI, Julio. “¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones”. *Puntos de Referencia*. 2015: 4-5. Web. <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101409/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf>.

POSNER, Richard. “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”. *American Criminal Law Review*. 1980: 409 -418. Impreso.

RODRÍGUEZ, LUIS. “Constitucionalidad de las Leyes Penales en Blanco”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 1984: 231-245. Web. <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/124/115>>.

ROMERO, Juan José. “Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño”. Tesis. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2013.

ROMERO, Juan José. “Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño”. Tesis. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 2013. Web. <https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/123045/1/DDAFP_Romeroguzman_ejecucioncumplimientonormativolibrecompetencia.pdf>.

ROMERO, Juan José. “Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre

competencia chileno”. *La libre competencia en el Chile del bicentenario*. Santiago: Thomson Reuters, 2011. 503-537. Impreso.

ROMERO, Juan José. *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño*. Santiago: Legal Publishing. 2014. Impreso.

SALAZAR, Andrés. “La alteración de precios como fraude. Comentarios acerca del origen histórico del artículo 285 del Código Penal chileno y su interpretación”. *Política criminal*. Dic. 2016: 391-438. Web. <http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A3.pdf>.

Sanciones en la Nueva Ley de Competencia. Coloquios Regulatorios RegCom, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Julio de 2015.

SECRETARIADO DE LA Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Sesión I: *Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia*. Documento de base preparado para el Foro Latinoamericano de Competencia. 3 y 4 de septiembre de 2013. Web. 10 de octubre de 2017. <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM/P/LACF\(2013\)4/REV1&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COM/P/LACF(2013)4/REV1&docLanguage=Es)>.

SILVA, Patricia. “Órganos de Defensa de la Competencia en el Derecho Comparado”. *Estudios de Anticipación* (Año I, N° 2), Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2002. Impreso.

TAPIA, Javier. “La Aplicación de Multas a Agentes Económicos en el Derecho Chileno de la Libre Competencia. Una propuesta metodológica”. *Estudios Públicos*. 2013: 71-105. Impreso.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. “Chapter II. Statutory Provisions and Guidelines of the Antitrust Division”. *Antitrust Division Manual*. 2015. Web. < <http://www.justice.gov/atr/file/761131/download>>.

VALDÉS, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2009. Impreso.

VILLAGRÁN Molina, Miguel. “Análisis de las circunstancias que considera el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para determinar el monto de las multas”. Tesis. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013. Impreso.

WERDEN, Gregory, HAMMOND, Scott y BARNETT, Belinda. *Deterrence and Detection of Cartels: Using all the Tools and Sanctions*. 2012. Web. < <https://www.justice.gov/atr/file/518936/download>>.

WILS, Wouter. “Is criminalization of EU Competition Law the Answer?”. *World Competition: Law and Economics Review*. Jun. 2005: 117-159. Web. < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=684921>.

WITKER, Jorge. *Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 2000. Impreso.

II. SITIOS WEB

Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. 15 de mayo de 2017. Web. 10 de octubre de 2017 <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/2017/05/CuentaPublica_2017.pdf>.

Discurso del señor Fiscal Nacional Económico, Felipe Irrarrázabal, en Cuenta Pública 2017 de la FNE, efectuada el 26 de abril de 2018. Web. 10 de mayo de 2018. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/Discurso_final.pdf>.

Discurso del Ministro de Economía, Sr. Céspedes, en la inauguración del Seminario de la Ley N°20.945, llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 08 de septiembre de 2016. Web. 16 de septiembre de 2017 <http://www.derecho.uchile.cl/documentos/revisa-el-discurso-del-ministrocespedes_126080_1_3228.pdf>.

El Mercurio Legal. Entrevista a Javier Tapia. 02 de septiembre de 2014. Web. 10 de noviembre de 2017 <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903294&Path=/0D/C8/>>.

Estadísticas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Web. 7 de septiembre de 2017 <<http://www.tdlc.cl/tdlc/estadisticas/>>.

Fichas técnicas sobre la Unión Europea: La política de competencia. Web. 13 de julio de 2015 <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.2.1.html>.

Global Legal Insights. Web. 09 de octubre de 2017 <<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels/global-legal-insights---cartels-5th-ed./usa#chaptercontent2>>.

Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia. Julio de 2012. Web. 12 de septiembre de 2017. <<http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>>.

Mensaje Presidencial N°009-363, del Proyecto de Ley que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973. 16 de marzo de 2015. Web. 09 de noviembre de 2017 <<http://s.bcn.cl/1xbl4>>.

Slaughter and May. “An overview of the UK competition rules”. Junio de 2016. Web. 20 de septiembre de 2017 <<https://www.slaughterandmay.com/media/1515647/an-overview-of-the-uk-competition-rules.pdf>>.

III. LEGISLACIÓN

Clayton Act, 1914.

Código Penal. Diario Oficial de la República de Chile, 12 de noviembre de 1874.

Código Procesal Penal. Diario Oficial de la República de Chile, 12 de octubre de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley N°1, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973. Diario Oficial de la República de Chile, de 07 de marzo de 2005.

Decreto Ley N°211, que Fija normas para la defensa de la libre competencia. Diario Oficial de la República de Chile, 22 de diciembre de 1973.

Federal Trade Commission Act, 1914.

Hart-Scott-Rodino Act, 1976.

Ley N°13.305: que Reajusta las remuneraciones de todos los empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la Nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala. Diario Oficial de la República de Chile, 09 de abril de 1959.

Ley N°15.142: que Consulta normas para favorecer la distribución, comercialización y transporte de productos y reprimir los monopolios a excepción de los artículos que indica. Diario Oficial de la República de Chile, 22 de enero de 1963.

Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Diario Oficial de la República de Chile, 30 de julio de 2003.

Ley N°19.911, que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Diario Oficial de la República de Chile, 14 de noviembre de 2003.

Ley N°20.361, que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Diario Oficial de la República de Chile, de 13 de julio de 2009.

Ley N°20.945, que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia. Diario Oficial de la República de Chile, 30 de agosto de 2016.

Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Unión Europea.

Reglamento (CE) N°1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Unión Europea.

Reglamento (CE) N°773/2004 de la Comisión, de 07 de abril de 2004, relativo al desarrollo de procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado. Unión Europea.

Sherman Antitrust Act, 1890.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 1957.

IV. JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (7 de julio de 2010), Rol N°8077-2009.

Corte Suprema (24 de septiembre de 2013), Rol N°5308-2012.

Corte Suprema (20 de octubre de 2015), Rol N°236-2011.

Corte Suprema (12 de octubre de 2016), Rol N°5128-2016.

TDLC (05 de agosto de 2004), Rol C 01-04.

TDLC (22 de septiembre de 2004), Rol C 25-04.

TDLC (05 de octubre de 2004), Rol C 03-04.

TDLC (20 de mayo de 2005), Rol C 23-04.

TDLC (10 de junio de 2005), Rol C 10-04.

TDLC (23 de junio de 2005), Rol C 21-04.

TDLC (05 de julio de 2005), Rol C 41-04.

TDLC (05 de agosto de 2005), Rol C 11-04.

TDLC (07 de septiembre de 2005), Rol C 50-04.

TDLC (12 de septiembre de 2005), Rol C 16-04.

TDLC (21 de septiembre de 2005), Rol C 58-04.

TDLC (04 de octubre de 2005), Rol C 55-04.

TDLC (06 de octubre de 2005), Rol C 61-05.

TDLC (08 de noviembre de 2005), Rol C 63-05.

TDLC (07 de diciembre de 2005), Rol C 72-05.

TDLC (27 de diciembre de 2005), Rol C 71-05.

TDLC (10 de mayo de 2006), Rol C 45-04.

TDLC (07 de junio de 2006), Rol C 12-04.

TDLC (27 de julio de 2006), Rol C 73-05.

TDLC (07 de septiembre de 2006), Rol C 74-05.

TDLC (26 de septiembre de 2006), Rol C 70-05.

TDLC (26 de octubre de 2006), Rol C 60-05.

TDLC (05 de diciembre de 2006), Rol C 13-04.

TDLC (31 de enero de 2007), Rol C 93-06.

TDLC (06 de junio de 2007), Rol C 87-06.

TDLC (31 de enero de 2007), Rol C 94-06.

TDLC (14 de agosto de 2007), Rol C 90-06.

TDLC (27 de diciembre de 2007), Rol C 86-06.

TDLC (12 de marzo de 2008), Rol C 122-06.

TDLC (10 de abril de 2008), Rol C 103-06.

TDLC (18 de abril de 2008), Rol C 96-06.

TDLC (08 de mayo de 2008), Rol C 101-06.

TDLC (17 de junio de 2008), Rol C 124-07.

TDLC (20 de agosto de 2008), Rol C 147-07.

TDLC (30 de septiembre de 2008), Rol C 113-06.

TDLC (14 de octubre de 2008), Rol C 100-06.

TDLC (04 de noviembre de 2008), Rol C 137-07.

TDLC (02 de septiembre de 2008), Rol C 121-06.

TDLC (16 de enero de 2009), Rol C 148-07.

TDLC (22 de enero de 2009), Rol C 140-07.

TDLC (02 de julio de 2009), Rol C 79-05.

TDLC (30 de julio de 2009), Rol C 180-08.

TDLC (15 de octubre de 2009), Rol C 126-07.

TDLC (14 de diciembre de 2009), Rol C 165-08.

TDLC (07 de enero de 2010), Rol C 149-07.

TDLC (04 de marzo de 2010), Rol C 135-07.

TDLC (21 de julio de 2010), Rol C 127-07.

TDLC (11 de agosto de 2010), Rol C 191-09.

TDLC (08 de septiembre de 2010), Rol C 151-08.

TDLC (22 de julio de 2011), Rol C 194-09.

TDLC (17 de noviembre de 2011), Rol C 196-09.

TDLC (20 de diciembre de 2011), Rol C 217-11.

TDLC (29 de diciembre de 2011), Rol C 156-08.

TDLC (31 de enero de 2012), Rol C 184-08.

TDLC (10 de mayo de 2012), Rol C 219-11.

TDLC (14 de junio de 2012), Rol C 207-10.

TDLC (29 de enero de 2013), Rol C 177-08.

TDLC (24 de julio de 2013), Rol C 239-12.

TDLC (25 de octubre de 2013), Rol C 242-12.

TDLC (15 de enero de 2014), Rol C 224-11.

TDLC (30 de enero de 2014), Rol C 223-11.

TDLC (30 de abril de 2014), Rol C 250-13.

TDLC (08 de mayo de 2014), Rol C 234-11.

TDLC (19 de junio de 2014), Rol C 248-13.

TDLC (25 de septiembre de 2014), Rol C 236-11.

TDLC (04 de noviembre de 2014), Rol C 244-12.

TDLC (01 de abril de 2015), Rol C 265-13.

TDLC (09 de diciembre de 2015), Rol C 279-14.

TDLC (23 de diciembre de 2015), Rol C 280-14.

TDLC (28 de diciembre de 2017), Rol C 299-15.