



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

ESTÁNDAR PROBATORIO EN LOS PROCESOS SANCIONATORIOS EN LIBRE
COMPETENCIA, Y ROL DE LA CORTE SUPREMA

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

MARÍA HAMILTON ECHAVARRI

PROFESOR GUÍA:

CRISTIÁN MATURANA MIQUEL

Santiago, Chile

Octubre 2018

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	p.2.
INDICE DE ABREVIATURAS.....	p.4.
RESUMEN O ABSTRACT.....	p.6.
INTRODUCCIÓN.....	p.8.
CAPÍTULO PRIMERO. ASPECTOS GENERALES.....	p.13.
1. Sistema de la Libre Competencia	p.13.
1.1. Historia de la Libre Competencia.....	p.13.
1.2. Actual regulación.....	p.17.
1.3. Objetivos de la regulación.....	p.22.
1.4. Procesos dentro del D.L. N° 211.....	p.24.
1.4.1. Procesos sancionatorios.....	p.24.
1.4.2. Procesos por acciones indemnizatorias de perjuicios.....	p.26.
1.4.3. Procesos para conocer la revisión de la resolución de la FNE.....	p.27.
1.4.4. Procesos penales que conocen del delito de colusión.....	p.28.
2. Prueba en materia de Libre Competencia.....	p.29.
2.1. Concepto de prueba.....	p.29.
2.2. Relevancia de la prueba.....	p.30.
2.3. Valoración de la prueba en el D.L. N° 211.....	p.31.
3. Estándares probatorios.....	p.34.
3.1. Más allá de toda duda razonable	p.37.
3.2. Prueba preponderante.....	p.39.
3.3. Prueba clara y convincente.....	p.40.
4. Estándar probatorio en materia penal.....	p.41.
4.1. Más allá de toda duda razonable	p.41.
4.2. Fundamentación del estándar aplicable en el proceso penal, y en particular, de aquellos en los cuales se persigue el castigo punitivo de la colusión.....	p.43.
5. Estándar probatorio en procedimientos de indemnización.....	p.45.
5.1. Prueba preponderante.....	p.46.
5.2. Fundamentación del estándar aplicable del estándar de prueba aplicable de prueba preponderante.....	p.48.
CAPÍTULO SEGUNDO. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN MATERIA DE LIBRE PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS DE LA LIBRE COMPETENCIA.....	p.50.
1. Situación de los procedimientos sancionatorios.....	p.50.
1.1. Inexistencia de un estándar definido.....	p.50.
2. Relevancia de la determinación de un estándar probatorio y función que	

cumple	p.51.
2.1. Distribución de errores.....	p.52.
2.2. Relación con la verdad en el proceso.....	p.55.
2.3. Relación con el debido proceso.....	p.56.
2.4. Vinculación con la valoración de la prueba.....	p.57.
3. Recurso de reclamación ante la Corte Suprema	p.59.
3.1. Concepto de recurso.....	p.59.
3.2. Recurso de reclamación en Libre Competencia.....	p.61.
3.3. Criterios aplicados en relación al estándar probatorio.....	p.63.
4. Composición de la Corte	p.64.
4.1. Importancia de la falta de economistas.....	p.66.
5. Necesidad de unificación de estándares probatorios en los procesos sancionatorios	p.68.
5.1. Comparación entre el criterio del TDLC y el de la Corte Suprema.....	p.69.
5.2. Problema que suscita la disparidad de criterios.....	p.70.
5.3. Solución.....	p.72.
5.3.1. Establecimiento de un estándar probatorio de prueba clara y convincente en los procesos sancionatorios..	p.73.
6. Análisis jurisprudencial	p.75.
6.1. Fallo CMPC y SCA del TDLC.....	p.75.
6.1.1. Análisis del fallo.....	p.76.
6.1.2. Análisis del voto minoritario.....	p.77.
6.1.3. Análisis de otras sentencias.....	p.81.
• Caso farmacias.....	p.82.
• Caso pollos.....	p.84.
• Caso ginecólogos y obstetras provincia de Ñuble.....	p.89.
• Caso buses de Valdivia.....	p.92.
• Caso asfaltos.....	p.95.
CAPITULO TERCERO. ESTABLECIMIENTO DE UN ESTÁNDAR PROBATORIO DE PRUEBA CLARA Y CONVINCENTE EN MATERIA SANCIONATORIA DE LIBRE COMPETENCIA	p.102.
1. Consideración como proceso sancionador.....	p.102.
2. Protección del debido proceso.....	p.107.
3. Justificación de la delación compensada y de las facultades intrusivas.....	p.108.
4. Interpretación restrictiva de sanciones.....	p.111.
4.1. Art. 5 inc. 2 CPP.....	p.111.
5. Necesidad de adopción del criterio por la Corte Suprema.....	p.115.
6. Necesidad de objetivación del estándar probatorio propuesto.....	p.116.
CAPÍTULO CUARTO. CONCLUSIÓN	p.126.
BIBLIOGRAFÍA	p.134.

INDICE DE ABREVIATURAS

ACH: Asfaltos Chilenos S.A.

AGETV: Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses de Valdivia.

AGGOÑ: Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble.

CPP: Código Procesal Penal, publicado el 12 de octubre del 2000 en el Diario Oficial.

DL 211 o DL N° 211: Decreto Ley N°211, promulgado el 17 de diciembre del 1973 y publicado en el Diario Oficial el 22 de diciembre de 1973.

ENEX: Empresa Nacional de Energía.

FNE: Fiscalía Nacional Económica.

MOP: Ministerio de Obras Públicas.

QLA: Química Latinoamericana S.A.

SP: "Standard of Proof" o Estándar probatorio.

TC: Tribunal Constitucional.

TDLC: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

RESUMEN O ABSTRACT

En nuestro país el desarrollo del Derecho de la Libre Competencia ha sido tardío, y aún quedan muchas de sus áreas que deben ser reguladas o complementadas. Hoy, la regulación de esta área del derecho se encuentran regidas por el Decreto Ley N°211, el cual ha experimentado diversas modificaciones que han tendido a la mayor protección del mercado y de su eficiencia.

En este cuerpo normativo existen varios procedimientos, dentro de los cuales se encuentran los procesos sancionatorios por delitos de colusión. En éstos últimos, no existe un estándar probatorio definido, pero, además, los tribunales que conocen de ellos – tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como la Corte Suprema – o bien no se avocan a su desarrollo, o bien no han aplicado criterios uniformes a su respecto.

Con la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso “CMPC y SCA” el problema se agudiza aún más, puesto que incluso dentro del mismo tribunal que dicta el fallo, comienzan a haber posiciones opuestas en relación con la aplicación de los estándares probatorios. Estos estándares de convicción resultan relevantes en diversos aspectos de nuestros procesos, y tal como pretendemos exponer en la presente memoria, resulta imperativo e ineludible la necesidad de determinar un criterio uniforme para precisar con ellos las garantías con que se cuenta en este tipo de procesos. El análisis de la problemática se abordará tanto desde un punto de vista doctrinal, como desde la óptica de la jurisprudencia, y finalmente, se intentará proponer una solución acerca de la forma en que se debe superar esta problemática.

Mediante el presente trabajo, se pretende explorar un tema que no ha sido tratado mayormente ni por nuestra legislación, la doctrina, como la jurisprudencia, por lo que se intenta llegar a una proposición fundada y coherente para entregar una solución real a esta situación problemática para nuestro ordenamiento,

Cabe tener presente al respecto que este ha sido trabajo elaborado por una alumna de pregrado, que intenta recién egresar y obtener su título de abogado, con las ansias de un pronto ejercicio, pero con las deficiencias que podría tener por la falta de mayor experiencia

forense, pero en todo caso libre de anclaje respecto a la protección de diversos intereses que concurren en los procesos sancionadores de la libre competencia.

INTRODUCCIÓN

En Chile, el desarrollo de la Libre Competencia ha sido más bien tardío, puesto que sólo recién en los últimos años se ha procurado ahondar en él. A pesar de que habían existido incipientes normativas tendientes a proteger la eficiencia del mercado, recién con la dictación del Decreto Ley N° 211 el 17 de diciembre de 1973¹, se introduce el primer cuerpo legal que pretende proteger el mercado a cabalidad e introducir medidas disuasivas contra las actuaciones que pudieran afectar la Libre Competencia. No obstante tener como uno de sus principales objetivos esta normativa la protección de la eficiencia del mercado y la disuasión de las conductas contrarias a aquello, el Decreto Ley N° 211 no sufrió mayores cambios sino hasta el año 2003.

Es con la dictación de la Ley N° 19.911², donde se cambia la estructura orgánica que consagraba el Decreto Ley N° 211, a través de la creación de un nuevo órgano jurisdiccional, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, (en adelante TLDC), que sustituyó a la antigua Comisión Resolutiva, contemplándose una diversa forma de integración del órgano colegiado encargado en el primer grado jurisdiccional de velar por el debido respeto y correcta aplicación de esa normativa.

El TLDC, fue instalado el 13 de mayo de 2004 en la ciudad de Santiago, y la misión otorgada fue principalmente la de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la Libre Competencia aplicando las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211.

La última gran reforma que se le hizo a este sistema, tal como ahondaremos en el desarrollo de esta memoria, fue la correspondiente a la dictación de la Ley N°20.361³ que tendió al perfeccionamiento del órgano jurisdiccional creado con anterioridad.

El TLDC como órgano jurisdiccional, se encuentra sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, tal como se indica en el Decreto Ley N° 211, en cumplimiento del principio consagrado en el actual artículo 82 de la Carta Fundamental. El DL 211, en sus artículos 27 y 31 introduce el recurso de reclamación, el cual

1 Publicado en el Diario Oficial de 22 de diciembre de 1973.

2 Publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003.

3 Publicada en el Diario Oficial de 13 de julio de 2009.

es interpuesto contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y es conocido por la Corte Suprema. En cuanto a la naturaleza de este, se le ha asimilado a la del recurso de apelación, por lo que nuestro máximo tribunal conoce tanto de los hechos como del derecho⁴.

A partir de esta construcción orgánica, nos encontramos frente a una primera situación problemática.

El TDLC es un órgano especializado, compuesto por profesionales tanto en el área jurídica como en el área económica, cuyas decisiones no tienen solamente impacto entre las partes, sino que además cuenta con la función de crear políticas económicas.

Por otra parte, tenemos a la Corte Suprema, con un arraigado criterio civil, que conoce de las mismas materias falladas por el TDLC a través del recurso de reclamación, sin ser ella un órgano especializado.

A pesar que el sistema recursivo tiene como fundamento la protección del debido proceso, cabe preguntarnos: ¿debe ser la Corte Suprema quien conoce del recurso de reclamación ante las sentencias del TDLC?, ¿tiene nuestro máximo tribunal la preparación necesaria para juzgar acerca de materias económicas? y, ¿qué sucede con el rol de policy-maker del TDLC luego de esta revisión?

De esta forma es evidente que por más que el legislador haya creado un sistema de Libre Competencia con el fin de especializar la justicia, intentando crear órganos idóneos, el sistema procesal aun contiene carencias y falencias graves que debemos subsanar.

Sin embargo, las preguntas recién formuladas no son las únicas que surgen al conocer cómo opera el sistema en la práctica.

4 MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. *Los Recursos Procesales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2017.

La presente memoria nace a raíz del fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso “CMPC y SCA”⁵. En este caso y tal como se ahondará, consideramos existe un grave conflicto en cuanto a la aplicación de los estándares probatorios en los procesos sancionatorios en materia de Libre Competencia.

En primer lugar, debemos considerar que dentro del Decreto Ley N°211 nos encontramos con diversas clases de procedimientos.

Primeramente, tenemos aquel relativo a los procesos sancionatorios, regulados en el artículo 18 n°1 respecto a las infracciones al referido DL 211, y luego, tenemos los procesos por acciones indemnizatorias de perjuicios a que haya lugar con motivo de sentencias ejecutoriadas dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, regulados en el artículo 30 del DL N° 211.

Luego, tenemos los procesos que conocen de la revisión de una resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba determinada operación conforme a las normas establecidas en el Título IV, lo que se encuentra normado en el artículo 57 inc.3.

Finalmente, tenemos aquellos procesos penales en donde se conocen los delitos de colusión, el cual se encuentra regulado en los artículos 62 y 64 del DL 211.

En segundo lugar, debemos considerar la existencia de diversos estándares probatorios, concebidos como los grados de convicción que debe alcanzar un tribunal sobre la ocurrencia, o no, de determinados hechos, lo cual influye sustancialmente en la dictación de una sentencia. Ellos inciden no tan solo en la justificación del razonamiento, sino que además funcionan como un control del debido proceso desde variadas perspectivas. Cumplen una función fundamental en la protección de los derechos de quienes se encuentran sometidos a juicio, y a la vez, actúan como un contra peso a un sistema de libre valoración de la prueba. Hoy, se reconocen tres estándares de prueba: “más allá de toda duda razonable”, “prueba preponderante o prevalente” y el de “prueba clara y convincente”. La doctrina y la jurisprudencia han sido contestes en que el primero de ellos debe ser aplicado a los procesos

5 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf].

penales, y el de prueba prevalente, que sería la regla general, cabe aplicarlo en la mayoría de los procesos civiles. Sin embargo, cuando intentamos identificar cuál es el estándar que corresponde aplicar en los procesos sancionatorios en materia de Libre Competencia, no podemos hallar hasta ahora una respuesta clara y contundente en la ley, doctrina y jurisprudencia.

El problema con el que nos encontramos en el sistema de la Libre Competencia es que no obstante tener establecido un sistema de valoración de la prueba, no cuenta con la consagración de un estándar probatorio. Lo anterior es problemático por cuanto ante la falta de una legislación en la materia, nos encontramos con una jurisprudencia contradictoria al momento de optar por un estándar de convicción en los procesos sancionatorios del DL N°211, lo cual atenta contra la seguridad jurídica, la protección del debido proceso y la justificación o fundamentación de las sentencias. El TDLC y la Corte Suprema no solo muchas veces no justifican la aplicación de determinado estándar de convicción, sino que cuando lo hacen, no existe uniformidad en cuanto al alcance del estándar que debe regir en este tipo de procesos.

En este sentido, no solamente es conflictiva la falta de consagración legal de un estándar probatorio determinado en el sistema de la Libre Competencia, sino que también lo es porque tenemos a un TDLC y a una Corte Suprema, conociendo de las mismas materias, bajo criterios disímiles, o bien, incluso sin hacer alusión a los estándares de convicción. Es en el mencionado caso “CMPC y SCA” donde la situación se torna aún más compleja, en tanto el fallo del TDLC determina el estándar de convicción como el de “prueba clara y convincente”, sin embargo, en el voto de minoría se establece que debió haberse aplicado el de “prueba preponderante”. De esta forma el conflicto es aún mayor, porque incluso dentro del mismo TDLC no hay uniformidad en cuanto al estándar probatorio que debiese aplicarse.

De esta forma surgen numerosas interrogantes, pudiendo destacar como principales las siguientes: ¿qué estándar de convicción debe aplicarse en sede de Libre Competencia? ¿deben aunarse criterios por el TDLC y la Corte Suprema? ¿en qué sentido influye este criterio en el rol propio del TDLC? ¿afecta esta discrepancia acerca del estándar probatorio en alguna forma las investigaciones que debe realizar la Fiscalía Nacional Económica?

El presente trabajo es un estudio tanto orgánico-procesal, como a la vez jurisprudencial, a través del cual se pretende dar respuesta a las interrogantes que ya hemos formulado.

De esta forma en un primer capítulo se presenta una introducción, la cual abarca tanto la historia del desarrollo del derecho de Libre Competencia en nuestro país, como los objetivos de éste y su actual regulación. Además, se ahonda en los ya mencionados procesos que abarca el Decreto Ley N°211.

En este mismo capítulo, se analiza la prueba en el derecho de Libre Competencia, tanto en lo relativo a su conceptualización, como a su relevancia y a su relación con la valoración de la prueba en tal sede.

Finalmente, se señalan además los distintos estándares probatorios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia, realizando un análisis de cada uno de ellos, con la justificación de la aplicación del estándar “más allá de toda duda razonable” en los procesos penales, y el de “prueba preponderante” en los procesos indemnizatorios.

En un segundo capítulo se desarrolla la situación de los estándares probatorios en los procesos sancionatorios, estableciendo además la relevancia de la determinación de uno de ellos.

Se destaca la función que cumplen los estándares de convicción, y se vincula con la que cumple la valoración de la prueba.

Finalmente nos referimos al recurso de reclamación interpuesto ante la Corte Suprema, ahondando en su regulación y en los criterios que ésta última aplica en su conocimiento. Se trata también la composición de nuestro máximo tribunal, como un punto problemático, y se establece la necesidad de unificar los estándares probatorios en los procesos sancionatorios tanto por parte del TDLC como de la Corte. Esto último se lleva a cabo a través del análisis del fallo de “CMPC y SCA” y diversa jurisprudencia tanto del TDLC como de la Corte Suprema.

En el tercer capítulo, se presenta nuestra propuesta de solución respecto de la determinación de un estándar probatorio en los procesos sancionatorios de Libre

Competencia, considerando justificadamente que debe corresponder al de “prueba clara y convincente”.

Para tal propuesta hemos tenido presente la naturaleza de este proceso como uno de carácter sancionador, la siempre necesaria protección del debido proceso, la justificación del estándar frente a los diversos mecanismos de investigación introducidos, y finalmente, la necesaria interpretación restrictiva que cabe dar a las normas que contemplen la imposición de sanciones.

A través de esta memoria se pretende brindar una propuesta para dar solución a una falencia determinante en la construcción de nuestro sistema de Libre Competencia.

Consideramos que la consagración de un estándar probatorio es fundamental para la protección de nuestro sistema, y es por ello que, en este trabajo, a través de un análisis orgánico-procesal, doctrinario y jurisprudencial, pretendemos lograr entregar una propuesta fundada, que proponga una solución concreta y real al problema planteado, y que actualmente se presenta en nuestro ordenamiento según la investigación realizada, con grados de discrepancia, que no permiten contar con una certeza jurídica para el adecuado funcionamiento del sistema.

CAPÍTULO PRIMERO. ASPECTOS GENERALES

1. Sistema de Libre Competencia

1.1. Historia de la Libre Competencia

Para entender a qué se refiere la Libre Competencia, y cuál es su objetivo y ámbito de regulación, es necesario conocer la historia de su desarrollo.

Adam Smith en su obra “La riqueza de las naciones” (1776), señaló que la tendencia del hombre naturalmente apuntaba a la consecución de los intereses propios, y esto, lo relacionó tanto con la oferta como con el consumo de ciertos bienes en el mercado. De esta forma afirmó que, “No es de la benevolencia del carnicero, del viñatero, del panadero, sino de sus miras al interés propio es de quien esperamos y debemos esperar nuestro alimento”⁶. Este economista en su obra, indicó que el Estado debía intentar ampliar el mercado, por lo que había que evitar regulaciones del sistema económico “absteniéndose de establecer subvenciones, derechos de aduana y monopolios legales, entre otros aspectos (...) Eso sí, vio con preocupación que tanto comerciantes como algunos fabricantes – en el marco de las políticas económico-mercantilistas imperante en su época – habían ido obteniendo precisamente de parte de las autoridades, diversos privilegios – monopolios – que atentaban contra la libre competencia que según él debía imperar en el mercado”⁷.

A partir de este tipo de aseveraciones, y con el desarrollo del mercado, comienza a ser evidente que existía entre los empresarios una tendencia casi natural a coludirse para aumentar los precios artificialmente, y así, obtener mayores ganancias. Esto, traía como consecuencia la restricción de la Libre Competencia. Lo anterior quedó demostrado en la revolución industrial que se llevó a cabo en el siglo XIX en Gran Bretaña, y posteriormente en Europa noroccidental y Estados Unidos.

6 SMITH, Adam. *La Riqueza de las Naciones*. Disponible en: https://www.uv.es/~mpuchade/MDH/02_Smith.pdf [Última visita 6 de junio de 2018], p. 7.

7 BERNEDO, Patricio. *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Santiago, Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2013. p.24.

Con el desarrollo de este escenario, las discusiones acerca de los monopolios no tardaron en llegar al Congreso en Washington, en donde se comenzó a gestar el debate acerca de la necesidad de regular la situación.

Uno de los más destacados impulsores de la regulación y críticos de los monopolios, fue el senador John Sherman, quien planteó que “tal como no se estaba dispuesto a tolerar a un rey en el poder político, tampoco se podía permitir la existencia de un rey en la producción, el transporte, y la venta de bienes”⁸.

De esta forma y tras largas discusiones, en 1890 se promulgó la “Sherman Act” en Estados Unidos, que correspondía a la primera ley federal antimonopolios, “inaugurando con ella lo que se iría transformando en una política de dimensiones nacionales y luego internacionales. En lo esencial, esta ley declaró ilegales todo contrato, intriga en forma de consorcio u otra, o conspiración que pretenda restringir el comercio entre los diferentes estados o con otras naciones. También, estipuló que toda persona que monopolice o intente monopolizar, o se combine o conspire con otra y otras para monopolizar una parte cualquiera del comercio entre los diferentes estados o con otras naciones, será considerada culpable”⁹.

A partir de la “Sherman Act” en varios países del mundo se comienzan a adoptar normativas tendientes a la protección de la Libre Competencia.

En Chile, podemos distinguir tres periodos en el desarrollo de la regulación de la Libre Competencia: en primer lugar, entre 1959 y 1973, en segundo lugar, entre 1973 y 1990, y finalmente, desde este último año a la fecha.

En relación al primer periodo, con el término de la “república parlamentaria” se dicta la Constitución Política de la República de 1925, la cual estructuraba un sistema de gobierno presidencialista, fortaleciendo el poder del Ejecutivo y su independencia, para así evitar el excesivo poder del parlamento.

En paralelo, en cuanto a la materia económica, el país se asesoró con economistas estadounidenses, adoptando la “misión Kemmerer” de 1925, a partir de la cual se reformaron

8 BERNEDO, P. op.cit. pp.25-26.

9 Ibid.

y crearon diversas instituciones. En la década de 1930, la mayoría de las economías latinoamericanas comenzaron a ser parte de una corriente que contemplaba un constante crecimiento de la intervención estatal. Así, luego de la Gran Depresión de 1929, en el primer gobierno de Carlos Ibáñez del Campo se había avanzado en tal sentido. De esta forma, como señala Patricio Bernedo, “Una de las razones que ayudan a entender los orígenes de este proceso es el cambio de paradigma impulsado por los militares chilenos y apoyado por los emergentes sectores mesocráticos, que definieron al Estado como un agente activo en el desarrollo económico del país”¹⁰. Para Ibáñez, el principal problema del país era en materia económica, cuya solución solo sería hallada en un Estado planificador, regulador e intervencionista.

Para hacer frente a la crisis inflacionaria, Carlos Ibáñez, decidió contratar a una famosa consultora económica estadounidense, dando así inicio a “la misión Klein-Saks”. “Esta asesoría, al igual que la misión Kemmerer en la década de 1920, sólo vino a dirimir, sistematizar y darle credibilidad a un conjunto de proposiciones ya ampliamente analizadas en el país (...) En lo medular, la propuesta de estabilización de Klein-Saks apuntaba a reducir la cantidad de dinero circulante; disminuir el gasto y el déficit fiscal; reorganizar y racionalizar la administración pública; crear nuevos impuestos; simplificar la política cambiaria; fomentar las exportaciones; limitar los reajustes salariales y eliminar subsidios y controles de precios”¹¹, pero además, incluyó dentro de sus planificaciones, la lucha contra los monopolios. Ahora bien, ambas soluciones del corte liberal, fracasaron, y fueron los “economistas estructuralistas que se expresaron a través de la CEPAL, organismo creado por la ONU. A su juicio, la causa básica de la inflación estaba en los desequilibrios estructurales”¹². Estas ideas estructuralistas fueron recogidas por el ex Presidente Eduardo Frei Montalva, quien intentó tomar una serie de medidas, tales como la moderación de las expropiaciones y equilibrio de las cifras macroeconómicas. Pero este trabajo fue arduo, en tanto la economía ya se encontraba inmersa en una gran recesión e hiperinflación.

El punto culmine de la crisis fue en 1973, en donde la situación no hacía más que empeorar, junto a una extrema polarización política, que terminaría por desembocar en el golpe militar del 11 de septiembre de 1973. En lo relativo a la Libre Competencia, hemos de

10 Ibid, p. 29.

11 Ibid, p. 34.

12 Ibid, p. 36.

destacar que la misión Klein-Saks dejó un gran legado en relación a la legislación antimonopolio. En este sentido “desde el 6 de abril del año 1959 –y hasta el 22 de diciembre de 1973– estuvo vigente el título V de la ley No 13.305, que consagraba una amplia legislación antimonopolios y sancionaba las prácticas restrictivas que pudieran afectar la libre competencia. Este cuerpo legal era producto de las propuestas antiinflacionarias que se habían aprobado a instancias de la misión Klein-Saks”¹³.

El título V de la ley N° 13.305 se denominaba “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”, el cual en lo fundamental eliminaba “toda forma considerada como monopolio, prohibiendo expresamente (artículo 172) el otorgamiento a los particulares de algún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales”¹⁴. A partir de ella se creó una institución llamada “Comisión Antimonopolios” contemplada en el artículo 173, la cual debía decidir en conciencia los diversos asuntos puestos en su conocimiento. “Su principal tarea fue la de estudiar y resolver, por mayoría de votos, todas las situaciones o hechos contemplados en la ley, y acoger las denuncias, reclamaciones, solicitudes o consultas que le formularan las autoridades, entidades públicas o privadas, y los particulares al respecto. (...) Debido a la complejidad y cantidad de asuntos que al comienzo debió atender, se consideró necesario ampliarle sus facultades y crear el cargo de fiscal”¹⁵. Ahora bien, esta incipiente legislación antimonopólica, fue fruto de diversas críticas, tanto respecto de su construcción como de su utilidad.

En el segundo periodo, que se inicia en 1973 podemos apreciar en Chile un gran cambio en la economía y su regulación, dándose inicio a una profunda y rápida transformación que implicaría dejar atrás la faceta del estado interventor que primará desde la década de 1920 hasta aquel año.

El sistema de Libre Competencia que se comenzó a crear en este tiempo, “se estructuró sobre dos pilares, siendo el primero el programático, cuyos contenidos habían sido previamente delineados por los *Chicago Boys*, en *El Ladrillo*. El segundo, era el pilar normativo, cuyos fundamentos fueron en gran medida herederos de los preceptos estipulados en el título V de la ley 13.305 de 1959.

13 Ibid, p. 39.

14 Ibid, p. 42.

15 Ibid, p. 44.

Respecto del primer pilar, en *El Ladrillo* se estableció que el modelo de desarrollo basado en la sustitución de importaciones y en el proteccionismo, era el responsable de que la estructura productiva del país se hubiese caracterizado por tener “un grado importante de actividades monopólicas”¹⁶.

Fue así, como producto del desarrollo de esta concepción, el 22 de diciembre de 1973, se promulgó el DL N°211 titulado “Normas para la defensa de la libre competencia”, el cual sigue siendo el cuerpo normativo rector en esta materia hasta hoy.

A partir del nuevo andamiaje institucional, se creó la Comisión Resolutiva, cuya misión era la de “supervigilar la adecuada aplicación de las normas del DL No 211 y el correcto desempeño de los organismos de su dependencia (artículo 17)”¹⁷. La Comisión era un tribunal administrativo que debía resolver y a la vez sancionar de manera autónoma, a pesar de que se consideró en el artículo 19, un recurso de reclamación para determinados casos, del cual conocía la Corte Suprema.

También fueron creadas las Comisiones Preventivas Provinciales en el artículo 8, cuya finalidad “no era sancionar, sino principalmente atender consultas y prevenir situaciones que pudieran atentar contra la libre competencia o que ya estuvieran atentando contra ella. En tanto, para la provincia de Santiago, con idénticas atribuciones que las Provinciales, pero también con carácter nacional, se creó la Comisión Preventiva Central”¹⁸.

Con el tiempo el funcionamiento de las Comisiones fue siendo cuestionado, y los legisladores fueron poco a poco tendiendo a fortalecer el poder del Fiscal. Se señalaba que era él quien “debía llevar la batuta. Era él el que realmente debía llevar el poder”¹⁹. En virtud de aquello, se creó la Fiscalía de la Defensa de la Libre Competencia, como un organismo independiente, encabezada por un fiscal “cuyo objetivo era el de asistir a las comisiones, apoyarlas administrativamente, servir de organismo ejecutor de lo que éstas acordaran y, sobre todo, investigar y acusar (...) el fiscal, que debía ser un abogado, sería nombrado por la Comisión Resolutiva, sin definir un período específico de duración en el cargo. Sólo podía ser removido de su función y sancionado por esta Comisión, de acuerdo con las normas del

16 Ibid, p. 64.

17 Ibid, p. 70.

18 Ibid, pp. 70-71.

19 Ibid, p. 72.

Estatuto Administrativo, previo sumario instruido por la Contraloría General de la República. También se estableció (artículo 22) que en cada capital de provincia habría un fiscal delegado, dependiente directamente del Fiscal Nacional, cargo que sería desempeñado por el jefe provincial de la Dirección de Industria y Comercio”²⁰.

Dado que las reformas implicaban un cambio en la institucionalidad, se debió ir modificando el DL 211, lo que se plasma en el DL 2.760 de 5 de julio de 1979.

Este decreto encontró sus justificaciones, en la imperante necesidad de fortalecer la lucha contra los monopolios. “En virtud de ello, se procedió a modificar el artículo 2° del DL No 211, al que se le agregó una nueva modalidad de actos atentatorios contra la libre competencia, que quedó establecida en su letra e) (...)

Pero la modificación fue aún más allá. Por una parte, se aprovechó la oportunidad para ajustar la institucionalidad de defensa de la libre competencia a la nueva organización geográfico-administrativa imperante en el país, que en 1974 había sustituido la división provincial del país por una regional. De este modo, toda la estructura de Comisiones Preventivas Provinciales y de fiscales delegados provinciales fue reemplazada por las nuevas Comisiones Preventivas Regionales y los fiscales regionales”²¹.

Con las modificaciones se buscó también fortalecer las facultades de la Comisión Resolutiva, en tanto ahora podría conocer de oficio ciertas circunstancias que fueran atentatorias contra el régimen de Libre Competencia, o bien a solicitud del fiscal. A su vez, dentro de las últimas reformas en esta materia durante el segundo periodo, a la Fiscalía se le cambió el nombre a Fiscalía Nacional Económica, y al Fiscal se le denominó Fiscal Nacional.

1.2. Actual regulación

Tal como exponíamos anteriormente, la regulación actual corresponde al tercer periodo de esta historia de la Libre Competencia.

²⁰ Ibid, pp. 72-73.

²¹ Ibid, p. 86.

En Chile, la materia carece de una extensa tradición, la primera regulación antimonopólica corresponde al año 1959, y ella cobra real aplicación y eficacia solamente a partir de la dictación del DL 211.

Ahora bien “A pesar de esa breve historia en la vida jurídica, circunstancia que podría haber conspirado contra una operatoria fluida y certera del Decreto Ley 211 y, por consiguiente, de nuestro sistema tutelar de la libre competencia, ha sido la jurisprudencia judicial y administrativa de los organismos antimonopólicos la que ha asumido una fundamental tarea al elaborar y perfilar las principales nociones y principios que rigen nuestro derecho de la libre competencia”²².

En este periodo una de las importantes modificaciones, radica en la promulgación de la ley Nº 19.610 con fecha 19 de mayo de 1999. Con ella, se definió a la Fiscalía como un órgano descentralizado “con personalidad jurídica y patrimonio propio; aumentó el presupuesto de remuneraciones del personal, definió los cargos de planta, incrementó de treinta y ocho a sesenta el número de sus funcionarios e introdujo bonificaciones de estímulo por desempeño funcionario. También facultó al fiscal para declarar reservada una investigación, con la exigencia de que esta decisión fuera informada al presidente de la Comisión Resolutiva”²³. La relevancia de aquella ley radica principalmente en que poco a poco se le fueron entregando mayores recursos a la institucionalidad que conforma toda la viga estructural de la defensa a la Libre Competencia.

Otra modificación relevante se introduce con la dictación de la ley Nº 19.911, en tanto a partir de ésta se eliminaron los fiscales regionales, y para sustituir aquella función, se le otorgó al Fiscal Nacional Económico la facultad de designar fiscales adjuntos, con las atribuciones que éste estimara necesario otorgarles. Luego, en el año 2003, se fue cuestionando el rol de las Comisiones, y se creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y finalmente se gestó una de las mayores reformas, influida de gran manera por el conocido “caso farmacias”. Fue a partir de este en donde “al final de su tramitación, se aprobó en su totalidad el proyecto de ley que perfeccionó el funcionamiento del TDLC, otorgó nuevas atribuciones a la FNE y reforzó los procedimientos para investigar y sancionar los atentados contra la libre competencia. La ley No 20.361 publicada el 13 de julio de 2009,

22 VALDÉS, Domingo. *Libre competencia y monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p.13.
23 BERNEDO, P. op.cit. p.147.

fortaleció la independencia de los miembros del TDLC y actualizó sus normas de funcionamiento, aumentando las incompatibilidades, prohibiciones e inhabilidades de sus integrantes”²⁴.

Fue esta misma ley, la que fortaleció de gran manera las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica para poder identificar acuerdos colusorios.

Como nos señala la doctrina, a partir de la dictación de esa norma legal “De esta manera, el fiscal, con la aprobación del TDLC, podrá solicitar autorización a la Corte de Apelaciones para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección de un funcionario de la Fiscalía, proceda a entrar, allanar y descerrajar recintos públicos o privados; registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de una infracción; así como interceptar toda clase de comunicaciones”²⁵.

Estas facultades se conocieron como intrusivas, las cuales facilitaron de gran manera la identificación de acuerdos atentatorios contra la Libre Competencia.

Finalmente, la última gran figura introducida fue la de la delación compensada junto con la facultad que se le otorgó al fiscal para suscribir acuerdos extrajudiciales con las partes involucradas en las investigaciones. Al respecto se resalta por la doctrina que, “en el sentido que quien aportara a la FNE antecedentes que condujeran a la acreditación de conductas relacionadas con acuerdos colusivos y a la determinación de los responsables, podría acceder a una reducción o exención de la multa”²⁶.

Atendido que, según la narración histórica efectuada del desarrollo de la Libre Competencia, tanto en Chile como en el extranjero, es evidente que los individuos tienden al oportunismo y a la consecución de los intereses propios, es necesario que para poder proteger el mercado se fueron desarrollando y perfeccionando las regulaciones antimonopólicas. A pesar de que la nuestra no data de una larga tradición, sí ha sido desarrollada con intensidad en los últimos años. Hoy, la defensa de la Libre Competencia se estructura sobre la base del

24 Ibid, p. 189.

25 Ibid, pp. 189-190.

26 Ibid, p. 190.

DL 211, y el rol tanto de la FNE, como del TDLC y de la Corte Suprema, tal como se expondrá en el presente trabajo.

1.3. Objetivos de la regulación

El DL 211, que fija las normas para la defensa de la Libre Competencia, establece en su artículo 1º que “la presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley”²⁷. En su artículo 2º agrega que, “Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”²⁸.

A partir del DL 211, es posible extraer que el bien jurídico protegido por la legislación antimonopólica es uno de los denominados públicos. Aquél dice relación “con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan”²⁹. Esta armonización se alcanza limitando la libertad de los individuos, de manera tal que no lleven a cabo actos atentatorios contra la defensa de la Libre Competencia, para de esta forma tutelar “que todos y cada uno de los ciudadanos interesados en ello puedan ejercitar adecuadamente su libertad de competencia mercantil. Así, la libre competencia es más que una mera suma de derechos subjetivos cuyo objeto es el ejercicio de la libertad de competencia mercantil, puesto que aquel bien jurídico tutelado es la armonización de tales derechos subjetivos con miras a su ordenación para realizar el bien común político o temporal de la sociedad civil”³⁰.

Esta protección no es casual, y la relevancia y preponderancia de esta tutela ha experimentado un gran desarrollo, considerando principalmente los enormes cambios que se han introducido con el pasar de los años en los mercados a nivel internacional. Hoy, “prácticamente la totalidad de los sistemas jurídicos desarrollados poseen un marco protector

27 Art. 1 DL 211.

28 Art. 2 DL 211.

29 VALDES, D. op.cit. p. 188.

30 Ibid.

de la libre competencia, aplicable incluso en aquellos en donde el libre mercado tradicionalmente se ha encontrado restringido y/o fuertemente regulado”³¹.

A pesar de que hoy día vivimos en “un mundo post-Chicago que no comparte ni el simplismo de los modelos ni la cerrada ideología conservadora pro-mercado de Chicago”³², sigue existiendo la convicción de que la política que regula la Libre Competencia y la estructura regulatoria de los mercados, debe apuntar a proteger la competencia, y no avocarse a la protección de los competidores como particulares. Resulta entonces que la normativa del DL 211, pretende velar por la eficiencia del mercado, no busca solamente proteger a los consumidores, sino que, a su vez, principalmente intenta atender a la eficiencia económica del mercado. Se procura limitar el libre ejercicio de las actividades económicas, en virtud de la protección de los consumidores, pero, por sobre todo, para alcanzar un mercado que sea eficiente, teniendo gran consideración en lo pequeño y concentrado que resulta ser éste en nuestro país.

Como consecuencia de que el “fin del Derecho y Política de la Competencia sea la eficiencia, se sigue que el uso de la sanción en este ámbito también tenga por finalidad la maximización del bienestar. En concreto, la sanción se justifica por sus efectos preventivos o disuasivos de aquellas actividades que reducen el bienestar”³³. Así, el Estado para velar por la eficiencia del mercado, tiene la potestad de sancionar aquellos actos que resulten lesivos para la protección de la Libre Competencia, con el propósito de evitar aquellas actuaciones, que por lo demás, tienden a ser la reacción natural del hombre para obtener las mayores retribuciones posibles. De esta forma podríamos sintetizar los objetivos del derecho antimonopolios como uno que se avoca a la defensa de la eficiencia, y a la disuasión de las actuaciones que la amenazan.

31 LÓPEZ, Daniel. *Aspectos probatorios de la colusión mediante medios indirectos en el Decreto Ley 211*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2012. p.13. [Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113632/de-lopez_d.pdf?sequence=3].

32 GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. *Informe en Derecho Prueba de la Colusión*. Santiago, 2011. p.5. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/u/download.jsp?document=133229&property=attachment&index=1&content=application/pdf>.

33 GRUNBERG, J. y MONTT, S. citan a: *Vid. Karen Yeung, Securing Compliance. A Principled Approach* (Hart Publishing, Oxford 2004), p. 64 (“The fundamental aim of the deterrence model is the pursuit of economic efficiency, that is, to allocate society’s resources efficiently, based on the view that this maximises society’s total welfare”).

1.4. Procesos dentro del D.L. N° 211

Tal como se expresaba en los apartados anteriores, la principal regulación del derecho de Libre Competencia en Chile, es el DL 211. Dentro de este existen básicamente cuatro procesos:

- a. Procesos sancionatorios respecto de infracciones al DL N° 211 (art. 18 n°1 DL N° 211).
- b. Procesos por acciones indemnizatorias de perjuicios a que haya lugar con motivo de sentencias ejecutoriadas dictadas por el TDLC (art. 30 DL N°211).
- c. Procesos que conocen de la revisión de una resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba cierta operación (art. 57 inc. 3 DL N°211).
- d. Procesos penales en donde se conoce de los delitos de colusión (arts. 62 y 64 DL N°211).

1.4.1. Procesos sancionatorios

En relación a los procesos sancionatorios, aquéllos se encuentran regulados en el artículo 18 n°1 del DL 211, el cual reza: “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley”³⁴.

La infracción más grave al decreto en cuestión es la de la colusión, y es la situación a la cual nos avocaremos en relación a los procesos sancionatorios.

La colusión puede definirse “como una situación en la que un conjunto de empresas acuerda no competir entre ellas con la finalidad de aumentar sus beneficios de forma conjunta”³⁵.

Sin duda la colusión es uno de los actos atentatorios contra la protección de la Libre Competencia más dañinos, y se encuentra regulado en el artículo 3 letra a) del DL 211, el cual

34 Art. 18 n°1 DL 211.

35 COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2009. p.95.

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

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores”³⁶.

Respecto a los procesos sancionatorios, ellos son conocidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a solicitud del Fiscal Nacional Económico, o por demanda de algún particular que deberá ser puesta en conocimiento de la Fiscalía, y corresponde a dicho Tribunal poder aplicar una serie de medidas.

El artículo 20 del DL 211 establece que el procedimiento será uno escrito (a excepción de la vista de la causa), público y gozará de impulso del Tribunal.

Las acciones contempladas en esta ley, tienen un plazo de prescripción de tres años desde la ejecución de la conducta que atentaría contra la Libre Competencia, y aquella se ve interrumpida por el requerimiento del Fiscal Nacional Económico, o por alguna demanda particular que se formule ante el Tribunal. Ahora bien, sin perjuicio de esto, “las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción”³⁷.

36 Artículo 3 letra a) DL 211.

37 Artículo 20 DL 211.

En relación a las sanciones que puede determinar el órgano juzgador, estas se establecen en el mismo artículo 20, el cual dispone que “las multas que se impongan para sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Esta prescripción se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular”³⁸.

Finalmente agrega que, “sin perjuicio de las disposiciones generales, las acciones civiles derivadas de un atentado a la libre competencia prescriben en el plazo de cuatro años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva”³⁹.

1.4.2. Procesos por acciones indemnizatorias de perjuicios que sean procedentes a partir de la dictación de una sentencia definitiva ejecutoriada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Por su parte, los procesos por acciones indemnizatorias de perjuicios, se encuentran regulados en el artículo 30 del DL 211.

Las acciones indemnizatorias de perjuicios que sean procedentes a partir de la dictación de una sentencia definitiva ejecutoriada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se interponen ante este mismo, y se tramitan conforme al Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, vale decir, conforme a las reglas del procedimiento sumario.

Agrega este artículo 30 que, “las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva”⁴⁰.

Al resolver estas acciones indemnizatorias, el Tribunal deberá fundar su fallo en los hechos que sirvan de antecedentes a la demanda, apreciando la prueba conforme a las reglas

38 Artículo 20 DL 211.

39 Artículo 20 DL 211.

40 Artículo 30 DL 211.

de la sana crítica, y comprendiendo además todos los daños que hubiesen sido causados en el periodo de la infracción.

Finalmente se agrega que, “la acción de indemnización de perjuicios derivados de los acuerdos sancionados en el Título V de la presente ley se sustanciará conforme a lo establecido en este artículo, y respecto de ello no podrán interponerse acciones civiles en el procedimiento penal”⁴¹.

1.4.3. Procesos para conocer la revisión de la resolución de la FNE que prohíba alguna de las operaciones sometidas a su aprobación

En cuanto al tercer proceso dentro del DL 211, tenemos aquel para conocer de la resolución de la Fiscalía Nacional Económica.

El artículo 57 de dicho cuerpo legal, establece que dentro del plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación, el Fiscal Nacional Económico deberá:

“a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;

b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose a tales medidas, la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o

c) Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

Cumplido el plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto”⁴².

41 Artículo 30 DL 211.

42 Artículo 57 DL 211.

Finalmente, el mencionado artículo agrega que, contra la resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico, que prohíba alguna de las operaciones sometidas a su aprobación, el notificante de ella puede promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia un recurso de revisión especial. Este recurso deberá interponerse dentro del plazo de diez días, contados desde que la resolución referida es notificada, y debe ser fundado.

1.4.4. Procesos penales que conocen del delito de colusión

Finalmente, como cuarto proceso dentro del Decreto Ley N° 211, tenemos aquél penal que conoce de los delitos de colusión.

En el artículo 62 de la mencionada ley, se señala que quien “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”⁴³.

Para determinar estas penas, el tribunal no debe tomar en consideración los artículos 67 a 69 del Código Penal, ni tampoco las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes y en su lugar deberá aplicar los cinco criterios que se formulan en el mismo artículo 62. Se señala además que será aplicable lo previsto en la ley N°18.216, conforme a las reglas generales, pero que la ejecución de la pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo en el cual el condenado debe cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que se le hubiere sancionado.

43 Artículo 62 DL 211.

En relación al procedimiento, los hechos señalados en el artículo anterior, darán inicio a la investigación solamente por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica. Ésta podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo que atente contra la protección de la Libre Competencia hubiese sido establecida por una sentencia definitiva ejecutoriada dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela. El plazo de interposición de dicha querrela, será de seis meses, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el TDLC. Para aquello no será aplicable el artículo 166 del Código Procesal Penal, conforme a lo que expresa el artículo 64 del DL 211. Este mismo artículo señala que la querrela deberá interponerse cuando se trate de hechos que comprometan de manera grave la Libre Competencia en nuestro mercado. Por su parte, el Fiscal Nacional Económico “deberá emitir una decisión fundada en caso que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el inciso primero, decidiere no interponer querrela por los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62”⁴⁴.

En la querrela, la Fiscalía Nacional Económica deberá informar la circunstancia de haber obtenido “la autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales n.1 a n.4 de la letra n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal”⁴⁵.

2. Prueba en materia de Libre Competencia

2.1. Concepto de Prueba

Para definir el concepto de “prueba” es necesario tener en consideración que este término, “es polisémico, pues designa diversos aspectos cada uno con un significado especial”⁴⁶. Ahora bien esta palabra “como la mayoría de las voces, llega a nuestro idioma procedente del latín, en el cual, probatio, probationis, lo mismo que el verbo correspondiente

44 Artículo 64 DL 211.

45 Artículo 64 DL 211.

46 TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. p.439.

(probo, probas, probare), viene de probus, que quiere decir bueno, recto, honrado”⁴⁷. En este mismo sentido, podemos hallar en la Tercera Partida que el Rey Alfonso el Sabio establecía que la prueba “es la averiguación que se hace en juicio de una cosa dudosa”.

Pero la definición de esta idea es aún más compleja si tenemos en cuenta que tomando en consideración su descripción amplia, hay quienes establecen que comprende tres facetas, por lo que cabe hablar “de la prueba como actividad, medio y resultado”⁴⁸.

Para el presente trabajo, resulta necesario atender a la descripción estricta de prueba, para lo cual entenderemos por tal “el conjunto de actos procesales que se realizan para los efectos de permitir al tribunal alcanzar la convicción acerca de la existencia de ciertos hechos necesarios para la solución del conflicto.”⁴⁹

De esta manera, el concepto puede percibirse como un procedimiento tendiente a la demostración, “en el cual son las partes las que realizan la actividad ante el tribunal para los efectos de fijar la existencia de determinados hechos necesarios para la solución del conflicto. La prueba, considerada como actividad de demostración, adquiere primacía en los procesos en los cuales recibe aplicación el principio dispositivo, y en particular, su manifestación de presentación de parte”⁵⁰.

2.2. Relevancia de la prueba

Habiendo definido el concepto de prueba, resulta importante indagar en la función que tiene esta dentro del proceso. Ella es la que da eficacia a los derechos detentados por los particulares, “constituyendo un adecuado instrumento a través del cual el juez, dentro del marco de un procedimiento, entra en contacto con una realidad extraprocesal”⁵¹. De esta forma, su finalidad es ayudar al juez a que pueda formar un convencimiento o alcanzar la certeza acerca de los diversos hechos que forman parte del proceso, es por esto que, “los medios de

47 MATURANA, Cristián. *Aspectos Generales de la Prueba*. Separata de clases. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2015. p.12.

48 MENESES, Claudio. *Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil*. *Ius Et Praxis*, 2 (43), 2014. p.45.

49 MATURANA, C. op.cit. pp. 12-13.

50 Ibid, p.13.

51 LÓPEZ L, D. op.cit. p.68.

prueba son un medio por medio del cual las partes verifican ante el órgano jurisdiccional las proposiciones de hecho que estas han formulado en el juicio”⁵².

De esta forma y tal como expresa el profesor Cristián Maturana, dos son los principales cometidos de la prueba, en primer lugar “en relación a la propia eficacia de los derechos materiales, que gráficamente se puede expresar utilizando el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuando no poder probarlo”⁵³, y en segundo lugar, en tanto “la prueba se presenta como el necesario y adecuado instrumento a través del cual el Juez en el marco del proceso, entra en contacto con la realidad extraprocesal”⁵⁴. En materia de Libre Competencia, ella tiene una gran relevancia, en tanto los hechos que deben determinarse y probarse, han de verificarse ante el Tribunal de la Libre Competencia, quien los pondera para intentar arribar a una decisión. Ahora bien, el contacto con la realidad extraprocesal en esta materia, resulta extremadamente relevante en tanto existe una dificultad probatoria. El principal impedimento viene dado por lo arduo que es probar acuerdos colusorios, especialmente cuando este se ha gestado de manera tácita, o bien es una práctica concertada. Es esto lo que nos lleva a cuestionarnos “cómo han de desplegarse los esfuerzos probatorios de los intervinientes en un proceso seguido por colusión, y cuál es el estándar mínimo de convencimiento a que deberán llegar los sentenciadores a fin de que la prueba aportada al proceso sea eficaz y suficiente para dar por acreditado el acuerdo y sus efectos, prohibidos por nuestra legislación”⁵⁵.

De esta manera, la prueba tiene una relevancia fundamental en Libre Competencia, en tanto sólo a través de ella, podrá el juez llegar al convencimiento o a la certeza de que se ha concertado determinado acto colusorio, por lo que podrá sancionarlo en miras a proteger el mercado. Ahora bien, este aspecto es relevante además por las principales dificultades probatorias que se presentan en esta sede, y especial importancia tiene el estándar de convicción que debe alcanzar el juzgador al momento de dictar sentencia, aspectos que desarrollaremos más adelante.

2.3. Valoración de la prueba en el D.L N°.211

52 HORVITZ L., María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009. p. 131.

53 MATURANA, C. op.cit. p.4.

54 Ibid.

55 LÓPEZ L., D. op.cit. p.72.

En relación a la valoración de la prueba en el DL 211, son importantes una serie de reglas probatorias.

Para comenzar, no existe una regulación de la carga de la prueba, además, el artículo 22 inc. 2º establece que rige la libertad en relación con los medios de prueba en tanto: “Serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”⁵⁶.

Finalmente, en el artículo 22 inciso final, agrega que: “el tribunal apreciará las pruebas conforme a la sana crítica”⁵⁷, lo cual ha de complementarse con lo establecido en el artículo 26 respecto de la fundamentación de la decisión, en tanto la sentencia definitiva debe enunciar “los fundamentos de hechos, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia”⁵⁸.

Respecto a la valoración de la prueba, en una decisión judicial hallamos la interpretación, la valoración de los medios de prueba y la motivación. “La fase de decisión por parte del tribunal tiene lugar cuando las partes han acabado con la aportación de medios al proceso. Rendidas las pruebas, corresponde al tribunal su apreciación o valoración”⁵⁹. De esta forma podemos percibir a la valoración como una segunda fase, en tanto solamente una vez interpretada la misma, corresponde ver qué valor ha de asignarse a cada medio de prueba introducido en el proceso. El profesor Raúl Montero al respecto ha indicado que, “En un sistema racional como el que hemos identificado previamente, la valoración de las pruebas consiste en el proceso mediante el que se determina el apoyo o grado de confirmación que aportan los elementos de juicio a las hipótesis planteadas en el proceso”⁶⁰.

Otra definición ha sido desarrollada por Gascón Abellan, quien establece que “la valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba. Consiste, más propiamente, en la verificación de los enunciados fácticos

56 Artículo 22 DL 211.

57 Artículo 22 DL 211.

58 Artículo 26 DL 211.

59 MONTERO L., Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Santiago. Librotecnia., 2017. p.54.

60 Ibid, p. 57.

introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como en el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan”⁶¹. Finalmente, de acuerdo al profesor Cristián Maturana, los sistemas de valoración de la prueba “están destinados básicamente a determinar el valor de un medio determinado de prueba; pero además, se refieren a la exigencia de acreditar un hecho mediante un específico medio de prueba; la exclusión de un medio de prueba para los efectos de acreditar un hecho; y la valoración comparativa entre las diversas pruebas rendidas”⁶².

Habiendo ya definido el concepto, es importante desarrollar la existencia de diversos sistemas de la valoración de la prueba. Atendiendo al sujeto que establece las reglas para valorar la prueba y la oportunidad en que se verifica, el profesor Maturana establece que podemos distinguir entre “un sistema de valoración legal, apriorística y extrajudicial”⁶³ y, un “sistema de valoración judicial a posteriori, distinguiendo dentro de este sistema el de la sana crítica y de la libre convicción.”⁶⁴

El primer sistema sería uno extrajudicial en tanto estaría previamente establecido por el legislador, y el segundo en cambio, sería uno judicial en tanto la valoración se lleva a cabo al analizar la prueba en conjunto con los hechos al momento de dictar la sentencia. En los sistemas de prueba tasada, la valoración está sujeta a una serie de reglas previas que otorgan mérito o valor probatorio a cada uno de los medios de prueba presentados, en cambio, a diferencia de estos, en los de libre valoración no existen estas reglas previas, por lo que se le entrega un papel discrecional al juzgador. Ahora bien, “dependiendo de si el juez atribuye valor a los medios probatorios de forma discrecional o de acuerdo a criterios de racionalidad, nos encontraremos ante un sistema de libre valoración de íntima convicción o uno de sana crítica”⁶⁵.

Como en el DL 211 se establece expresamente el sistema de valoración de la prueba como el de sana crítica (en el ya mencionado artículo 26), nos avocaremos al desarrollo de este.

61 GASCÓN A., Marina. *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1999. p.157.

62 MATURANA, C. op.cit. p.212.

63 Ibid, p.212.

64 Ibid, p.212.

65 MONTERO, R. op.cit. p.61.

El sistema de sana crítica es considerado como uno intermedio entre el de prueba legal o tasada – que tiene criterios preestablecidos por el legislador- y el de la íntima convicción – que deposita toda su confianza en una decisión libre por parte del juzgador -.

Lo que lo caracteriza “es la obligación del juez de utilizar criterios racionales para efectuar el proceso de valoración, ya que la prueba es libre, pero sólo respecto de normas legales, debiendo el juez en su ejercicio observar determinadas reglas para llevar a cabo la valoración”⁶⁶. Respecto a la gestación de este criterio, el profesor Cristián Maturana señala que se debe a los extremos que implicaban los otros dos sistemas, de esta forma teníamos “la liberalidad absoluta de un sistema que puede conducir a la arbitrariedad, si el juez actúa motivado más por impulsos que por la lógica y el contenido mismo del expediente; y la rigidez del otro, que puede conducir a la división de la convicción”⁶⁷.

El sistema en cuestión, al ser uno intermedio, requiere de una serie de condiciones esenciales para que el juez valore la prueba. Este proceso debe guiarse por las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. En este sentido, el juez aprecia libremente la prueba rendida en el proceso, pero ateniéndose a “parámetros racionales como los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, debiendo fundamentar su valoración exponiendo las razones tenidas en consideración para estimar o desestimar todas las pruebas”⁶⁸. De esta forma resulta clara la finalidad de la introducción de la sana crítica en nuestro sistema, en tanto con ello “se morigerara la rigidez que se le atribuye al sistema de la prueba legal tasada, contemplado para la generalidad de los procesos civiles”⁶⁹, el cual se ha consagrado de manera expresa en el DL 211, por lo tanto, al haberlo estipulado el legislador, es el criterio aplicable en materia de Libre Competencia.

3. Estándares probatorios

En relación a los estándares probatorios, ellos consisten básicamente en “afrontar la cuestión acerca de si existen o no criterios a los que el juez debería atender al valorar

66 Ibid, p. 35.

67 MATURANA, C. op.cit. p.218.

68 MATURANA, Javier. *Sana Crítica*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014. p.107.

69 LÓPEZ L. D. op.cit. p.86.

discrecionalmente las pruebas de que dispone, para poder entonces establecer si ha sido conseguido el grado o medida de prueba suficiente para establecer que un determinado hecho se da por 'verdadero' en su sentencia"⁷⁰. Estos estándares son criterios que indican "cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe"⁷¹. El juez debe determinar si las pruebas presentadas permiten convencerse acerca de las proposiciones propuestas, tal como diría Susan Haack, ver "si las pruebas presentadas avalan al grado requerido la(s) proposición(es) en cuestión"⁷².

Habiendo definido los estándares probatorios como aquel grado requerido de convencimiento al que debe llegar el juzgador respecto a las proposiciones presentadas en un caso, es relevante determinar su función.

La determinación del establecimiento de un estándar de prueba, implica hacer un balance en la distribución de los errores o daños que se generaran en relación a los falsos positivos y negativos, tal como se desarrollará con posterioridad. En este sentido, nos indica Laudan que "básicamente el único mecanismo para la distribución de los errores que se requiere en un juicio es un estándar no subjetivo de la prueba"⁷³.

Al tener que optar por un grado u otro, podemos afirmar que "El establecimiento de estándares probatorios constituye una decisión de política legislativa de enorme trascendencia en el contexto de la incertidumbre característica de un acto de adjudicación, cual es la decisión judicial. Tales criterios, reglas o principios – o su ausencia – contribuyen a la definición del sistema procesal, en tanto entregan herramientas que permiten adoptar y justificar dicha decisión distribuyendo los costos del error implícito en dicho acto"⁷⁴. La elección implica una decisión de carácter política, porque no atiende solamente a criterios racionales, sino que a la construcción de un estándar probatorio (en adelante, "SP") responde a cuestiones de policy. "Ello es así porque un SP establece una determinada distribución de error, y una distribución

70 TARUFFO, M. op.cit. p.102.

71 GASCÓN A., Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Madrid, Doxa Cuadernos de Filosofía de Derecho, 28, 2008. p.129.

72 HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. En estándares de prueba y Prueba Científica*. Editorial Marcial Pons, 2013. p.81.

73 LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires. Hammurabi.2001.p.86.

74 MONTERO, R. op.cit. p.17.

del error supone una determinada elección (político-valorativa) sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles”⁷⁵.

Ahora bien, estos estándares han tenido su gestación y mayor desarrollo en la cultura jurídica anglosajona. De hecho, la adopción de ellos por parte de la doctrina europea corriente a la cual pertenece nuestra tradición jurídica, ha recientemente comenzado a poner atención en ello. De esta forma el profesor Raúl Montero establece que para los sistemas continentales europeos e hispanoamericanos, en general, “incluso la expresión de ‘estándar de prueba’ resulta ajena a su tradición, habiéndola incorporado y/o desarrollado especialmente en la medida que fueron abandonándose los sistemas de valoración legal de la prueba, dando paso a sistemas de valoración racional, y en los cuales, por ende, la pregunta de la suficiencia post valoración cobra significación. Por otros cauces los criterios del *common law*, han desarrollado una rica tradición en esta materia (*standard of proof*), indudablemente relacionados con la estructura del proceso, el desarrollo con base en los precedentes judiciales y la concepción de la prueba presente en tales sistemas”⁷⁶.

Para estos efectos, es posible distinguir entre tres tipos de estándares los cuales “más allá de sus denominaciones anglosajonas- y no por ello despreciables para nuestro mundo jurídico – constituyen criterios utilizados en materias de libre competencia tanto en Estados Unidos – y demás países de raíz anglosajona – como en Europa”⁷⁷.

De esta forma podemos señalar que contamos en primer lugar con el criterio aplicado típicamente en materia civil cual es el balance de probabilidades o “balance o probabilities”, en segundo lugar, el criterio penal de una convicción más allá de toda duda razonable o “beyond a reasonable doubt”, y finalmente tenemos un criterio intermedio de evidencia clara y convincente o “clear and convincing evidence”. En este mismo sentido se han pronunciado los profesores Cristián Maturana y Raúl Montero, quienes aseguran que, “La doctrina y la jurisprudencia reconocen estándares diferentes de acuerdo al grado de convicción o certeza

75 GASCÓN A., M. (2008), op.cit. p.130.

76 MONTERO, R. op.cit. ps.25 y 26.

77 ROMERO, Juan José. *Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?* Documento de trabajo Centro de Libre Competencia UC, 2007. [Disponible en: <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-351-411-Colusion-de-empresas-de-oxigeno-Cuanta-evidencia-es-suficiente-JJRomero.pdf>. p.380.].

exigido al juzgador. En un extremo se encuentra el estándar típicamente civil (también llamado de 'prueba preponderante', 'probabilidad mayor o prevaleciente' o, en general, de 'balance de probabilidades'); y, en el otro, el estándar penal de convicción (también denominado 'más allá de toda duda razonable'). Ambos suelen ser descritos en términos estadísticos o asociados a probabilidades. De este modo, la probabilidad de ocurrencia de una hipótesis fáctica varía desde un 50,1% (probabilidad mayor), pasando por un intermedio de 60% a 70% (identificado en algunas jurisdicciones como 'prueba clara y convincente' o 'probabilidad alta o calificada'), hasta alcanzar un grado de confirmación más alto, típicamente penal, cercano o superior al 90%.”⁷⁸

En este sentido es posible concluir que existen tres criterios de estándares de prueba, en primer lugar, el más estricto corresponde al proceso penal “más allá de toda duda razonable”. Luego, tenemos un estándar sensiblemente inferior en tanto se exige respecto de los hechos a probar que se alcance el grado de convicción correspondiente a una prueba preponderante, vale decir que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia. Finalmente, tenemos un estándar intermedio, el de la prueba clara y convincente. Todos aquellos serán expuestos en su generalidad a continuación, y profundizados en los apartados siguientes.

3.1. Más allá de toda duda razonable

El estándar más allá de toda duda razonable o “beyond a reasonable doubt” es el criterio aplicado en materia penal.

Debemos recordar que este SP en el proceso penal se encuentra determinado de manera explícita en el art. 340 del Código Procesal Penal, siendo el primer y único estándar contemplado por el legislador en nuestro sistema jurídico.

El artículo 340 del mencionado cuerpo legal, reza:

“Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se

78 MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Santiago, Thomson Reuters, 2012. p.993.

hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”.

A pesar de que este estándar ha sido introducido de manera expresa en nuestro ordenamiento, aún hay quienes son contrarios a esta actuación. De esta manera y teniendo en cuenta la extrapolación del concepto desde de la cultura jurídica anglosajona, la memorista Tamara Oyarce nos indica que, “no era necesario traer a Chile la frase “más allá de toda duda razonable”, ni incorporarla al texto del Código. El intento de traer el estándar, tomando el modelo utilizado en el derecho norteamericano, fracasó rotundamente, toda vez que en nuestro sistema las pruebas son valoradas de acuerdo al sistema de sana crítica, por jueces letrados y quienes deben fundamentar en el fallo las razones de su decisión de absolución o condena, y no existe la figura del jurado lego, que es el órgano que otorga su veredicto en el sistema norteamericano”⁷⁹. De esta forma agrega que, “En definitiva, y de acuerdo con una interpretación sistemática del texto de nuestro Código Procesal Penal, el análisis de la doctrina y jurisprudencia pertinentes, podemos señalar que el estándar de más allá de toda duda razonable no pasó a nuestro sistema en su contenido fundamental presente en el derecho norteamericano, sino sólo recibimos en nuestro sistema la frase despojada de todo el significado dado en el sistema comparado, y adquiriendo el contenido de la certeza objetiva. Luego, la frase ‘más allá de toda duda razonable’, hace referencia en definitiva a que no se puede condenar si no hay certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado”⁸⁰.

Por otra parte, la doctrina ha definido la duda razonable como “una duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancias para ellos mismos. Es duda basada en evidencia o en falta de evidencia”⁸¹. Es por esto mismo, que el parámetro requerido en cuanto a la convicción del juzgador, es en materia penal, mayor que en otras áreas en tanto implica una exigencia y un grado de convicción superior. Según Julián López, “El fundamento para esta mayor exigencia lo encontramos explícito en *Winship*, que,

79 OYARCE, Tamara. *La duda razonable en el sistema Procesal Penal*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2008. [Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-oyarce_t/html/index-frames.html.].

80 Ibid.

81 HORVITZ L., María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

como llevamos dicho, es el primer caso en que se declaró dicho estándar como una exigencia constitucional en los Estados”⁸².

Tal como profundizaremos en los siguientes apartados, la razón fundamental por la que se opta por un estándar más alto que el utilizado en sede civil, es porque se intenta que el juez penal solamente condene cuando haya alcanzado una “certeza de su culpabilidad”, es por ello que se le llama “más allá de toda duda razonable”. De esta forma, quien es imputado debe ser absuelto en todas aquellas ocasiones en que exista una duda razonable que apunte hacia su inocencia. Lo fundamental aquí pasa a ser la relevancia de las garantías que se hayan en juego en el derecho penal, por eso mismo, se requiere que el juzgador tenga la certeza más alta exigible para poder condenar.

Como nos señala Taruffo “la adopción del criterio de la prueba más allá de cualquier duda razonable corresponde a una exigencia fundamentalmente moral y política – según la cual- una sentencia de condena debe ser admitida sólo cuando haya certeza de culpabilidad del imputado, aun cuando esta exigencia no sea traducible en determinaciones analíticas del grado de prueba correspondiente. Naturalmente la adopción del criterio se traduce en hacer particularmente difícil, en los casos concretos, la consecución de una prueba de la culpabilidad suficiente para justificar la condena. Este aspecto se vincula a la escogencia en razones fundamentales relacionadas con la política y la justicia penal, y se basa en la premisa de minimizar la frecuencia de las condenas, con independencia del hecho que las absoluciones se refieran a sujetos culpables o inocentes. Ahora, el criterio de la prueba más allá de la duda razonable se presenta como el instrumento más racional para conseguir el resultado señalado.”⁸³

3.2. Prueba preponderante

En el proceso civil el estándar general es el de la probabilidad prevalente, “o sea de lo más probable que no o de la preponderance of evidence”⁸⁴.

82 HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. Tomo II, op.cit. p.158.

83 TARUFFO, M. Conocimiento, Prueba, Pretensión y Oralidad. Lima. Ara Editores. 2009. p.28.

84 TARUFFO, M. 2002. op.cit. pp.102-103.

Tal como dice Romero, en relación al “balance of probabilities”, “este estándar conocido como preponderance of evidence en EE.UU. es el estándar usualmente exigido en materia civil”⁸⁵. Este criterio tiene consagración normativa en algunos ordenamientos, por ejemplo, en la Rule 402 de la Federal Rules of Evidence, en cambio en otros ordenamientos no se encuentra prevista la regla de “más probable que no” de manera expresa. Sin embargo, a pesar de que este último es el caso de Chile, se ha estimado que en materia civil es el criterio racional para justificar el estándar de convicción requerido por un tribunal al momento de tomar una decisión. En sede civil, este estándar de primacía de la prueba, o preponderancia of the evidence, exige que las pruebas sean admitidas solamente cuando su probabilidad sobrepase el 50%.

La principal diferencia con el estándar de más allá de toda duda razonable, radica en que este último es considerablemente más exigente. En materia civil, basta con presentar una prueba más convincente que la del demandado, en tanto al exigirse una probabilidad del 50%, siempre tendremos dos posiciones compitiendo entre ellas. En cambio, en materia penal debe alcanzarse un estándar de convencimiento muy superior para que el juez alcance la certeza del hecho que se invoca.

3.3. Prueba clara y convincente

Finalmente, existe una tercera categoría que fue creada como un criterio intermedio cual es el de la prueba clara y convincente, o “clear and convincing evidence”. Este estándar a diferencia de los anteriores, exige un nivel de convencimiento cercano al 60 o 65% de probabilidades, tal como se expondrá a lo largo de este trabajo. El caso norteamericano que da origen a este criterio es el “Masson v. New Yorker Magazine Inc.”.

Así se ha dicho que, “En este orden de ideas, como estándar intermedio podría sugerirse el de la “prueba clara y convincente” o “clear and convincing evidence”, el que fue creado en el common law y corresponde a la ratio decidendi del caso Masson v. New Yorker Magazine, Inc.”⁸⁶.

85 ROMERO, J. op.cit. p.389.

86 ISENSE R., Carlos. *Debido proceso y su recepción en la Ley Nº 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa*. *Revista de Derecho Público* 84, 2016. Disponible en: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43061>.

4. Estándar probatorio en materia penal

4.1. Más allá de toda duda razonable

Habiendo introducido la noción general del estándar en cuestión, corresponde desarrollarlo en profundidad, para así comprender su fundamento y ámbito de aplicación.

Tal como señalamos anteriormente, el “estándar probatorio impuesto como carga al Estado por el CPP chileno es el de más allá de toda duda razonable”⁸⁷ lo cual se extrae del artículo 340 inc. 1.

En relación a la definición del concepto, “el significado y contenido del estándar de convicción de ‘más allá de toda duda razonable’ ha sido discutido por la doctrina norteamericana, donde se ha planteado el problema de determinar si es o no un deber del Juez proporcionar al jurado una ‘definición’ del estándar al momento de dar las instrucciones previas a la deliberación.

La Corte Suprema Norteamericana no se ha pronunciado a este respecto, y las Cortes Federales se han pronunciado en sentidos opuestos”⁸⁸.

Taruffo señala que “la razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de prueba más allá de toda duda razonable es, esencialmente, de naturaleza *ética o ética-política*: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la ‘certeza’ de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente”⁸⁹.

Las definiciones ensayadas por las distintas Cortes y por la doctrina, dejan en evidencia lo difícil que es arribar a una, por lo que se han seguido básicamente dos criterios: 1) El de vacilación para actuar (*hesitate to act*) y 2) el de certeza moral (*moral certitude*).

87 HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. Tomo II, op.cit. p.155.

88 MATURANA, C. op.cit. p.280.

89 Ibid, p. 279.

En relación al primer criterio, “La Corte Suprema Norteamericana, en 1954 en el caso *Holland v. United States*, aprobó una instrucción dada al jurado que definía ‘duda razonable’ como ‘la clase de duda sobre la cual ustedes, personas comunes, estarían dispuestos a actuar en los asuntos más serios e importantes de sus propias vidas.’ No obstante, en el mismo fallo la Corte sugirió que sería más adecuado definir el estándar de más allá de toda duda razonable, como ‘*la clase de duda que haría a una persona vacilar antes de actuar.*’ Esta ‘sugerencia’ ha sido considerada por las instrucciones del 5o y 6o Circuito. Aquí, el estándar de convicción aparece definido en términos negativos, esto es, a través de la conceptualización del tipo de duda que permite afirmar que el estándar ha sido insatisfecho”⁹⁰. Sin embargo, variadas han sido las críticas que se le han realizado a esta interpretación, en tanto se equipara una decisión judicial a aquellas que realizan los jueces en su vida privada, por lo que se vulgariza su verdadera implicancia.

En relación al criterio de la certeza moral, se identifica el estándar ya no en términos negativos, sino que, en positivos, asimilándolo al de certeza. De esta forma, nos estaríamos refiriendo a una certeza moral, la cual “es el nivel más alto de certeza que un individuo puede tener en ausencia de la certeza absoluta y ha sido equiparada con prueba más allá de toda duda razonable”⁹¹.

Ahora bien, existe nuevamente quienes critican la adopción de este criterio, al haber sido tomado de un sistema procesal ajeno a nuestra tradición, como lo es el anglosajón. De esta forma, Tamara Oyarce, indica que “si tratamos de aplicar estos criterios planteados por las cortes norteamericanas en nuestro sistema, nos topamos con que en Chile, quienes juzgan son jueces profesionales e instruidos que no requieren ‘instrucción como en el caso de los jurados, sobre puntos de derecho”⁹². Ahora bien, tal como establece el profesor Cristián Maturana, sí podríamos encontrar la justificación en la idea de certeza, en tanto “el concepto de ‘certeza’ (refiriéndonos a la certeza ‘objetiva’) sí tiene en Chile una larga tradición y reconduce a los jueces a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados, y que se encuentran incorporados en nuestra tradición”⁹³.

90 Ibid, p. 281.

91 Chambers, citado por Horvitz L. María Inés y López M. Julian Tomo II p.162.

92 OYARCE, T. op.cit

93 MATURANA, C. op.cit. p.281.

Sin duda la determinación de este estándar responde a una decisión política, que apunta como ya mencionamos, a optar por una determinada ponderación de los errores que estamos dispuestos a aceptar en materia penal. La determinación de este estándar es importante al ser un complemento de la valoración de la prueba, como veremos, ésta actúa en un nivel distinto que el estándar probatorio, y al velar por la protección de los derechos del imputado que están en juego en sede penal, resulta relevante el establecimiento de un estándar de convicción altamente exigente.

De la misma manera, es importante destacar que el principio de presunción de inocencia, en primer lugar, implica el trato como tal al imputado hasta que se compruebe lo contrario, y, en segundo lugar, impone la carga de la prueba al Estado. Esto último significa que si el Estado al aportar las pruebas, no logra que el tribunal obtenga ese grado de certeza “más allá de toda duda razonable”, deberá ser absuelto.

4.2. Fundamentación del estándar aplicable en el proceso penal, y en particular, de aquellos en los cuales se persigue el castigo punitivo de la colusión

En relación a la justificación que tiene adoptar este criterio como el estándar de convicción en materia penal, debemos atender en primer lugar a los derechos y bienes que se encuentran sometidos a las decisiones penales.

La intervención penal constituye el máximo ejercicio del ius puniendi estatal, en tanto la libertad humana con ello se puede ver sujeta a limitaciones, o incluso a privaciones. El establecimiento de un estándar exigente, se justifica en tanto exige por parte del Estado una profunda investigación, que sea eficiente, para así minimizar la posibilidad de cometer errores, condenando a un inocente.

Quien es imputado en un proceso penal corre el riesgo de perder su libertad como consecuencia de una sanción determinada en la sentencia, y esta decisión trae no solo repercusiones en cuanto al bien jurídico mencionado, sino que quien es condenado a una pena restrictiva o privativa de libertad también sufre el daño de una posible estigmatización por parte de la sociedad.

De esta manera se ha establecido que, “El acusado durante un proceso criminal tiene en juego intereses de gran trascendencia, a causa de la posibilidad de que pueda perder su libertad como consecuencia de la condena y la certeza de que será estigmatizado por la condena. Por consiguiente, una sociedad que valora el buen nombre y la libertad de cada individuo no deberá condenar a un hombre por cometer un crimen cuando existe una duda razonable acerca de su culpabilidad”⁹⁴.

Ahora bien, la justificación ética de la adopción del referido estándar, no implica que además no existan razones jurídicas. De hecho, tal como establece Taruffo “es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y el deber de racionalidad de la decisión y de su justificación, que corresponde al juez”⁹⁵.

Otro motivo por el cual es justificable la existencia de este concepto en sede penal, es que Código Procesal Penal establece una amplia libertad probatoria, lo que claramente implica tener como contrapartida un estándar exigente probatorio que imponga a los jueces la necesidad de dictar una fundamentada decisión.

En el proceso penal, también cabe considerar que se justifica la imposición o adopción de este alto estándar de prueba, en tanto el juicio oral es solo una etapa dentro de un complejo proceso, que consta de diversas medidas intrusivas e instrumentos desconocidos en otras clases de procesos.

Al contar el investigador con estas herramientas intrusivas, es claro que la información aportada debe ser suficiente como para alcanzar un alto estándar de convicción, si no, estas carecerían de justificación.

Otro motivo relevante por el cual aplicar el estándar de “más allá de toda duda razonable” en el proceso penal, radica en que es necesario para obtener la confianza y el respeto de la comunidad en la aplicación de la ley penal. Sería conflictivo dejar abierto a la duda si es que alguien ha sido condenado siendo inocente, o la situación inversa.

94 Ibid, pp.279-280.

95 TARUFFO, M. op.cit. pp.112-113.

Tal como establece Daniela Acattino, “al adoptarse el estándar más alto y exigente de más allá de una duda razonable, lo que está en juego es evitar especialmente un tipo de error, el falso positivo (declarar probada una proposición falsa), aun a costa de elevar el riesgo de falsos negativos (declarar no probada una proposición verdadera). Se trata como se puede observar, de un fin diferente al de la pura averiguación de la verdad y que está parcialmente en tensión con este. La asunción de este fin, y su realización a través de un estándar de mayor exigencia que el de la preponderancia de la prueba, supone que al error al declarar probada una proposición falsa de una determinada clase de proceso sea valorado como mayormente grave por sus costos por la comunidad política”⁹⁶.

Finalmente, se ha discutido latamente sobre el grado de convicción que debiese tener el juez penal al momento de dictar sentencia, generándose una disyuntiva al momento de optar por criterios objetivos o subjetivos.

En nuestra opinión, el criterio por el cual se debe optar debe ser uno objetivo que apunte al proceso en relación a la prueba, donde el énfasis no esté puesto en el fuero interno de quien juzga, sino en la consecución de la mayor aproximación posible a la verdad y en la comprensión del proceso como un todo.

Habiendo analizado la justificación de adopción del estándar probatorio referido, resulta claro entonces, que es éste el que debe ser aplicado por los sentenciadores en los procesos penales que conocen del delito de colusión en Libre Competencia (referido a los artículos 62 y 64 del DL 211).

En estos procesos solamente cabe aplicar el estándar “más allá de toda duda razonable”, porque los bienes jurídicos en cuestión son los mismos mencionados, y porque es como tal un proceso penal. Además, este proceso contiene también varias medidas intrusivas que pueden ser solicitadas por la Fiscalía Nacional Económica y autorizadas por el Tribunal, por lo que también este sería un fundamento para su procedencia.

5. Estándar probatorio en procedimientos de indemnización

96 ACCATINO, Daniela. *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 37. 2011. pp. 483-511.

5.1. Prueba preponderante

El estándar de prueba preponderante, tal como habíamos expuesto, es aquél aplicable a las materias civiles. Según el profesor Raúl Montero, éste “se inserta dentro de aquellos de probabilidad lógica, y conlleva en sí básicamente dos reglas: la regla del ‘más probable que no’ y la de ‘prevalencia relativa de la probabilidad”⁹⁷.

En relación a la primera regla, Ferrer Beltrán nos señala que, “respecto de un enunciado o hecho, es racional escoger la hipótesis que resulta confirmada en un mayor nivel que la hipótesis contraria”⁹⁸.

En cambio, respecto a la segunda regla, debemos precisarla como aquélla tiene aplicación en los casos en que sobre un mismo hecho, existen variadas hipótesis. “El criterio racional implica la elección de aquella hipótesis que aparece sustentada por un grado de corroboración probatorio mayor, relativamente al de todas las demás”⁹⁹.

Para analizar cómo se aplican estas dos reglas, es relevante tener claro que el estándar probatorio de la prueba o probabilidad prevalente, implica que, al tener varias hipótesis sobre un mismo hecho, hemos de preferir aquella que cuente con un grado de probabilidad más elevado.

“Así por ejemplo si existen tres hipótesis sobre un mismo hecho A, B y C con grados de probabilidad respectivamente del 40%, del 55% y del 75%, se impone la elección a favor de la hipótesis C que cuenta con un grado de probabilidad del 75% por la obvia razón de que sería irracional elegir como ‘verdadera’ una hipótesis que ha recibido un grado relativamente menor de confirmación”¹⁰⁰.

Si nos hallamos ante el caso que exista solamente una hipótesis sobre determinado hecho, debemos aplicar la regla “más probable que no”, de esta manera, hemos de entender

97 MONTERO, R. op.cit. p. 86.

98 FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007. p.47.

99 MONTERO, R. op.cit. pp.86 y 87.

100 TARUFFO, M. op.cit. pp. 105-106.

que cada enunciado puede ser entendido como verdadero o como falso, según las pruebas que se rinden. De esta forma, “si la hipótesis relativa la verdad del enunciado recibe la confirmación probatoria del 75%, ello implica que la hipótesis negativa correspondiente tiene una probabilidad del 25%; la hipótesis positiva sobre el hecho, es por lo tanto, ‘más probable que no’ y es atendible”¹⁰¹.

En el caso en que las pruebas introducidas en el proceso, que pretenden probar determinado enunciado, solamente alcanzan una probabilidad del 30%, debemos aplicar la regla del ‘más probable que no’, en tanto hay que complementar esta probabilidad con el 70% de probabilidades de que el hecho haya ocurrido de la manera contraria.

“A este respecto es oportuno aclarar cómo opera el criterio de la probabilidad prevalente si consideramos una situación diferente. Por ejemplo, si el enunciado A tiene un grado de confirmación del 40% y el enunciado B cuenta con un grado de confirmación del 30%, la regla de la probabilidad prevalente indicaría como racional la elección del enunciado A porque es más probable que el enunciado B. Sin embargo, esto no es así porque la regla del “más probable que no” nos dice que es más probable (60%) que el enunciado A sea falso y no verdadero; mientras que el enunciado B es falso con una probabilidad del 70%. Ninguna de las dos hipótesis cuenta con una probabilidad prevalente.”¹⁰²

En relación a este último caso mencionado, es importante tener en cuenta que el estándar de la prueba prevalente, tal como establecía el profesor Montero, es uno de carácter racional, no solamente porque elegimos como verdadera aquella hipótesis con mayores probabilidades, sino porque, además, para poder fundamentar una decisión por parte del juzgador, debe ubicarse por sobre el 50% de probabilidades.

En este sentido y tal como nos señala Daniela Acatino “en el caso de un estándar de prueba mínimo el fin que se persigue es evitar en general el error al determinar los hechos en un proceso. Se trata, en este sentido, del estándar más funcional si se toma en cuenta únicamente el fin de la averiguación de la verdad. Por eso puede considerarse que a falta de

101 Ibid.

102 Ibid.

una regla legal que fije en forma expresa un estándar de prueba para un determinado proceso, este sería el estándar supletorio, determinado por la exigencia de racionalidad”¹⁰³.

5.2. Fundamentación del estándar aplicable de prueba preponderante

Respecto a la justificación de la aplicación del criterio de prueba preponderante, es relevante considerar que el establecimiento de un estándar probatorio en un proceso, dependerá de los bienes que se encuentren en juego.

De esta forma, “Los estándares probatorios pueden ser más o menos exigentes, según el nivel de suficiencia requerido, debiendo considerarse un umbral ‘corriente’ para un gran conjunto de situaciones, y algunos más elevados, dependiendo de intereses, derechos o garantías involucrados en el conflicto”¹⁰⁴.

Es así como veíamos, en un proceso penal están en juego garantías fundamentales tales como la libertad, lo que justificaba un estándar aplicable más alto. Ahora bien, en los procedimientos de indemnización, lo que está en juego se refiere más bien a materias pecuniarias. Es por ello que, no se justifica la imposición de un grado de convicción muy exigente, sino uno que cumpla con la racionalidad para atender a alcanzar la verdad en el proceso. Con el establecimiento de este estándar que exige un nivel de probabilidad superior al 50%, lo que se pretende es evitar el error al determinar los hechos en el proceso, pero de manera general.

Conforme con lo anterior, el estándar de prueba preponderante debe ser claramente aplicable en los procesos por acciones indemnizatorias de perjuicios en materia de Libre Competencia, por lo que solamente nos restaría indagar acerca de conflictiva materia de determinación del estándar aplicable a los procesos sancionatorios por conductas de colusión en el DL 211 por los órganos de la Libre Competencia.

103 ACCATINO, D. op.cit.

104 MONTERO, R. op.cit. p.92.

CAPÍTULO SEGUNDO.
EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS
DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. Situación de los procedimientos sancionatorios

1.1. Inexistencia de un estándar definido

Habiendo analizado ya, los estándares aplicables al resto de los procesos dentro del DL 211, corresponde avocarnos a la situación de aquellos de carácter sancionatorio.

En estos procedimientos sancionatorios tampoco existe un estándar probatorio definido expresamente por el legislador, pero la situación es aún más compleja en tanto la doctrina y la jurisprudencia no han sido contestes en su determinación, o no le han dado el desarrollo que amerita.

De esta forma, tal como hemos mencionado, en Chile la única norma que consagra un estándar de convicción judicial es el artículo 340 del Código Procesal Penal. Tal como ha expresado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en una de sus últimas resoluciones, “En materia de libre competencia, en cambio, como en otras, no existe una regla expresa que establezca el estándar aplicable. Si bien el artículo 29 del D.L. 211 prescribe que *‘las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente en el procedimiento mencionado en los artículos precedentes [contencioso]’*, esta remisión a los preceptos de la prueba civil no arroja mayores antecedentes sobre el estándar probatorio exigible, básicamente porque dicho Código carece de criterios precisos sobre estándares de prueba y porque, en el caso que los estableciera, quedaría pendiente dilucidar su compatibilidad con el proceso de libre competencia en los términos del artículo 29 del D.L. 211”¹⁰⁵.

En los procesos de indemnizaciones y aquellos penales, la jurisprudencia y la doctrina, tal como vimos, han sido contestes en la aplicación de determinados estándares probatorios,

105 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf]. p.90.

sin embargo, en los sancionatorios el asunto es conflictivo, y no se encuentra zanjado, por lo que dedicaremos este capítulo a exponer la problemática en cuestión.

2. Relevancia de la determinación de un estándar probatorio y función que cumple

En primer lugar, y para establecer porqué es problemática la falta de determinación de un estándar probatorio, es necesario indagar en la relevancia de este.

Tal como se ha mencionado, los estándares de prueba, “consisten en afrontar la cuestión acerca de si existen o no criterios a los que el juez debería atender al valorar discrecionalmente las pruebas de que dispone, para poder entonces establecer si ha sido conseguido el grado o medida de prueba suficiente para establecer que un determinado hecho se da por ‘verdadero’ en su sentencia”¹⁰⁶.

La adopción de estos criterios, corresponde a una decisión política, la cual apunta a minimizar los riesgos de error en la aproximación a la verdad en el proceso, considerando todos los derechos que se deben ver protegidos en él. Sabemos que toda decisión judicial debe ser racional y fundamentada, y claro es el aporte del sistema de valoración de la prueba en ello, en este caso, el de la sana crítica. Sin embargo y tal como procederemos a exponer, el sistema de la sana crítica no basta por sí solo para justificar una decisión, este debe complementarse por un control de la fundamentación que solamente es entregado por un estándar probatorio.

En la regulación del DL 211 tenemos la aplicación de la valoración de la prueba entorno a las reglas de la sana crítica, y en ella efectivamente se apela a determinados criterios. Sin embargo, como no son lo suficientemente precisos, se apela de alguna manera al sentido común del juzgador, a su “sentido común”, a lo que le es “razonable” y a las “máximas de la experiencia”. De esta forma, la discreción del juez, a pesar de que tiene cierto límite, no es lo suficientemente limitada, y en ello tiene cabida la subjetividad de quien falla, por ello es relevante el establecimiento del criterio mencionado.

106 TARUFFO, M. op.cit. p.102.

Además, los procesos deben velar por la garantía de los sujetos que se ven inmersos en ellos, y clara es la consagración del derecho al debido proceso en nuestro ordenamiento, lo que sin duda exige decisiones fundamentadas y racionales.

En este sentido el profesor Raúl Montero ha expresado que, “se ha concluido que no es efectivo una valoración racional y la adecuada fundamentación de la decisión en un sistema de sana crítica resulte una eficiente garantía del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, ya que las funciones de los estándares no quedan de modo alguno subsumidos por las reglas de la valoración de la sana crítica, que operan en un diverso espacio temporal y con fines de asignación de eficacia probatoria, distintos de aquel fundamental papel que corresponden a los estándares”¹⁰⁷.

A continuación, analizaremos las funciones de los estándares probatorios, y aquellas materias respecto de las cuales se constituyen como un criterio indispensable.

2.1. Distribución de errores

Uno de los ámbitos en los cuales tiene gran relevancia el estándar probatorio, es en la distribución de errores.

Como hemos mencionado, su determinación corresponde a una decisión política, y dependiendo qué grado de errores estaremos dispuestos a tolerar como sociedad, elegiremos un estándar probatorio.

El reciente fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso “CMPC y SCA”, estableció que, “El análisis económico del derecho pone el acento en la posibilidad de cometer errores al momento de juzgar una conducta y en su minimización (véase, por ejemplo, Richard A. Posner, ‘An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration’, 2 *Journal of Legal Studies* 399, 400 [1973]).

Estos errores pueden ser clasificados en dos. El error Tipo I (o ‘falso positivo’ o sobre-inclusión) implica, en términos probatorios, dar por probado aquello que no es efectivo,

107 MONTERO, R. op.cit. p.201.

imponiendo al sistema un costo de resultar sobre-inclusivo al condenar prácticas lícitas. El error Tipo II (o 'falso negativo' o de baja inclusión), por el contrario, implica no dar por acreditado aquello que en realidad ocurrió, asumiendo un costo de resultar infra-inclusivo por condonar prácticas que en realidad son ilícitas”¹⁰⁸.

El estándar tiene una influencia directa en cuanto a los errores que estamos dispuestos a tolerar. De esta forma, entre más exigente es un estándar, por ejemplo, el de duda razonable, menos errores del Tipo I estamos dispuestos a soportar. Así, mientras bajo un estándar de prueba civil “la probabilidad de cometer errores del Tipo I o errores Tipo II se distribuye de manera igualitaria en caso de que la decisión corresponda a un tribunal independiente e imparcial, bajo un estándar penal el error Tipo I es considerado mucho más dañino, atendida la necesidad de salvaguardar la presunción de inocencia en esta materia. Dada la eventual privación de libertad aparejada a la responsabilidad penal, el legislador valora que en estos casos es más importante ‘absolver a un culpable’ que ‘condenar a un inocente’, por lo que exige un estándar de convicción más alto o, en otras palabras, manifiesta una preferencia explícita por cometer errores del segundo tipo”¹⁰⁹.

De esta forma, cada tipo de error puede ser vinculado con un estándar probatorio diferente, porque, el grado de error “implica explicitar si el costo de no lograr el grado de suficiencia aplicable lo asumen ambas partes, o una más que otra”¹¹⁰. Teniendo lo anterior en consideración, es claro que cuando nos encontramos en sede penal, el estándar debe ser sumamente exigente, en tanto el riesgo de privar de libertad a quien no es culpable, es uno altísimo.

Ahora bien ¿qué pasa en materias indemnizatorias o sancionatorias?

Sin duda en estas materias en Libre Competencia, no podemos utilizar de manera uniforme el mismo estándar. Así, como dice el profesor Jorge Grunberg, “del mismo modo, el *trade-off* estadístico que existe entre los errores tipo I y tipo II, demuestra que, para los efectos de la determinación del estándar probatorio, el óptimo de eficiencia no coincide con la

108 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf]. p. 95.

109 Ibid, p.94.

110 MONTERO, R. op.cit. p.41.

minimización de errores tipo I como lo exigen los principios de justicia retributiva del Derecho Penal”¹¹¹.

El Derecho Penal y el de Libre Competencia, no tienen la misma vocación, ni los mismos fundamentos, en este último la principal preocupación “es la eficiencia y la disuasión, por lo que necesariamente debe adoptarse un estándar de prueba con mayor tolerancia a los errores del tipo I”¹¹².

Es importante tener en cuenta cómo funcionan los carteles, los acuerdos colusorios o los monopolios, y la dificultad probatoria que respecto de ellos mencionábamos.

En este sentido, si optamos por un estándar exigente como el aplicable en sede penal, “seguiremos dejando sin castigo a muchas firmas que en realidad estaban cartelizadas. Dicha falencia del sistema probatorio será anticipada por las firmas en el mercado, las que en un número no menor de casos preferirán coludirse a actuar independientemente. En otras palabras, *en un mundo de partes sofisticadas que actúan racionalmente y orientados al lucro, un sistema de duda razonable es una invitación a la colusión*”¹¹³.

Es justamente por la finalidad que tiene el derecho de Libre Competencia, y por la forma y efectos que tienen los ilícitos que este pretende evitar, que un sistema de prueba de mayor tolerancia respecto de los falsos positivos no viola los principios de la justicia retributiva.

Tal como establece Grunberg, “conocedores de dicha regla procesal, las firmas anticiparán su aplicación, y procederán de manera de no realizar ninguna conducta que pueda llegar a ser considerada como indicio de colusión por los tribunales conforme a un estándar probatorio laxo, especialmente cuando decidan ejecutar una estrategia de precios que implique paralelismo”¹¹⁴.

En este sentido, lo que se busca es evitar que las firmas trasgredan las disposiciones del DL 211. La forma en que se cometen estos tipos ilícitos suele implicar que exista dificultad probatoria, porque en general, son prácticas concertadas de las cuales se intenta no dejar

111 GRUNBERG, J. y MONTT, S. op.cit. p.19.

112 Ibid, p.33.

113 Ibid, p.35.

114 Ibid.

rastró. Por ello, si exigimos un alto estándar de convicción en esta materia, la colusión será aún más difícil de comprobar, por lo que no estaríamos logrando cumplir con el objetivo disuasivo. En cambio, si establecemos un estándar menos exigente, la convicción probatoria del juez deberá ser menor, por lo que se equiparará la deficiencia existente relativa a la dificultad de probar los ilícitos.

2.2. Relación con la verdad en el proceso

La relación entre “hechos, prueba y verdad, determina y caracteriza al sistema procesal, y la concepción sobre los fines del proceso, incide en las herramientas de que disponga para arribar a ellos”¹¹⁵.

En este sentido, y en relación a la determinación de la verdad como el fin del proceso, los estándares de prueba son sumamente relevantes, porque respecto de ellos vamos a llegar a una conclusión en relación a determinados hechos, es decir, llegaremos a la consecución de la realidad a través de una forma jurídica.

En relación a la verdad como fin del proceso, Calamandrei ha establecido que, “si nosotros queremos volver a considerar el proceso como un instrumento de razón y no como estéril y árido juego de fuerza y destreza, hace falta estar convencidos de que el proceso es ante todo un método de cognición, esto es, de conocimiento de la verdad, y que los medios probatorios que estudiamos están verdaderamente dirigidos y pueden verdaderamente servir para lograr y fijar la verdad”¹¹⁶.

Tal como hemos mencionado, los estándares de prueba se insertan en un proceso de valoración racional, y cumplen, como indicábamos anteriormente, básicamente dos funciones: a) una función heurística, en cuanto a guías de valoración racional, y b) una justificadora en cuanto a criterios para la motivación¹¹⁷.

En la búsqueda y determinación de la verdad, los estándares probatorios son determinantes en relación tanto a la convicción como a la posterior motivación. De esta forma,

115 MONTERO, R. op.cit. p.39.

116 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Justicia, Derecho Procesal Civil: Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, Editorial Ejea, 1973. p.215.

117 GASCÓN ABELLAN, M. op.cit. (2008), p.129.

los estándares probatorios “responden a la pregunta sobre el momento en que se ha alcanzado la prueba de un hecho, o más precisamente, cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe, lo que descansa en exigencias o grados de confirmación probabilística”¹¹⁸.

En este sentido, determinar un estándar implica establecer cuándo vamos a dar un hecho por verdadero, vale decir, cuál es la probabilidad de existencia que debe ser probada, para poder tener una situación por cierta. Por lo tanto, vemos que la función del estándar de prueba es fundamental en tanto implica determinar los hechos en el proceso.

En este mismo sentido, y respecto a la segunda función, también son relevantes en tanto vemos que la fundamentación de la sentencia es una obligación para quien juzga, pero además es una garantía fundamental para los derechos de las personas sometidas a un proceso, por ende, el razonamiento en relación al grado de convicción es determinante respecto a lo que se da por cierto.

2.3. Relación con el debido proceso

Sin duda en un proceso lo fundamental es poder encontrar la mejor manera para que, por una parte las partes obtengan una propicia protección de sus derechos, y por otra, que el juez en la búsqueda de la verdad, pueda actuar como garante de aquellos. Teniendo esto en consideración y, continuando con algunas de las funciones de los estándares probatorios mencionadas en el punto anterior, debemos reiterar que una fundamental es la de justificar la sentencia.

En relación a esta última función, cabe tener presente que “Motivar implica justificar la adopción de una decisión, aportar razones que apoyen a la sentencia dictada”¹¹⁹.

La justificación o motivación, corresponde al derecho de tutela judicial, el cual, a pesar de no estar específicamente regulado en nuestra Constitución, cabe dentro del derecho a la acción. En este sentido, ha sido “la jurisprudencia del TC chileno la que ha ido consolidando dicho derecho fundamental y con consagración como sinónimo de derecho a la acción o de

118 MONTERO, R op.cit. p.92.

119 Ibid, p.183.

acceso a los tribunales”^{120.} De esta manera, la exigencia de la fundamentación de las sentencias, se ha ido elevando al nivel de una garantía constitucional, por lo que la decisión judicial siempre debe ser justificada.

En este mismo sentido se pronunció el TC en la sentencia rol N°437 de 2005, sosteniendo que los derechos del artículo 19 n°3 de la Constitución "rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional"^{121.} De esta forma, no sólo son los tribunales quienes deben fundamentar las decisiones, sino que también, aquellas tomadas en sede administrativa, deben tener la debida motivación.

Teniendo en consideración lo expuesto, los estándares de prueba permiten justificar la decisión de un sentenciador, al determinar el grado de convicción que debió alcanzar a través de la prueba y su valoración, para arribar a una determinada decisión. Es por esto, que no es neutral o indiferente la elección de un estándar probatorio, porque conforme a él se deberá justificar la decisión, para así dar cumplimiento a la protección de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 n°3 de nuestra Constitución.

2.4. Vinculación con la valoración de la prueba

La valoración de la prueba, “permite responder a la indispensable cuestión sobre la aptitud probatoria, es decir, si el medio aportado fue adecuado para lograr ese convencimiento del tribunal (corroboración de hipótesis)”^{122.}

Tal como desarrollamos en este trabajo, existen varios sistemas de valoración de la prueba, y en la Libre Competencia, está expresamente determinada la aplicación de la sana crítica. En relación a esta última, aquella debía cumplir básicamente con tres condiciones “racionalidad y objetividad, discrecionalidad dentro de ciertos parámetros y fundamentación”^{123.}

120 Ibid, p.188.

121 Tribunal Constitucional, 13 de agosto de 2009, Rol n°1281. Disponible en: [https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/Con+fecha+cinco+de+diciembre+de+dos+mil+ocho%2C+el+abogado+Jorge+Meneses+Rojas/CL/vid/63789336].

122 MONTERO, R. op.cit. p. 67.

123 Ibid, p. 63.

También encontramos dentro de ellas como criterios de guía para el juez, los relativos a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados.

Ahora bien, comprendiendo que sin lugar a dudas este es el sistema que mejor se aviene en la regulación de la Libre Competencia, en tanto atiende a la racionalidad y a la consecución de la verdad en el proceso, debe entenderse que presenta ciertos inconvenientes.

Estas dificultades vienen dadas principalmente por la falta de un contenido específico respecto de estos elementos esenciales, de esta forma, es en este punto donde “la utilización de estándares, cobra relevancia, y se relaciona con la valoración probatoria, y en forma muy especial, al pasar de un sistema de prueba legal a uno de carácter racional de sana crítica”¹²⁴.

Cuando adoptamos el sistema de sana crítica, tenemos pautas que no son lo suficientemente específicas como para evitar algún tipo de subjetividad, lo cual no pasa en un sistema de prueba legal, respecto del cual el profesor Montero ha incluso establecido que los estándares de prueba no son indispensables¹²⁵.

Es relevante destacar que, además, en la valoración de la prueba, el juez otorga mérito probatorio a las pruebas introducidas, pero no se cuestiona acerca del grado de convicción. “La valoración probatoria racional no le indica si debe estar medianamente o total y absolutamente convencido (...) Es por este motivo que un sistema racional requiere especialmente estándares probatorios, es decir, criterios entregados al juez, ya no para valorar (...) sino para estimar la suficiencia de la actividad probatoria, y al mismo tiempo asignar correctamente el margen de error tolerable en la decisión judicial, adoptada en el contexto de la incertidumbre y aceptación de la falta de certezas absolutas”¹²⁶.

La valoración de la prueba tiene su función intrínseca a la cual ya nos hemos referido, pero no podemos atribuirle a ésta, un rol que no le es propio, cuál es el de actuar como estándar de convicción. De esta forma, la racionalidad en sí misma no le entrega a la valoración de la prueba “herramientas adecuadas para efectuar el proceso de selección, y

124 Ibid, p. 157.

125 Ibid, p. 158.

126 Ibid.

menos aún, para justificarlo. Por ello afirmamos que es precisamente en un sistema racional donde se requieren estándares probatorios”¹²⁷.

Podemos ver que, el papel de los estándares se ubica en un plano o momento posterior al de la valoración de la prueba.

Es por esto que la valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, no es una garantía eficiente del debido proceso y de la tutela de los derechos, “ya que las funciones de los estándares no quedan de modo alguno subsumidos por las reglas de la valoración de la sana crítica, que operan en un diverso espacio temporal y con fines de asignación de eficacia probatoria, distintos de aquel fundamental papel que corresponden a los estándares”¹²⁸.

No podemos desmerecer la función que cumple la valoración de la prueba, y lo conveniente que es tener un sistema de sana crítica que deje de lado la rigidez del sistema de prueba legal o tasada, pero no podemos tampoco afirmar que ello es suficiente para la protección del debido proceso.

Resulta inadmisibile que podamos conformarnos con un sistema que deja abierta las puertas a la subjetividad, lo que no es tan solo relevante el juicio de aceptabilidad sobre determinados hechos, sino que para el control posterior que está representado por el establecimiento del grado de convicción que es necesario alcanzar. Sólo a partir de la complementación de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica con un estándar probatorio, podrá darse cumplimiento efectivo a las garantías del debido proceso, y sólo así, podremos encontrar sentencias verdaderamente justificadas.

3. Recurso de reclamación ante la Corte Suprema

3.1. Concepto de recurso

En relación al concepto de recurso, el profesor Cristián Maturana citando a Couture, indica que “quiere decir literalmente regreso al punto de partida. Es un re-recorrer; correr de

127 Ibid, p. 200.

128 Ibid, p. 201.

nuevo, el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso”¹²⁹.

De esta forma, el recurso es un medio técnico utilizado dentro del proceso en el cual se ha dictado una resolución, “que no ha alcanzado el carácter de firme o ejecutoriada, para la impugnación y subsanación de los errores que ella eventualmente pueda adolecer, dirigido a provocar la revisión de la misma ya sea por el mismo juez que la dictó o por otro de superior jerarquía”¹³⁰.

Los recursos procesales han sido introducidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un medio mediante el cual la parte agraviada, o que ha sufrido un cierto perjuicio, puede proceder a la revisión de la resolución, y actúa por lo tanto como un control a la motivación del órgano que la dictó. Así, “A partir del viejo refrán ‘errare est humanum, perseverare est diabolicum’, el sistema recursivo busca rectificar, enmendar o revocar aquellas resoluciones fruto del error de los jueces en su administración de justicia. Porque tal como lo dijeron los jurisconsultos latinistas, mantener esos errores sin control alguno promueve la irresponsabilidad y arbitrariedad del aparato judicial, convirtiéndolo en una diabólica injusticia.”¹³¹

Ahora bien, como sistema de control de las decisiones y fundamentaciones de ellas por parte de los órganos jurisdiccionales, los recursos cobran especial relevancia en los sistemas de libre apreciación probatoria. Lo anterior en tanto actúan como un medio para el control de la racionalidad de los fundamentos, la prueba de ellos y lo que ello conlleva. En este sentido, los recursos en Libre Competencia, al ser un sistema de libre valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, resultan ser indispensables.

129 MATURANA, C. cita a: EDUARDO COUTURE, fundamentos del derecho procesal civil, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1985, p.121.

130 COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1983. p.507.

131 HUDSON, Lukas. *Naturaleza del recurso de reclamación en materia de libre competencia: análisis jurisprudencial de acuerdo a la Corte Suprema*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2014.p.24.

Respecto a los recursos, “El legislador prevé distintos procedimientos especiales, en los que ha regulado diversos recursos, estableciendo variadas modificaciones con las reglas generales que se prevén para su procedencia, oportunidad y tramitación en el CPC”¹³².

En el sistema de Libre Competencia, el DL 211 prevé un recurso de reclamación para impugnar determinadas resoluciones en sus artículos 27 y 31, el cual procederemos a analizar.

3.2. Recurso de reclamación en Libre Competencia

El artículo 27 del DL 211 establece que:

“Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, 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. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil”¹³³.

Además, es posible agregar que, respecto a los recursos en materia de Libre Competencia, contra las “sentencias definitivas del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en que no sea procedente el recurso de reclamación se sostiene que es procedente el recurso de queja, el que debe ser deducido ante la Excm. Corte Suprema, conforme a lo resuelto por la jurisprudencia, al encontrarnos ante un Tribunal que ejerce su jurisdicción en todo el territorio nacional”¹³⁴.

En este sentido, considerando que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede incurrir en errores involuntarios, y para proteger el derecho al debido proceso y la racionalidad de las decisiones, el sistema contempla un recurso de reclamación que puede ser interpuesto tanto por la FNE como por cualquiera de las partes, para solicitar la enmienda o

132 MOSQUERA, Mario y MATURANA, C. op.cit. p.48.

133 Artículo 27 DL 211.

134 MOSQUERA, M. y MATURANA, C. op.cit. p.52.

rectificación del error. Por este motivo, la Corte Suprema es el órgano que conoce por excelencia del mencionado recurso. Se ha estimado que una adecuada definición del recurso de reclamación podría ser que es un “recurso extraordinario interpuesto ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y conocido por la Corte Suprema, cuya finalidad es dar unidad y uniformidad a los criterios y principios que deben regir en el sistema de la libre competencia”¹³⁵.

De esta forma, es necesario determinar cuál es la naturaleza del recurso, para saber cómo lo conoce la Corte Suprema, y así lograr analizar cuál es la revisión que se realiza.

Determinar la naturaleza del recurso “no es fácil, ni pacífico. Su importancia radica especialmente en las consecuencias de homologar la naturaleza jurídica de este recurso a una apelación o a una casación, pues las diferencias entre estos recursos son sustantivas y adjetivas. A nivel sustantivo, las diferencias provienen de las características propias e individuales de cada mecanismo de revisión, mientras que a nivel adjetivo, las diferencias surgen al optar por un mecanismo de revisión u otro.”¹³⁶

Ahora bien, tras largas reflexiones, se ha llegado a la conclusión, considerando las disposiciones vigentes y la historia de la Ley 19.911, junto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que “la naturaleza jurídica del recurso de reclamación es la de una ‘apelación extraordinaria’ y que, según la misma Corte Suprema, posibilita la revisión judicial de las decisiones del TDLC en su globalidad comprendiendo tanto elementos jurídicos como económicos”¹³⁷.

Considerándolo como un recurso asimilable al de apelación, hay un primer punto relevante a destacar, cual es que la revisión de la Corte Suprema es en su totalidad, ella conoce tanto de los fundamentos de hecho como de derecho del recurso. Pero, además, vale la pena destacar el hecho de que la decisión y su revisión judicial comprenda elementos

135 HUDSON, L. op.cit. pp.129-130.

136 SEPÚLVEDA E., Lukas. *Diseño Institucional y Revisión en sede de Libre Competencia*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2017. p.57. [Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146261/Diseño-institucional-y-revisión-judicial-en-sede-de-libre-competencia.pdf?sequence=1>].

137 Ibid, p. 85.

económicos, esto es de suma relevancia tal como veremos más adelante, si comparamos la integración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con la de la Corte Suprema.

3.3. Criterios aplicados en relación al estándar probatorio

Un tema muy relevante y a la vez no pacífico, es la determinación del estándar probatorio aplicable por la Corte Suprema al conocer recursos de reclamación en casos de colusión. Tal como ya lo hemos establecido, solamente en el sistema penal se encuentra consagrado un estándar probatorio de manera específica. Pero además, hemos expuesto porqué es relevante determinar un estándar de prueba, tanto por la función que cumple en el proceso, como por la protección a las garantías del debido proceso, y como complementación de un sistema de libre valoración de la prueba como lo es la sana crítica.

En cuanto al criterio que aplica la Corte Suprema, debemos establecer que esta suele atender a la aplicación de criterios más bien civiles.

Como veremos al analizar una serie de casos, existen situaciones en que conociendo de un recurso de reclamación, han hecho mención a la aplicación del criterio de la prueba “clara y convincente”. Ahora bien, no en todos los casos aplican este criterio, la verdad es que a veces ni si quiera justifican la aplicación de un estándar probatorio.

La situación es grave, en tanto la Corte Suprema al conocer un asunto, y al valorar el material probatorio a partir de las reglas de la sana crítica, debe dar cumplimiento a la justificación de la decisión que adopta. La situación es problemática tanto porque no hay un criterio que se aplique de manera uniforme, como porque no existe un criterio definido.

En la mayoría de los fallos que procederemos a analizar en este trabajo, la Corte se avoca más al desarrollo de la justificación del criterio aplicable en cuanto a la sana crítica, es decir, realiza un exegético análisis sobre la valoración de la prueba. El estándar probatorio es, o bien omitido, o bien solamente mencionado.

Podemos entonces concluir que la Corte Suprema por la función que suele cumplir de manera ordinaria, apela más bien a criterios civiles, y si bien a veces hace mención a la

aplicación de un estándar probatorio, no siempre es uniforme en su aplicación, y jamás realiza una justificación profunda respecto de él.

4. Composición de la Corte

Tal como hemos venido analizando, los procesos sancionatorios son conocidos en primer lugar por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y en segundo lugar, y luego de la interposición del recurso de reclamación, por la Corte Suprema. Debido a lo anterior, es sumamente relevante analizar tanto la composición como la función que cumple cada uno de estos tribunales, en tanto conocen de la misma materia.

En relación a la Corte Suprema y a la composición de nuestro sistema judicial en general, en nuestro país, se ha establecido un sistema mixto en cuanto a la composición de los tribunales, de esta forma, los tribunales inferiores han sido unipersonales y los superiores en cambio, “se han establecido como colegiados. Ejemplo: las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema. Se ha tratado así de obviar al mínimo los inconvenientes de ambas clases de tribunales y de obtener, por el contrario, sus mayores ventajas”¹³⁸.

De esta forma, la Corte Suprema es un tribunal colegiado, que ejerce jurisdicción sobre todo el territorio de la República y cuya función es velar por la correcta y uniforme aplicación de la Constitución Política y de las leyes. La Corte Suprema está compuesta por los siguientes funcionarios: “*El Presidente*, que tiene como misión regir la Corte, fuera de sus demás funciones y obligaciones (...); y que es elegido por la misma Corte, dentro también de sus propios miembros, durando dos años en el cargo y no pudiendo ser reelegido (art. 93, incs. 1º y 2º COT); y *Los Ministros*, cuyo número es de veintiuno, incluyendo al Presidente; y que gozan de precedencia los unos respecto de los otros por el orden de su antigüedad (art. 93, incs. 1º y 3º, C.O.T.),”¹³⁹ entre otros.

En relación al nombramiento de los jueces, el artículo 78 de la Constitución establece que la Corte Suprema se compondrá de veintiún ministros, los cuáles serán nombrados por el Presidente de la República “eligiéndolos de una nómina de cinco personas que, en cada caso,

138 CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011. p.48.

139 Ibid, p. 115.

propondrá la misma Corte, y con acuerdo del Senado”¹⁴⁰ además, “Cinco de los miembros de la Corte Suprema deberán ser abogados extraños a la administración de justicia, tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva”¹⁴¹. En este mismo sentido, el artículo 254 del COT establece que para ser ministro de la Corte Suprema se requiere: “1° Ser chileno; 2° Tener el título de abogado; 3° Cumplir, tratándose de miembros del Escalafón Primario, con los requisitos que establece el artículo 283, y 4° Haber ejercido, tratándose de abogados ajenos al Poder Judicial, por a lo menos quince años la profesión de abogado, sin perjuicio de cumplir con los requisitos señalados en los números 1° y 2°”¹⁴². En este sentido queda en evidencia que todos los miembros que componen la Corte Suprema son abogados de profesión.

La relación de la Corte Suprema con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se origina al quedar este último bajo la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte, tal como establece el artículo 5 del DL 211. Lo anterior, se traduce en que “la Corte Suprema es el Tribunal que ejerce la revisión judicial sobre las decisiones del TDLC, emanen de potestades sean de naturaleza jurisdiccional es o extrajurisdiccionales, siempre que hayan sido tramitadas conforme a un procedimiento contencioso o a uno no contencioso, respectivamente. Bajo el DL 211, la Corte Suprema se configura como el único Tribunal competente para revisar tanto sentencias definitivas como resoluciones de término pronunciadas por el TDLC, a través del recurso de reclamación.”¹⁴³

Por otra parte, en relación al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el artículo 5 del DL 211, lo define como “un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”¹⁴⁴.

En nuestro país “el órgano que realiza el primer nivel de adjudicación corresponde a un Tribunal y no a una agencia administrativa, como suele ocurrir por regla general en el Derecho Comparado. Además, es de carácter especial, lo cual aseguraría un nivel de

140 Artículo 78 Constitución Política de la República

141 Artículo 78 Constitución Política de la República

142 Artículo 254 Código Orgánico de Tribunales

143 SEPÚLVEDA, P. op.cit. p.41.

144 Artículo 5 DL 211.

experticia suficiente para resolver cuestiones de índole técnicas, especialmente económicas”¹⁴⁵.

El hecho de que sea un tribunal especial y que tenga la competencia para resolver cuestiones de índole técnicas en materia económicas, está dada por su composición. Éste está integrado por cinco miembros: 1) Un Presidente, de profesión abogado, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes elaborada por la Corte Suprema, reunida en pleno, previo concurso público; 2) Un abogado y un licenciado o con post grados en ciencias económicas, designados por el Consejo del Banco Central, previo concurso público; y, 3) Un abogado y un licenciado o con post grados en ciencias económicas designados por el Presidente de la República de dos ternas, una para cada designación, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público¹⁴⁶. Resulta claro que, en la composición de este tribunal, a diferencia de la Corte Suprema, nos encontramos no ya solo con abogados, sino que también como profesionales en materias económicas, lo que justifica que sea un tribunal especial que tenga la competencia y la preparación para tomar decisiones en materias económicas, en tanto estas suelen ser materias técnicas.

4.1. Importancia de la falta de economistas

Una de las funciones fundamentales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es actuar como un policymaker, esto se refiere a que aquél, resuelve los casos pensando en cuáles son las medidas que atienden a la protección del mercado, es decir, maximizan el bienestar de la economía.

Ante la pregunta, ¿qué hace el TDLC como policymaker? “mucho agua ha corrido bajo el puente durante el siglo xx en lo que se refiere a los objetivos de la libre competencia.

Muy en síntesis, los orígenes populistas de la *Sherman Act* fueron desterrados, al menos parcialmente, por la Escuela de Chicago y el característico énfasis que ella puso en la eficiencia económica. Actualmente (...) El objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia,

145 SEPÚLVEDA, P. op.cit. pp.38-39.

146 Página Web Del TDLC. [Disponible en línea en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/estructura-del-tdlc/>, última visita 13 de junio de 2018].

ya sea entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores y esto lo debe hacer el TDLC”¹⁴⁷.

Sin duda para poder tomar decisiones que implementen políticas que maximicen el bienestar de la comunidad económica, se requiere de profesionales capacitados en el área. Es justamente por esto, que dentro de los miembros que componen el TDLC, no solamente tenemos abogados (para que velen por la correcta aplicación de la ley), sino que también tenemos a éstos con post grados en materias económicas, o derechamente a economistas. Si bien hay distintas corrientes o variantes entorno a la concepción de la eficiencia, según Grunberg, “lo que sí está fuera de duda es que la política de la competencia debe diseñarse e implementarse a partir del conocimiento aportado por la economía y la organización industrial. Esta es la llamada “revolución en la competencia” (“antitrust revolution”)¹⁴⁸.

La composición de este tribunal permite justamente que las decisiones no sean tomadas solamente desde una arista jurídica, sino que también a partir de los conocimientos que aportan las ciencias económicas, para de tal manera actuar como un policy-maker. No debemos olvidar que el TDLC es un regulador del comercio, un regulador del mercado, y estas políticas son adoptadas a partir de resoluciones que buscan generar criterios para proteger la Libre Competencia.

Ahora bien, lo problemático aparece cuando analizamos que la Corte Suprema conoce de los mismos asuntos que conoce el TDLC, pero teniendo una composición muy diferente.

Nuestro máximo tribunal está compuesto en su totalidad por abogados, los cuales, a través del recurso de reclamación, revisan las decisiones dictadas por el TDLC en su totalidad, tanto en la calificación de los hechos, como del derecho (en tanto el conocimiento es asimilable al de un recurso de apelación).

En este sentido, lo curioso de nuestro sistema es “el rol que cumple nuestra Excelentísima Corte en el diseño. Resulta que tenemos un tribunal especial el cual resuelve materias no del todo jurídicas donde el contenido económico es relevante. Al mismo tiempo,

147 MONTT, Santiago. *El tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas*. Santiago, 2010. Disponible en <http://www.regcom.uchile.cl> [fecha de última consulta: 13 de junio de 2018].

148 GRUNBERG, J. y MONTT, S. op.cit. p.6.

este tribunal contiene rasgos de ser un ente regulador económico cuyas resoluciones son seguidas atentamente por toda la comunidad económica. Mientras, por otro lado, tenemos un tribunal ordinario que, si bien es superior de justicia, es ordinario al fin y al cabo”¹⁴⁹.

Otro punto importante en cuanto a la composición y rol que cumplen ambos tribunales, gira en torno al artículo 26 del DL 211, en tanto se establece que la sentencia definitiva debe enunciar “los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia”¹⁵⁰. El problema entonces es grave, en tanto la Libre Competencia tiene como finalidad velar por la eficiencia de la economía, y por la disuasión de las conductas que atenten contra esta. Es por esto mismo que el TDLC ha tomado un rol de “policymaker”, y para ello, no es necesario solamente cubrir aspectos jurídicos, sino también económicos, y tal como para los jurídicos se requieren de profesionales en el tema - en este caso de abogados - en el económico también se requieren de conocimientos técnicos.

La composición del TDLC ya mencionada, funciona de manera precisa en el cumplimiento de esta finalidad en tanto cubre ambas materias con el desempeño de profesionales capacitados en el tema, por lo tanto, efectivamente la sentencia tendrá argumentos de hecho, de derecho, pero también fundamentos económicos entregados por personas competentes. Ahora bien, es sumamente conflictivo que a través del recurso de reclamación la Corte Suprema pueda conocer la revisión del caso en su totalidad, y pronunciarse sobre éste debiendo motivar la sentencia entorno a elementos de “hecho, derecho y económicos”. La Corte Suprema está compuesta de abogados que no son especialistas en materias económicas, y que sin embargo, deben también fallar casos que cubren estas materias. Al fin y al cabo, a pesar de que es importante que exista un recurso de reclamación, porque el sistema recursivo es relevante en la protección de las garantías del proceso, debemos cuestionarnos si es competente la Corte Suprema para conocer de este. O bien, si realmente queremos dejarle al sistema judicial el rol de policy maker, porque la verdad es que, con la construcción institucional actual, en el conocimiento del recurso de reclamación, este objetivo se pierde.

5. Necesidad de unificación de estándares probatorios en los procesos sancionatorios

149 HUDSON, L. op.cit. p.82.

150 Artículo 26 DL 211.

En el siguiente apartado plantearemos la necesidad de unificación de criterios en cuanto a la aplicación de los estándares probatorios, tanto por parte del TDLC como por parte de la Corte Suprema. A lo anterior, debemos sumar la necesidad de consagrar un estándar de manera expresa, todo esto, en relación a los procesos sancionatorios en materia de Libre Competencia.

5.1. Comparación entre el criterio del TDLC y el de la Corte Suprema

En la mayoría de los casos ha sido el TDLC quien ha introducido el concepto de estándar probatorio, y quien lo ha desarrollado de manera más extensa.

Este tribunal en sus últimas sentencias ha establecido que el estándar de prueba aplicable a los procesos de colusión, debiese ser el de prueba “clara y convincente”.

La Corte Suprema por su parte, no siempre ha establecido la aplicación de determinado estándar probatorio, sino más bien, ha tendido a la aplicación de criterios civiles y se ha dedicado a desarrollar de manera exegética la valoración de la prueba en estos procesos.

Tal como veremos en los fallos a analizar, a pesar de que existen situaciones en que la Corte Suprema ha establecido el criterio de la prueba “clara y convincente” como el que debe aplicar en los procesos sancionatorios en materia de Libre Competencia, simplemente lo ha enunciado, no habiéndolo desarrollado ni menos justificado.

Además, la Corte Suprema carece de esta finalidad de policy maker que enunciábamos, y se avoca más bien a la mera aplicación de la ley, de esta forma, ella es un “tribunal que busca la correcta aplicación de la ley en un caso concreto a partir del razonamiento lógico y formalista. Dentro de su función como Corte de Casación, solo se enfoca en la aplicación de la ley en cuanto a una correcta aplicación de ella en los distintos casos presentados”¹⁵¹.

151 HUDSON, L. op.cit. pp.110-111.

Es importante destacar, que en uno de los últimos fallos importantes del TDLC, cual es “CMPC y SCA”, se desarrolla de manera extensa la aplicación del criterio de prueba “*clara y convincente*”. Ahora bien, en el voto de minoría, se hace un análisis profundo, sugiriendo que, en los procesos sancionatorios de colusión, debiese aplicarse el estándar de prueba de *prueba preponderante*, vale decir, el criterio civil.

De esta forma podemos concluir, en primer lugar, que no existe un criterio definido en relación al estándar probatorio que debe ser aplicado en los procesos de colusión.

En segundo lugar, es posible establecer que no hay uniformidad de criterios entre el TDLC y la Corte Suprema, y que, a pesar de que en ciertas ocasiones ambos hacen mención al estándar de prueba clara y convincente, la Corte Suprema solamente lo enuncia y jamás entra en una justificación. Además, ésta en la mayoría de los casos, hace remisión a la aplicación de criterios civiles.

En este sentido, el fallo mencionado, genera una nueva problemática en tanto vemos que dentro del mismo TDLC ha comenzado a surgir una doctrina que establece que el estándar de prueba aplicable a los procesos sancionatorios en Libre Competencia, debiese ser uno semejante al aplicado en materia civil.

Finalmente, también debemos destacar que la composición de ambos tribunales, tal como fue mencionado en el apartado anterior, también resulta conflictivo, en tanto la determinación del tratamiento jurídico y económico en ambas sedes, y sus consideraciones, no se gestan a partir de las mismas premisas y grados de conocimiento en materias técnicas especializadas.

5.2. Problema que suscita la disparidad de criterios

Habiendo identificado una falta de determinación y de uniformidad en cuanto al estándar probatorio aplicable en los procesos sancionatorios en Libre Competencia, es relevante destacar porqué esta situación es conflictiva.

En primer lugar, tenemos que, ante el juzgamiento de los mismos hechos, dos tribunales, aplican criterios distintos. O bien, ni si quiera aplican el criterio del estándar

probatorio, que como ya hemos mencionado, es extremadamente relevante para la averiguación de la verdad, la protección de las garantías fundamentales, y para la racionalidad de la decisión al actuar como complemento de la valoración de la prueba, entre otros motivos.

Si queremos tener tribunales confiables, que protejan los derechos de las personas, y además que velen por la seguridad jurídica, debemos contar con criterios prestablecidos. La situación en cuestión, relativa a que respecto de los mismos hechos tengamos dos tribunales fallando con falta de uniformidad, resulta inaceptable.

Debemos identificar cuál es el estándar probatorio que debe regir en los procesos sancionatorios, definirlo, y uniformar la adopción de este tanto por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como por la Corte Suprema.

De esta manera estaremos velando por criterios uniformes y decisiones racionales, y, además, podremos intentar equiparar algunos criterios utilizados por la Corte, con los del TDLC. De esta manera también se lograría, aunque sea de manera ínfima, intentar proteger la función de éste en relación a las políticas como regulador de mercado.

Volviendo a la definición del recurso de reclamación, lo habíamos caracterizado como un “recurso extraordinario interpuesto ante el Tribunal de Defensa de la libre Competencia y conocido por la Corte Suprema, cuya finalidad es dar unidad y uniformidad a los criterios y principios que deben regir en el sistema de la libre competencia”¹⁵². Si una de las finalidades de este recurso es justamente uniformar criterios, debemos contar con tribunales que “jueguen con las mismas reglas”, no tribunales que deban juzgar a partir de estándares dispares. Esto, porque si no, nunca lograremos uniformidad, sino que siempre estaremos ante decisiones disímiles en tanto los criterios no son los mismos, es más, no se encuentran establecidos.

La situación es la siguiente, “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la naturaleza de las materias que conoce y a partir de casos concretos crea políticas públicas a partir de sus fallos. En efecto, debemos considerar que la jurisprudencia emanada por este tribunal es, en los hechos, un precedente para los agentes económicos, una señal en cuanto a señalar que considera el tribunal como hechos, actos o contratos atentatorios contra la libre

152 Ibid, pp.129-130.

competencia. Ello a partir de la creación de criterios y razonamientos al llenar de contenido las figuras indeterminadas que sancionan los atentados contra la libre competencia”¹⁵³.

En cambio, la Corte Suprema es un tribunal que busca la correcta aplicación de la ley. Tanto el no tener un estándar probatorio definido – con todo lo que aquello conlleva -, como no tener criterios uniformes en las decisiones, es conflictivo.

Consideramos que la unificación de criterios es importante, porque no podemos tener dos tribunales fallando los mismos hechos con criterios disímiles, peor aún, tribunales que fallan ellos mismos con criterios dispares. La situación existente atenta contra la seguridad jurídica, contra la protección de los derechos fundamentales de las personas, y además, deja sin validez real la vocación de regulador de comercio o de “policy maker” del TDLC.

5.3. Solución

Habiendo identificado como problemas la falta de determinación, y la disparidad en la aplicación de un estándar probatorio, junto con el mermado rol de policy maker del TDLC, corresponde proponer una solución.

En primer lugar, debe establecerse un estándar probatorio de manera expresa y definida, que sea adoptado tanto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como por la Corte Suprema.

Ahora bien, surge la pregunta, ¿qué criterio establecer?

Tal como desarrollamos en su momento, existen tres estándares probatorios a) más allá de toda duda razonable, b) balance de probabilidades y c) prueba clara y convincente.

Frente a la disyuntiva de cuál es el que debiese aplicarse en materia sancionatoria en Libre Competencia, y teniendo en consideración la naturaleza administrativa de estos procesos, hay quienes establecen que como mínimo, debe ser el de prueba clara y convincente.

153 Ibid, p. 110.

También existen quienes consideran que el estándar probatorio que se debe aplicar a los delitos de colusión es similar al de “más allá de toda duda razonable”. En este sentido algunos autores hacen extensivas las características penales a los procesos sancionatorios. Por ejemplo, en Estados Unidos, a partir del caso Matsushita, se comenzó a exigir un estándar probatorio muy alto para poder probar la colusión. En este sentido se adoptó como criterio aquél que exige al juzgador un grado de convicción superior al del 90% de probabilidades para poder probar un acuerdo colusorio o una práctica concertada.

En tercer lugar, hay quienes afirman que el estándar que debiese aplicarse en esta sede corresponde al civil por ser un proceso sancionatorio de indemnización.

Ahora bien, tal como se procederá a argumentar, consideramos que debemos aplicar un criterio de prueba clara y convincente.

Definir un estándar que sea adoptado por ambos tribunales, logrará permitir que aquellos actúen de mejor manera como garantes de los derechos fundamentales, permitirá además otorgar una justificación más contundente a las sentencias, y así, cumplir con el criterio de racionalidad, siendo un complemento necesario para el sistema de la sana crítica.

También mencionamos como problema el que el rol de policy maker del TDLC se viera mermado por un posterior conocimiento de estas materias por la Corte Suprema, tribunal que no tiene conocimientos económicos técnicos. Sin duda que debemos cuestionarnos si la Corte es el tribunal adecuado para conocer del recurso de reclamación interpuesto contra las resoluciones dictadas por el TDLC o no. Pero desde la situación actual, consideramos que al menos la definición de un estándar común que tenga una exigencia superior a la civil, puede ayudar a exigir decisiones más justificadas por parte de nuestro máximo tribunal, al menos así nos aseguramos que al momento de fallar, las sentencias hayan sido dictadas con un alto grado de convencimiento.

5.3.1. Establecimiento de un estándar probatorio de prueba clara y convincente en los procesos sancionatorios

Ante el cuestionamiento anteriormente planteado sobre ¿cuál debe ser el estándar de prueba exigible para los casos de colusión o prácticas concertadas entre competidores? Proponemos el de prueba clara y convincente.

Lo anterior, en tanto “debe existir un estándar mayor que para casos puramente civiles, en donde, por ejemplo, el tipo de sanción que pudiera estar involucrada es una de carácter básicamente compensatoria”¹⁵⁴.

El estándar para los procesos sancionatorios en los delitos de colusión debe ser uno intermedio, en este sentido Graeme Samuel, chairman de la Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) afirma que, “To prove a breach of the Act, the ACCC must demonstrate that there was an agreement between competitors and/or that *that* agreement was put into effect. Because of the nature (...) the ACCC must prove these matters to a standard that is higher than the usual civil burden of ‘balance of probabilities’. The ACCC must prove its case to a *quasi-criminal* standard, where the existence of the material facts must be proved ‘clearly’, ‘unequivocally’, ‘strictly’ or ‘with certainty’. When criminal sanctions are introduced, and it is necessary to prove matters ‘beyond reasonable doubt’, the evidentiary hurdles will be even higher”¹⁵⁵. En otras palabras, en Australia, el estándar de prueba en los casos de colusión es uno intermedio. En la cita anterior, el chairman indica que teniendo en consideración la naturaleza de la sanción, se deben probar estos actos bajo un estándar que necesariamente debe ser más alto que el que se exige en materia civil, el de balance de probabilidades. El estándar que propone es una cuasi-criminal, donde la existencia de los hechos debe ser probada de manera clara, inequívoca, estricta o con certidumbre.

Teniendo en consideración lo expuesto, debemos establecer un estándar que sea superior al civil por las razones que pasaremos a exponer, dentro de ellas, por la dificultad

154 ROMERO, J. op.cit. p.301.

155 GRAEME, Samuel. *The ACCC approach to the detection, investigation & prosecution of cartels. Economics Society of Australia Detection of cartels symposium*. 2005. [Disponible en línea: https://www.accc.gov.au/system/files/20050928_Economics%20Society_Cartels.pdf]. Se incluye traducción propia del autor: “Para probar un incumplimiento del acto, la ACCC debe demostrar que había un acuerdo entre competidores y/o que ese acuerdo fue ejecutado. Dada la naturaleza (...) La ACCC debe probar estar materias conforme a un estándar que es más alto que la carga civil común del ‘balance de probabilidades’. La ACCC debe probar su caso conforme a un estándar cuasi-criminal, en donde la existencia de los actos materiales debe ser probada ‘claramente’, ‘inequívocamente’, ‘estrictamente’ o ‘con certeza’. Cuando se introducen las sanciones penales, y es necesario probar los asuntos ‘más allá de toda duda razonable’, los obstáculos probatorios serán aún mayores”.

probatoria que implica determinar los ilícitos que atentan contra la Libre Competencia. Ahora bien, no existe justificación para imponer uno tan exigente como el de “más allá de toda duda razonable”, el cual se aplica en aquellos procesos en donde los bienes en cuestión son aquellos más esenciales, tales como la libertad.

6. Análisis jurisprudencial

6.1. Fallo CMPC y SCA del TDLC

La reflexión expuesta nace a partir de la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con fecha 28 de diciembre de 2017, en el caso CMPC y SCA, en especial, en la discusión que se da en el voto de minoría.

A fojas 8, el 27 de octubre de 2015, la FNE dedujo un requerimiento contra CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 3º inciso primero y segundo, letra a) del DLº211. Lo anterior, en tanto se los acusó de haber celebrado y ejecutado acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado, y de haber fijado precios de venta de papeles tissue entre el año 2000 y diciembre del año 2011. La acción por la cual se deduce el requerimiento es una de aquellas que atentan contra la defensa de la Libre Competencia, en tanto afectan al mercado nacional de la comercialización mayorista de papeles suaves.

En marzo de 2015 CMPC se acogió al programa de delación compensada, y en octubre de 2015, cuando la FNE había ya realizado diligencias de entrada, registro e incautación en las dependencias de SCA, esta última solicitó acogerse al mismo programa el cual fue aprobado con el beneficio de reducción de multa.

Al deducir el recurso la Fiscalía Nacional Económica estableció que, “los hechos descritos configuran la conducta descrita en el artículo 3º del DL N° 211 y que concurren cada uno de los elementos normativos exigidos para la configuración de la infracción: (i) existencia de un acuerdo ilícito entre competidores; (ii) el acuerdo confiere poder de mercado; y (iii) el

acuerdo afecta variables competitivas, pues se asignaron cuotas de mercado y fijaron los precios de sus productos *tissue*.”¹⁵⁶

6.1.1. Análisis del fallo

El fallo en cuestión es relevante para este trabajo, no tanto desde el análisis sustancial del derecho de Libre Competencia, sino que desde la revisión respecto al estándar probatorio que se aplica, y el razonamiento que se expone a partir de este. Como veremos, también es importante el voto minoritario en tanto se cuestiona la aplicación del estándar escogido en la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La sentencia expone que en el caso existen varias explicaciones contradictorias sobre diversos hechos, y abundante prueba, que requiere ser ponderada.

Agrega en su considerando séptimo que “Esta labor de ponderación debe realizarse conforme al estándar probatorio aplicable en esta sede, el cual (...) corresponde a uno de prueba ‘**clara y convincente**’”.

Agrega en el considerando octavo, que la ponderación de la prueba acompañada permite dar por acreditado los siguientes hechos: “(i) el acuerdo se inició el año 2000, luego de una reunión en Las Brisas de Chicureo entre el entonces gerente general de CMPC y el entonces dueño de PISA; (ii) el acuerdo habría sido organizado por CMPC, pero los hechos no configuran coacción por parte de esa empresa; y (iii) que aun cuando existen antecedentes que dan cuenta de comunicaciones entre las Requeridas con posterioridad al año 2011, ellos no resultan suficientes para concluir que el acuerdo imputado se haya extendido hasta el 2015”¹⁵⁷.

Finalmente se resuelve: acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, declarando que las requeridas infringieron el artículo 3 inciso segundo letra a) del DL 211, al haber celebrado y ejecutado acuerdos “con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos *tissue* desde el año 2000

156 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf]. p.4.

157 Ibid, p.18.

hasta, a lo menos, diciembre del año 2011, afectando el mercado nacional de la comercialización mayorista de *tissue* en el canal de venta masivo”¹⁵⁸. Se rechaza la excepción de prescripción interpuesta por SCA, y se condena a esta última a pago de una multa de 20.000 UTA. Se exime a la vez a CMPC del pago de multa, al haber sido acreedora del beneficio de delación compensada, en tanto no se acreditó que hubiese coaccionado a SCA para participar del acuerdo. Se impone a las requeridas la exigencia de adopción de un programa de cumplimiento en materia de Libre Competencia, y se condena en costas a SCA.

Lo relevante de esta sentencia es que el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, destaca la relevancia y necesidad de aplicación de un estándar probatorio. En este sentido, define como pertinente el estándar de prueba “clara y convincente”, que, por cierto, es el criterio que creemos se debiese aplicar en materia sancionatoria en Libre Competencia.

6.1.2. Análisis del voto minoritario

Lo relevante de la sentencia CMPC y SCA, y el por qué nace a partir de ésta la presente memoria, se refiere principalmente a la oposición que se presenta en el voto de minoría respecto a la aplicación del estándar probatorio escogido por el TDLC. Esta oposición obliga a reflexionar nuevamente sobre la necesidad de determinación de un estándar, y, sobre todo, acerca de cuál es el que debe ser aplicado dentro de los tres que han sido ofrecidos en la doctrina y jurisprudencia.

Los ministros Sr. Tapia y Sr. Arancibia, comparten la decisión de la mayoría, pero no lo hacen respecto al considerando séptimo, en el cual se define el estándar de convicción aplicado en delitos colusorios. Además, tampoco están de acuerdo con lo estipulado en los considerandos ducentésimo sexto, ducentésimo séptimo y ducentésimo decimoctavo, relativos a la forma de cálculo de la multa, pero para efectos de este trabajo, estas últimas consideraciones no resultan del todo relevante.

El voto de minoría establece que, “en lo que respecta al uso de un estándar de convicción determinado, los fallos anteriores de este Tribunal no han explicitado los razonamientos subyacentes a la elección de dicho estándar, por lo que resulta conveniente

158 Ibid, p.1.

desarrollarlos en atención a la necesidad de brindar certeza y predictibilidad acerca de las bases dogmáticas que rigen el ejercicio de las potestades y procedimientos de este Tribunal. También, a la luz de la reciente tipificación del delito penal de colusión en el artículo 62 del D.L. 211, surge la interrogante de si el estándar de prueba aplicable al ilícito de colusión en esta sede es el mismo o similar al que rige en materia penal”¹⁵⁹.

Agregan que tal como procederán a argumentar, existen razones tanto de orden institucional, como dogmático y económico, que permiten llegar a la conclusión que el estándar que debe ser aplicado, es el llamado “balance de probabilidades”, vale decir, el aplicable a materias civiles.

Afirman que la Corte Suprema, solamente ha hecho mención al criterio de prueba “clara y convincente” pero que jamás ha indicado en qué consiste, tal como lo advertíamos al analizar el estándar aplicado por nuestra Excelentísima Corte Suprema.

Agregan que, “la expresión “clara y concluyente” se asemeja al estándar de prueba “clara y convincente” existente en el derecho norteamericano; semejanza que este Tribunal hizo luego explícita en su sentencia No 136/2014, donde se indicó que se trataba de un estándar que *‘exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza ‘más allá de toda duda razonable’ (c. 70o).*

Con posterioridad, la jurisprudencia ha señalado que éste sería el estándar aplicable (por ejemplo, en la sentencia No 141/2014, c. 51o), o ha sostenido solamente que la prueba del caso al menos lo alcanza (como en las sentencias No 145/2015 y No 148/2015)”¹⁶⁰.

En este sentido, queda en evidencia lo que exponíamos en razón de que la Corte, a pesar de que a veces recurre a la aplicación de este criterio, no ahonda en el razonamiento que existe detrás de éste para optar por su elección, ni en qué medida es alcanzado en los casos específicos.

Según el voto de minoría, el estándar de convicción aplicable, va a depender del proceso y la naturaleza de la responsabilidad imputada, idea con la cual concordamos.

159 Ibid, p. 89.

160 Ibid, p. 91.

Sin embargo, agrega que, “Por regla general, la declaración de responsabilidad patrimonial de un sujeto se rige por el estándar de prueba civil, mientras que la de responsabilidad penal, que envuelve un reproche ético social por atentados graves a intereses públicos extra-patrimoniales, exige el estándar de “más allá de toda duda razonable” por la mayor imputación moral y retribución que conlleva”¹⁶¹.

Propone entonces que para determinar el estándar probatorio es necesario establecer si es que la responsabilidad en este caso es civil o responde a una del orden penal. Los ministros de este voto proponen que se puede llegar a la conclusión que la responsabilidad presente en el referido proceso es del orden civil o avaluable pecuniariamente.

De esta manera señalan que por corresponder a cargas evaluables económicamente, “su incumplimiento genera necesariamente una responsabilidad patrimonial infraccional y, sólo eventualmente, en el caso de infracciones particularmente graves para el interés social, una responsabilidad penal o retributiva que tiene por objeto la formulación de un reproche ético social y la imposición de un gravamen usualmente extra-patrimonial, como ocurre con la mentada penalización del delito de colusión, sin perjuicio del efecto disuasivo que ello conlleve”¹⁶².

Aseguran que, en materias civiles en Libre Competencia, la única diferencia con la responsabilidad contractual privada, radica en el origen de la obligación, que es legal, y en el interés que se ve afectado, que es público, “pero no en la naturaleza infraccional de la responsabilidad y en su estatuto probatorio”¹⁶³.

De este razonamiento, plantean que se puede desprender que no existe un ejercicio del *ius puniendi*, porque no tiene por objetivo formular un reproche ético social al infractor,

161 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf]. Cita a: Claus Roxin. (2013). Sistema del hecho punible, tomo I, Editorial Hammurabi. p. 49 a 56.

162 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf]. Cita a: Cfr. Peter Whelan (2014). The Criminalization of European Cartel Enforcement, Theoretical, Legal and Practical Challenges, Oxford University Press. pp. 25 a 113.

163 CMPA y SCA, op.cit. p.93.

“Antes bien, de lo que se trata es de corregir incumplimientos pendientes y riesgos de incumplimientos futuros de obligaciones regulatorias de naturaleza civil o avaluables pecuniariamente mediante la imposición de nuevas obligaciones novatorias, moratorias o disuasivas con respecto a las obligaciones incumplidas”¹⁶⁴. En este sentido, se trataría más bien de un “ius corrigendi”, y que, “Así, mientras bajo un estándar de prueba civil la probabilidad de cometer errores del Tipo I o errores Tipo II se distribuye de manera igualitaria en caso de que la decisión corresponda a un tribunal independiente e imparcial, bajo un estándar penal el error Tipo I es considerado mucho más dañino, atendida la necesidad de salvaguardar la presunción de inocencia en esta materia. Dada la eventual privación de libertad aparejada a la responsabilidad penal, el legislador valora que en estos casos es más importante ‘absolver a un culpable’ que ‘condenar a un inocente’, por lo que exige un estándar de convicción más alto o, en otras palabras, manifiesta una preferencia explícita por cometer errores del segundo tipo”¹⁶⁵.

Destacan la importancia de tener presente que, cuando la función decisoria “es ejercida por un órgano jurisdiccional, independiente, imparcial, colegiado y especializado, como lo es este Tribunal y, más aun, la Administración acusadora no goza de privilegios en la etapa de ponderación de la prueba, la distribución en abstracto de las probabilidades de cometer errores tipo I y II se torna al menos en equivalente”¹⁶⁶. De esta forma, y en relación a los errores, afirman que la Corte Suprema en conocimiento del recurso de reclamación, es quien realiza una “revisión de los hechos, el derecho e incluso la política de competencia (véase Excma. Corte Suprema, sentencia rol N° 4797-2008, de 27 de enero de 2009, c. 6°). En presencia de un control intenso como el existente en nuestro sistema de libre competencia, las posibilidades de sobre-inclusión, ya de por sí bajas, resultan ser aún más bajas”¹⁶⁷.

En virtud de las consideraciones expuestas, llegan a la conclusión que, en los procesos sancionatorios de Libre Competencia, el TDLC debería aplicar el estándar de convicción correspondiente al de la prueba prevalente, al ser el aplicable a la responsabilidad infraccional.

164 Ibid, p.94.

165 Ibid.

166 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf]. Cita a: Richard Posner. (2011). Economic Analysis of Law, 8th ed. p. 827.

167 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf] pp.96-97.

Indican que de acuerdo “a la jurisprudencia suprema estadounidense, la aplicación de este estándar debiera conducir a absolver a empresas acusadas de colusión en materia civil cuando la evidencia indica que la hipótesis de conducta concertada es menos probable que otras de conductas neutrales o anticompetitivas no colusivas por razones de lógica económica”¹⁶⁸.

De esta forma, es importante el voto minoritario porque cuestiona la aplicación del criterio adoptado en la sentencia por el TDLC correspondiente al estándar de prueba “clara y convincente”. Por el contrario, y principalmente atendiendo a la naturaleza de la obligación en cuestión en los casos de colusión, y considerando que su sanción es una infraccional avaluable económicamente, aseguran que debiese aplicarse el correspondiente a los procesos civiles, “prueba preponderante”.

Esto es sumamente importante porque en los fallos anteriores, tal como procederemos a ver, el TDLC había optado por el criterio de prueba “clara y convincente”, y hoy, tenemos ministros dentro de este tribunal que desechan la aplicación de este estándar.

Esto resulta ser conflictivo en tanto ya no nos estaríamos enfrentando solamente a una falta de certeza en la aplicación de un estándar de convicción en los procesos sancionatorios en Libre Competencia, en relación a la dicotomía TDLC versus la Corte Suprema, sino que hoy, estamos ante una disparidad que se está desarrollando dentro del mismo TDLC.

Todo lo anterior fortalece aún más la idea de que debe establecerse por el legislador un estándar probatorio que sea aplicable de manera uniforme, y tal como exponremos, este debería ser el de prueba “clara y convincente”.

6.1.3. Análisis de otras sentencias

En el siguiente apartado analizaremos cómo el TDLC y la Corte Suprema han venido enfrentando la cuestión relativa al desarrollo y determinación del estándar probatorio. Por lo mismo, nos avocaremos a esto, y no al análisis específico de los ilícitos en que se incurre.

168 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf]. Cita a: Matsushita, 475 U.S. 574, 1986.

Caso Farmacias

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó el 1 de enero de 2012 sentencia en el caso farmacias.

El 9 de diciembre de 2008, la FNE interpuso un requerimiento en contra de Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A., y Farmacias Salcobrand S.A., al acusarlas de haber infringido las normas para la defensa de la Libre Competencia, al “ejecutar actos y celebrar convenciones que, a juicio de la Fiscalía tuvieron por objeto fijar al alza, concertadamente el precio de venta al público de productos farmacéuticos”¹⁶⁹.

En el 2007 habría existido una guerra de precios entre las requeridas, y para noviembre de ese año, habrían decidido darle fin a esta competencia para coordinarse respecto al alza de los precios de determinados medicamentos, estableciendo un nivel de precios de venta al público según lo sugerido por los laboratorios. Este acuerdo implicó la determinación del valor de hasta 222 medicamentos, y según la requirente, las requeridas habrían concentrado el 92% del mercado. Este acuerdo se habría mantenido además hasta abril de 2008, época en que la FNE abrió la investigación.

El TDLC, establece que conforme a la “abundante prueba rendida precedentemente, esto es, tanto de la prueba documental directa de la colusión, contenida principalmente en los correos electrónicos aportados en autos, como de la prueba testimonial, del análisis de los datos de ventas, precios de venta y cotizaciones que también constan en autos, concordantes con lo indicado en los correos electrónicos y en la prueba testimonial, se desprende indudablemente que la colusión entre las tres más grandes cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos, existió, y que se produjo a lo menos entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008; que dicha colusión tuvo la aptitud causal para restringir gravemente la libre competencia en el mercado relevante y que dicha restricción efectivamente se produjo. Toda esa prueba corrobora también plenamente la confesión que al respecto efectuara FASA en la conciliación cuyos términos constan a fojas

169 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 31 de enero de 2012, Caso requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otros [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2608/interpuso+un+requerimiento+en+contra+de+Farmacias+Ahumada+S.A./CL/vid/349800650].

638, 676 y 678 de autos”¹⁷⁰. Conforme a lo anterior, se resolvió que las requeridas estaban condenadas a pagar una multa a beneficio fiscal.

En relación a lo que nos interesa, que es lo relativo a la materia probatoria, en la sentencia del TDLC solamente hay una breve evaluación acerca de la valoración que debía otorgarse a los distintos medios probatorios aportados. De esta forma, no hubo un razonamiento en relación al estándar probatorio aplicable, es más, ni si quiera se hace mención a éste.

En contra de la sentencia del TDLC, se dedujo recurso de reclamación por parte de las Farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A.

En relación a la prueba, en esta sede la Corte estableció que “es necesario señalar que el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores”¹⁷¹.

De acuerdo con ello, la Corte solamente deja establecido cuál es el estándar de convicción que deberá aplicarse, sin embargo, no existe justificación alguna al momento de resolverse el caso, en relación a haberse o no alcanzado este nivel.

Sin embargo, la Corte sí realiza un detallado análisis en cuanto a la valoración de la prueba.

Invoca el artículo 22 del DL 211, en tanto este establece que el TDLC debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Agrega que, tal como se ha expuesto en fallos anteriores, “acerca del concepto de este sistema de valoración de la prueba (rol 396-2009) cabe señalar que para entender en toda su dimensión la labor del juez en torno a la apreciación de la prueba conforme a las normas de la sana crítica es necesario comprender que los sistemas probatorios han evolucionado,

170 Ibid, p. 327.

171 Ibid, p.22.

respondiendo al desarrollo cultural y la naturaleza de las materias, explorando la forma en que mejor se cumpla con la garantía del debido proceso al obtener la necesaria y suficiente argumentación de las decisiones jurisdiccionales. Es así como, en un sentido general, se ha considerado que la actividad probatoria consiste en proporcionar al órgano jurisdiccional los antecedentes necesarios para establecer la existencia de un hecho, sea una acción u omisión”¹⁷². Además, establece que este criterio está referido a “la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden en la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es el mérito que puede incidir en la convicción del sentenciador”¹⁷³.

La Corte Suprema determina que se encuentra justificada la existencia del acuerdo, el cual tenía por objeto alzar los precios de los medicamentos señalados. De esta forma, no se habría permitido el desarrollo de la competencia entre esos agentes económicos, abusando de su poder de mercado, por ende, incurriendo en el delito de colusión establecido en la letra a) del inciso segundo del artículo 2 del DL 211, perpetrado entre diciembre de 2007 y marzo de 2008. De conformidad con lo señalado, se rechazan los recursos de reclamación deducidos, y se condena en costas.

En este sentido el TDLC se avoca solamente al desarrollo de la valoración de la prueba, es la Corte Suprema quien menciona que el estándar probatorio aplicable es el de la prueba clara y concluyente. Sin embargo, no lo desarrolla, ni tampoco indica de qué manera se alcanza esta convicción, se dedica también a un largo análisis del sistema de valoración de la prueba.

Caso Pollos

El 25 de septiembre de 2014, el TDLC dictó sentencia en el caso “Pollos”.

172 C. Suprema, 7 de septiembre de 2012, rol nº2578/2012. [Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/farmacias-ahumada-salco-brand-436035978>].

173 Ibid.

Con fecha 30 de noviembre de 2011, la FNE dedujo un requerimiento contra Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A, Agrícola Don Pollo Limitada y la Asociación de Productores Avícolas de Chile (APA).

En el requerimiento se establece que, Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, habrían infringido el artículo 3 del DL 211, al haber celebrado y ejecutado un acuerdo “entre competidores consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y la asignación de cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto. A juicio de la Fiscalía, la implementación y ejecución del acuerdo anticompetitivo habría sido posible gracias al intercambio permanente de información sensible, estratégica y detallada entre las Empresas Avícolas Requeridas en el seno de la APA, asociación gremial bajo cuya coordinación se habría celebrado, ejecutado y monitoreado el cartel acusado”¹⁷⁴.

A juicio de la FNE habrían existido decisiones conjuntas durante los años 1994 y 1995, fecha desde la cual las requeridas habrían intercambiado información para monitorear los acuerdos colusivos que se llevaron a cabo.

La Fiscalía sostuvo “que el actuar colusivo referido en el párrafo precedente habría derivado en un acuerdo consistente en la limitación de la producción mediante el control de la cantidad ofrecida al mercado nacional y la asignación de cuotas de mercado.

Indica que antecedentes inequívocos de ese acuerdo se remontarían al menos al año 2000 y que el actuar coordinado no habría variado en los años posteriores”¹⁷⁵.

En atención a lo anterior se solicita (i) declarar que las requeridas han ejecutado conductas infringiendo el artículo 3 del DL 211; (ii) ordenar el cese inmediato de este tipo de prácticas; (iii) imponer las correspondientes multas; (iv) ordenar la disolución de APA y (v) condenar al pago de las costas.

174 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 25 de diciembre de 2014, Caso requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros. [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2608/139%2F2014./CL/vid/537608234]. p.1.

175 Ibid, p.3.

El requerimiento fue contestado por APA quien solicitó su rechazo con expresa condenación en costas, por varios motivos. Dentro de ellos, afirmó que “la acusación formulada por la Fiscalía en su contra no sería efectiva y provendría de no considerar una serie de antecedentes relativos a dicha asociación gremial, su formación, objetivos, órganos, actividades y procedimientos”¹⁷⁶.

Luego, a fojas 164, Agrosuper S.A. contestó el requerimiento interpuesto por la FNE, solicitando su rechazo con expresa condenación en costas, y de igual forma lo hizo a fojas 308 Ariztía y a fojas 352 Don Pollo.

Para determinar la fecha en la cual se llevó a cabo el ilícito, el Tribunal señaló que debía considerarse aquella en que se materializó la última de las acciones acreditadas en autos que fuese útil para los fines del cartel, en este caso correspondería “a la citación a la reunión de Comité de Estudios enviada los días 22 y 24 de noviembre de 2010, por lo que será éste último día el que señale, para todos los efectos que a continuación se tratarán, el cierre del *íter* infraccional acreditado en autos”¹⁷⁷.

En suma, el TDLC considera que entre 1994 y hasta el 24 de noviembre de 2010, existió un acuerdo antimonopólico entre las requeridas.

El tribunal resolvió el requerimiento condenando a las requeridas Ariztía, Agrosuper y Don Pollo a una multa de 30.000 UTA cada una. Respecto a APA, el tribunal indica que la sanción idónea es ordenar su disolución.

De esta forma se acogió el requerimiento interpuesto por la FNE, declarando que las requeridas se coludieron, infringiendo la letra a) del artículo 3 del DL 211.

En el razonamiento del fallo, el TDLC en ningún momento hace referencia a la valoración de la prueba – lo que desatará una lata discusión en el conocimiento del recurso de reclamación por la Corte – ni al estándar probatorio. El Tribunal se dedica a justificar cuál es la ley vigente al momento de la comisión del ilícito, y bajo qué normas debiese ser sancionado, además de intentar determinar cuál es la duración de este. Podemos entonces afirmar que en

176 Ibid, p.8.

177 Ibid, p.162.

cuanto al tema que nos interesa, en relación a la prueba, no hay ninguna referencia al estándar probatorio.

Posteriormente, las Empresas Ariztía S.A., la APA, Agrosuper, Don Pollo y la FNE, interpusieron recursos de reclamación en contra de la sentencia dictada por el TDLC en los autos Rol N°139/2014.

Ariztía indicó que en el fallo se vulneraron las reglas de la sana crítica, señalando que se tuvo por acreditada la colusión sobre “la base de conjeturas y considerando como ciertos, hechos que se reconoce imposibles de acreditar. En este contexto señala que no es posible pronunciarse en forma certera acerca de si la asimetría entre las empresas, y/o las importaciones, tienen la idoneidad para hacer viable un acuerdo colusorio como el imputado. Reprocha la reclamación que el fallo considera, sin justificación suficiente, documentos que ni siquiera tienen autoría definida, dejando de observar normas mínimas en materia de prueba, concluyendo la defensa de este modo que un análisis pormenorizado de las pruebas no permiten arribar a la convicción de haber existido un acuerdo colusivo, lo que esa parte niega.

No obstante reconocerse que ciertos antecedentes dan cuenta de preocupaciones legítimas de APA y de las empresas, como ocurrió con los paros portuarios y otros hechos que constituyen sin embargo situaciones extraordinarias, tales deliberaciones fueron también empleadas por el TDLC para establecer las conductas que reprocha, pasando además por alto que existen periodos en que no hay documentos que acrediten algún acuerdo como el imputado pese a que la FNE tuvo acceso a toda la información”¹⁷⁸.

Ariztía además cuestiona el que el TDLC tenga por acreditado el cartel con las características que describe en tanto hay muchos hechos que supone, sin tener pruebas contundentes al respecto. Pone en duda, por ejemplo, un informe elaborado por un empleado dependiente del Fiscal Nacional Económico. Argumenta que el tribunal “primero tiene por acreditado el cartel y luego examina los antecedentes para determinar si son consistentes con las conclusiones previas, lo que vulnera los principios de las reglas sobre valoración de la prueba”¹⁷⁹.

178 C. Suprema, 29 de octubre de 2015, rol n°27181/2014. [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127/no+27181%2F2014/CL/id/585928066]. pp.14-15.

179 Ibid, p.15.

En lo que respecta a la vulneración de las garantías fundamentales, especialmente en lo relacionado con las reglas de la valoración de la prueba, señala que respecto de la sana crítica a) se afectan los principios de identidad y no contradicción en el análisis de la estructura de mercado, en relación a la conclusión relativa a los efectos de aseverar si las importaciones pueden hacer viable un acuerdo; b) se vulneran las máximas de la experiencia y el buen juicio al referirse el tribunal a la estimación de un supuesto sobreprecio, porque en la resolución se omite el hecho de que se descartó un informe que era la única prueba otorgada por la FNE en este punto, al margen de haberse ignorado otros informes que habían aportado las requeridas; y, c) se vulneraría el principio de completitud de la sentencia, porque no hay un razonamiento de cómo se alcanzan las conclusiones. Respecto de este último punto, esto lo habíamos destacado al señalar que, en la motivación de la sentencia, no hay referencia alguna al cómo ha sido valorada la prueba, y a qué estándar de convicción ha llegado el sentenciador.

Por su parte, APA, también asegura que se han vulnerado las reglas de la sana crítica, porque no fueron valorados todos los medios producidos, o lo hicieron parcialmente. Además, indica la existencia de lagunas probatorias, señalando que no hay pruebas que den cuenta del ilícito en los años 1997, 1999 y 2003, por lo que no sería compatible con la decisión del tribunal quien asegura que la colusión fue una conducta continua.

En cuanto a la reclamación de Don Pollo, se estableció prácticamente lo mismo que lo ya mencionado, agregando que “la falta de ponderación de esas pruebas hace incurrir al fallo que se impugna en la vulneración de las reglas de la sana crítica”¹⁸⁰.

Por su parte, la FNE solo interpuso la reclamación para solicitar que se le aumentara la multa a Don Pollo, y se multara a APA.

La Corte Suprema en su razonamiento establece que, “cabe recordar que el grado de convicción que ha sido requerido por esta Corte para sancionar un ilícito de esta clase es la existencia de una prueba clara y concluyente, ello en concordancia con la naturaleza de la acción reprimida y su trascendencia concreta, que comprende el periodo de prolongación de

180 Ibid, p.30.

la misma en el mercado, así como su aptitud para determinar la conducta de los consumidores”¹⁸¹.

Agrega que, conforme al artículo 22 del DL 211, apreciará las pruebas conformes a las reglas de la sana crítica.

De esta manera, realiza un detallado análisis de la valoración de la prueba, indicando que los antecedentes fácticos “apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, llevan a compartir la conclusión del TDLC en cuanto por su contundencia, claridad y coherencia permiten sostener de manera concluyente –como se determinó especialmente en los fundamentos 131, 132 y 149 del fallo en examen– que existió un acuerdo entre las tres avícolas requeridas, coordinado por la APA, en relación a una variable de competencia consistente en la limitación de la producción y asignación de cuotas de producción de carne destinada al mercado nacional”¹⁸². Por consiguiente, se tiene por acreditado el delito de colusión, afirmando que el TDLC no ha infringido las reglas de la sana crítica, porque solamente se ha destacado aquello que tiene mayor relevancia para entender el razonamiento del fallo y arribar a las conclusiones establecidas.

En este sentido, habiendo analizado la sentencia en cuestión, resulta claro que el TDLC en su fallo no desarrolló la valoración de la prueba ni el estándar probatorio, porque esto fue uno de los principales puntos alegados a través de los recursos de reclamación.

Ahora bien, a pesar de que la Corte Suprema indicó que la prueba debiese cumplir con un estándar de convicción de prueba “clara y concluyente”, indicando que este fue alcanzado, no hay más que una enunciación.

Nuevamente el fallo se avoca más bien a la valoración de la prueba, correspondiente al sistema de la sana crítica, siendo inexistente un análisis de los estándares probatorios y su correspondiente justificación.

Caso Ginecólogos y Obstetras Provincia de Ñuble

181 Ibid, p.49.

182 Ibid, p.60.

Con fecha 1 de abril de 2015, el TDLC dictó sentencia en el caso Ginecólogos y Obstetras de la provincia de Ñuble.

El 23 de octubre de 2013, la FNE interpuso un requerimiento ante el TDLC en contra de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (“AGGOÑ”) y en contra de 25 médicos, afirmando que habrían en conjunto, infringido el artículo 3 inciso primero y segundo letra a) del DL 211, al “celebrar y ejecutar un acuerdo destinado a fijar precios mínimos de las prestaciones médicas de consulta y procedimientos quirúrgicos de su especialidad en el sistema privado de salud en las comunas de Chillán, Chillán Viejo y San Carlos de la Provincia del Ñuble. Para estos efectos, habrían constituido la Asociación Gremial de Ginecólogos del Ñuble, a través de la cual habrían materializado el alza generalizada de precios; afectando el mercado de la salud privada en dicha zona y, en definitiva, a las pacientes que demandan estos servicios profesionales.

La Fiscalía señala que, durante el año 2011, los médicos ginecólogos requeridos, representados por el Sr. Francisco Baldecchi Quezada, habrían tomado contacto con ejecutivos de distintas Isapres para negociar conjuntamente un alza de precios, de manera de uniformar el valor de los aranceles médicos de su especialidad contenidos en los convenios vigentes suscritos entre cada médico y las Isapres”¹⁸³.

A fojas 107, las requeridas contestaron el requerimiento solicitando el rechazo.

En relación a la materia probatoria, en este caso el TDLC en el considerando duodécimo estableció que, “ha quedado establecida, entonces, de manera clara y concluyente, la existencia de un acuerdo en el presente caso, esto es, la presencia de una voluntad común de actuación en el mercado que ha suprimido a la toma de decisiones de manera individual”¹⁸⁴.

Además, no sólo establece el estándar probatorio que debió alcanzarse, sino que lo justifica, agregando que la prueba de autos “muestra de manera clara y concluyente que el actuar de los miembros fue concertado a través de la AGGOÑ. Resulta irrelevante para efectos de la reprochabilidad de esta entidad si su propósito declarado era exclusivamente o no incurrir

183 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 1 abril 2015, Sentencia 145/2015. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_145_2015.pdf]. p.1.

184 Ibid, p.22.

en un actuar ilícito, o si su actuación en los hechos se condijo o no con sus objetivos (sin perjuicio de que estos sean factores a considerar en un eventual cálculo de multa). Existe evidencia suficiente en el proceso de que se realizaron actuaciones tendientes a formar un acuerdo colusorio al interior de la Asociación, las cuales fueron luego seguidas por sus miembros invocando expresamente el nombre de esta última”¹⁸⁵.

En consideración a lo expuesto, el Tribunal acoge el requerimiento interpuesto por la FNE, y condena a las requeridas a una serie de medidas.

Podemos entonces notar que en lo relativo al estándar de convicción, en este caso el TDLC define el estándar aplicable como el de prueba clara y concluyente, y justifica su alcance. Por el contrario, no hay una gran avocación a la valoración de la prueba, de hecho, no se menciona de qué manera son aplicadas las reglas de la sana crítica.

Contra la sentencia del TDLC, la parte requerida dedujo recurso de reclamación, solicitando que ésta se rechazare y fuera revocada. En relación a la sentencia solicitan que “sea revocada y se rechace el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica o, en subsidio, que se enmiende el fallo, en lo relativo al punto 2 de la parte resolutive, revocándolo en la parte que aplica una multa de 10 Unidades Tributarias Anuales a la Asociación Gremial requerida dejándola sin efecto, o que sea rebajada a la suma que se establezca, y que las multas aplicadas a los médicos requeridos se rebajen en un 90% ó en la cifra que se determine, para corregir el aumento que arroja al aplicar un factor de 1,5 a la multa establecida con el fin de reflejar un beneficio económico que no ha sido acreditado; o, en subsidio, que se rebajen prudencialmente todas las multas aplicadas a la cantidad que se estime procedente. A su vez, solicita que el fallo sea enmendado en cuanto al punto 4 de lo resolutive, revocándolo en la parte en que condena en costas a sus representados, pues no fueron totalmente vencidos y porque tuvieron fundamento plausible”¹⁸⁶.

185 Ibid, pp.36-37.

186 C. Suprema, 7 de enero de 2016, rol nº5609/2015. [Disponible en: <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/En+estos+autos+rol+Nº+5609-2015+se+trajeron+los+autos+en+relación+para+conocer+de+las+reclamaciones+interpuestas+por+la+Asociación+Gremial+de+Ginecólogos+Obstetras+de+la+Provincia+de+Nuble+y+por+los+médicos+ginecólogos+requeridos+Francisco+Baldecchi+Quezada%2C+Felipe+Camposano+Luzzi%2C/CL/vid/591221918>]. pp.14-15.

Por su parte, la FNE también presentó recurso de reclamación, pidiendo que se les impusiera a los requeridos las multas señaladas en el requerimiento a fojas 1, solicitando la disolución de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, y oficiando al efecto al Ministerio de Economía.

La asociación y los médicos, han indicado en su reclamación que se ha errado en la sentencia en tanto ha existido una “deficiente valoración de las normas reguladores de la prueba, ya que los falladores no hacen valoración alguna de las probanzas rendidas”¹⁸⁷, esto es justamente lo que habíamos expuesto en el análisis de la sentencia del TDLC. Ahora bien, la Corte Suprema al conocer de estos recursos, desestima esta alegación e indica que “tal como lo consignan en su resolución los falladores, ‘existe evidencia suficiente y clara’ que permite establecer el poder de mercado que el acuerdo confirió a las requeridas”¹⁸⁸.

La Corte acoge el recurso interpuesto por la FNE sólo en cuanto a la disolución de la Asociación Gremial, en lo demás se rechaza, y se desestima el que fuera deducido por la parte de los requeridos en el escrito principal. Ahora bien, fue adoptada la resolución con el voto en contra del Ministro Suplente Sr. Pfeiffer en cuanto se opuso a disolver la asociación gremial, y afirmó que lo que debiese haberse decidido era desestimar ambas reclamaciones.

Podemos ver, que en este caso la Corte Suprema en su sentencia del 7 de enero de 2016, solamente enuncia que los sentenciadores del TDLC estimaron que existía prueba clara y concluyente. Ahora bien, respecto al fallo, no aplica ningún estándar de convicción, o al menos, no justifica el grado de convencimiento que ha alcanzado para su resolución. Es el TDLC quien en este caso desarrolló y justificó su aplicación. Ahora bien, ninguno de los dos lleva a cabo un análisis profundo acerca de cómo fue valorada la prueba.

Caso buses de Valdivia

El 4 de noviembre de 2014, el TDLC dictó sentencia en el caso “Buses de Valdivia”.

187 Ibid, p.19.

188 Ibid, p.32.

A fojas 3 con fecha 12 de diciembre de 2012, la FNE interpuso requerimiento en contra de 10 Sociedades y Empresas de Transportes de Valdivia, y contra la Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses de Valdivia (AGETV).

El requerimiento imputó a las requeridas el haber infringido el artículo 3 del DL 211, “*al celebrar un acuerdo destinado a la fijación de precios de las tarifas a público desde el año 2008 a la fecha y por el cual han restringido, impedido y/o entorpecido la libre competencia en el mercado del transporte público urbano de pasajeros de la ciudad de Valdivia*”¹⁸⁹.

La FNE establece que, en una reunión llevada a cabo por la AGETV en mayo de 2008, se habría acordado un alza de las tarifas de manera conjunta. Según la Fiscalía, el acuerdo se habría mantenido hasta el 2011, fecha en la cual acordaron una nueva alza. La Fiscalía expresa que existieron otras modificaciones a las tarifas mediante la actuación conjunta, y tal era la intención de ocultamiento de lo sucedido, que la asociación gremial habría alterado una serie de actas. De esta forma, la requirente afirma que el cartel se mantendría vigente “hasta la actualidad”, vale decir, hasta que se dedujo el requerimiento.

El 22 de marzo de 2013, las requeridas comparecientes contestaron el requerimiento solicitando su rechazo con costas, de la misma forma lo hizo el 23 de marzo de 2013 la Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses de Valdivia. Finalmente, a fojas 177, con fecha 23 de marzo de 2013, la Empresa de Transportes Lourdes S.A. y Transportes Libertad S.A. contestaron el requerimiento solicitando su rechazo, con costas.

El TDLC en su razonamiento, y en relación a la prueba, indicó que corresponde ponderar y valorar conforme a las reglas de la sana crítica el mérito probatorio de los hechos. Agrega que, “establecido entonces el grado de convicción que será necesario para dar por acreditada una conducta colusoria, corresponde valorar la prueba rendida, teniendo presente que, como ha dicho en diversas ocasiones tanto este Tribunal como la Excma. Corte Suprema, la colusión puede probarse tanto por prueba directa como indirecta”¹⁹⁰. En consideración a lo

189 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 noviembre de 2014 caso requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Línea Collico S.A. y otros. [Disponible en: <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdictions:CL/al+celebrar+un+acuerdo+destinado+a+la+fijación+de+precios+de+las+tarifas+a+público+desde+el+año+2008+a+la+fecha+y+por+el+cual+han+restringido%2C+impedido+y%2Fo+entorpecido+la+libre+competencia+en+el+mercado+del+transporte+público/CL/vid/542938866> }. p. 1

190 Ibid, p.35.

que se expone en la sentencia, el TDLC decide acoger el requerimiento interpuesto por la FNE “declarando que dichas empresas y asociación gremial han participado en un acuerdo para alzar el precio de los pasajes de sus servicios de transporte urbano en la ciudad de Valdivia a partir del mes de abril de 2008, en infracción del artículo 3° del D.L. N° 211”¹⁹¹, imponiéndoles una multa a beneficio fiscal.

Podemos notar que en el razonamiento del TDLC, se hace mención a la valoración de la prueba. En este sentido se fundamentó el tratamiento y la ponderación que debía dársele a los medios probatorios, sin embargo, no hay si quiera una mención al estándar de convicción que debiese alcanzar el tribunal, solamente se establece que es procedente la prueba directa e indirecta.

Contra la sentencia dictada por el TDLC, se dedujeron recursos de reclamación y la Corte Suprema dictó sentencia el 29 de diciembre de 2015.

La reclamación fue deducida por la FNE, solicitando que se enmendara la sentencia y se acogiera el requerimiento, que básicamente solicita la corrección en la aplicación de multas.

Luego, las requeridas Sociedad de Transportes Regional S.A.; Sociedad de Transportes Austral Sur-Oeste S.A.; Transportes Regional Corvi S.A.; Empresa de Transportes de Pasajeros Línea Once S.A.; Empresa de Transportes Regional Sur S.A.; Transporte Comercial Laurel Sur S.A.; Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y Empresa Transportes de Pasajeros Río Cruces N° 9 S.A. “interpusieron recurso de reclamación, en el que solicitan que se revoque la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y se declare que se absuelve del requerimiento a las requeridas de fojas 120 con costas. En subsidio, piden que se rebajen las multas impuestas a la suma equivalente a 2,5 Unidades Tributarias Anuales, al igual que las otras requeridas que no han recurrido del fallo”¹⁹².

191 Ibid, p.46.

192 C. Suprema, 29 de diciembre de 2015, rol n°32149/2014. [Disponible en: <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/En+subsudio%2C+piden+que+se+rebajen+las+multas+impuestas+a+la+suma+equivalente+a+2%2C5+Unidades+Tributarias+Anuales%2C+al+igual+que+las+otras+requeridas+que+no+han+recurrido+del+fallo/CL/vid/590768258>].pp. 4 -5.

La Corte Suprema rechazó la reclamación deducida por las requeridas, y acogió la reclamación interpuesta por la FNE, elevando las sanciones impuestas. Ahora bien, en este fallo, se hace referencia a la valoración o ponderación que debe otorgarse a determinados medios de prueba, sin embargo, no hay desarrollo acerca del estándar probatorio aplicable, ni del grado de convicción que debiese haber alcanzado el tribunal al dictar la sentencia.

Caso Asfaltos

Con fecha 23 de diciembre de 2015, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictó sentencia en el caso “Asfaltos”.

El 7 de julio de 2014, la Fiscalía Nacional Económica, dedujo un requerimiento en contra de Asfaltos Chilenos S.A., Dynal Industrial S.A, Empresa Nacional de Energía Enx S.A., y Química Latinoamericana S.A. (“QLA”).

La FNE sostiene que las requeridas habrían infringido el artículo 3 del DL 211 al haber celebrado y ejecutado “acuerdos de reparto de mercado entre empresas proveedoras de productos asfálticos a nivel minorista, consistentes en la asignación de contratos específicos de provisión de productos asfálticos para la construcción, reposición y/o reparación de obras, rutas y faenas viales u obras privadas adjudicadas a empresas constructoras; afectando o tendiendo a afectar el mercado de los cementos o ligamentos asfálticos a nivel minorista”¹⁹³.

La requirente indica que el 12 de noviembre de 2012, ENEX solicitó acogerse a los beneficios de la delación compensada, lo cual se otorgó en tanto cumplía con los requisitos necesarios. Ésta requerida aseguró haber participado en conductas anticompetitivas ilícitas “referidas a la venta minorista de productos asfálticos entre los años 2011 y 2012, en las que también habrían participado ACH, QLA y Dynal. La Fiscalía instruyó la apertura de la investigación Rol Interno FNE N° 2226-2013”¹⁹⁴.

A fojas 46, el 8 de agosto de 2014, Dynal contestó el requerimiento de la FNE solicitando su rechazo con condenación en costas; de la misma manera lo hizo en la misma

193 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 23 diciembre 2015, sentencia 148/2015. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_148_2015.pdf]. p.1.

194 Ibid.

fecha ACH, señalando en términos generales que “en lo que se refiere a Asfaltos Chilenos, lo expuesto en el requerimiento no sería efectivo y carecería de todo fundamento en los hechos y el derecho”¹⁹⁵. Este mismo día a fojas 110 QLA contestó el requerimiento y también solicitó su rechazo con expresa condenación en costas. Finalmente, a fojas 169, ENEX contestó el requerimiento de la FNE, ratificando lo expuesto en él, asegurando ser beneficiario de lo dispuesto de conformidad a la delación compensada en tanto entregó a la Fiscalía todos los antecedentes de que disponía. En este sentido, indica que “tan pronto como tomó conocimiento de los hechos que han dado lugar al requerimiento, se acogió al beneficio que concede el artículo 39 bis del D.L. N° 211. A fojas 294, con fecha 23 de octubre de 2014, Besalco Construcciones S.A. solicitó ser parte coadyuvante de la Fiscalía Nacional Económica en el procedimiento de estos autos”¹⁹⁶.

En lo específico, la FNE imputa a las requeridas los acuerdos para la repartición del mercado, que consistían en asignarse determinados contratos de provisión de productos asfálticos.

El primer grupo de conductas se habría ejecutado entre agosto y noviembre de 2011, en la construcción de la Concesión Ruta 5 Sur tramo Puerto Montt-Pargua y en la Reposición de la Ruta Q-90-0 Cruce Longitudinal Laja.

El segundo grupo de conductas se habría ejecutado entre septiembre y diciembre de 2012, “con ocasión de la adjudicación que el MOP hiciera a la empresa Besalco para que construyera tres obras en el norte del país: (i) Duplijsa; (ii) Chañaral; y (iii) Radomiro Tomic”¹⁹⁷. Por último, la FNE indica que las requeridas se habrían repartido otros contratos específicos en una planilla denominada “Estudio de Mercado 2012/01”.

El TDLC en su sentencia, y en lo que nos interesa respecto a la prueba, estableció que “la prueba aportada al proceso no es concluyente en cuanto a si ENEX, QLA y Dynal podían abastecer, cada una por sí sola, los tres contratos que asignaría Besalco, pues las declaraciones citadas en las consideraciones precedentes no son consistentes entre sí. En efecto, la declaración del gerente general de Probisa, a pesar de ser la más imparcial e

195 Ibid, p.20.

196 Ibid, p.39.

197 Ibid, p.45.

independiente, no asegura que las empresas asfalteras hayan podido comprar y almacenar dicho asfalto. En consecuencia, tanto las explicaciones dadas por el testigo Veloso como por los señores Rivas, Seguel y Brenner son plausibles, no pudiendo este Tribunal determinar – de una manera clara y concluyente– cuál de las dos versiones es cierta”¹⁹⁸.

De esta forma asegura que la falta de precisión de uno de los testigos, señor Rivas, y la inexistencia de otras pruebas, no permiten determinar conforme a las reglas de la sana crítica y al grado de convicción, los hechos que en esta materia fueron objetos del requerimiento. El TDLC decide entonces que no será acogida la acusación de la FNE en lo referido a los tres contratos asignados por Besalco.

En relación al estándar probatorio, y en virtud de otro hecho a probar conforme al requerimiento de la FNE, el TDLC en su considerando centésimo vigésimo noveno indica que, “por lo expuesto, los antecedentes probatorios antes descritos no son claros ni concluyentes respecto de la existencia de un acuerdo para asignar la obra Hornopirén a Dynal, como se señala en el requerimiento. En particular, la declaración del señor Rivas es especialmente oscura e imprecisa sobre este punto. Adicionalmente, y a diferencia de lo ocurrido con otros acuerdos que han sido probados, en este caso no existen otros antecedentes probatorios como cotizaciones, tráficos de llamados telefónicos, correos electrónicos, mensajes de texto o al menos una declaración testimonial clara y concluyente que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permitan formar convicción sobre la respectiva imputación”¹⁹⁹.

De conformidad con lo anterior, el TDLC decide rechazar la acusación de la FNE relativa a la asignación de la obra Hornopirén de Recondo, en tanto no hay elementos probatorios suficientes como para alcanzar la convicción de que los hechos hubiesen ocurrido de la forma en que se expone en el requerimiento.

En este sentido, el tribunal acoge el requerimiento interpuesto por la FNE, declarando que las requeridas efectivamente se coludieron, infringiendo el artículo 3 letra a) del DL 211, mediante la asignación de: (i) las obras Puerto Montt-Pargua y Laja a ENEX; (ii) las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic de Besalco Construcciones S.A. a ENEX, QLA y Dynal

198 Ibid, p.69.

199 Ibid, pp.90-91.

respectivamente; y, (iii) la obra La Negra a ENEX. Además, condena a las requeridas al pago de una multa a beneficio fiscal, y exime a ENEX del pago de ella.

A grandes rasgos y en relación al tema que nos avoca, podemos establecer que el TDLC en su sentencia realiza un extenso análisis de la valoración de la prueba en relación a cada medio probatorio. Pero, además, complementa la función de la valoración con la de convicción, estableciendo la necesidad de alcanzar un estándar de prueba clara y concluyente.

En esta resolución no solamente se determina el estándar de convicción, sino que además se señala respecto de qué hechos se ha alcanzado, y respecto de cuáles no. En relación a este último, se da una lata justificación de que por qué no se ha contado con los medios probatorios necesarios. Sin duda el tribunal realiza una excelente motivación de la sentencia, complementando la valoración de cada medio probatorio, con el estándar de certeza que debió haber alcanzado, el cual fue definido como el de prueba clara y concluyente.

Contra la sentencia dictada por el TDLC, en primer lugar, deduce recurso de reclamación Asfaltos Chilenos, indicando la infracción al principio de congruencia procesal y argumentando que habría prueba no considerada por la sentencia que acreditaría la inexistencia de acuerdo alguno en que haya intervenido ACH.

En segundo lugar, QLA también dedujo reclamación sosteniendo que el fallo impugnado incurría en una serie de vicios por lo que debiese ser revocado. Dentro de ello, indica la equivocada ponderación de la prueba confesional rendida por Rivas, y, además, agrega la ponderación “antojadiza de la prueba rendida: en el caso de la obra “La Negra”²⁰⁰.

Por último, Dynal también deduce recurso de reclamación agregando, que la “sentencia no analiza la prueba que demuestra el motivo por el cual fue adjudicada la obra Radomiro Tomic de Besalco y que acredita la inexistencia de relación causal entre un hipotético acuerdo y la adjudicación a Dynal”²⁰¹. Se señala que, de esta forma, la sentencia fallaría contrariamente a los principios de la lógica, y por ende contra las normas de la sana crítica.

200 C. Suprema, 12 de octubre de 2016, rol n°5128/2016. [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127/antojadiza+de+la+prueba+rendida%3A+en+el+caso+de+la+obra+La+Negra/CL/vid/650949405]. p.70.

201 Ibid, p. 71.

Por su parte, la Corte Suprema indica en relación al estándar probatorio, que, “El grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión es la existencia de una prueba clara y concluyente, la que sin embargo debe ponderarse teniendo a la vista las evidentes dificultades probatorias que se enfrentan al momento de acreditar un ilícito de esta naturaleza que se ejecuta en la clandestinidad, procurando los agentes económicos, en la generalidad de los casos, adoptar resguardos para impedir que la conducta anticompetitiva salga a la luz”²⁰².

Como puede apreciarse solamente se indica en el fallo cuál es la convicción que debe alcanzarse, puesto que inmediatamente continúa estableciendo que la prueba debe ser apreciada conforme al artículo 22 del DL 211, es decir bajo las normas de la sana crítica. Agrega que, en el mencionado artículo se establece que “no sólo son admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil sino que además todo indicio o antecedentes que en concepto del tribunal sea apto para establecer hechos pertinentes, estableciendo que la prueba debe ser apreciada conforme con las reglas de la sana crítica, cuyos parámetros han sido expuestos en el fundamento décimo”²⁰³.

La Corte, acoge parcialmente las reclamaciones de Asfaltos Chilenos, QLA y Dynal sólo “en cuanto se decide: a) Que se acoge el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica declarando que las Requeridas ENEX, Asfaltos Chilenos S.A, Química Latinoamericana S.A y Dynal S.A, se coludieron, infringiendo el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211, mediante la asignación de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic de Besalco Construcciones S.A. b) Que se impone a Asfaltos Chilenos S.A una multa a beneficio fiscal ascendente a 429,1 UTA. c) Que se impone a Asfaltos Chilenos S.A una multa a beneficio fiscal ascendente a 257,4 UTA. d) Que se impone a Asfaltos Chilenos S.A una multa a beneficio fiscal ascendente a 257,4 UTA. e) Se impone a las Requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia"²⁰⁴. Por lo tanto, las reclamaciones fueron acogidas, sin embargo, votó en contra el Ministro Sr. Aránguiz.

202 Ibid, pp.84-85.

203 Ibid, p.115.

204 Ibid, pp.137-138.

Este voto en contra estuvo por rechazar íntegramente las reclamaciones, confirmando lo establecido por el TDLC. Dentro de sus argumentos señaló en el número 4º) que, “resulta que el resto de las reclamaciones, íntegramente, se relacionan con cuestiones relacionadas con la ponderación de la prueba. Sin embargo, quien suscribe este voto comparte íntegramente el análisis realizado por la sentencia impugnada, siendo relevante señalar que a su juicio, la prueba rendida en autos cumple con el estándar suficiente para tener por acreditado el ilícito anticompetitivo, pues tal como se refirió en el fallo que antecede, este tipo de conductas antijurídicas se lleva a cabo en la oscuridad, cuidándose los agentes económicos de eliminar todo tipo de pruebas respecto de los acuerdos. En razón de lo anterior, la prueba indiciaria reviste una importancia capital, pues en la generalidad de los casos es la única forma de llegar a establecer estos acuerdos anticompetitivos”²⁰⁵. En segundo lugar, el ministro señor Valderrama también votó en contra de acuerdo, estando por acoger íntegramente las reclamaciones. Dentro de los argumentos establece que, el análisis que se hace en esta sentencia de la prueba demuestra que es insuficiente para acreditar los acuerdos anticompetitivos imputados, siendo importante destacar que la FNE hizo uso de las facultades intrusivas, y que aun así no logró rendir prueba que tuviera el valor suficiente para acreditar el hecho. En razón de lo anterior, y de otros argumentos no relevantes para el tema en estudio, quien disiente estima “que las reclamaciones debieron ser acogidas íntegramente, toda vez que efectivamente se ha vulnerado el principio de congruencia y además las normas de apreciación de la prueba conforme a las normas de la sana crítica, toda vez que aquella rendida en autos no cumple con un estándar suficiente para tener por acreditados los ilícitos anticompetitivos”²⁰⁶.

En cuanto al rol de la Corte Suprema, podemos establecer que, en relación al sistema de convicción probatorio, esta no hace más que enunciar el de la prueba clara y convincente como el que debiese adoptarse. Ahora bien, se avoca a un profundo desarrollo sobre las reglas de la sana crítica y la valoración de la prueba. Lo destacable en esta sentencia es relativo al voto minoritario, en tanto en él efectivamente se hace un análisis sobre el estándar probatorio, a pesar de que no refiere a ninguno en específico, indica que las pruebas aportadas no permiten llegar a la convicción de que ha existido colusión. De esta forma al menos se introduce la importancia que tiene que el juez alcance cierto grado de convicción.

205 Ibid, pp.140-141.

206 Ibid, p.145.

CAPITULO TERCERO: ESTABLECIMIENTO DE UN ESTÁNDAR PROBATORIO DE PRUEBA CLARA Y CONVINCENTE EN MATERIA SANCIONATORIA DE LIBRE COMPETENCIA

Habiendo ya planteado la necesidad de determinar un estándar probatorio, y propuesto como tal el correspondiente a la prueba “clara y convincente”, corresponde en este Capítulo entregar los argumentos que sustenten esta posición, además de los que ya hemos venido esbozando.

1. Consideración como proceso sancionador

En primer lugar, debemos determinar la naturaleza que tienen los procesos a los cuales hemos dedicado este estudio, vale decir, aquéllos en que se castiga la comisión de conductas colusorias tipificadas en la normativa anti-monopólicos. Debemos considerar que al Estado le corresponde atender a la preservación del bien común en la sociedad, por lo tanto, es este quien detenta el ejercicio del *ius puniendi*, o potestad sancionadora, la cual es ejercida cuando se han trasgredido las leyes, incurriendo en la comisión de las figuras preestablecidas.

Estas trasgresiones, vale decir, los delitos, se clasifican en “delitos en *strictu sensu*, esto es, los delitos por antonomasia, que son los penales, y los delitos *lato sensu*, esto es, los delitos que reciben tal nombre por analogía con los penales. Los delitos *lato sensu* son clasificables en dos grandes grupos: los administrativos y los civiles, cada uno de los cuales admite múltiples divisiones”²⁰⁷.

Dentro de los delitos administrativos, uno de los injustos más significativos son los delitos monopólicos, y sobre este grupo de delitos calificados en su género como “ilícitos administrativos” se han “perfilado tres grandes visiones:

- la primera los concibe como delitos regidos por el Derecho criminal, sea que se les incluya en su formulación común o sean considerados como integradores de un Derecho penal especial comprensivo de los denominados delitos administrativos;

207 VALDES, D. op.cit. 214.

- la segunda concibe estos delitos como infracciones o contravenciones administrativas regidas por un Derecho administrativo sancionatorio general o bien por uno con características especiales, produciéndose un debate acerca de si se les han de comunicar o no las garantías diseñadas para proteger a los acusados o condenados en relación con los delitos criminales;
- por último, la tercera posición pretende una suerte de autonomía basada en la específica naturaleza del ilícito, refractaria a la clasificación trimembre antes expuesta, lo cual es sin perjuicio de aceptar el encontrarse integrada por principios generales predicables de toda norma jurídica sancionatoria”²⁰⁸.

En opinión de Domingo Valdés, y siguiendo tanto a la doctrina chilena, como a la Alemana y Española, existe una continuidad en relación a la naturaleza entre los ilícitos penales y los del ámbito administrativo sancionatorio.

Señala el mencionado autor que considera que estamos “ante verdaderos ilícitos administrativos que exhiben una diferencia de grado con el ámbito penal que motiva que se hallen regidos por un Derecho administrativo sancionatorio”²⁰⁹. Ahora bien, aunque puedan tener continuidad en ciertos aspectos con el derecho penal, son delitos administrativos, al fin y al cabo, y es esta la posición que ha adoptado nuestra doctrina en general.

Habiendo clasificado entonces este tipo de ilícitos como administrativos – sancionatorios, es necesario analizar cuál es el estándar probatorio aplicable en esta sede.

Al respecto, la Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado, “no señala cuál es la regla aplicable, por lo que nos encontramos ante una tensión existente entre dicha ley y el derecho al debido proceso”²¹⁰. Ahora bien, la doctrina ha desarrollado tres teorías, pero ha optado de forma mayoritaria por una de ellas.

208 Ibid, pp.216-217.

209 Ibid.

210 Isensee R.,C. op.cit. p.93.

La primera respuesta sostiene que, en los procedimientos administrativos, considerando la continuidad que tienen con el derecho penal, debiese aplicarse el estándar definido en el artículo 340 del Código Procesal Penal, vale decir el de “más allá de toda duda razonable”.

Así se sigue la doctrina “de los matices del Tribunal Constitucional, según la cual en sede administrativa deben aplicarse con matices determinados principios del derecho penal”²¹¹.

Ahora bien, tal como nos señala Montt es sumamente relevante considerar que el TDLC como administrador, hace justo lo contrario a lo que se prevé para los jueces criminales. “Los principios de legalidad y tipicidad en el derecho penal exigen que los órganos políticos del Estado, idealmente el Congreso, establezcan un catálogo detallado y taxativo de conductas prohibidas. La labor del juez se espera, en consecuencia, sea sólo subsumir los hechos en los distintos tipos legales, quedando reducida su discrecionalidad sólo a aspectos periféricos o de segundo orden. Como consecuencia de la diferencia de programa filosófico-político recién comentado, uno de los más grandes contrastes entre la protección de la competencia y el derecho penal es que, en cuanto ente regulador del comercio, el TDLC debe razonar como un *policymaker* y no como un juez criminal. Esto es, debe resolver los casos pensando consecuentemente qué reglas concretas maximizan el bienestar de la comunidad económica.

Por el contrario, el derecho penal, o al menos una de las concepciones centrales del mismo, lo define como un catálogo de garantías construido dogmáticamente para restringir la ya reducida discrecionalidad del juez”²¹².

De esta forma, considerando los bienes en juego en materia penal, no podemos establecer un criterio tan exigente como el de “más allá de toda duda razonable” porque no se justifica, y, además, porque atenta contra el ejercicio de la función de policy maker propia del TDLC.

A pesar de que hay aspectos que podrían ser extensibles desde la materia penal a la sancionatoria-administrativa, los bienes que se encuentran en el juego en la imposición de la

211 Ibid, p.93.

212 MONTT, S. op.cit. p.7.

sanción no son los mismos, y la finalidad a la que debe apuntar el TDLC, no es la misma que a la que apuntan los jueces criminales.

Además, considerando la dificultad probatoria de los ilícitos antimonopólicos, un estándar tan exigente impediría configurar los delitos, y se estaría privando al TDLC tanto de la función como garante de la eficiencia del mercado, como de la disuasión de la comisión de tales conductas. Debido a esto, debemos descartar la posición que sugiere extender el criterio del artículo 340 del Código Procesal Penal, a los procesos sancionatorios en Libre Competencia.

La segunda respuesta que ha sido otorgada, es aquella que advierte que debe aplicarse “el estándar civil de la prueba prevalente o regla de preponderancia de la prueba, toda vez que la sanción administrativa debe ser luego revisada judicialmente”²¹³.

Sin embargo, la tercera respuesta indica que “en los procedimientos sancionatorios debe aplicarse una regla de estándar intermedia, que es superior a la civil, pero inferior a la penal”²¹⁴.

Este estándar intermedio sería el de la prueba clara o convincente, que fue creado en el common law a partir del caso *Masson v. New Yorker Magazine, Inc.*

Además de que la mayoría de la doctrina opta por definir el estándar intermedio como el aplicable en sede administrativa, la jurisprudencia en esta sede ha actuado en el mismo sentido.

Así la SVS en el caso *Cascada y Bilbao* aplicó el estándar de la prueba clara o convincente, “jamás podría sostenerse que el estándar aplicado fue el de la duda razonable, toda vez que no corresponde aplicar una regla particular del Código Procesal Penal y que, además, corresponde al estándar más alto que podría aplicarse y que guarda sentido respecto de las penas más gravosas que puede sufrir una persona, como lo es la privación de libertad”²¹⁵.

213 *Isensee R., C. op.cit. p.93.*

214 *Ibid.*

215 *Ibid, p.95.*

En el mismo sentido ya mencionado, Orellana nos indica que, “la regulación de la actividad probatoria en la Ley N°19.880 es escueta, puesto que no contiene norma alguna que señale cómo debe ser el estándar de prueba que la Administración debe aplicar.

No obstante lo anterior, no debe pensarse que no exista un estándar en el procedimiento administrativo, pues esta etapa corresponde a la culminación de la actividad probatoria, siendo necesaria para la conclusión de los procedimientos; afirmar lo contrario sería suponer que nunca se tienen por probados los hechos.”²¹⁶

En este sentido, sugiere que al ser los sistemas de estándares probatorios unos de distribución de errores, el umbral que requiere la Administración para dar por probado un hecho, debiese ser superior al de la prueba preponderante de materia civil, pero inferior al establecido en materia penal.

Agrega que, “En este sentido, como es la misma Administración –a través de la figura del instructor (Artículo 35 Ley N°19.880)– quien dará por probado los hechos en el procedimiento incoado contra el regulado, sí corresponde un estándar superior al de la prueba preponderante, pues, además, debemos tener en cuenta la característica del acto administrativo que produce sus efectos inmediatamente es dictado (Artículo 53 Ley N°19.880)”²¹⁷.

No debemos perder de vista que lo que se encuentra en juego es la imposición de una sanción a partir del ejercicio del *ius puniendi* del estado. Hemos ya definido además que los delitos antimonopólicos son considerados como administrativos-sancionatorios. Vale la pena agregar que, ciertamente “la infracción imputada no es aún una de carácter penal, como en otras jurisdicciones, lo que implicaría un estándar de prueba altísimo (*beyond reasonable doubt*).

216 ORELLANA, Bárbara. *Elementos para un estándar de la prueba en el procedimiento administrativo*. Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas, 6, Santiago, 2005. [Disponible en: <http://www.rfycj.cl/wp-content/uploads/2015/08/Rfycj-N6-4.-Barbara.pdf>]. p.20.

217 Ibid, p. 22.

Sin embargo, y dada la naturaleza administrativa –y por ende, punitiva– de la sanción, la apreciación de la prueba no debiera ser inferior al tercero de los estándares mencionados, esto es, que exista una evidencia clara y convincente”^{218.}

Podemos entonces concluir, que en sede administrativa el estándar que se aplica es el de prueba clara y convincente, y al ser el proceso en cuestión uno sancionatorio, debiese aplicársele este mismo criterio en tanto las justificaciones son las mismas.

2. Protección del debido proceso

En este apartado, además de lo ya mencionado sobre la protección del debido proceso, debemos agregar que, en relación al principio de inocencia:

“a. En primer término, como regla de tratamiento del imputado por una infracción, se impone la obligación de proporcionarle trato de inocente hasta su efectiva condena.

b. En segundo término, como regla de enjuiciamiento, se impone la carga de la prueba de los hechos imputados al Estado, lo que significa que, si éste no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga es su absolución”^{219.}

En este sentido, es relevante el hecho de que para dar protección a esta garantía es fundamental tener establecido un estándar probatorio, porque sólo a través de éste podremos determinar cuándo un tribunal ha alcanzado el grado de convencimiento necesario para poder condenar al imputado por la comisión de un ilícito, destruyendo la presunción de inocencia.

El principio de inocencia es uno de los derechos que debemos proteger dentro del debido proceso, y la inexistencia, o indeterminación de un estándar probatorio, implica que no exista certeza acerca de la convicción que deba requerir el tribunal para no brindarle un debido respeto, lo que solo puede ser justificado con una valoración racional de la prueba y con peso que respalde la decisión.

218 ROMERO, J. op.cit. p.391.

219 LÓPEZ LIZAMA, D. op.cit. pp.73-74.

La falta de estándar es complicado desde varias perspectivas, entre ellas, porque perjudica la seguridad jurídica en tanto en materia de Libre Competencia, no es claro en los procesos sancionatorios cuál es el peso que deben revestir los antecedentes para permitir al tribunal justificar su decisión sobre los hechos.

Como lo pudimos ver en el análisis jurisprudencial, los fallos son dispares, y esto pone en peligro la protección de la seguridad jurídica por la que debe velarse en nuestro ordenamiento.

Pero, además, tal como mencionamos, dentro del artículo 19 n°3 de la Constitución se encuentra consagrado el derecho al debido proceso, y en él la necesidad de expresión de la motivación de las sentencias. Este punto ya había sido desarrollado, pero debemos volver a recalcar que, cuando no tenemos un estándar definido, y el tribunal no se refiere a él en la sentencia, nos encontramos con resoluciones que carecen de la tan relevante justificación relativa al convencimiento que ha alcanzado el tribunal acerca de los hechos, por lo que se trasgrede de forma determinante la protección del debido proceso. Lo anterior es de gran importancia en tanto el Estado es quien debe velar por la protección de los derechos fundamentales, siendo uno de ellos, el debido proceso, y sólo una ley puede interferir en ellos de forma racional y proporcionada.

Ahora bien, el por qué debemos establecer el criterio de prueba clara y convincente se encuentra dado porque se debe configurar un estándar de convicción probatorio que impida la condena del inocente. Ahora bien, como los bienes que se encuentran en juego en sede de Libre Competencia, no son los mismos que en sede penal, no debemos aplicar uno tan exigente como el de “más allá de toda duda razonable”, debemos matizarlo por la menor gravedad de la sanción en esta sede²²⁰. De cierta manera, debemos ser capaces de equilibrar y ponderar las características propias de los procesos sancionatorios en Libre Competencia.

3. Justificación de la delación compensada y de las facultades intrusivas

220 HORVITZ, M. y LÓPEZ, J. op.cit. p.154.

Frente a la dificultad probatoria respecto de los ilícitos antimonopólicos, en el artículo 39 del DL 211, se le otorgaron al Fiscal Nacional Económico, facultades para investigar con el fin de comprobar las trasgresiones indicadas.

En el artículo 39 letra n), se consagran una serie de facultades de carácter intrusivas que deben contar con la debida autorización, tales como:

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

“La FNE debe cumplir ciertos requisitos para utilizar las facultades especiales contenidas en el artículo 39, letra n), del DL 211 como es :

- * Casos graves y calificados de investigaciones relativas a carteles (Art. 3, letra a));

Presentar solicitud fundada y con la aprobación previa del TDLC, al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones correspondiente para la autorización de la o las medidas;

- * Ministro de Turno CA deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves;

* En la autorización se deberá especificar con precisión: la medida, su duración, y las personas que se verán afectadas por la diligencia”²²¹.

221 IRARRAZABAL PHILIPPI, Felipe. *Delación compensada y facultades artículo 39, letra n), DL 211: “Visión y Experiencia de la Fiscalía Nacional Económica”*. Presentación Fiscalía Nacional Económica, 2012. [Disponible en: http://www.cariola.cl/wp-content/uploads/2012/05/03_presentacion_fne_-_seminario_0314340.pdf]. p.18.

A su vez, para poder detectar y sancionar la colusión de manera eficiente, se introdujo en los artículos 39 bis y 63 del DL 211 la figura de la delación compensada.

De esta forma, el artículo 39 bis establece que “El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables”²²².

Esta actuación, está sometida a una serie de exigencias determinadas en el mismo artículo.

Por su parte, el artículo 63 reza lo siguiente: “Estarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 aquellas personas que primero hayan aportado a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes de conformidad al artículo 39 bis. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico individualizará a las personas exentas de responsabilidad penal y dicha calidad será así declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”²²³.

De esta forma, la figura de la delación compensada a grandes rasgos, “permite la exención o reducción de las sanciones a que se expone quien ha intervenido en una conducta colusoria, si esa persona entrega antecedentes que conduzcan a acreditar la conducta y a determinar a sus responsables”²²⁴.

El legislador introdujo estas dos figuras por las ya mencionadas dificultades probatorias que presentan los ilícitos antimonopólicos, principalmente por la forma en que se configuran.

La existencia de estas instituciones solo es justificable para poder probar los delitos y así dar cumplimiento a la función disuasiva de la Libre Competencia.

222 Artículo 39 DL 211.

223 Artículo 63 DL 211.

224 FNE. *Guía Interna sobre la Delación Compensada en casos de colusión*. 2017. [Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf]. p.6.

Ahora bien, el estándar que debe establecerse en los procesos sancionatorios en materia de Libre Competencia, debe ser el de prueba clara y convincente, justamente por la introducción de dichas figuras, las que no pueden tener como una contrapartida la rebaja del estándar exigido.

De hecho, la justificación para introducir estas instituciones, que no son atribuciones propias de los procesos civiles, se ve justificado en el establecimiento de un alto estándar probatorio, porque ellas son propias de procesos en donde se ejerce el ius puniendi del estado respecto de conductas que son de gran relevancia para la sociedad.

En este sentido, al ser situaciones de mayor significación, el estándar exigido no puede ser uno civil, pero tampoco puede establecerse, uno tan exigente como el de “más allá de toda duda razonable” porque probablemente sería muy difícil de alcanzar.

Al ser sanciones en donde se ejerce el ius puniendi del estado, y habiendo introducido estas facultades (que facilitan a su vez la obtención de pruebas), debemos tener un estándar superior al civil e inferior al penal. De cierto modo, la introducción de estas figuras facilita la recaudación de material probatorio por parte de la Fiscalía, y al hacerlo, debe existir como contrapeso una alta exigencia probatoria.

4. Interpretación restrictiva de sanciones

4.1. Art. 5 inc. 2 CPP.

Otro aspecto de gran relevancia para poder sostener que el estándar probatorio aplicable en materia sancionatoria en Libre Competencia debe ser el de prueba clara y convincente, es relativo a la interpretación restrictiva de las sanciones en materia penal.

El artículo 5 inc. 2 del Código Procesal Penal establece que: “Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.”²²⁵

225 Artículo 5 Código Procesal Penal.

Para entender la aplicación restrictiva de las sanciones en materia penal, debemos indagar en la interpretación de la ley penal. La doctrina ha indicado que dado que el legislador, “se expresa con palabras y el derecho penal está sujeto al estricto principio de legalidad, son esas palabras las que configuran el marco dentro del cual se desarrollará la labor dogmática. Por ello, la determinación del *sentido literal posible* de una norma penal es el punto de partida de toda interpretación. Dentro del marco que ese sentido provee jugarán las restantes reglas de interpretación y sistematización y reconstrucción dogmática”²²⁶. En este sentido la interpretación nace como una necesidad para la aplicación de la ley, y esta actividad implica “comprenderla, no meramente ‘entender’ gramaticalmente sus expresiones o su alcance conforme a la lógica”²²⁷.

Ahora bien, la interpretación de la ley penal tiene una restricción propia, en este sentido, “está limitada por el principio de legalidad (o de reserva), pues se sabe que tiene que ser previa, estricta y escrita, y estas características obligan a una interpretación que, empleando una terminología discutible, siempre será restrictiva, marginará la posibilidad de aplicarla por analogía (salvo *in bonam partem*), sin perjuicio de que pueda ‘interpretarse analógicamente”²²⁸. Esta limitación, o la aplicación restrictiva de la ley penal, se debe a los bienes propios que se encuentran expuestos en las sanciones de esta área del derecho, dentro de ellas la limitación de la libertad de las personas.

Respecto a la interpretación, según quién la lleva a cabo, se distingue entre “auténtica”, “judicial” y “doctrinal”. Luego, y atendiendo a los resultados, ella podrá ser “declarativa”, “judicial” y “extensiva”. Finalmente, conforme al sistema utilizado, Garrido Montt establece que podrán clasificarse en “gramatical”, “sistemática”, “teleológica” e “histórica”.

En relación a la interpretación auténtica, esta hace referencia a la existencia de leyes interpretativas propiamente tales, y la doctrinaria, corresponde a la efectuada por los estudiosos del derecho. La interpretación judicial en cambio, utiliza distintos sistemas, dentro

226 POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de las Américas, 2009. p.111.

227 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p.94.

228 Ibid, p. 95.

de ellos, el gramatical, el sistemático, el teológico, el histórico, y otros tales como, los criterios de proporcionalidad y subsidiariedad, el principio pro reo, la equidad natural etc.

En este punto merece especial atención la interpretación conforme al sentido literal posible y la interpretación gramatical. El sentido literal posible de las normas penales “equivale a lo que en la doctrina civilista tradicional se conoce como *elemento gramatical*, el que constituye la base de las reglas de interpretación del CC, cuyo art. 19. inc. 1º, exige que el intérprete, en primer término, procure extraer el sentido del precepto legal de su propio texto. Pero como advierte el propio BELLO al anotar el CC, la determinación del sentido literal posible es sólo el punto de partida de la labor interpretativa, ‘En las leyes penales se adopta siempre la interpretación *restrictiva*: si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, *aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición*”²²⁹, de donde se infiere que el tenor literal está concebido como garantía contra una interpretación *extensiva*, fundada en el espíritu de la ley”²³⁰.

De esta forma, resulta patente que la técnica interpretativa en materia penal, tenderá a ser más bien restrictiva, lo cual actúa como una protección a los derechos de quienes se ven inmersos en este tipo de procesos, principalmente por la gravedad de las garantías que se ven expuestas. Es por esta misma razón, que el estándar probatorio que se establece en los procesos penales, es más estricto, el grado de convencimiento del juez debe alcanzar el estándar más alto: “más allá de toda duda razonable”.

Volviendo sobre el resultado de las interpretaciones, vimos que estas podían ser bien declarativas, restrictivas o extensivas. Ahora bien, mucho se ha discutido esta clasificación desde un punto de vista técnico. “Se dice que la interpretación es ‘declarativa’ cuando el sentido que tiene el precepto es exactamente el mismo que fluye de su tenor literal; es ‘restrictiva’ cuando ese sentido es más restringido que aquel que aparentemente posee su tenor gramatical, y ‘extensiva’ si sucede lo contrario, vale decir si su alcance es más amplio que el que se desprende de su texto”²³¹.

229 POLITOFF, S. y Matus, J. Citan a: BELLO, Andrés, Obras Completas, t. XII, p.43.

230 POLITOFF, S. y MATUS, J.P. op.cit. p.111.

231 GARRIDO MONTT, M. op.cit. p.104.

Garrido Montt indica que en el pasado se intentó asociar esta clasificación con el principio procesal “indubio pro reo”, “cuando la norma perjudicaba al reo debía ser entendida ‘restrictivamente’, y cuando lo beneficiaba ‘extensivamente’. Ese sistema de aplicación de ley está prohibido, el art. 23 del Código Civil dispone expresamente que lo favorable u odioso de una disposición no debe tomarse en cuenta ‘para ampliar o restringir su interpretación’. La extensión que debe darse a toda ley ‘se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”²³².

Ahora bien, remitiéndose al artículo 5 inc. 2 del CPP, y teniendo en cuenta lo recién mencionado, los tribunales han acudido ya no la interpretación restrictiva misma de la ley penal, sino a la interpretación restrictiva de las sanciones aplicables en ella. Así, en una sentencia de abril de 2018, la Corte Suprema conoció de un asunto de ocupación ilegal de un inmueble, en donde Carabineros habría actuado sin una orden judicial que avalara la acción que llevó a cabo. Así, el tribunal estableció que “no existe orden judicial que avale la actuación llevada a cabo por carabineros, cabe examinar si se presentaba en la especie una situación de flagrancia que autorizara el actuar autónomo de parte de los policías, para expulsar del predio, compulsivamente, a sus ilegítimos ocupantes”²³³.

Agrega que, “el artículo 5 del Código Procesal Penal expresa que *‘No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes./ Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía’*. El artículo 9 agrega que *‘Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa./ En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía’*²³⁴.

232 Ibid, pp.104-105.

233 C. Suprema, 4 de abril de 2018, rol nº5427/2018. [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127+date:2018-04-04./interpretación+ley+penal/p6/CL/vid/707610945]. p.1.

234 Ibid, p.2.

La Corte Suprema razona sobre la base de la interpretación restrictiva de las sanciones en materia penal. De esta forma, establece que el concepto “situación de flagrancia” debe interpretarse restrictivamente y no puede ser aplicado por analogía. Concluye que la policía no actuó en la forma señalada, sino que ingresó sin orden judicial que los autorizara a actuar de tal forma. Señala que, “el auxilio de la víctima que ordena prestar sin orden judicial ni instrucción del Ministerio Público el artículo 83 a) del Código Procesal Penal, no comprende, desde luego, en obediencia a la interpretación restrictiva que ordena el artículo 5 antes vista, actuaciones que afecten la libertad personal de terceros”²³⁵.

Del razonamiento anterior es posible concluir que las sanciones penales deben ser interpretadas restrictivamente conforme a una consagración legal en el ya citado artículo 5 del CPP. El fundamento radica en los bienes que se ven involucrados en este tipo de procesos, y es por lo mismo que el estándar aplicable en los procesos penales es el más exigente: “más allá de toda duda razonable”.

Estas exigencias encuentran su fundamentación en la gravedad de los derechos involucrados en sede penal, y por lo mismo es claro que, si las sanciones son aplicadas restrictivamente y se prohíbe la analogía, el grado que debe alcanzar un sentenciador para condenar en sede penal es alto, y a la vez, justificado. En este sentido, no podríamos hacer extensible esta interpretación y el exigente estándar probatorio a los procesos sancionatorios, en tanto no hallaríamos justificación alguna para semejante exigencia. Es más, incluso podría trabar el proceso de sanción a los delitos de colusión en tanto entraría aún más su prueba. De esta forma, es claro que el estándar “más allá de toda duda razonable”, debe ser restringido a los procesos penales en tanto su justificación se encuentra motivada por la particularidad y la gravedad de los bienes que en ellos se ven involucrados.

5. Necesidad de adopción del criterio por la Corte Suprema

Tal como hemos venido exponiendo, ni el TDLC, ni la Corte Suprema han fallado conforme a un estándar probatorio uniforme y definido, en lo que respecta a los procesos sancionatorios en materia de Libre Competencia.

²³⁵ Ibid, p.5.

Hemos visto que el TDLC ha sido quien le ha dado mayor desarrollo al estándar de convicción de la prueba “clara y convincente”.

Planteamos entonces la necesidad no solo de establecer expresamente que el criterio que deba adoptar de manera expresa este tribunal deba ser el propuesto, sino que, además, la Corte Suprema debería hacerlo mientras no se asuma esta misión por el legislador.

Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, la situación actual es la de falta de uniformidad en la aplicación del estándar probatorio, pero, además, nos encontramos en la circunstancia de que tenemos a dos tribunales juzgando los mismos hechos, a veces, bajo distintos criterios. Es por lo tanto fundamental que no sea solamente el TDLC quien adopte el estándar de prueba clara y convincente, sino también debe hacerlo la Corte Suprema. Solamente de esta manera estaremos realmente protegiendo las garantías fundamentales, la seguridad jurídica y, además, paulatinamente protegiendo el rol del TDLC como policy maker.

6. Necesidad de objetivación del estándar probatorio propuesto

A pesar de que se haya propuesto como solución para el problema planteado, la necesidad de definir el estándar probatorio para los procesos sancionatorios en los delitos de colusión en materia de Libre Competencia, y la necesidad de unificar criterios, aún existen precisiones que introducir.

A pesar de que tal como hemos planteado, los estándares probatorios vienen a actuar como un control a la decisión judicial, existe, tal como plantea Ferrer Beltrán, la necesidad de objetivarlos aún más.

Solo a través de la objetivación de un estándar probatorio, lograremos tener directrices concretas que guíen la decisión judicial y el nivel de convencimiento que deben alcanzar, sometidos no a criterios subjetivos, sino a pautas objetivas.

Ferrer Beltrán destaca la importancia de la existencia de estándares probatorios, indicando que “la ausencia de estándares de prueba se convierte en el talón de Aquiles de un diseño procesal que pretenda limitar la arbitrariedad y fomentar el control de las decisiones probatorias. Un sistema sin estándares de prueba es un sistema sin reglas para justificar las

decisiones sobre los hechos, lo que hace inútiles muchos derechos procesales *in itinere* del procedimiento (como la presunción de inocencia) y hasta el deber de motivación”²³⁶.

Precisa dicho autor, que el razonamiento probatorio es uno de probabilidades, decir que un hecho está probado, es afirmar que conforme a cierto nivel que debe definirse, será probablemente cierto. Al tener este elemento probabilístico, tal como lo hemos mencionado a lo largo del presente trabajo, es imprescindible contar con los ya introducidos estándares de prueba.

Sin embargo, el mencionado autor plantea que respecto a la formulación de los estándares probatorios que “cuando en las legislaciones procesales y en las prácticas jurisprudenciales encontramos formulaciones del nivel de exigencia probatoria, estas suelen adolecer de dos graves problemas. Por un lado, suelen apelar a elementos psicológicos o mentales del decisor (como la ‘íntima convicción’, la ‘certeza subjetiva’, y la ‘valoración en conciencia’ etc.), que no permiten el control intersubjetivo y que, por tanto, no son aptas para permitir revisar la corrección de la decisión ni para dar garantías, por ejemplo, del cumplimiento de la presunción de inocencia en el proceso penal (...) Por otro lado, las formulaciones de pretendidos estándares de prueba vigentes en la mayoría de los sistemas tiene un nivel de vaguedad incompatible con su función de señalar un umbral de suficiencia probatoria (incluso de forma aproximada)”²³⁷.

En este sentido, no es suficiente introducir un estándar probatorio que apele a elementos subjetivos como los ya mencionados, ni tampoco alguno que no tenga niveles de precisión o guía alguna para el juez. De esta forma, el autor plantea que, para objetivar estos criterios, se hace necesario aludir a dos tipos de requerimientos en la formulación de estos: en primer lugar, los que versan sobre la formulación desde el punto de vista metodológico, y, en segundo lugar, los que implican la fundamentación de la exigencia probatoria establecida en el estándar propuesto.

En relación a los requisitos metodológicos de la formulación de un estándar de prueba, introduce tres requisitos.

236 FERRER BELTRAN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. Inédito o aún no publicado. pp. 1-2.

237 Ibid, p.4.

En primer lugar: a) “Apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan. Eso, evidentemente, excluye la utilización de criterios subjetivos del decisor, de modo que cualquier formulación del estándar de prueba que remita a estados mentales o psicológicos del juzgador, no cumple este requisito”²³⁸. De esta forma, es necesario evitar hacer referencias tales como a la “íntima convicción”, o a cualquier elemento que implique alusión a la subjetividad del juzgador.

En segundo lugar, b) “Los criterios que se utilicen en el estándar de prueba deben cumplir la función de establecer un umbral lo más preciso posible a partir del cual una hipótesis fáctica pueda considerarse suficientemente corroborada a los efectos de la decisión que debe tomarse”²³⁹.

Es justamente en este punto donde los estándares probatorios actúan como control de la racionalidad y complemento de la valoración de la prueba. Es evidente que las referencias a la sana crítica, o a las leyes científicas, o la lógica, no cumplen con este criterio.

Por último, c) “Dado que la estructura del razonamiento probatorio está dada por la probabilidad lógica o inductiva, no matemática, el umbral de suficiencia probatoria no puede establecerse mediante número ni fórmulas matemáticas, sino a través de la utilización de criterios cualitativos”²⁴⁰.

Este último punto es sumamente relevante para nuestro trabajo, en tanto hemos planteado que el estándar de prueba clara y convincente (cual es propuesto como el correcto para los procesos en cuestión) es aquel que exige un nivel de convencimiento cercano al 60 o 65% de probabilidades. Ahora bien, no podemos solamente quedarnos en este acercamiento numérico, puesto que, es necesario entregar criterios concretos al juzgador. Estas probabilidades si bien entregan un margen, deben ser complementadas con las fundamentaciones que Ferrer Beltrán propone, solo de esta manera estaremos dejando dentro de lo posible, atrás el grado de subjetividad que aún queda abierto para la decisión judicial.

238 Ibid, p.5.

239 Ibid, pp.6-7.

240 Ibid, p.7.

En relación a la fundamentación del nivel de exigencia probatoria para los estándares de prueba, el autor establece que, tal como ya lo habíamos desarrollado, la elección de un estándar probatorio pasa por la elección de la distribución del riesgo del error entre las partes, por lo que es sin duda una decisión del tipo política. De esta manera, es necesario atender a las diversas consecuencias jurídicas de los procesos en cuestión para poder determinar qué tipos de errores hemos de tolerar.

Es en este punto donde se vuelve relevante la consideración del procedimiento analizado como uno de carácter sancionatorio, con toda la lógica estructural que este conlleva, y las consecuencias prácticas que se derivan de él. Debemos remitirnos a lo señalado respecto de la naturaleza jurídica de los procesos sancionatorios en el DL N°211, a las garantías del debido proceso que se encuentran en juego, a la justificación de la introducción de nuevas facultades y a la interpretación restrictiva de las sanciones.

Considerando los elementos que debe contener un estándar probatorio según Ferrer Beltrán, este ofrece varias formulaciones que cumplirían los requisitos que propone. Establece que no pretende que estos deban ser los estándares que se definan, en tanto tal como se ha expuesto reiteradas veces, eso corresponde a una decisión política. Pero sí pretende demostrar cómo podemos formular correctamente los estándares probatorios. De esta manera introduce seis opciones:

- 1) “Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:
 - a. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.
 - b. Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.
- 2) Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas.
 - b. Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa, si es plausible, explicativas de los mismos datos, y compatible con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.
- 3) Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:
- a. Que la hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y
 - b. Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes).
- 4) Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:
- a. Que la hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y
 - b. Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)
- 5) Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:
- a. La hipótesis sea la mejor explicación disponible de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

6) Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

- a. La hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.”²⁴¹

Resulta claro entonces que, por las razones expuestas a lo largo de este trabajo, el estándar probatorio dentro de los que ha propuesto la doctrina y jurisprudencia que debemos escoger para aplicar a los procesos sancionatorios en los delitos de colusión, es el de prueba clara y convincente.

Ahora bien, considerando lo que expone Ferrer Beltrán, es necesario aún dentro de esta definición probabilística, dejar de lado las referencias a elementos subjetivos, y complementar este criterio numérico con algunos que actúen de manera más objetiva. A través de esta especificación será posible verdaderamente tener un estándar definido que limite al juez al momento de decidir si ha alcanzado o no la convicción de cierta premisa conforme al estándar de la prueba clara y convincente.

Antes de proponer cuál de las formulaciones anteriores es la que más se adecúa al delito de colusión, debemos volver sobre la figura de este ilícito para luego realizar el “Test Case” correspondiente.

La colusión la hemos definido ya como, “una situación en la que un conjunto de empresas acuerda no competir entre ellas con la finalidad de aumentar sus beneficios de forma conjunta”²⁴².

Encuentra su regulación en el artículo 3) letra a) del DL N°211, y se han definido sus elementos como: **a)** la existencia de determinados sujetos activos; **b)** la existencia de una convención cuya finalidad sea disciplinar o regular una determinada fase productiva de un mercado relevante; **c)** un resultado de riesgo o lesión de la libre competencia provocado por una convención colusoria; **d)** la presencia de elementos subjetivos, tales como la imputabilidad

241 Ibid, pp.19-12.

242 COLOMA, G. op.cit. p.95.

e intencionalidad”²⁴³.

Teniendo en cuenta la formulación del ilícito de colusión, sus elementos, y las ya desarrolladas características propias del proceso sancionatorio del DL N° 211 que justifican la elección del estándar de prueba clara y convincente, considero que la formulación propuesta por Ferrer Beltrán que más se adecuaba a lo ya descrito, es la número 2).

Esta propuesta exige dos condiciones:

a) que la hipótesis sea capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y,

b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa, si es plausible, explicativas de los mismos datos, y compatible con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*²⁴⁴.

En este sentido, considero que es la formulación que mejor se encuadra dentro del estándar propuesto, correspondiente a la prueba clara y convincente, y a la vez que el mejor lo concreta y objetiva.

Lo anterior, en tanto es un criterio que exige la integración de los elementos probatorios y datos que se han aportado en el proceso, de esta forma, podemos tener un estándar alto que justifique las figuras introducidas en el DL N°211 tales como medidas intrusivas y la figura de la delación compensada. Pero, además, porque implica un criterio concreto que permite entregar una fundamentada justificación del alcance del grado de convicción por parte del juez, protegiendo de tal forma las garantías que se ven involucradas dentro del debido proceso.

Además, plantea que debe haberse refutado la hipótesis alternativa, por lo tanto, considera un grado de seguridad más que de probabilidad. En este caso se tiene certeza de que la hipótesis contraria no es cierta, por lo tanto, tenemos un alto grado de probabilidad, que

243 López L. Daniel. op.cit. pg. 64. Cita a: VALDES Domingo, “Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales”, *Op. Cit.* pp. 83 y ss.

244 FERRER BELTRAN, Jordi. Inédito o aún no publicado.p.19.

se concreta en esta exigencia. Este criterio no es tan exigente como el que plantea en el modelo número 1), lo que haya su justificación en la dificultad probatoria propia de los delitos de colusión. Es por ello que no podemos acercarnos a la exigencia que plantea el primer modelo, en primer lugar, por la dificultad probatoria, y, en segundo lugar, porque esa formulación sería la adecuada en un proceso penal, donde los bienes involucrados demandan una mayor exigencia para la fundamentación de la decisión.

No escogemos el tercer estándar propuesto en tanto tiene una exigencia vaga cual es que “el proceso sea completo”, en ella creo que hay presente aun una laxitud y un grado de subjetividad que puede dejar abierta la puerta para que el juez introduzca criterios poco concretos para definir su grado de convicción. Descartamos a la vez el resto de las propuestas en tanto solamente compara las hipótesis entre ellas, aludiendo a la que tenga una mayor o mejor explicación por sobre la otra. Creo que esto implica volver al planteamiento de la “más probable dentro de las opciones”, y sin duda, a pesar de que las probabilidades deben ser complementadas por los criterios de fundamentación y metodológicos que aquí se exponen, no deben ser dejados de lado, y considero que el estándar en estos procesos sancionatorios por colusión, siempre deben fijarse dentro del 60 – 65% de probabilidades, y no, considerando “la con mayor probabilidad de ocurrencia”.

De esta forma, habiendo definido la necesidad de establecer el estándar probatorio de prueba clara y convincente como el que debe alcanzarse en los procesos sancionatorios por delitos de colusión en materia de Libre Competencia, resulta necesario introducir elementos que permitan objetivar aún más este criterio.

En este sentido, Ferrer Beltrán plantea elementos metodológicos y de fundamentación que lograrían cumplir este objetivo.

De esta forma, no debemos dejar de lado las ideas de que los estándares de prueba son decisiones probabilísticas, de distribución de errores, y por ende políticas, pero sí debemos tener en cuenta que hay formas de complementarlas para poder dejar de lado la mayor cantidad de subjetividad posible.

Los jueces son humanos, y el elemento de subjetividad siempre estará presente, sin embargo, si dentro de los elementos propios del estándar de prueba clara y convincente,

introducimos estas dos premisas planteadas en el segundo modelo propuesto, lograremos concretar de manera clara cuál es el nivel de convicción que debe alcanzar el juez en estos procesos.

CAPÍTULO CUARTO. CONCLUSIÓN

A partir de este trabajo, podemos arribar a diversas conclusiones, que nos permiten proponer una solución como respuesta a las diversas interrogantes planteadas.

En un comienzo pudimos presentar diversos cuestionamientos relativos a la composición de los tribunales en cuestión (tanto el TDLC como la Corte Suprema), como a la vez la falta de establecimiento de un estándar probatorio y de la uniformidad de su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales. Habiendo analizado estas situaciones conflictivas, hemos de establecer las observaciones y proposiciones para salvarlas, las que pasamos a exponer a continuación.

1. En primer lugar, establecimos que los estándares probatorios son criterios que indican “cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”²⁴⁵.

Vimos que la situación era pacífica tanto en los procesos penales, como en los indemnizatorios en materia de Libre Competencia.

Así, en relación a los primeros (arts. 62 y 64 del DL 211), resulta claro que debe aplicarse el estándar de “más allá de toda duda razonable” principalmente por los bienes que se encuentran en cuestión.

Respecto al segundo, fue posible concluir que la prueba preponderante debía ser el criterio aplicado, principalmente por la materia que trata.

Es así, como fue en los procesos sancionatorios en materia de Libre Competencia, donde no pudimos hallar un criterio de convicción establecido y uniforme en la ley, la doctrina y jurisprudencia.

2. El primer problema que enfrentamos fue entonces la determinación del estándar probatorio aplicable en los procesos sancionatorios.

245 GASCÓN A., M. (2008) op.cit. p.129.

Vimos que en materia de Libre Competencia no se ha definido un estándar expresamente. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia tampoco han sido contestes en su determinación, como sí lo han sido en los procesos penales e indemnizatorios.

En esta sede de libre competencia, solamente se encuentra consagrado en materia probatoria el sistema de libertad probatoria y el valoración de la prueba de la sana crítica.

Este sistema racional de valoración, si bien efectivamente apela a determinados principios, estos no son lo suficientemente precisos para que los órganos judiciales justifiquen una decisión. Vimos que normalmente en la sana crítica se apela de alguna manera al sentido común del juzgador, a lo que le es razonable, y a las máximas de la experiencia. El problema era entonces, que a pesar de que efectivamente existen pautas, estas no permiten dejar fuera la discreción del juez, no hay una suficiente delimitación de su actuar, lo que da paso a una subjetividad de quien falla. Es justamente por esto, que la sana crítica por sí sola es insuficiente y debe ser complementada por un estándar probatorio, que tal como vimos, actúa en un plano posterior como control. Solamente a través de la complementación mediante el establecimiento de un estándar probatorio se logra velar por el debido proceso, el cual exige decisiones fundamentadas y racionales.

3. En la presente memoria fue posible establecer, además, que el estándar probatorio es primordial por diversas razones. En primer lugar, resultan determinantes en la distribución de errores. El estándar, tiene una influencia directa en cuanto a la determinación de los errores que como comunidad estamos dispuestos a tolerar. Entre más exigente es el estándar, menos errores del Tipo I estamos dispuestos a tolerar, vale decir, miramos con recelos la condena de un inocente. Ahora bien, claro fue cuando analizamos esta materia que no podemos adoptar un criterio tan exigente como el de “más allá de toda duda razonable” porque dejaremos sin castigo a muchas personas que estaban cartelizadas, esto, principalmente atendiendo a la dificultad probatoria propia de los delitos de colusión. De optar por tan alta exigencia, no estaríamos logrando cumplir con el objetivo disuasivo propio del sistema de la Libre Competencia. Para equiparar la dificultad probatoria ya mencionada, pudimos concluir que debemos elegir un estándar menos exigente que el penal.

4. Podemos deducir, que los estándares de convicción tienen además una estrecha relación con la búsqueda de la verdad como fin del proceso. Sabemos que el alcanzar la verdad es uno de los fines a los que atiende el proceso, y para ello los estándares mencionados resultan ser fundamentales, puesto que permiten alcanzar al juez una cierta convicción, o no, y de tal manera fundamentar la motivación de su elección. De esta forma, son relevantes además porque quien juzga tiene la obligación de argumentar la sentencia, y el grado de convicción que han alcanzado es fundamental para el razonamiento que precede a la decisión.

5. En virtud de las garantías del debido proceso y su protección, el estándar probatorio es elemental puesto que incide directamente en la justificación o motivación de la sentencia, vale decir de la decisión. Esto corresponde al derecho de tutela judicial, y ha sido enmarcado en la garantía del artículo 19 n°3 de nuestra Constitución Política de la República. De esta forma no es neutral la elección de un estándar probatorio, porque acorde a cuál se establezca, se deberá justificar la decisión. Como vimos, la valoración de la prueba tiene una función, pero no podemos atribuirle a ésta, un rol que no le es propio, cual es el de actuar como estándar de convicción. Es posible concluir entonces, que la sola aplicación de un sistema de valoración racional de la prueba no es una manera eficiente de proteger el debido proceso, y que solamente junto a la complementación a través del establecimiento de un estándar probatorio, se podrá cumplir con el objetivo al cual se aspira.

6. Habiendo definido ya el relevante rol de los estándares probatorios, pudimos indagar en el problema que se genera a partir del conocimiento del recurso de reclamación por la Corte Suprema. Al analizar el recurso, calificamos su naturaleza como similar a la del recurso de apelación. De esta forma, el conocimiento de nuestro máximo tribunal era a cabalidad tanto en relación a los hechos como a la aplicación del derecho, abarcando incluso materias económicas.

En este sentido, el primer problema en relación a la Corte era relativa a su composición, esto porque al carecer de experiencia en áreas económicas, y al conocer materias propias de este tipo, poníamos en riesgo la función propia de policy-maker del TDLC. Por ello, planteamos la necesidad de cuestionarnos la estructura jurisdiccional que hoy tenemos en materia de Libre Competencia. Debemos preguntarnos si es propicio o no, para la protección de nuestro

mercado, que sea la Corte Suprema quien revise las decisiones dictadas del TDLC, en consideración de la característica especialidad de este último. Ahora bien, propusimos que de todas formas la adopción de un estándar que tuviera un alto nivel de exigencia, podía paliar de forma parcial esta situación, en tanto la fundamentación y convicción de las decisiones por parte de nuestro máximo tribunal requerirían de un umbral superior.

7. El segundo problema que logramos identificar en relación al rol de la Corte Suprema, era relativo a la aplicación de un estándar probatorio. Tal como vimos al analizar diversos casos fallados por esta, se atiende normalmente a la aplicación de criterios civiles y ahonda profundamente en la valoración de la prueba, sin hacer mayor referencia a los estándares de convicción. A pesar de que en ciertas ocasiones hace mención a la aplicación del criterio de la prueba “clara y convincente”, no incurre en un mayor análisis ni fundamento, y tampoco aplica este criterio con uniformidad, habiendo casos en que ni si quiera alude al alcance de algún estándar. Pudimos calificar esta situación como grave en tanto la Corte al conocer un asunto debe dar cumplimiento a la justificación de la decisión adoptada, y al no haber un criterio uniforme, es más, al muchas veces no existir alguno, se pone en riesgo tanto la motivación de la decisión, como su veracidad e incluso la seguridad jurídica que se proyecta. De esta forma, tenemos a una Corte que conoce a través del recurso de reclamación las mismas materias que el TDLC, sin embargo, aplicando criterios disímiles. Tenemos a dos órganos judiciales, conociendo los mismos hechos, pero bajo pautas diferentes. Por último, si consideramos que una de las finalidades del recurso de reclamación es justamente uniformar criterios, debemos si quiera tener tribunales que juzguen a partir de los mismos principios, sino, pareciera que más que una revisión por parte de la Corte Suprema a través del recurso, sería un nuevo conocimiento del asunto.
8. Lo anterior nos lleva a concluir que requerimos la unificación de criterios en cuanto a la aplicación de los estándares probatorios, tanto por parte del TDLC como por parte de la Corte Suprema. Es necesario no tan solo que se consagre un estándar probatorio, dado lo relevante que es la función que cumplen, sino que, además, habiéndose determinado, es importante que los tribunales que conocen las materias de Libre Competencia en los procesos sancionatorios adopten el mismo estándar. Sin duda en la mayoría de los casos es el TDLC quien introduce el concepto de “estándar probatorio” y lo desarrolla, justificando las sentencias. Ha sido este mismo quien en sus

últimos fallos ha estimado que el estándar apropiado para los procesos sancionatorios debiese ser el de “prueba clara y convincente”.

9. Las conclusiones anteriores las pudimos ver enraizadas en las distintas sentencias analizadas, y, además, logramos ver que la situación se ha tornado aún más conflictiva a partir del fallo del TDLC en el caso “CMPC y SCA”. En este último, a pesar de que en la sentencia se estableció que debía aplicarse el criterio de la prueba “clara y convincente”, el voto de minoría realizó un análisis profundo indicando que, en los procesos sancionatorios de colusión, debía optarse por la aplicación del estándar de probatorio “de la prueba preponderante”, vale decir, el criterio civil.

De esta forma, hoy nos encontramos con que incluso dentro del mismo TDLC no existe unidad en cuanto a los principios de convicción que debiesen fundar las decisiones que toman. Esta conclusión podemos relacionarla directamente con la anterior, en virtud de la falta de uniformidad del TDLC en relación a la Corte Suprema, lo que lleva a la necesidad de cuestionarnos sobre la confianza que generan nuestros tribunales, considerando lo que proyectan a partir de sus decisiones. Esto no deja de ser problemático si pensamos que los sujetos actúan en Libre Competencia conforme a lo que establece principalmente el TDLC como regulador de la política de mercado, y difícil será poder atenerse a determinadas pautas, si después, al conocerse los casos por la Corte, los criterios varían. Si queremos tener tribunales confiables que realmente protejan las garantías del proceso, y que velen por la seguridad jurídica, debemos tener un estándar probatorio definido, y que sea aplicado de manera uniforme, puesto que solo de esa forma los sujetos podrán actuar conforme a pautas definidas.

10. Por último, concluimos que el estándar probatorio más adecuado para ser aplicado en los procesos sancionatorios en materia de Libre Competencia, era el de “prueba clara y convincente”. Pudimos deducir que el estándar no podía ser tan exigente como el aplicado en sede penal, principalmente por el fin disuasivo que inspira al derecho de Libre Competencia, en atención a la dificultad probatoria propia de los delitos de colusión, y en virtud de los bienes propios que se encuentran en juego en sede penal. Ahora bien, este estándar debía ser mayor que el aplicado en materias civiles por las diversos factores que concurren respecto de los procesos sancionadores que los diferencian de éstos.

11. Concluimos que en los procesos sancionadores de la libre competencia debemos aplicar el criterio de prueba “clara y convincente”, en primer lugar, porque los procesos sancionatorios son calificados como tal, y en sede administrativa este es el estándar probatorio aplicable, en tanto las justificaciones son las mismas. En segundo lugar, debemos aplicar este criterio en virtud de la protección del debido proceso, tanto en virtud del principio de inocencia (que requiere de un fuerte estándar de justificación), como de las ya mencionadas garantías del derecho a la acción, y al resguardo de la seguridad jurídica. Además, en consideración de que vimos que solamente un estándar superior al civil podía justificar la introducción de las facultades intrusivas y del mecanismo de la delación compensada, puesto que, ello no puede tener como una contrapartida la rebaja del estándar exigido. Al ser sanciones en donde se ejerce el ius puniendi del estado, y habiendo introducido estas facultades (que facilitan a su vez la obtención de pruebas), debemos tener un estándar superior al civil e inferior al penal. Finalmente, se respalda de mayor forma esta conclusión si tenemos en cuenta la interpretación restrictiva de sanciones conforme al principio contemplado en el art. 5 inc. 2. CPP

12. Finalmente, habiendo propuesto el estándar de prueba clara y convincente como aquél que debiese aplicarse a los procesos en cuestión, es necesario destacar la necesidad de complementarlo a través de una fundamentación y metodología que nos permitan objetivizar y concretizar este criterio.

Es a través de la introducción de dos variables que propone Ferrer Beltrán que podemos alcanzar este objetivo, cuales son que para considerar una hipótesis probada deben darse conjuntamente: a) que la hipótesis sea capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que las hipótesis permita formular deban haber resultado confirmadas y b) que debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa, si es plausible, explicativas de los mismos datos, y compatible con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*. En este sentido, a pesar de que los estándares tienen un grado de probabilidad que incide en la distribución de errores, debemos dentro del estándar de prueba clara y convincente aludir a estas directrices planteadas para de tal forma concretar de manera clara cuál es el nivel de convicción que debe alcanzar el juez en estos procesos.

Finalmente cabe concluir, que a pesar de que en los últimos años nuestro sistema de Libre Competencia ha ido adquiriendo un mayor desarrollo, aun la institucionalidad que tenemos posee bastantes falencias. Dentro de éstas nos encontramos con la dualidad que se da en el conocimiento de las causas entre el TDLC y la Corte Suprema. En virtud de lo anterior, es hora de cuestionarnos si es que realmente la Corte es el tribunal adecuado para conocer del recurso de reclamación en materia de Libre Competencia, o si quizás, debiésemos cambiar esta construcción institucional sentada por el DL 211.

Sin duda, además, la determinación de un estándar probatorio en sede de Libre Competencia es necesario. Podemos establecer que, si queremos proteger los principios que inspiran a nuestro ordenamiento en esta sede, debemos consagrar el estándar probatorio de “prueba clara y convincente” en estos procesos, el cual deberá ser adoptado tanto por el TDLC, como por la Corte Suprema. Solo a partir de esto, estaremos protegiendo la eficiencia del mercado y las garantías de quienes son los principales actores de este. Pero no solamente estaremos dándole protección a estos principios, sino que además estaríamos paliando de cierta forma la falencia que surge de la composición de la Corte Suprema, porque al tener un estándar exigente, al menos, tendremos decisiones con mayores niveles de convicciones o fundamentaciones. La incorporación y definición el estándar propuesto, otorgará además mayor seguridad jurídica a quienes actúan en los mercados, los que podrán contar con pautas uniformes que puedan guiar su actuar, y en cierta medida proteger esta función propia de las políticas económicas. Es inconcebible tener a dos órganos jurisdiccionales conociendo las mismas materias con criterios disímiles, y por ello, urge la definición de un estándar probatorio de “prueba clara y convincente” en los procesos mencionados.

Confiamos con esta memoria haber explorado un tema que no había sido tratado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, pero que, acudiendo a los recientes trabajos y fallos existentes en la materia desde los inicios del siglo XXI, haber podido arribar a una proposición fundada y coherente para salvar las omisiones y contradicciones en la materia abordada.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ACCATINO, Daniela. *Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 37. 2011.

BERNEDO, Patricio. *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Santiago, Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Justicia, Derecho Procesal Civil: Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, Editorial Ejea, 1973.

CASARINO, Mario. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.

COLOMA, Germán. *Defensa de la Competencia. Análisis Económico*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.

COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1983.

FERRER BELTRAN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y racionalidad en las decisiones judiciales*. Santiago. Prolibros, 2018.

FERRER BELTRAN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. Inédito o aún no publicado.

FNE. *Guía Interna sobre la Delación Compensada en casos de colusión*. 2017. [Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf].

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

GASCÓN A., Marina. *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1999.

GASCÓN A., Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Madrid, Doxa Cuadernos de Filosofía de Derecho, 28, 2008.

GRAEME, Samuel. *The ACCC approach to the detection, investigation & prosecution of cartels. Economics Society of Australia Detection of cartels symposium*. 2005. [Disponible en línea: https://www.accc.gov.au/system/files/20050928_Economics%20Society_Cartels.pdf].

GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago. *Informe en Derecho Prueba de la Colusión*. Santiago, 2011. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/u/download.jsp?document=133229&property=attachment&index=1&content=application/pdf>.

HAACK, Susan. *El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. En estándares de prueba y Prueba Científica*. Madrid. Editorial Marcial Pons, 2013.

HORVITZ L., María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

HORVITZ L., María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

HUDSON, Lukas. *Naturaleza del recurso de reclamación en materia de libre competencia: análisis jurisprudencial de acuerdo a la Corte Suprema*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2014.

ISEENSE R., Carlos. *Debido proceso y su recepción en la Ley Nº 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa*. Revista de Derecho Público 84, 2016. Disponible en: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43061>.

IRARRAZABAL PHILIPPI, Felipe. *Delación compensada y facultades artículo 39, letra n), DI 211: "Visión y Experiencia de la Fiscalía Nacional Económica"*. Presentación Fiscalía Nacional Económica, 2012. [Disponible en: http://www.cariola.cl/wp-content/uploads/2012/05/03_presentacion_fne_-_seminario_0314340.pdf].

LAUDAN, Larry. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires.Hammurabi.2011.

LÓPEZ, Daniel. *Aspectos probatorios de la colusión mediante medios indirectos en el Decreto Ley 211*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2012. [Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113632/de-lopez_d.pdf?sequence=3].

MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Santiago, Thomson Reuters, 2012.

MATURANA, Cristián. *Aspectos Generales de la Prueba*. Separata de clases. Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2015.

MATURANA, Javier. *Sana Crítica*. Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2014.

MENESES, Claudio. *Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil*. *Ius Et Praxis*, 2 (43), 2014.

MONTERO L., Raúl. *Necesidad de establecer un estándar de prueba en el nuevo proceso civil chileno*. Santiago. Librotecnia. 2017.

MONTT, Santiago. *El tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas*. Santiago, 2010. Disponible en <http://www.regcom.uchile.cl> [fecha de última consulta: 13 de junio de 2018].

MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. *Los Recursos Procesales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2017.

ORELLANA, Bárbara. *Elementos para un estándar de la prueba en el procedimiento administrativo*. *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, 6, Santiago, 2005. [Disponible en: <http://www.rfycj.cl/wp-content/uploads/2015/08/Rfycj-N6-4.-Barbara.pdf>].

OYARCE, Tamara. *La duda razonable en el sistema Procesal Penal*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2008. [Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-oyarce_t/html/index-frames.html].

Página Web Del TDLC. [Disponible en línea en: <http://www.tdlc.cl/tdlc/estructura-del-tdlc/>, última visita 13 de junio de 2018].

POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de las Américas, 2009.

ROMERO, Juan José. *Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?* Documento de trabajo Centro de Libre Competencia UC, 2007. [Disponible en: <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-351-411-Colusion-de-empresas-de-oxigeno-Cuanta-evidencia-es-suficiente-JJRomero.pdf.p.380>].

SMITH, Adam. *La Riqueza de las Naciones*. Disponible en: https://www.uv.es/~mpuchade/MDH/02_Smith.pdf [Última visita 6 de junio de 2018].

SEPÚLVEDA E., Lukas. *Diseño Institucional y Revisión en sede de Libre Competencia*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2017. [Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146261/Diseño-institucional-y-revisión-judicial-en-sede-de-libre-competencia.pdf?sequence=1>].

TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*. Madrid, Editorial Trotta, 2002.

TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michelle y RAMIREZ, Diana. Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad. Lima. Ara Editores. 2009.

VALDÉS, Domingo. *Libre competencia y monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Jurisprudencia TDLC

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 31 de enero de 2012, Caso requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otros [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2608/interpuso+un+requerimiento+en+contra+de+Farmacias+Ahumada+S.A./CL/vid/349800650].

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 noviembre de 2014 caso requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Línea Collico S.A. y otros. [Disponible en: <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/al+celebrar+un+acuerdo+destinado+a+la+fijación+de+precios+de+las+tarifas+a+público+desde+el+año+2008+a+la+fecha+y+por+el+cual+han+restringido%2C+impedido+y%2Fo+entorpecido+la+libre+competencia+en+el+mercado+del+transporte+público/CL/vid/542938866>].

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 25 de diciembre de 2014, Caso requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros. [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2608/139%2F2014./CL/vid/537608234].

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 1 abril 2015, Sentencia 145/2015. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_145_2015.pdf].

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 23 diciembre 2015, sentencia 148/2015. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_148_2015.pdf].

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 diciembre 2017, Sentencia N°160/2017 en la causa Rol C N°299-2015. 2017. [Disponible en: http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_160_2017_.pdf].

Jurisprudencia Corte Suprema

C. Suprema, 7 de septiembre de 2012, rol n°2578/2012. [Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/farmacias-ahumada-salco-brand-436035978>].

C. Suprema, 29 de octubre de 2015, rol n°27181/2014. [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127/no+27181%2F2014/CL/vid/585928066].

C. Suprema, 29 de diciembre de 2015, rol n°32149/2014. [Disponible en: <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/En+subsidiario%2C+piden+que+se+rebajen+las+multas+impuestas+a+la+suma+equivalente+a+2%2C5+Unidades+Tributarias+Anuales%2C+al+igual+que+las+otras+requeridas+que+no+han+recurrido+del+fallo/CL/vid/590768258>].

C. Suprema, 7 de enero de 2016, rol n°5609/2015. [Disponible en: <https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/En+estos+autos+rol+N%5609-2015+se+trajeron+los+autos+en+relaci3n+para+conocer+de+las+reclamaciones+interpuestas+por+la+Asociaci3n+Gremial+de+Ginec3logos+Obstetras+de+la+Provincia+de+Nuble+y+por+los+m3dicos+ginec3logos+requeridos+Francisco+Baldecchi+Quezada%2C+Felipe+Camposano+Luzzi%2C/CL/vid/591221918>].

C. Suprema, 12 de octubre de 2016, rol n°5128/2016. [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127/antojadiza+de+la+prueba+rendida%3A+en+el+caso+de+la+obra+La+Negra/CL/vid/650949405].

C. Suprema, 4 de abril de 2018, rol n°5427/2018. [Disponible en: https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:2127+date:2018-04-04../interpretaci3n+ley+penal/p6/CL/vid/707610945].

Jurisprudencia Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional, 13 de agosto de 2009, Rol nº1281. Disponible en: [<https://app.vlex.com/#CL/search/jurisdiction:CL/Con+fecha+cinco+de+diciembre+de+dos+mi+l+ocho%2C+el+abogado+Jorge+Meneses+Rojas/CL/vid/63789336>].

Legislación Utilizada

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley N° 19.696, que establece el Código Procesal Penal, publicada el 12 de octubre de 2000.

CHILE, Ministerio de Economía. 2005. Decreto Ley N°211, que fijan las normas para la Defensa de la Libre Competencia, publicado en el Diario Oficial el 22 de diciembre de 1973.

CHILE, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto N° 100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, publicado el 22 de septiembre de 2005.