

REFLEXIONES SOBRE EL
DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA:

INFORMES EN DERECHO SOLICITADOS POR LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA
(2010 - 2017)

Santiago de Chile
2017

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA
2017

ISBN: 978-956-8408-04-6

Fiscal Nacional Económico
Felipe Irarrázabal Ph.

Coordinadores
Mario Ybar A.
Sebastián Castro Q.

Editores
Felipe Belmar T.
Pía Chible V.

Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica
Huérfanos N° 670 Piso 8
Teléfono: 27535600
Santiago. Chile.

IMPRESO EN CHILE
Por Impresos Lahosa S.A. que sólo actúa como impresor

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA:

Informes en Derecho solicitados por la
Fiscalía Nacional Económica
(2010 - 2017)

ÍNDICE

PRÓLOGO

8

PARTE I:

La defensa de la Libre Competencia

SECCIÓN A:

CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

JORGE GRUNBERG

Los acuerdos y prácticas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones *hub and spoke*.

15

FRANCISCO AGÜERO

Remedios y sanciones ante el incumplimiento de medidas de mitigación en operaciones de concentración.

53

SANTIAGO MONTT

Incumplimiento de una condición impuesta por el TDLC en una resolución que aprueba operación de concentración.

81

MICHAEL JACOBS

El *enforcement* relativo a las participaciones minoritarias en la regulación norteamericana de competencia.

115

MICHAEL JACOBS

Combatiendo los *interlocks* anticompetitivos: Sección 8ª del *Clayton Act* como modelo para economías pequeñas y emergentes.

127

SECCIÓN B:**FACULTADES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN LA DEFENSA
DE LA LIBRE COMPETENCIA****JAIME ARANCIBIA**

Potestad del Fiscal Nacional Económico para desestimar previamente o archivar una investigación respecto de posibles infracciones al D.L. 211 de 1973 y para celebrar acuerdos extrajudiciales en materia de fusiones y adquisiciones.

165**EDUARDO CORDERO**

Sobre las facultades de la FNE para poner término a una investigación sobre la base de compromisos y/o cambios de conducta por parte de los sujetos investigados.

181**PARTE II:****Promoción de la Libre Competencia****JAIME ARANCIBIA**

Potestades del Fiscal Nacional Económico para cumplir la función de promoción de la libre competencia en el DL 211 de 1973.

207**MICHAEL JACOBS**

Evaluación de los programas de *compliance* en el derecho de la competencia norteamericano

223**PARTE III:****El Proceso en la Libre Competencia****SECCIÓN A:****GARANTÍAS Y REGLAS PROCEDIMENTALES****RAÚL NÚÑEZ**

Libre competencia y debido proceso.

239

ANDRÉS FUCHS

Relevancia y admisibilidad de la prueba en libre competencia

285

JORGE GRUNBERG & SANTIAGO MONTT

La prueba de la colusión

305

SECCIÓN B:

PRINCIPIOS QUE ORDENAN EL PROCEDIMIENTO

JUAN CARLOS FERRADA

El principio de proporcionalidad como estándar o criterio jurídico que condiciona la potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para imponer sanciones en el marco del Decreto Ley N° 211.

387

JORGE BOFILL

Garantías constitucionales y principios legitimadores del poder sancionador del Estado frente a la aplicabilidad temporal de las normas del Decreto Ley 211.

421

JUAN PABLO MAÑALICH

El principio *Ne Bis In Idem* en el derecho sancionatorio chileno.

457

ENRIQUE NAVARRO

Alcance de la disposición constitucional, contenida en el artículo 19 N° 7, letra f), conforme a la cual, en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre un hecho propio.

529

SECCIÓN C:

INSTITUCIONES PROCESALES EN LA LIBRE COMPETENCIA.

RAÚL NÚÑEZ

Prescripción de la acción para perseguir el ilícito anticompetitivo.

547

ANTONIO BASCUÑÁN

La jurisdicción chilena sobre infracciones al Decreto Ley 211 cuya ejecución parcial o total tiene lugar en el extranjero.

579

DOMINGO VALDÉS

Acerca de la cosa juzgada en el orden monopolístico.

621

SECCIÓN D:

SANCIONES EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA.

RICARDO JUNGSMANN

El injusto monopolístico y la graduación de las sanciones.

691

FRANCISCO AGÜERO & DANAÉ FENNER

Culpabilidad e incumplimiento de medidas de mitigación de operaciones de Concentración.

707

PRÓLOGO

Para los lectores de este libro no resultará sorpresa alguna afirmar que algunas de las normas que regulan los ilícitos anticompetitivos en nuestro país se encuentran redactadas de manera general y están dotadas de cierta flexibilidad. Estas características pueden explicarse, en parte, por la historia de nuestro sistema de libre competencia. Así lo señala el historiador Patricio Bernedo, quién en el libro *Historia de la Libre Competencia en Chile: 1956-2010*, destaca cómo la regulación de libre competencia del DL 211 (y su antecedente histórico, la Ley N° 13.305) sigue muy de cerca a la *Sherman Act* de Estados Unidos, norma que además ha servido como verdadero modelo para las normas protectoras de la competencia de muchos otros países. Así, esta formulación general y flexible que puede encontrarse en el DL 211 no es ninguna anomalía a nivel mundial, sino más bien sigue una marcada tendencia de las más importantes jurisdicciones, incluida Europa.

No es sólo por razones históricas y comparadas que parte de las normas del DL 211 son generales y flexibles, sino que también existen muy buenas razones sustantivas para que esto sea así. La ductilidad de estas normas –pensemos, por ejemplo, en el artículo 3° del DL 211- permite encasillar como anticompetitivos una variedad de ilícitos, siempre que se condigan con la descripción expresa de la norma. Lo anterior es positivo y necesario, puesto que, si la descripción de los ilícitos pretendiera ser excesivamente detallada y existiera un catálogo exhaustivo de conductas consideradas como anticompetitivas, existiría la posibilidad de que ciertos ilícitos queden fuera de dichas descripciones y, por tanto, permanezcan impunes, lo que obligaría a modificaciones frecuentes de dicho texto. Una estructura de este tipo permite evitar que se evada el sentido de la norma, que descansa en un evidente contenido económico, por cierto dinámico y en constante evolución.

En nuestra visión, la manera general y flexible de cómo se encuentran redactadas partes del DL 211 es una fortaleza y necesidad para el sistema de libre competencia. Sin perjuicio de lo anterior, la flexibilidad de estas normas, implica que en algunos casos, debe realizarse un esfuerzo interpretativo para precisar con exactitud la licitud o ilicitud de una conducta. En palabras de la propia Excelentísima Corte Suprema, a propósito del proyecto de la ley N° 19.911 que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), ésta estima que es “*procedente establecer una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del tribunal decidan en cada caso qué conducta constituye un atentado a la libre competencia.*”

Una consecuencia directa de estas características que venimos comentando es que ha sido el TDLC junto a la Excelentísima Corte Suprema quienes, interpretando el DL 211, han delimitado los contornos de diversas normas. Para llevar a cabo esta relevante función interpretativa, los referidos órganos jurisdiccionales, han recurrido también a la doctrina y a la jurisprudencia –tanto nacional como extranjera-, fuentes que han jugado un rol fundamental, ayudando a dilucidar conceptos como “*poder de mercado*” o “*abuso de posición de dominante*”, entre otros.

Considerando lo anterior, no resulta para nada extraño que tanto litigantes privados como públicos recurran a los fallos del TDLC y de la Corte Suprema para sustentar un argumento en particular, pues es en estas decisiones donde puede encontrarse claridad respecto de pasajes de la ley. Esta es, tal vez, una de las pocas áreas del derecho nacional en que las decisiones judiciales juegan, en los hechos, un rol de fuente esencial del derecho.

En este escenario, la FNE ha tenido una función activa, tomando una posición determinada sobre el sentido y correcta interpretación del DL 211 en los procesos en que se involucra como requirente y como informante. Para llevar a cabo esta importante labor, es que en muchos casos la institución ha recurrido a Informes en Derecho de reconocidos docentes, nacionales y extranjeros, quienes han aportado con conocimiento de primer nivel para sustentar las posiciones de la FNE. Así, en los informes recogidos en este libro, que cubre el período 2010 a 2017, encontramos artículos de profesores de la Pontificia Universidad Católica, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, de la Universidad Adolfo Ibáñez, de la Universidad de los Andes, de la Universidad de Chile, y de la Universidad de Valparaíso.

Lo anterior da cuenta del importante esfuerzo realizado por la FNE por contar con la mejor asesoría posible para llevar a cabo su cometido y para expandir de manera eficiente su calidad técnica contratando a expertos del medio y generando así un círculo virtuoso entre la práctica y la academia.

Considerando lo anterior, el presente volumen consolida y pone a disposición del público, importantes contribuciones académicas que, presentadas como Informes en Derecho, buscan reconstruir el sentido de conceptos jurídicos fundamentales del Derecho de la Competencia, tanto de carácter sustantivos como procesales.

Cabe resaltar que esta recopilación no recoge todos los Informes en Derecho presentados por la FNE ante tribunales durante este período, sino que es una selección de aquellos que se refieren a ciertas temáticas de manera más general.

Es de esperar que este libro sea informativo para litigantes, funcionarios y jueces, y sirva de incentivo para la discusión académica en torno a las problemáticas actuales de la libre competencia, perfeccionando progresivamente con ello, la manera en que entendemos las normas de la disciplina.

FELIPE IRARRÁZABAL PH.
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

PARTE I:

LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Conductas Anticompetitivas y Operaciones de Concentración

LOS ACUERDOS Y LAS PRÁCTICAS CONCERTADAS COMO MEDIOS PARA COMETER EL ILÍCITO DE COLUSIÓN Y LAS COLUSIONES *HUB-AND-SPOKE*

Jorge Grunberg Pilowsky*

I. ANTECEDENTES

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) ha solicitado al suscrito un Informe en Derecho (el “Informe”) que analice dos temas relacionados con el ilícito de colusión a la luz de la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada, con énfasis en las jurisdicciones de Estados Unidos de América y la Unión Europea: (a) los acuerdos y las prácticas concertadas entre competidores como elementos configuradores del ilícito, sus desarrollos conceptuales y diferencias; y (b) las colusiones *hub-and-spoke* como modalidad particular del ilícito de colusión, sus contornos conceptuales y la forma en que pueden ser probadas.

Este Informe aborda cada uno de estos puntos en las secciones III y IV, respectivamente. Previamente y a modo de introducción, en la sección II se explica la importancia de la prohibición de colusión en el Derecho de la Competencia y la forma en que ella ha sido plasmada en las legislaciones de EE.UU., la Unión Europea y Chile.

II. LA PROHIBICIÓN DE COLUSIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Al igual que en el caso de las jurisdicciones con mayor tradición en la materia, el Derecho de la Competencia de Chile está estructurado fundamentalmente -desde un punto de vista conductual- sobre la base de una prohibición de colusión entre competidores.

La competencia supone que las empresas tomen sus decisiones económicas que recaen sobre variables esenciales de competencia -precio, producción, zonas

* Abogado de la Universidad de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) Universidad de Harvard; Máster en Regulación del Comercio, Derecho y Política de Competencia (LL.M.) en la Universidad de Nueva York; Académico del Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

geográficas donde competir, cuotas de participación de mercado a alcanzar- en forma independiente. Por ello, el Derecho de la Competencia impone a los competidores un deber de comportamiento independiente en el ámbito de la decisión sobre las referidas variables.¹

La Ley de Defensa de la Libre Competencia de Chile, contenida en el Decreto Ley N° 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (“DL 211”) ha tipificado de forma específica a la colusión en la letra a) del inciso segundo del artículo 3°, que dispone:

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.

Esta redacción fue establecida por la reciente Ley N° 20.945 de 2016, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Ella se diferencia de su antecesora, plasmada en la Ley N° 20.361 de 2009,² en algunos aspectos.

En primer lugar, como conductas constitutivas del ilícito de colusión se ha eliminado la distinción entre acuerdos “expresos” o “tácitos”. La modificación habría estado basada en el hecho de armonizar la redacción con la norma que sirvió de antecedente a esta disposición, que es el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que simplemente distingue entre “acuerdos” o “prácti-

¹ Como señaló la Corte Suprema de EE.UU. en *Copperweld v. Independence Tube* 467 U.S. 752, 768-769 (1984): “Concerted activity inherently is fraught with anticompetitive risk. It deprives the marketplace of the independent centers of decision making that competition assumes and demands” [“La actividad concertada está por naturaleza cargada de riesgo anticompetitivo. Priva al mercado de los centros de decisión independientes que la competencia asume y demanda”]. En el mismo sentido, nuestra Corte Suprema en *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 37°: “De todo lo dicho resulta como principio fundamental que las reglas de la libre competencia imponen a los competidores un obrar autónomo e independiente que implica que se llevará a cabo una lucha competitiva en pos de alcanzar los mejores resultados económicos posibles”.

² El literal a) del inciso segundo del artículo 3° establecido por la Ley N° 20.361 disponía que: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: ‘a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.’”

cas concertadas”.³ En Chile, tanto la jurisprudencia como la doctrina no les asignaron significados distintos a las expresiones “acuerdo tácito” y “práctica concertada”; al parecer, más bien las habrían entendido como sinónimas.⁴

En segundo lugar, se ha precisado que en la comisión de los acuerdos o prácticas concertadas pueden participar tanto competidores directos -que emprenden en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización- como competidores verticalmente relacionados con estos, tal como ocurre en las colusiones denominadas *hub-and-spoke*.⁵ Lo determinante es que para que tenga lugar una colusión, el acuerdo o la práctica concertada a lo menos involucre a competidores directos. Esta modificación introducida por la Ley N° 20.945 en ningún caso quiere decir que aquellas colusiones de tipo *hub-and-spoke* cometidas con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley quedarían impunes, pues, en su carácter de acuerdo o práctica concertada entre competidores, ellas quedarían capturadas tanto por la descripción de la letra a) del artículo 3° establecida por la Ley N° 20.361, como por la hipótesis genérica contenida en el inciso primero del artículo 3° del DL 211, que sanciona “cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.⁶ La verdadera importancia de esta modificación legal se concreta en que competidores verticalmente relacionados con

³ El artículo 101.1. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que: “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

⁴ En jurisprudencia, véase Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 80°. En doctrina, véase Cristóbal Eyzaguirre B. y Jorge Grunberg P., “Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos”, 4 Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia 57, 60-61. (2008); Domingo Valdés P., “Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales” 4 Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia 81, 89. (2008); y Fernando Araya J., “Derecho de la Libre Competencia”, 24 Revista Chilena de Derecho Privado 233, 248 (2015).

⁵ Como explica Whelan: “This form of collusion can occur where parties to a horizontal agreement or concerted practice conspire directly with one “hub” or main party, who may be either a supplier or distributor” [“Esta forma de colusión puede ocurrir cuando las partes de un acuerdo horizontal o práctica concertada conspiran directamente con un “eje” o parte principal, quien puede ser indistintamente un proveedor o distribuidor”]. Peter Whelan, “Trading Negotiations Between Retailers and Suppliers: A Fertile Ground for Anti-Competitive Horizontal Information Exchanges”, 5 European Competition Journal 823, 824-825 (2009).

⁶ En este sentido, se ha sostenido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265- 2013, Sentencia N° 145/2015, C. 3°: “Que el artículo 3°, letra a), del D.L. N° 211 señala que se consideran como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia “los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”. **Esta disposición no es más que una especificación de lo dispuesto en el inciso primero de dicho artículo**, que en su parte pertinente señala que será sancionado todo aquel que ‘eje-cute 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”’ (énfasis agregado).

los competidores directos que se han coludido podrían ser, sin lugar a duda alguna, objeto de las facultades especiales de investigación consagradas en la letra n) del artículo 39 del DL 211, así como valerse de los beneficios que la ley ha establecido para el programa de delación compensada que regula el artículo 39 bis del DL 211.

En tercer lugar, se ha derogado la exigencia legal de que los acuerdos o prácticas concertadas deban en cualquier caso conferir poder de mercado para ser sancionados. Al igual que las jurisdicciones con mayor tradición en la disciplina, la Ley N° 20.945 establece que los denominados carteles duros, es decir, aquellas colusiones 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, son considerados como anticompetitivos por la sola existencia del acuerdo o práctica concertada que recaiga sobre alguna de las variables de competencia esenciales descritas por la norma, sin que sea necesario acreditar la existencia de poder de mercado. Esta reforma introduce lo que en el derecho comparado se denomina como “regla per se” (*per se rule*) para carteles duros (*hardcore cartels*).⁷

No obstante, la norma mantiene la exigencia de acreditar que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado en aquellos casos que consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores, pues en estas hipótesis podría resultar necesario evaluar en forma amplia si la conducta es o no anticompetitiva a la luz de lo que en el derecho comparado se denomina “regla de la razón” (*rule of reason*).

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, cabe señalar que para los efectos del presente Informe, en virtud de lo afirmado por el requerimiento⁸ y atendido lo resuelto por la jurisprudencia⁹, el tipo de colusión aplicable en esta materia correspondería al establecido por la Ley N° 20.361 en la letra a) del inciso 2° del artículo 3° del DL 211.¹⁰

En relación con esta norma, nuestra jurisprudencia ha resuelto que “para sancionar una conducta colusoria se debe acreditar: la existencia de un acuerdo o práctica concertada sobre una variable relevante de competencia (tales como afectar precios y cantidades, o repartirse mercados); que éste se ha materializado entre

⁷ Según explica Robert Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself* (2ª ed., Free Press, New York 1993), p. 67, “The per se rule against naked price fixing and similar agreements not to compete is the oldest and clearest of antitrust doctrines, and its existence can be explained only by a preference for consumer welfare as the exclusive goal of antitrust” [“La regla per se en contra de acuerdos desnudos de fijación de precios y acuerdos similares de no competir es la más antigua y nítida de las doctrinas del derecho de la competencia, y su existencia puede ser explicada únicamente por una preferencia por el bienestar del consumidor como el objetivo exclusivo de esta disciplina”].

⁸ El requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en su párrafo N° 3, afirma que los acuerdos o prácticas concertadas imputados tuvieron lugar “al menos entre los años 2008 y 2011”.

⁹ Nuestra Corte Suprema, en *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 80°, afirmó: “Que en las infracciones de carácter permanente o de duración continua en las que sólo existe una voluntad inicial, habrá de estarse -tal como se consignó en el fallo impugnado- al último acto constitutivo de la infracción para los efectos de determinar la ley aplicable”.

¹⁰ *Id.* n. 2.

competidores, y que ha otorgado poder de mercado a quienes forman parte de él”.¹¹

En el capítulo que sigue se abordará cómo el Derecho de la Competencia ha concebido a los acuerdos o prácticas concertadas que importan el medio a través del cual se puede cometer un ilícito de colusión.

III. LOS ACUERDOS Y LAS PRÁCTICAS CONCERTADAS COMO ELEMENTO DEL ILÍCITO DE COLUSIÓN

El derecho chileno en el literal a) del inciso 2° del artículo 3° del DL 211 establece que el ilícito de colusión se puede cometer a través de acuerdos o prácticas concertadas.

La noción de acuerdo como elemento determinante de la conducta proviene de la legislación estadounidense¹² y desde ahí ha permeado a las legislaciones comparadas más relevantes en la materia, incluida la chilena.

En cambio, el concepto de práctica concertada es ajeno al derecho estadounidense, tiene su origen en el derecho de la Unión Europea y ha influenciado las legislaciones internas de los países europeos y otras como es el caso de Chile.

A la fecha, la jurisprudencia chilena recaída en casos de colusión no ha ahondado en las diferencias entre los acuerdos y las prácticas concertadas. Para los efectos de intentar discernir sus contornos conceptuales, resulta necesario acudir a la jurisprudencia y doctrina europeas.

a) El concepto de acuerdo

En el caso *Bayer v. Comisión*, el Tribunal General de la Unión Europea consideró que el concepto de acuerdo “se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades”.¹³

¹¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265-2013, Sentencia N° 145/2015, C. 4°. Casi en el mismo sentido, nuestra Corte Suprema en *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 40° (“[L]os elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial, y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo”).

¹² A pesar de que el artículo 1 de la Sherman Act no se refiere explícitamente a la voz “acuerdo” (*agreement*), la jurisprudencia estadounidense ha sido clara en que ella es sinónima de las voces “combinación” (*combination*) o “conspiración” (*conspiracy*) que el referido estatuto contempla. En palabras de Areeda y Hovenkamp: “The courts sometimes speak of ‘combination’, sometimes of ‘conspiracy,’ or sometimes simply of the nonstatutory term ‘agreement.’ They usually use these terms interchangeably, and the use of one term does not imply any distinction between them” [“Los tribunales a veces hablan de ‘combinación’, algunas de ‘conspiración’, u otras simplemente del término ‘acuerdo’ que es extraño a la ley. Ellos usualmente usan estos términos de modo intercambiable, y el uso de un término no implica distinción alguna entre ellos”]. Phillip E. Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. VI (3ª ed., Aspen Publishers, Nueva York 2010), p. 20.

¹³ Caso T-41/96 [2000] ECR II-3383, párrafo 69.

Nuestra Corte Suprema, al igual que el Derecho Europeo, le otorga a la concordancia de voluntades entre los competidores que toman parte en el acuerdo colusorio un rol determinante en la configuración de la noción de acuerdo.¹⁴ Esta misma concepción ha sido seguida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.¹⁵

En el Derecho Europeo de la Competencia, el concepto de acuerdo ha sido abordado de forma amplia, incluyendo tanto acuerdos vinculantes (convenciones o contratos) como no vinculantes (denominados coloquialmente como “acuerdos entre caballeros”); acuerdos que consten por escrito o acuerdos celebrados por vía oral; acuerdos formales o informales; acuerdos firmados o no firmados.¹⁶

En la misma línea que el derecho europeo, nuestra Corte Suprema ha considerado de forma amplia a la noción de acuerdo, expresando que “[e]l concierto puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Además, este puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo”.¹⁷

En el mismo sentido, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha sostenido: “Que, como es sabido, en materia de libre competencia el término “acuerdo” es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros. Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales”.¹⁸

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia también se ha referido a la amplitud del acuerdo desde otras perspectivas que exceden las formas que el acuerdo puede adoptar. Se ha considerado el objeto anticompetitivo que el acuerdo puede perseguir, así como los sujetos que en él intervienen. En este último sentido se ha afirmado:

En efecto, basta que un acuerdo pueda ser celebrado por empleados de una firma actuando en el ámbito de sus funciones, para que dicha empresa pueda ser responsable, siendo suficiente para ello que la em-

¹⁴ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 79º (“El acuerdo. El elemento volitivo es esencial en la colusión y con arreglo a la ley puede ser expreso o tácito”).

¹⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265-2013, Sentencia N° 145/2015, C. 5º (“En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un “acuerdo”, cualquiera sea el modo en que éste se manifieste”).

¹⁶ Véase Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (8ª ed., Oxford University Press, Oxford 2015), pp. 104-105 y Jonathan Faull y Ali Nikpay, *The EU Law of Competition* (3ª ed., Oxford University Press, Oxford 2014), pp. 204-205.

¹⁷ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 78º.

¹⁸ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265-2013, Sentencia N° 145/2015, C. 5º.

presa actúe en conformidad a dicho acuerdo, con independencia de si ese trabajador o representante tiene o no facultades expresas para actuar en tal sentido.¹⁹

b) La noción de práctica concertada

La práctica concertada fue definida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso *ICI v. Comisión*, como “una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio²⁰ propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas”.²¹ Asimismo, precisó el tribunal que “por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos de un acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes”.²²

En el caso *Suiker Unie v. Comisión*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concibió como esencia del concepto de práctica concertada “a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado”.²³ En otras palabras y según el mismo fallo, debe acreditarse “que hubo contactos entre las demandantes y estos persiguieron precisamente la finalidad de eliminar de antemano la incertidumbre referente al comportamiento futuro de sus competidores”.²⁴

En el mismo fallo *Suiker Unie v. Comisión*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que para ser sancionada una práctica concertada no exige “la elaboración de un verdadero plan”²⁵ y que los criterios de coordinación y cooperación aceptados por el Derecho de la Competencia deben entenderse a la luz del principio según el cual “todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado común”.²⁶

Por otra parte, cabe precisar que la jurisprudencia europea también ha sido muy clara en distinguir entre el comportamiento paralelo autorizado para el derecho de la competencia y una práctica concertada anticompetitiva. En *Suiker Unie*

¹⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros*, Rol C 234-2011, Sentencia N° 136/2014, C. 18°.

²⁰ Si bien la versión en idioma español de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea emplea la voz “convenio”, ella debe entenderse como sinónimo de “acuerdo”, por cuanto en la versión en idioma inglés de la misma sentencia se emplea la voz “agreement”.

²¹ *ICI v. Comisión*. Caso 48/69 [1972] ECR 619, párrafo 64.

²² *ICI v. Comisión*. Caso 48/69 [1972] ECR 619, párrafo 65.

²³ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 174.

²⁴ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 175.

²⁵ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 173.

²⁶ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 173.

v. *Comisión*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que la exigencia de adoptar en forma autónoma las decisiones que incidan en aspectos esenciales de competencia en los mercados “no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores”²⁷.

En opinión de Whish y Bailey, los casos *ICI v. Comisión* y *Suiker Unie v. Comisión* configuran el test legal de lo que constituye una práctica concertada:

Debe haber un consenso mental a través del cual la competencia es sustituida a sabiendas por cooperación práctica; no obstante, el consenso no necesita ser alcanzado verbalmente, y puede surgir del contacto directo o indirecto entre las partes²⁸.

Por otra parte, Faull y Nikpay se refieren a que el derecho europeo tuvo como objetivo, al establecer el concepto de práctica concertada “el evitar que las empresas evadieran la aplicación del artículo 101 (1) [del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea] a través de coludirse de una manera anticompetitiva que no alcanzara a configurar un acuerdo”²⁹.

Según la doctrina europea, tres son los elementos necesarios para acreditar la existencia de una práctica concertada. En primer lugar, algún tipo de contacto entre las empresas es necesario, el cual puede ser indirecto o débil. En segundo lugar, debe existir algún tipo de consenso entre las partes en cuanto a cooperar en lugar de competir. Por último, debe existir una conducta subsecuente en el mercado y una relación de causalidad con ésta que tenga como antecedente la concertación entre las partes³⁰.

i. Contacto entre las empresas

El primer requisito de una práctica concertada consiste en la existencia de contacto entre empresas que son competidoras con la finalidad de “eliminar de antemano la incertidumbre referente al comportamiento futuro de sus competidores”³¹. Este

²⁷ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 174.

²⁸ Whish y Bailey, n. 16, p. 118 (“[T]here must be a mental consensus whereby practical cooperation is knowingly substituted for competition; however the consensus need not be achieved verbally, and can come about by direct or indirect contact between the parties”).

²⁹ Faull y Nikpay, n. 16, p. 218 (“The aim of the Treaty, in establishing the concept of concerted practice, is to prevent undertakings from evading the application of Article 101 (1) by colluding in an anti-competitive manner which falls short of an agreement”).

³⁰ Faull y Nikpay, n. 16, p. 220

³¹ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 175.

contacto se puede alcanzar por vía directa o indirecta³². Por vía directa se alcanza a través del intercambio de información entre los competidores directos, como sería el caso en que dos o más competidores participan de una o más reuniones para tal efecto. En cambio, por vía indirecta se alcanza a través de la concurrencia de un agente intermediario que sirve de puente o punto de conexión entre los competidores directos, como ocurre, por ejemplo, en las colusiones en que una asociación gremial actúa como vehículo a través del cual funciona la colusión o en aquellas colusiones denominadas *hub-and-spoke*.

Respecto de la naturaleza de la información que se intercambia fruto del contacto entre las empresas, ésta debe ser de carácter estratégico para los efectos de competir³³. Bajo el principio según el cual “todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado común”³⁴, a los competidores en principio les está vedado intercambiar información relativa a aspectos sensibles tales como precios futuros, producción futura, costos futuros o planes de expansión futuros.

ii. *Consenso en torno a cooperar en lugar de competir*

El segundo requisito de una práctica concertada consiste en la existencia de un consenso entre los competidores en torno a cooperar en lugar de competir. A este requisito se le ha denominado “encuentro de mentes”³⁵ y ha sido concebido de manera amplia e informal.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia dictada en el caso *Cimenteries v. Comisión* señaló:

“[P]ara acreditar la existencia de una práctica concertada no es necesario demostrar que el operador de que se trate se haya comprometido

³² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Dolefood Company, Inc. v. Comisión*. Caso C- 286/13 [2015]. párrafo 120 (“Si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, si se opone, sin embargo, de modo riguroso, a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él, si dichos contactos tienen por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o de los servicios prestados, el tamaño y número de las empresas y el volumen de dicho mercado”).

³³ Como señala la Comisión Europea en sus Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011), párrafo 61: “[E]l intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado, facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos. Así, pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación, porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir”.

³⁴ *Suiker Unie v. Comisión*. Caso 40/73 [1975] ECR 1663, párrafo 173.

³⁵ Traducción de la expresión en inglés “*meeting of minds*”.

formalmente frente a uno o varios competidores a adoptar una u otra conducta o que los competidores fijen de común acuerdo su comportamiento futuro en el mercado. Basta con que, mediante su declaración de intenciones, el competidor haya eliminado o, cuando menos, reducido sustancialmente la incertidumbre sobre el comportamiento que cabe esperar de él en el mercado”³⁶.

Para configurar el consenso, basta la mera recepción de información sensible o estratégica respecto de las actividades comerciales de sus competidores, sin que sea necesario que el agente económico cumpla fielmente con lo convenido³⁷.

Como señalan Whish y Bailey en relación con este elemento de la práctica concertada:

“Debe haber un consenso mental a través del cual la competencia es sustituida a sabiendas por cooperación práctica; no obstante, el consenso no necesita ser alcanzado verbalmente, y puede surgir del contacto directo o indirecto entre las partes”³⁸.

iii. Existencia de conducta en el mercado basada en la concertación entre las partes

Un tercer y último requisito de la práctica concertada es la existencia de una conducta subsecuente en el mercado y una relación de causalidad entre el consenso entre las partes y la conducta en el mercado.

La jurisprudencia europea ha señalado que en aquellos casos constitutivos de carteles duros, una vez que existe contacto y consenso entre las partes, tiene lugar una presunción de que de ello se seguirá una conducta en el mercado y que existirá una relación de causalidad entre el consenso y la conducta en el mercado. Dicha presunción podrá ser desvirtuada por las empresas por la vía de probar que el contacto y el consenso no tuvieron influencia alguna en su conducta en el mercado³⁹.

³⁶ Caso T-25/95 *Cimenteries v. Comisión* [2000] ECR II-491, párrafo 1852.

³⁷ Caso T-25/95 *Cimenteries v. Comisión* [2000] ECR II-491, párrafo 1389 (“Pues bien, según jurisprudencia reiterada, el hecho de que una empresa no se pliegue a los resultados de reuniones cuyo objeto sea manifiestamente contrario a la libre competencia no puede eximirla de su plena responsabilidad derivada de su participación en la práctica colusoria, siempre que no se haya distanciado abiertamente del contenido de las reuniones”).

³⁸ Whish y Bailey, n. 16, p. 118 (“[T]here must be a mental consensus whereby practical cooperation is knowingly substituted for competition; however the consensus need not be achieved verbally, and can come about by direct or indirect contact between the parties”).

³⁹ Caso C-199/92 *Hüls v. Comisión* [1999] ECR I-4287, párrafo 162 (“No obstante, puede presumirse, salvo prueba en contrario, que corresponde aportar a los operadores interesados, que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado”).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que el umbral probatorio en esta materia es relativamente bajo. Por ejemplo, en el caso *Hüls v. Comisión*, sostuvo el Tribunal que dado que las empresas habían participado en reuniones de naturaleza manifiestamente anticompetitivas, la Comisión “no estaba obligada a aportar la prueba de que dicha concertación se había manifestado mediante algún comportamiento en el mercado o había tenido un efecto restrictivo sobre la competencia”⁴⁰.

Una vez acreditada la existencia de contacto y consenso entre las partes, en la práctica resultará muy difícil desvirtuar la presunción relativa a la concurrencia de la relación de causalidad. Según expresan Faull y Nikpay:

“La jurisprudencia sugiere que para desvirtuar la presunción de causalidad -entre la concertación y una conducta de la parte en el mercado (por ejemplo, intentando cobrar precios más altos)-, la empresa en cuestión debe por lo menos haber terminado su participación en la reunión tan pronto como la naturaleza anticompetitiva de ella se convierta en aparente y haberse distanciado públicamente de lo que se discutió, para no dar la impresión a los demás participantes en cuanto a que suscribió el objetivo de la reunión y actuaría en conformidad con él”⁴¹.

c) Diferencias entre un acuerdo y una práctica concertada

En un caso concreto de colusión puede ocurrir que en forma simultánea o consecutiva se presenten acuerdos o prácticas concertadas⁴². Por el contrario, también puede ocurrir que ambas modalidades concurren aisladamente. Por ello, resulta importante discernir los contornos conceptuales que permiten diferenciar entre

⁴⁰ Caso C-199/92 *Hüls v. Comisión* [1999] ECR I-4287, párrafo 167.

⁴¹ Faull y Nikpay, n. 16, p. 221 (“Case law suggests that to rebut the presumption of causality -between the concertation and a party’s market conduct (eg attempting to charge higher prices) - the undertaking in question must at least have ended its participation in the meeting as soon as the anti-competitive nature of the gathering became apparent and to publicly distanced itself from what was discussed in order not to give the impression to the other participants that it subscribed to the aim of the meeting and would act in conformity with it”).

⁴² Como señalan Faull y Nikpay, n. 16, p. 225: “It can be difficult to identify exactly where an agreement ends and a concerted practice starts. The concepts are fluid and may overlap. An infringement may begin in one form and, as it evolves over time, progressively assume some or all the characteristics of another. In fact, it often makes little sense to try to draw a distinction between the two concepts as an infringement may present simultaneously the characteristics of an agreement and a concerted practice. Indeed, in cartel cases, the Commission often alleges that an agreement and/or concerted practice has taken place without distinguishing the two” (“Puede ser difícil identificar exactamente cuándo termina un acuerdo y comienza una práctica concertada. Los conceptos son fluidos y pueden traslaparse. Una infracción puede comenzar de una forma y, conforme evoluciona durante el tiempo, progresivamente asumir algunas o todas las características de otra. De hecho, a menudo hace poco sentido intentar trazar una distinción entre los dos conceptos, dado que una infracción puede presentar simultáneamente las características de acuerdo y práctica concertada. En efecto, en casos de carteles, la Comisión a menudo alega que un acuerdo y/o práctica concertada ha tenido lugar sin distinguir entre los dos”).

ambas conductas que dan lugar a una colusión⁴³.

Como ha podido constatare, existe una diferencia de grado entre los conceptos de acuerdo y de práctica concertada. Si bien en ambos casos los competidores neutralizan la independencia con que deben adoptarse las decisiones en materia de competencia en los mercados, en un acuerdo ello se verifica a través de la fiel expresión de la voluntad de los competidores, mientras que en una práctica concertada ello se concreta de forma menos definida en contactos directos o indirectos que reflejan la existencia de un consenso entre los competidores en torno a cooperar en lugar de competir.

En palabras de Odudu, “[e]l concepto de práctica concertada permite que el elemento legal de la colusión sea satisfecho con algo menos que intención común, aceptándose que pueda afirmarse la existencia de una práctica concertada cuando haya una conducta que reduzca la incertidumbre”⁴⁴.

IV. LAS COLUSIONES *HUB-AND-SPOKE*

El ilícito de colusión se traduce en la supresión de la competencia por parte de empresas que son competidores directos, respecto de los cuales se afirma que poseen relaciones horizontales por actuar en el mismo eslabón de la cadena de producción y comercialización.

No obstante ello, en la práctica las colusiones no solo se verifican en el ámbito horizontal, sino que algunas veces en ellas se entremezclan vínculos horizontales y verticales. Es lo que precisamente ocurre en las colusiones denominadas *hub-and-spoke*.

a) El concepto de colusión *hub-and-spoke* y los requisitos para su sanción

⁴³ Los mismos Faull y Nikpay, n. 16, p. 1224, expresan al respecto: “While the majority of cartel cases dealt with by the Commission involve an ‘agreement’, often in combination with ‘concerted practices’, a trend towards looser forms of cooperation between undertakings can be discerned in recent years, thus bringing forth the possibility of a cartel decision based purely on a ‘concerted practice’. It is therefore worth recalling what constitutes an agreement on the one hand, and a concerted practice on the other” (“Mientras que la mayoría de los casos de cartel resueltos por la Comisión involucran un ‘acuerdo’, a menudo en combinación con ‘prácticas concertadas’, durante los años recientes es posible discernir una tendencia hacia formas menos definidas de cooperación entre empresas, creando la posibilidad de decisiones en casos de cartel basadas puramente en una ‘práctica concertada’. Por lo tanto, es importante recordar qué constituye un acuerdo, por una parte, y qué constituye una práctica concertada, por la otra”).

⁴⁴ Okeoghene Odudu, “*Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*”, 7 European Competition Journal 205, 221 (2011). (“The concept of a concerted practice enables the legal element of collusion to be satisfied by something less than common intention - to accept that a concerted practice can be said to exist when there is conduct that reduces uncertainty”).

Según Faull y Nikpay, “el término ‘hub and spoke’ se refiere a situaciones en las cuales (a) dos o más proveedores intercambian información o de otra manera se coluden con la ayuda de un distribuidor que actúa como un ‘conductor’ para ellos, o (b) dos o más distribuidores que efectúan lo mismo con la ayuda de un proveedor”⁴⁵.

Una descripción precisa del modo en que opera una colusión *hub-and-spoke* fue plasmada por la Corte de Apelaciones Federal del 6º Circuito de EE.UU., en el caso *Total Benefits Planning Agency, Inc. v. Anthem Blue Cross and Blue Shield*:

Una colusión *hub-and-spoke* involucra un eje [*hub*], generalmente un comprador o un proveedor dominante en el mercado relevante, y los rayos [*spokes*], constituidos por los distribuidores involucrados en la colusión. La llanta de la rueda [*rim of the wheel*] son los acuerdos que conectan entre los competidores horizontales (distribuidores) que forman los rayos [*spokes*]⁴⁶.

La Corte de Apelaciones Federal del 2º Circuito de EE.UU. en su reciente fallo en el caso *United States v. Apple, Inc.* también discurrió acerca de los contornos conceptuales de una colusión *hub-and-spoke*. Dicha Corte expresó:

“Los tribunales han reconocido por largo tiempo la existencia de colusiones *hub-and-spoke*, en las cuales una entidad en un nivel de la estructura de mercado, el ‘eje’ (*hub*), coordina un acuerdo entre competidores en un nivel diferente, con los ‘rayos’ (*spokes*). Estos arreglos consisten tanto en acuerdos verticales entre el ‘eje’ (*hub*) y cada ‘rayo’ (*spoke*) como en un acuerdo horizontal entre los distintos ‘rayos’ (*spokes*) de adherir a los términos del ‘eje’ (*hub*), a menudo debido a que los ‘rayos’ (*spokes*) no habrían consentido en los acuerdos verticales, salvo bajo el entendimiento de que los demás ‘rayos’ (*spokes*) estaban acordando lo mismo”⁴⁷.

⁴⁵ Faull y Nikpay, n. 16, p. 221 (“The term ‘hub and spoke’ refers to situations where either (a) two or more suppliers exchange information or otherwise collude with the help of a distributor which acts as a ‘conduit’ for them, or (b) two or more distributors do so with the help of a supplier”).

⁴⁶ *Total Benefits Planning Agency, Inc. v. Anthem Blue Cross and Blue Shield*, 552 F.3d 430, 436 (6th Cir. 2008) (“A hub and spoke conspiracy involves a hub, generally the dominant purchaser or supplier in the relevant market, and the spokes, made up of the distributors involved in the conspiracy. The rim of the wheel is the connecting agreements among the horizontal competitors (distributors) that form the spokes”).

⁴⁷ *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290, 314 (2d Cir. 2015) (“[C]ourts have long recognized the existence of ‘hub-and-spoke’ conspiracies in which an entity at one level of the market structure, the ‘hub,’ coordinates an agreement among competitors at a different level, the ‘spokes.’ Howard Hess Dental Labs. Inc. v. Dentsply Int’l, Inc., 602 F.3d 237, 255 (3d Cir. 2010); see also Toys “R” Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928, 932-34 (7th Cir. 2000). These arrangements consist of both vertical agreements between the hub and each spoke and a horizontal agreement among the spokes ‘to adhere to the [hub’s] terms,’ often because the spokes ‘would not have gone along with [the vertical agreements] except on the understanding that the other [spokes] were agreeing to the same thing.’ VI Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law 11 ¶ 1402c (3d ed. 2010) (citing PepsiCo, Inc. v. Coca-Cola Co., 315 F.3d 101 (2d Cir. 12 2002))”).

Para sancionar una colusión *hub-and-spoke* no basta con analizar las relaciones verticales que se planteen en el caso concreto. Ello fluye a partir de que el intercambio de información entre proveedores y distribuidores forma parte de la cotidianidad de sus relaciones comerciales, y el Derecho de la Competencia en ningún caso buscará impedir que se intercambie información relativa a aspectos sensibles o estratégicos para competir en el ámbito estricto de las relaciones verticales⁴⁸.

Sin embargo, dicha situación cambia cuando tales relaciones verticales son parte de un esquema para lograr una colusión entre competidores. Como lo expresó la Corte Suprema de EE.UU. en su fallo *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*:

“Las restricciones verticales de precios también pueden ser usadas para organizar carteles en el ámbito del retail. Un grupo de retailers puede coludirse para fijar precios a los consumidores y luego obligar a un proveedor a ayudar en el acuerdo ilegal. En esa instancia el proveedor no establece la práctica para estimular servicios o para promover su marca, sino que para regalar utilidades más altas a los retailers ineficientes. Aquellos retailers con mejores sistemas de distribución y estructuras de costo más bajas estarían impedidos de cobrar precios más bajos por el acuerdo. Ejemplos históricos sugieren que esta posibilidad es una preocupación legítima⁴⁹.”

El uso de restricciones verticales con el objeto de lograr una colusión no es algo raro en el Derecho de la Competencia. Levenstein y Suslow, en un estudio empírico que explica cómo los carteles se valen de restricciones verticales para mantenerse ocultos y estables, afirman: “Nuestra observación del uso relativamente frecuente de estas restricciones verticales por carteles que activamente esconden sus restricciones horizontales sugiere que esta es una preocupación

⁴⁸ Como expresan Faull y Nikpay, n. 16, pp. 223-224: “[W]hilst it is easy, for example, to understand why a meeting between competitors at which commercially sensitive matters are discussed creates a presumption of anticompetitive conduct, the same is not true for contact between a supplier and a distributor. By definition, they have a commercial relationship which often requires contact and possibly some coordination of commercial activities” [“Mientras que es fácil, por ejemplo, entender por qué una reunión entre competidores en la cual se discuten asuntos comercialmente sensibles crea una presunción de conducta anticompetitiva, lo mismo no es verdadero para el contacto entre un proveedor y un distribuidor. Por definición, ellos tienen una relación comercial que a menudo requiere contacto y posiblemente alguna coordinación de actividades comerciales”].

⁴⁹ Corte Suprema de EE.UU., *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U. S. 877, 893 (2007): “Vertical price restraints also might be used to organize cartels at the retailer level. A group of retailers might collude to fix prices to consumers and then compel a manufacturer to aid the unlawful arrangement with resale price maintenance. In that instance the manufacturer does not establish the practice to stimulate services or to promote its brand but to give inefficient retailers higher profits. Retailers with better distribution systems and lower cost structures would be prevented from charging lower prices by the agreement. Historical examples suggest this possibility is a legitimate concern”.

para la política de competencia”⁵⁰.

La misma preocupación ha sido expresada en el Derecho Europeo de la Competencia, especialmente a propósito del ámbito del *retail*. La Comisión Europea en sus directrices relativas a las restricciones verticales ha expresado:

“[L]os acuerdos de gestión por categoría⁵¹ pueden facilitar la colusión entre distribuidores cuando el mismo proveedor actúa de capitán de categoría para todos o la mayoría de los distribuidores competidores de un mercado y proporciona a estos distribuidores un punto de referencia común para sus decisiones de comercialización”⁵².

Para los efectos de sancionar un caso de colusión entre competidores con componentes verticales, el Derecho de la Competencia exige que, además de las relaciones verticales, se acredite la existencia de un vínculo colusorio entre competidores directos. Es lo que en el derecho estadounidense se ha denominado “el requisito de la llanta” (“*rim requirement*”) o “la llanta de la rueda” (“*rim of the wheel*”) que conecta a los rayos. Las palabras de Orbach son ilustrativas acerca de la importancia de este elemento:

“Bajo el Derecho de la Competencia, la característica que separa una colusión ilegal facilitada a través de relaciones verticales de un acuerdo vertical legal es la prueba de un ‘acuerdo’ horizontal entre competidores. En las colusiones *hub-and-spoke*, este acuerdo es la ‘llanta’ que conecta a los rayos. Sin la llanta, un supuesto cartel *hub-and-spoke* es meramente un conjunto de relaciones (o restricciones) verticales que resulta en una conducta paralela que no establece una colusión horizontal”⁵³.

⁵⁰ Margaret C. Levenstein y Valerie Y. Suslow, “How Do Cartels Use Vertical Restraints? Reflections on Bork’s The Antitrust Paradox”, 57 Journal of Law and Economics S33, S47 (2014) (“Our observation of the relatively frequent use of these vertical restraints by cartels that actively hid their horizontal restraints suggests that this is a concern for antitrust policy”). Las mismas autoras agregan, en S41-S42: “An examination of a sample of 81 international cartels convicted of engaging in price fixing between 1990 and 2007 shows that there is evidence that 20 had distributor participation or used vertical restraints in some form to support the cartel) (“Un examen de la muestra de 81 carteles internacionales condenados por involucrarse en fijación de precios entre 1990 y 2007 demuestra que hay evidencia de que 20 de ellos tuvieron la participación de un distribuidor o utilizaron de alguna forma restricciones verticales para apoyar el cartel”).

⁵¹ Los acuerdos de gestión por categoría han sido definidos como “acuerdos por los cuales, dentro de un acuerdo de distribución, el distribuidor confía al proveedor (el «capitán de categoría») la comercialización de una categoría de productos, incluyendo en general no sólo productos del proveedor, sino también productos de sus competidores. El capitán de categoría puede tener así una influencia sobre, por ejemplo, la ubicación del producto y su promoción en el establecimiento y la selección de productos para el establecimiento”. Comisión Europea, *Directrices relativas a las restricciones verticales* [2010] OJ C130/1, párrafo 209.

⁵² Comisión Europea, *Directrices relativas a las restricciones verticales* [2010] OJ C130/1, párrafo 211.

⁵³ Barak Orbach, *Hub-and-Spoke Conspiracies*, The Antitrust Source (abril 2016), p. 3 (“Under antitrust law, the characteristic that separates an unlawful conspiracy facilitated through vertical relationships from a lawful vertical agreement is proof of a horizontal “agreement” among competitors. In hub-and-spoke conspiracies, this agreement is the “rim” that connects the spokes. Without the rim, an alleged hub-and-spoke cartel is merely a set of vertical relationships (or restraints) that result in parallel conduct and does not establish a horizontal conspiracy”).

Si bien en el derecho estadounidense para sancionar una colusión *hub- and-spoke* es necesario acreditar la existencia de un vínculo colusorio entre competidores directos, es importante destacar que para tal efecto no se exigen comunicaciones directas entre éstos, sino que basta que existan contactos que se verifican indirectamente a través de las restricciones verticales. Como lo ha sostenido la American Bar Association:

“En algunos casos planteados bajo el artículo 1 [de la Sherman Act], los tribunales han encontrado la existencia de un acuerdo horizontal basado no en las comunicaciones entre competidores, sino que a través de un conjunto de acuerdos verticales entre cada competidor individual y un cliente o proveedor vertical común. Esto es lo que se conoce como la colusión ‘*hub- and-spoke*’”⁵⁴.

En el derecho europeo, aunque de manera más exigente, se ha buscado el mismo propósito de no reprimir erradamente restricciones verticales a través de la doctrina de la “infracción única y continua” (*single and continuous infringement*)⁵⁵. Como expresan Faull y Nikpay:

“[L]os criterios para establecer una infracción única y continua son adecuados porque permiten la atribución a competidores (por ejemplo, distribuidores) de interacciones supuestamente independientes entre jugadores que no son competidores (por ejemplo, entre un proveedor y un distribuidor). Los criterios para establecer una infracción única y continua aseguran que solo cuando aquellas interacciones supuestamente independientes sean de hecho parte de un plan total, al cual todas las partes intencionalmente contribuyen y en que las partes están conscientes (o debieran estar conscientes) de la conducta de las otras partes, ello conllevará a la conclusión de prácticas concertadas en una situación *hub-and-spoke*. Estas son condiciones claramente circunscritas que aseguran que interacciones de negocios normales entre proveedores y distribuidores no necesitarán ser indebidamente reprimidas

⁵⁴ American Bar Association, *Antitrust Law Developments* (7ª ed., ABA, Chicago 2007), p. 20 (“In some Section 1 cases, courts have found the existence of a horizontal agreement based not on communications among competitors but rather through a series of vertical agreements between each individual competitor and a common vertical customer or supplier. This is known as the ‘hub-and-spoke conspiracy’”).

⁵⁵ La doctrina de la infracción única y continua (*single and continuous infringement*) desarrollada por la jurisprudencia europea postula que “sería artificial dividir una serie de actos o una conducta continua que forman parte de un plan total. Como queda claro del examen de su tipología, los carteles raramente se caracterizan por una única reunión en la cual el plan completo del cartel es redactado en un documento puro y simple. Más bien, los carteles usualmente consisten en un complejo arreglo de contactos colusivos durante un período extendido, cada uno de los cuales, a su manera, puede constituir una infracción al artículo 101” (“[...] it would be artificial to split a series of acts or a continuous conduct that form part of an overall plan. As is clear from the earlier examination of their typology, cartels are rarely, if ever, characterized by a single meeting at which the entire game-plan of the cartel is drawn up in one neat and simple document. Rather, cartels usually consist of a complex arrangement of collusive contacts over an extended period, each of which on its own may be an infringement of article 101”). Faull y Nikpay, n. 16, pp. 1227-1228.

para evitar ser parte de un cartel *hub-and-spoke*⁵⁶.

En el derecho europeo, la doctrina ha abordado los requisitos para sancionar una práctica semejante a una colusión *hub-and-spoke* en el contexto del intercambio de información indirecto, también denominado “coordinación A-B-C” o “intercambio de información A-B-C”. Odudu considera que el intercambio de información indirecto que se encuentra prohibido por el Derecho de la Competencia es un fenómeno de dos fases, cada una de las cuales presenta dos elementos. En una primera fase, que denomina A-B, hay: (a) un intercambio directo de información comercialmente sensible entre A (*spoke*) y B (*hub*), y (b) la información comercialmente sensible que ha sido directamente intercambiada se intenta que sea revelada a uno de los competidores de A. En una segunda fase, que denomina B-C: (a) B (*hub*) revela la información comercialmente sensible de A en discusiones con C (*spoke*), y (b) C, confiado en que la información revelada es fiable, actúa en base a ella⁵⁷.

En una formulación que parece menos formalista que la del derecho europeo, en EE.UU. la jurisprudencia ha adoptado una aproximación más generalista que considera que la conducta será sancionada en tanto restrinja la competencia. En palabras de la Corte de Apelaciones Federal del 9º Circuito en su reciente fallo en el caso *In re Musical Instruments & Equip. Antitrust Litig.*:

“El artículo 1 [de la Sherman Act] prohíbe los acuerdos que irrazonablemente restrinjan el comercio, sin importar la configuración que ellos tomen ni las etiquetas que nosotros les demos. Una colusión *hub-and-spoke* es simplemente una colección de acuerdos verticales y horizontales”⁵⁸.

En la misma línea que la jurisprudencia estadounidense, Posner plantea que los casos de colusión *hub-and-spoke*, en que un agente verticalmente relacionado o relaciones verticales concurren en función de hacer efectivo el cartel, pueden ser resueltos simplemente bajo las reglas aplicables a las colusiones horizontales.

“Los casos en que distribuidores se coluden para eliminar la competencia entre ellos y traen a un productor para hacer cumplir su cartel, o en que restricciones verticales son utilizadas para hacer cumplir un cartel

⁵⁶ Faull y Nikpay, n. 16, p. 225 (“[T]he criteria for establishing a single and continuous infringement are adequate in that they allow the attribution to competitors (eg distributors) of purportedly independent interactions between players that are not competitors (ie between a supplier and a distributor). The criteria for establishing a single and continuous infringement ensure that only where those purportedly independent interactions that are in fact part of an overall plan to which all parties intentionally contribute and where the parties are aware (or should be aware) of the other parties’ conduct will lead to a finding of a concerted practices in a hub-and-spoke situation. These are clearly circumscribed conditions that ensure that normal business interactions between suppliers and distributors will not need to be unduly stifled in order to avoid being part of a ‘hub-and-spoke’ cartel”).

⁵⁷ Odudu, n. 44, pp. 217-218.

⁵⁸ *In re Musical Instruments & Equip. Antitrust Litig.*, 798 F.3d 1186, [] (9th Cir. 2015) (“Section 1 prohibits agreements that unreasonably restrain trade, no matter the configuration they take or the labels we give them. A hub-and-spoke conspiracy is simply a collection of vertical and horizontal agreements”).

entre productores, pueden ser resueltos bajo las reglas convencionales aplicables a las colusiones horizontales de fijación de precios”⁵⁹.

En el mismo sentido, enfatizando la importancia del acuerdo horizontal, aunque mirando la situación desde el prisma de la conducta de los agentes verticalmente relacionados con los competidores directos que se coluden en un esquema *hub-and-spoke*, la Corte de Apelaciones Federal del 2º Circuito en su reciente fallo en el caso *United States v. Apple, Inc.*, expresó que en las colusiones *hub-and-spoke* no es necesario que los agentes verticalmente relacionados con los competidores directos que se coluden tengan conocimiento de la colusión o la hayan acordado.

“Una colusión horizontal puede utilizar acuerdos verticales para facilitar la coordinación sin que las otras partes en esos acuerdos tengan conocimiento acerca de los objetivos de la colusión horizontal o la hayan acordado”⁶⁰.

Este criterio relativo a que el acuerdo o práctica concertada horizontal es lo determinante, también fue considerado por nuestro Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su sentencia en el caso *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, en que expresó que “la conducta denunciada en el requerimiento es la colusión de las cadenas de farmacias para subir los precios a público de medicamentos, y no una colusión entre laboratorios”, a pesar de que se indicó que los laboratorios “habrían actuado como coordinadores, comisarios e incluso implementadores del cartel denunciado”⁶¹.

⁵⁹ Richard Posner, “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, 48 University of Chicago Law Review 6, 22 (1981) (“[C]ases in which dealers or distributors collude to eliminate competition among themselves and bring in the manufacturer to enforce their cartel, or in which vertical restrictions are used to enforce a cartel among manufacturers, can be dealt with under the conventional rules applicable to horizontal price-fixing conspiracies”).

⁶⁰ *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290, [] (2d Cir. 2015) (“A horizontal conspiracy can use vertical agreements to facilitate coordination without the other parties to those agreements knowing about, or agreeing to, the horizontal conspiracy’s goals”).

⁶¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol C 184-2008, Nº 119/2012, C. 17º (“Que, en cuanto a la excepción perentoria de “legitimidad pasiva incompleta” alegada por Cruz Verde en su contestación y fundada en que -a su juicio- no habría ninguna lógica en no haber requerido a los laboratorios, que habrían actuado como coordinadores, comisarios e incluso implementadores del cartel denunciado, este Tribunal estima que el hecho de que pueda haber otras personas que hayan cometido también infracciones a la libre competencia, relacionadas o no con la acusación de autos, no impide en modo alguno que pueda imputarse a las requeridas la comisión de conductas anticompetitivas y ejercitar una pretensión sancionatoria en su contra. Así, la conducta denunciada en el requerimiento es la colusión de las cadenas de farmacias para subir los precios a público de medicamentos, y no una colusión entre laboratorios. Lo que se indica respecto de laboratorios es que habrían cooperado en la comisión de dicho ilícito o cometido algún otro, sin que la Fiscalía haya ejercido una acción sancionatoria a su respecto, cuestión que no importa obstáculo alguno para el ejercicio del deber inexcusable que tiene este Tribunal de juzgar las cuestiones que se someten a su conocimiento en el ámbito de su jurisdicción”). En el mismo sentido, *vid.* C. 44º (...“Lo anterior, toda vez que en dichas sentencias se analizaron acusaciones de atentados contra la libre competencia por parte de laboratorios relacionados con medicamentos específicos -en los que la sustitución sí era una amenaza relevante para cada actor del mercado- y no, como en el caso de autos, una conducta concertada entre las principales distribuidores minoristas para subir el precio de venta a público de un conjunto de medicamentos...”).

Por el contrario, para el caso que se pretendiera sancionar a los agentes verticalmente relacionados con los competidores directos que se coluden bajo un esquema *hub-and-spoke*, entonces sí que sería necesario acreditar su conocimiento de la colusión horizontal o su participación en ella⁶².

El vínculo entre competidores directos en el contexto de una colusión *hub-and-spoke* puede ser acreditado tanto a través de prueba directa como prueba indirecta o circunstancial⁶³. Lo importante, tal como lo expresó la Corte Suprema de EE.UU. en su fallo en el caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, es que:

“El estándar correcto es que debe existir evidencia que tienda a excluir la posibilidad de actuación independiente por [las demandadas de colusión]. Esto es, debe existir prueba directa o circunstancial que razonablemente tienda a probar que [las demandadas] tuvieron un compromiso consciente para un esquema común diseñado a lograr un objetivo ilegal”⁶⁴.

En el ámbito de la prueba indirecta o circunstancial, se aplica la denominada teoría de los factores adicionales (*plus factors*) desarrollada en el derecho estadounidense y que se ha exportado a las jurisdicciones con mayor tradición en el Derecho de la Competencia, incluida la chilena.

⁶² En la sentencia de primera instancia del caso *United States v. Apple, Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638 (2013) se expresa: “Cuando un actor vertical está imputado de haber participado en un acuerdo horizontal ilegal, los demandantes deben demostrar que la colusión horizontal existió y que el competidor vertical fue un participante con conocimiento de dicho acuerdo y facilitó el esquema” (“Where a vertical actor is alleged to have participated in an unlawful horizontal agreement, plaintiffs must demonstrate both that a horizontal conspiracy existed, and that the vertical player was a knowing participant in that agreement and facilitated the scheme”).

⁶³ En esta misma línea, nuestra Corte Suprema ha reconocido que “el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como indirecta”. Véase Corte Suprema, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol 5609-2015, Sentencia de 7 de enero de 2016, C. 9°. En el mismo sentido, Corte Suprema, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 43° (“En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta”). Nuestro Tribunal de Defensa de la Libre Competencia también ha adherido a este criterio; *vid.* Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.*, Rol C 224-2011, Sentencia N° 133/2014, C. 152° (“[Debe señalarse que, en general, un acuerdo entre competidores puede ser acreditado por prueba directa o indirecta, conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del D.L. N° 211. La prueba directa corresponde a toda clase de antecedentes que sean explícitos y que no requieran de inferencias para establecer la proposición o conclusión que se sostiene, como lo puede ser el reconocimiento de una parte (sin perjuicio que respecto de los demás acusados, tenga el valor probatorio de prueba testimonial), o bien la existencia de documentos donde consten nítidamente los términos del acuerdo, cuestión esta última que difícilmente ocurrirá, atendida la naturaleza típicamente clandestina de los acuerdos colusorios. La prueba indirecta, en cambio, es aquella que, sin probar directamente el hecho que se pretende, permite igualmente tener por acreditado dicho hecho mediante inferencias, de lo que se sigue que es perfectamente posible acreditar una colusión valiéndose únicamente de prueba indirecta o de presunciones que lleven inequívocamente a esa conclusión...”). En el mismo sentido, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros*, Rol C 234-2011, Sentencia N° 136/2014, C. 61°.

⁶⁴ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984) (“The correct standard is that there must be evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [defendants]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that the [defendants] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective”).

En la teoría de los factores adicionales el punto de partida es una conducta paralela entre los competidores directos, esto es, una actuación similar o coincidente entre ellos. En el marco de las colusiones *hub-and-spoke*, la conducta paralela usualmente consistirá en el hecho que las relaciones verticales que se aprecian en el esquema son similares o coincidentes; por ejemplo, un proveedor ha acordado una práctica de fijación o sugerencia de precios mínimos de reventa con cada uno de sus distribuidores.

Dicha conducta paralela, en principio, sería lícita, salvo que infrinja las reglas relativas a las restricciones verticales a la competencia. Sin embargo, antecedentes o factores adicionales a la conducta paralela pueden permitir inferir que, en realidad, se está en presencia de un acuerdo o práctica concertada entre competidores directos, de carácter anticompetitivo.

b) Clasificación de la prueba indirecta, apreciación holística de los indicios y el estándar de prueba aplicable⁶⁵

Como cuestión previa al análisis de la teoría de los factores adicionales en el contexto de una colusión *hub-and-spoke*, es necesario explicar la manera en la que se clasifica la prueba indirecta en el Derecho de la Competencia, y la forma como se valoran los antecedentes aportados por las partes.

En un fallo que se ha transformado en una referencia ineludible en la materia, *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, el juez Posner señaló que la prueba indiciaria en los casos de colusión es de dos tipos: económica (*economic*) y no-económica (*non-economic*)⁶⁶. En términos generales, la prueba es útil para el demandante si tiende a excluir la posibilidad de acción independiente de parte de los demandados conforme al estándar determinado por la Corte Suprema de EE.UU. en el caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*⁶⁷. Como la propia Corte Suprema aclaró posteriormente en el caso *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, los demandantes deben probar que la inferencia de colusión es razonable al compararla con la inferencia alternativa de acción independiente⁶⁸.

⁶⁵ En esta sección y en la siguiente nos hemos basado en lo planteado en Jorge Grunberg y Santiago Montt, *Informe en Derecho Prueba de la Colusión* (Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010), pp. 71-95.

⁶⁶ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002): “The evidence upon which a plaintiff will rely will usually be and in this case is of two types -economic evidence suggesting that the defendants were not in fact competing, and noneconomic evidence suggesting that they were not competing because they had agreed not to compete”. [“La evidencia en base a la cual un demandante se basará usualmente será -y en este caso lo es- de dos tipos: prueba económica que sugiere que los demandados no estaban de hecho compitiendo, y prueba no-económica que sugiere que no estaban compitiendo, porque habían acordado no competir”].

⁶⁷ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984).

⁶⁸ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588 (1986) (“[T]he inference of conspiracy is [must be] reasonable in light of the competing inferences of independent action or collusive action that could not have harmed respondents”). Por el contrario, “conduct as consistent with permissible competition as with illegal conspiracy does not, standing alone, support an inference of antitrust conspiracy” (id.).

En la prueba económica, el conocimiento científico permite inferir que el nivel de competencia o rivalidad entre los demandados es bajo o nulo. La prueba económica puede ser de dos tipos: (a) prueba relativa a la estructura del mercado, y (b) prueba relativa a ciertas conductas o comportamientos que no parecen compatibles con la competencia⁶⁹.

En cuanto a su valor probatorio, en la mayoría de los casos la prueba económica, en particular la estructural, no es suficiente para lograr la convicción del juzgador conforme al estándar de prueba aplicable⁷⁰. Pero, según veremos, esto no debe llevar a su exclusión o no valoración, porque tales indicios sí permitirán al juez, al ponderar todos los indicios en conjunto, concluir que la colusión es, conforme al estándar de prueba que corresponda, calificadamente más probable que el fenómeno del paralelismo consciente.

Por su parte, la prueba no-económica es aquella que permite inferir que la falta de competencia entre los demandados es consecuencia causal de un acuerdo de no-competir⁷¹. Esta prueba no-económica es la que habitualmente permite a un tribunal completar el proceso de convicción en el sentido de que los demandados acordaron reducir la rivalidad en los términos prohibidos por el Derecho de la Competencia.

Enseguida, en cuanto a la forma de apreciación de la prueba indirecta, tanto la práctica comparada como la chilena demuestran que los acusados de colusión frecuentemente argumentan que los tribunales deben evaluar los indicios uno a uno, de forma que si alguno, varios o todos ellos no permiten concluir la existencia de colusión, entonces el tribunal debiera rechazar la demanda o requerimiento de colusión.

Sin embargo, tal argumento ha sido rechazado en distintas latitudes y hoy existe un relativo consenso respecto de que la prueba indirecta debe analizarse “colectiva y holísticamente”⁷².

En efecto, en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Nederlandse Federatieve*, sostuvo que los indicios deben ser “tomados en conjunto” (*taken together*)⁷³. Antes, en el caso *Dyestuffs*, el tribunal ya había señalado también que:

⁶⁹ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002).

⁷⁰ *Vid.* John Fingleton, Marie-Barbe Girard y Simon Williams, “The fight against cartels: is a mixed approach to enforcement the answer?”, en *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute* (Juris Publishing, Inc., Nueva York 2007), p. 10 (“Ultimately, economic analysis alone can only give hints as to which industries might be prone to cartelisation, and this will rarely pass the threshold for opening a formal investigation”).

⁷¹ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002).

⁷² *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 368 (3d Cir. 2004) (“And viewed collectively and holistically, there is evidence tending to show that PPG was a party to an agreement to raise the price of flat glass on three occasions”).

⁷³ *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Commission*, Caso C-105/04 P, ¶ 94 (“The Court has already held that in most cases the existence of an anti-competitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules”). *Vid. también*, *Aalborg Portland A/S v. Commission*, Casos C-204, 205, 211, 213, 217, y 219/00 P, ¶ 57.

“La pregunta de si hubo una acción concertada en este caso sólo puede ser correctamente determinada si la prueba en la que la decisión recurrida se basa no es considerada en forma aislada, *sino que como un todo*, siendo tomadas en cuenta las características específicas de los productos en cuestión”⁷⁴.

En Estados Unidos, la valoración de la prueba indirecta en su conjunto, y no una a una, es un tema que no merece duda. En *Matsushita*, la Corte Suprema estableció que los tribunales deben considerar el “expediente en su totalidad” (*the record taken as a whole*)⁷⁵. Klevorick y Kohler-Hausmann resumen el estándar norteamericano establecido por la Corte Suprema en *Matsushita*:

“La prueba debe ser evaluada como un todo y el tribunal debe considerar todas las posibles inferencias razonables que puedan ser derivadas de dicha prueba. El tribunal debe sopesar en forma comparativa las inferencias propuestas por el demandante que indican colusión y las inferencias ofrecidas por los demandados que indican una conducta legal e independiente. Finalmente, el tribunal debe determinar cuál es la versión más probable”⁷⁶.

El juez Posner, en el ya citado caso *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, señaló que la prueba indiciaria debe ser calificada en su conjunto⁷⁷. Más aún, se pronunció enfáticamente -calificando la posición contraria como una *trampa*- en el sentido de que es perfectamente posible concluir *holísticamente* que hay colusión cuando los indicios separadamente no son concluyentes:

⁷⁴ *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, Caso 48/69 [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557, ¶ 68 (“[T]he question whether there was a concerted action in this case can only be correctly determined if the evidence upon which the contested decision is based is considered, not in isolation, *but as a whole*, account being taken of the specific features of the products in question”).

⁷⁵ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 587 (1986). El contexto procesal es *summary judgement*. En Estados Unidos el evaluador de los hechos es el jurado. Pero el tribunal, si la evidencia no permite que personas razonables puedan concluir que hay colusión, falla el caso de plano, sin enviarlo al jurado, en favor de los demandados. Dicha evaluación del tribunal debe hacerse considerando el expediente en su totalidad. Si pasa al jurado, éste es soberano para decidir los hechos sobre los cuales se forme convicción.

⁷⁶ Alvin K. Klevorick e Isssa B. Kohler-Hausmann, “The Plausibility of Twombly: Proving Horizontal Agreements After Twombly”, en Einer Elhauge (ed.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law* (Edward Elgar, Norhampton 2012), p. 219 (“[T]he evidence must be evaluated as a whole, and the court must consider all possible reasonable inferences that could be drawn from such evidence. The court must comparatively weigh the competing inferences proposed by the plaintiff indicating conspiracy and the reasonable inferences offered by defendants indicating lawful, independent conduct, and the court must determine which is the more likely account”). A nivel de Cortes de Apelaciones Federales, *vid. por ejemplo, Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask.*, 203 F.3d 1028, 1033 (8th Cir. 2000) (“all evidence”), *Merck-Medco Managed Care, LLC v. Rite Aid Corp.*, 201 F.3d 436, 1999 U.S. App. LEXIS 21487 (4th Cir. 1999) (“[a]ll of the evidence viewed together”).

⁷⁷ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 661 (7th Cir. 2002): [N]o single piece of the evidence that we’re about to summarize is sufficient in itself to prove a price-fixing conspiracy. But that is not the question. The question is simply whether this evidence, considered as a whole and in combination with the economic evidence, is sufficient to defeat summary judgment.

“La segunda trampa a ser evitada cuando se evalúa la prueba relativa a colusión al momento de resolver un incidente *cuasi-liminar* presentado por los demandados [*motion for summary judgment*] es suponer que si ninguna de las pruebas presentadas por el demandante conduce inequívocamente a una colusión, entonces la prueba en su conjunto no es susceptible para superar la etapa del incidente *cuasi-liminar* [*summary judgment*]... La pregunta para el jurado en un caso como éste es simplemente si, al ser considerada la prueba en su conjunto, resulta más probable que los demandados se hubiesen coludido para fijar precios que lo contrario”⁷⁸.

En Chile, la doctrina que hemos expuesto aparece con toda claridad en el fallo de nuestra Corte Suprema en el caso *Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada y otras*:

“El acuerdo de colusión en el caso de autos se encuentra acreditado de manera concluyente. En efecto, **el conjunto** de los antecedentes, elementos de juicio o circunstancias que obran en autos llevan a sentar inequívocamente que se formó y ejecutó un acuerdo de voluntades destinado a fijar precios”⁷⁹.

Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el mismo caso, también se pronunció a favor de la tesis de la valoración *holística*:

“Que los indicios analizados en las consideraciones nonagésimo quinta a centésimo vigésimo séptima precedentes, **apreciados de acuerdo con las normas de la sana crítica en conjunto con el resto de la evidencia** de movimiento de precios, documental, confesional y testimonial referida, constituyen una prueba adicional de que las tres cadenas de farmacias se coordinaron para alzar el precio de venta a público de medicamentos, utilizando, mayoritariamente, el mecanismo colusivo denominado “1-2-3”, en el que Salcobrand generalmente era el primero en subir el respectivo listado de precios y luego era seguido por las otras dos requeridas, la mitad de las veces primero por CV, en la otra mitad primero por FASA, patrón que se veía reflejado en el mercado en tres o cuatro días”⁸⁰.

⁷⁸ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 655-656 (7th Cir. 2002) (“The second trap to be avoided in evaluating evidence of an antitrust conspiracy for purposes of ruling on the defendants’ motion for summary judgment is to suppose that if no single item of evidence presented by the plaintiff points unequivocally to conspiracy, the evidence as a whole cannot defeat summary judgment... The question for the jury in a case such as this would simply be whether, when the evidence was considered as a whole, it was more likely that the defendants had conspired to fix prices than that they had not conspired to fix prices”). *Vid. también*, *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F. 3d 350, 368 (3d Cir. 2004).

⁷⁹ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 80º (énfasis agregado).

⁸⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol C 184-2008, Sentencia N° 119/2012, C. 128º (énfasis agregado).

En definitiva, la prueba indirecta, incluyendo los antecedentes económicos y no-económicos existentes en el proceso, debe ser calificada en su totalidad y no conforme a la trampa del “antecedente-por-antecedente”. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema deben evaluar colectiva y holísticamente la prueba indiciaria, y así determinar qué hipótesis es más factible conforme al estándar de prueba exigible en esta sede: si la colusión o el paralelismo consciente.

En relación con el estándar probatorio exigido en materia de libre competencia, nuestra Corte Suprema en reciente jurisprudencia expresó que para sancionar una colusión se requiere “la existencia de una prueba clara y concluyente”⁸¹. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha adherido a dicho estándar señalando que “entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de este tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza ‘más allá de toda duda razonable’, como se exigiría en materia penal”⁸².

Sin embargo, para los efectos de un caso de colusión, es importante destacar que la propia Corte Suprema ha aclarado que dicha prueba “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”⁸³.

⁸¹ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 11° ([E]l 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”). En el mismo sentido, Corte Suprema, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, Rol 27181-2014, Sentencia de 29 de septiembre de 2015, C. 43° (“[C]abe recordar que el grado de convicción que ha sido requerido por esta Corte para sancionar un ilícito de esta clase [de colusión] es la existencia de una prueba clara y concluyente”).

⁸² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros*, Rol C 234-2011, Sentencia N° 136/2014, C. 70° (“Que si bien la Excm. Corte Suprema no definió de manera categórica el estándar que ella califica como ‘de prueba clara y concluyente’, este tribunal entiende que dicho estándar, para poder formar la convicción de este tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza ‘más allá de toda duda razonable’, como se exigiría en materia penal”). En el mismo sentido, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, Rol C 265-2013, Sentencia N° 145/2015, C. 12° (“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”).

⁸³ Corte Suprema, *FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros*, Rol 5128-2016, Sentencia de 12 de octubre de 2016, C. 9° (“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”).

c) Los factores adicionales que permiten inferir la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre competidores directos

Cuando no existe prueba directa del acuerdo o práctica concertada, los tribunales enfrentan la difícil tarea de inferir, a partir del conjunto de indicios existentes en el expediente, si la colusión es calificadamente más probable que el paralelismo. La sola prueba del paralelismo no es suficiente, porque dicho paralelismo es consistente tanto con la hipótesis de colusión como con la de interdependencia oligopolística o incluso de competencia “perfecta”⁸⁴.

Dado este escenario, el Derecho Comparado ha desarrollado la teoría de los factores adicionales⁸⁵. Conforme a esta teoría, los demandantes deben ofrecer factores de hecho “adicionales” al mero paralelismo, que tiendan a excluir la posibilidad de actuación no-colusiva⁸⁶.

Ahora bien, no existe un catálogo exhaustivo de los factores adicionales⁸⁷. Cada caso presentará hechos y circunstancias particulares que, tanto desde un punto de vista económico como no-económico, podrán o no ser considerados por los tribunales como factores adicionales. En los párrafos que siguen, nos referiremos a algunos de los antecedentes que han sido recurrentemente considerados como factores adicionales por los tribunales de la competencia, tanto en el extranjero como en Chile⁸⁸.

⁸⁴ *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *54-55 (2010) (“Plaintiffs relying on circumstantial evidence of an agreement must make a showing at both stages (with well-pled allegations and evidence of record, respectively) of ‘something more than merely parallel behavior’”).

⁸⁵ La teoría de los factores adicionales es un desarrollo jurisprudencial norteamericano que tiene su origen en el caso de 1952, *C-O-Two Fire Equip. Co. v. United States*, 197 F.2d 489, 493 (9th Cir. 1952).

⁸⁶ *Vid.* Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 76, p. 227 (“[Plaintiffs] must come forward with plus factors that raise the probability of an inference of conspiracy above the likelihood implied by evidence of mere parallel behavior by defendants”). *Vid.* *Apex Oil Co. v. Di Mauro*, 822 F.2d 246, 253-254 (2d Cir. 1987) (“Since mere parallel behavior can be consistent with independent conduct, courts have held that a plaintiff must show the existence of additional circumstances, often referred to as ‘plus’ factors, which, when viewed in conjunction with the parallel acts, can serve to allow a fact-finder to infer a conspiracy”). *Vid. también*, *Keith Hylton, Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution* (Cambridge University Press, Cambridge 2003), p. 141 (“Generally, the plus factor is some set of facts or circumstances that suggests that the defendants were not acting independently”). En forma algo circular, Phillip Areeda, Louis Kaplow y Aaron Edlin, *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*, (6ª ed., Aspen Publishers, New York 2004), p. 227, definen los factores adicionales en los siguientes términos: “The other facts that serve to transform parallelism into conspiracy (or that allow a jury to do so) are often characterized as «plus factors»”.

⁸⁷ Como afirma el tribunal en *Williamson Oil Company Inc v. Philip Morris Usa Rj*, 346 F.3d 1287, 1301 (11th Cir. 2003) (“Although our case law has identified some specific factors... any showing by appellants that ‘tend[s] to exclude the possibility of independent action’ can qualify as a ‘plus factor’”).

⁸⁸ Existen diversas formas de clasificar o enumerar los factores adicionales. Seguimos aquí la lista y orden propuesto por American Bar Association, *Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws* (ABA, Chicago 2010), pp. 69-91. Otros autores, como Darryl Snider e Irving Scher, “Conscious Parallelism or Conspiracy?”, American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. II, p. 1155, clasifican los “plus factors” en sólo tres grupos: actions by the defendant contrary to its individual economic interests; (2) meetings or exchanges of information concerning the challenged conduct in advance of, and sufficiently close in time to, the parallel behavior; and (3) evidence that the defendant had a motive to enter into a conspiracy.

i. *Acciones en contra del interés propio independiente del demandado*

Cuando los agentes económicos compiten en mercados perfectos o casi perfectos, toman sus decisiones y llevan a cabo sus acciones en forma independiente y en beneficio de intereses que también son independientes. Los sujetos económicos son racionales y sus acciones pretenden ser eficientes, por lo que puede asumirse judicialmente, con plena confianza, que en situación de competencia sus acciones favorecen sus intereses y no se autoperjudican⁸⁹.

Por ello, como señalan Snider y Scher, “una conducta que sería irracional si fuera realizada por un actor individual no cartelizado, y que únicamente haría sentido económico si fuera adoptada en el caso de existir un acuerdo, puede constituir un factor adicional”⁹⁰. O, como explica una Corte de Apelaciones Federal estadounidense:

“Prueba de que el demandado actuó en forma contraria a sus intereses significa prueba de una conducta que sería irracional asumiendo que el demandado operaba en un mercado competitivo. En una industria competitiva, por ejemplo, una firma bajaría su precio con la expectativa de aumentar su participación de mercado si sus competidores hubieran establecido sus precios por sobre los costos marginales”⁹¹.

Este tipo de evidencia —particularmente cuando va más allá de la mera interdependencia oligopolística⁹²— es, de hecho, uno de los factores adicionales más persuasivos⁹³.

Un ejemplo típico de este factor adicional en la jurisprudencia estadounidense ha sido el caso en que el demandado ha fallado en responder racionalmente a un cambio en las condiciones de la demanda, llevando a cabo un alza en los precios

⁸⁹ Este supuesto dio lugar a la famosa “mano invisible” planteada por Adam Smith.

⁹⁰ Snider y Scher, n. 88, p. 1156 (“Courts have declared that conduct that would be irrational if engaged in by a nonconspiring individual actor, and that would make economic sense only if engaged in on a joint basis, can constitute a plus factor”).

⁹¹ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 360-361 (3d Cir.2004) (“Evidence that the defendant acted contrary to its interests means evidence of conduct that would be irrational assuming that the defendant operated in a competitive market. In a competitive industry, for example, a firm would cut its price with the hope of increasing its market share if its competitors were setting prices above marginal costs”).

⁹² Muchas veces no pasa de ese nivel. Así lo reconoció la Corte en *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 360 (3d Cir.2004) (“In the context of parallel pricing, the first two factors [(1) evidence that the defendant had a motive to enter into a price fixing conspiracy; evidence that the defendant acted contrary to its interests] largely restate the phenomenon of interdependence”).

⁹³ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 70 (“Such evidence has been described as perhaps the «strongest plus factor indicative of a conspiracy»”).

frente a una demanda lenta o a la baja⁹⁴. Otro ejemplo destacado ocurrió en un caso en el que, en una industria con capacidad ociosa, productores-competidores se compraban el producto entre ellos con el objeto de proveer a sus respectivos clientes en lugar de aumentar su propia producción (y adquirir el producto a un costo comparativamente inferior)⁹⁵.

ii. *La existencia de un motivo racional para coludirse*

Bajo el mismo supuesto de que los agentes actúan en los mercados favoreciendo su propio interés, puede ocurrir que les resulte beneficioso actuar en forma coordinada. Dicha coordinación puede ser tanto en la forma de interdependencia oligopolística como de colusión.

Tratándose de un mercado con pocos actores, siempre hay un motivo racional para coludirse: obtener rentas supracompetitivas. Este requisito suele contribuir al proceso de adjudicación en el caso de esquemas colusorios *hub-and-spoke* o que incluyen elementos verticales, al modo en que lo describió la Corte Suprema de EE.UU. en su fallo *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*:

“Las restricciones verticales de precios también pueden ser usadas para organizar carteles en el ámbito del retail. Un grupo de retailers puede coludirse para fijar precios a los consumidores y luego obligar a un proveedor a ayudar en el acuerdo ilegal. En esa instancia el proveedor no establece la práctica para estimular servicios o para promover su marca, sino que para regalar utilidades más altas a los retailers ineficientes. Aquellos retailers con mejores sistemas de distribución y

⁹⁴ *Vid. American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 804-805 (1946): The following record of price changes is circumstantial evidence of the existence of a conspiracy and of a power and intent to exclude competition coming from cheaper grade cigarettes. During the two years preceding June, 1931, the petitioners produced 90% of the total cigarette production in the United States. In that month tobacco farmers were receiving the lowest prices for their crops since 1905. The costs to the petitioners for tobacco leaf, therefore, were lower than usual during the past 25 years, and their manufacturing costs had been declining. It was one of the worst years of financial and economic depression in the history of the country. On June 23, 1931, Reynolds, without previous notification or warning to the trade or public, raised the list price of Camel cigarettes, constituting its leading cigarette brand, from \$6.40 to \$6.85 a thousand. The same day, American increased the list price for Lucky Strike cigarettes, its leading brand, and Liggett the price for Chesterfield cigarettes, its leading brand, to the identical price of \$6.85 a thousand. No economic justification for this raise was demonstrated.

⁹⁵ *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 659 (7th Cir. 2002): There is evidence that defendants bought HFCS [high fructose corn syrup] from one another even when the defendant doing the buying could have produced the amount bought at a lower cost than the purchase price. There is nothing suspicious about a firm's occasionally buying from a competitor to supply a customer whom the firm for one reason or another can't at the moment supply. The firm would rather buy from a competitor to supply its customer than tell the customer to buy from the competitor, lest the customer never return. But if the firm could supply its customer (remember there was a lot of excess capacity in the HFCS industry during the period of the alleged conspiracy) and at a lower cost than its competitor would charge, why would it buy from the competitor rather than expanding its own production?

estructuras de costo más bajas estarían impedidos de cobrar precios más bajos por el acuerdo”⁹⁶.

Se ha señalado que la existencia de un motivo racional para actuar coordinada o colusivamente en general no es suficiente para ser un factor adicional que por sí solo sirva para dar por acreditado un acuerdo colusorio. En realidad, el rol que cumpliría este factor es el servir de un elemento para testear la plausibilidad de la alegación de colusión⁹⁷.

Cabe señalar que en la jurisprudencia nacional la Corte Suprema consideró esta situación como un factor adicional en el caso *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, en el cual el motivo racional para coludirse consistió en recuperar las pérdidas que tuvieron lugar para las empresas farmacéuticas con motivo de una anterior guerra de precios:

“Es así como se concordó por las empresas investigadas obtener beneficios, con motivo de un alza concertada de precios, en perjuicio de los consumidores, pretendiendo con ello recuperar las pérdidas sufridas con motivo de la guerra de precios que había precedido a estos hechos”⁹⁸.

Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró esta situación como un factor adicional en el caso *Oxígeno Medicinal* (posteriormente revocado por la Corte Suprema):

“Que, en síntesis, dado lo expuesto y habiéndose acreditado que el éxito de la licitación de Cenabast implicaba transparentar un mercado sumamente opaco, como en definitiva ocurrió, los incentivos reales de Indura, y también los de AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara (...). En consecuencia, si bien es cierto que la licitación abarcaba un pequeño porcentaje del mercado, una licitación exitosa amenazaba la política de precios para una parte importante del mercado del oxígeno, lo que constituye otro indicio apto para establecer la

⁹⁶ Corte Suprema de EE.UU., *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U. S. 877, 893 (2007): “Vertical price restraints also might be used to organize cartels at the retailer level. A group of retailers might collude to fix prices to consumers and then compel a manufacturer to aid the unlawful arrangement with resale price maintenance. In that instance the manufacturer does not establish the practice to stimulate services or to promote its brand but to give inefficient retailers higher profits. Retailers with better distribution systems and lower cost structures would be prevented from charging lower prices by the agreement”.

⁹⁷ *Vid.* William E. Kovacic, “The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws”, 38 *Antitrust Bull.* 5, 37 (1993) (“The combination of parallel behavior and a motive to conspire ordinarily is insufficient, without more, to support an inference of agreement. The motive-to-conspire chiefly has served an important screening function”). En el mismo sentido, *vid.* American Bar Association, n. 88, p. 74 (“This factor is another way of testing the plausibility of the plaintiffs’ conspiracy allegations and is rarely the sole plus factor supporting a finding of conspiracy”).

⁹⁸ Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012, C. 76°.

existencia de una práctica concertada entre las requeridas”⁹⁹.

iii. *La oportunidad para coludirse*

Otro elemento que usualmente es planteado como un factor adicional por los demandantes en casos de colusión es la oportunidad para coludirse, lo cual, normalmente, se traduce en reuniones o conversaciones entre los competidores.

No cualquier reunión o conversación que tenga lugar entre competidores o sus representantes es considerada un factor adicional idóneo. Un criterio que ha sido considerado como relevante en la jurisprudencia estadounidense es que en las reuniones o conversaciones intervengan personas con autoridad para negociar precios¹⁰⁰.

En todo caso, es importante aclarar que, como lo ha sostenido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “el D.L. N° 211 no requiere que quien celebre acuerdos anticompetitivos en representación de una empresa cuente con algún poder o facultad especial para realizar tales actos, pues basta que quien actúe por la empresa en los hechos comprometa el actuar anticompetitivo de ésta, tenga o no facultades específicas para ello”¹⁰¹.

En este punto resulta relevante hacer referencia a las reuniones y conversaciones que tienen lugar con motivo de la participación de competidores en asociaciones gremiales, las cuales frecuentemente son planteadas como el contexto en el cual ocurre la colusión. En principio, las asociaciones gremiales persiguen fines lícitos que pueden generar beneficios procompetitivos para la industria respectiva. Sin embargo, como señalan Scherer y Ross:

“Las asociaciones gremiales frecuentemente han cumplido funciones que contravienen las leyes de competencia. Sus reuniones constituyen espléndidos vehículos para juntarse y acordar precios, producciones, participaciones de mercado y otras condiciones por el estilo”¹⁰².

⁹⁹ *FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 86 y C. 87°. En el C. 76°, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló correctamente que “es pertinente dilucidar entonces las razones que motivaron el actuar de las empresas durante la licitación en análisis, para después evaluar estos comportamientos a la luz del Derecho de la Competencia”.

¹⁰⁰ *Id.* American Bar Association, n. 88, p. 85 (“Courts have been reluctant to find that exchanges among sales representatives and employees without authority to make pricing decisions constitute evidence tending to exclude independent pricing decisions. [...] On the other hand, where exchanges of information occur at higher levels in a defendant’s organization, they may constitute sufficient evidence of a plus factor, particularly if there is other evidence tending to show conspiracy”). En este sentido, *vid. In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F. 3d 112, 133 (3d Cir. 1999).

¹⁰¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central y otros*, Rol C 234-2011, Sentencia N° 136/2014, C. 17°.

¹⁰² Frederic M. Scherer y David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3a ed., Houghton-Mifflin, Boston 1990), p. 347 (“Trade associations have often performed functions that run afoul of the antitrust laws. Their meetings are superb vehicles for getting together and agreeing on prices, outputs, market shares, and the like”).

Para que las reuniones y conversaciones sostenidas en el marco de una asociación gremial puedan ser constitutivas de un factor adicional, será determinante contar con evidencia concreta de que a través de ellas se llevaron a cabo acuerdos colusivos¹⁰³. La ausencia de actas u otra prueba que explique el contenido de las reuniones puede, en ciertos casos, constituir un factor adicional.

En el derecho europeo, se ha señalado que “si todas (o una vasta mayoría de) las empresas investigadas son miembros de una asociación de empresas, este puede ser un elemento que fundamente una acusación de colusión por una autoridad de competencia”¹⁰⁴. Especialmente determinante será el caso en que los competidores se reúnan para discutir precios. De ahí el consejo tajante de Whish: “El mensaje difícilmente puede ser más claro: no permanezca en una reunión en la cual los competidores discuten precios”¹⁰⁵.

En la jurisprudencia chilena encontramos algunos casos en que los competidores se reunían en asociaciones gremiales, lo cual fue considerado por los órganos encargados de velar por la competencia como un factor adicional para inferir la existencia de una colusión¹⁰⁶.

iv. *Concentración y estructura del mercado*

Según el grado de concentración que exista en un determinado mercado¹⁰⁷ y dada la presencia o ausencia de ciertos elementos estructurales, tales como barreras a la en-

¹⁰³ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 77 (“Courts are generally skeptical of plaintiffs’ claims that industry participants engaged in collusion at trade association meetings in the absence of concrete evidence that collusion actually occurred”).

¹⁰⁴ Rafael Allendesalazar, Paloma Martínez-Lage y Roberto Vallina, “Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation”, en Claus-Dieter Ehlermann y Isabela Atanasiu, *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels* (Hart, Oxford 2007), p. 129 (“If all (or a vast majority) of the undertakings investigated are members of an association of enterprises, this can be an element supporting an accusation of concertation by a competition authority”).

¹⁰⁵ Richard Whish, *Competition Law* (6ª ed., Oxford University Press, Nueva York 2009), p. 525 (“The message could hardly be clearer: do not remain at a meeting at which competitors discuss prices”).

¹⁰⁶ *Vid.* Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, FNE contra Isapre ING S.A. y otros, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, voto de minoría, C. 16°: [E]ntre las requeridas existen intercambios de información frecuentes y formalizados por medio de la asociación gremial que las reúne y en la que adoptan con regularidad decisiones acerca de componentes de la oferta de las isapres que, en un contexto de competencia, deberían ser tomadas en forma individual por cada una de ellas. *Vid.* también, Comisión Resolutiva, Resolución N° 67 de 1979; y, Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 807/401 de 1992.

¹⁰⁷ *Vid.* Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, FNE contra Nestlé Chile S.A. y otros, Sentencia N° 7, Rol C 01-2004, de 5 de agosto de 2004, C 46°: Que, no obstante lo anterior, como ya se dijo, si bien en el mercado de la leche no hay barreras de entrada o salida, la escasez de oferta compradora, representada por solo cuatro o cinco empresas procesadoras, obliga a precaver que estas empresas -que en conjunto tienen una posición dominante en el mercado- celebren convenios expresos o tácitos para coordinar sus políticas de precios.

trada¹⁰⁸, bienes homogéneos¹⁰⁹, bienes con demanda inelástica¹¹⁰, estabilidad en las participaciones de mercado de los competidores¹¹¹ o capacidad ociosa¹¹², es posible afirmar que un mercado será más o menos propenso a la celebración de colusiones.

El grado de concentración existente en un mercado y sus características estructurales no han sido considerados en principio aptos para constituir por sí mismos factores adicionales idóneos para probar una colusión. Sin embargo, en conjunto con otros factores adicionales, pueden constituir evidencia útil para probar una colusión¹¹³. Como dice el juez Posner, la concentración en una industria puede involucrar “una estructura que es auspiciosa para fijar precios”¹¹⁴.

v. *Explicaciones artificiosas de conductas anticompetitivas*

Otro factor que aparece considerado en una gran variedad de casos es el hecho consistente en que los demandados formulen explicaciones artificiosas en relación con las alzas de precios o restricciones en la producción materia de la acusación.

Como señalan Areeda y Hovenkamp:

“El carácter falso o incompleto en la explicación que acompaña al acto arriesga dos inferencias adversas. Primero, puede sugerir que una razón “in-

¹⁰⁸ *Vid. id.*, C. 35°: La otra hipótesis, esto es que las plantas se coludieron para mantener las rentas monopsónicas que tenían con anterioridad al ingreso de Parmalat, al no haberse acreditado directamente, debería verse respaldada desde una perspectiva económica, al menos con evidencia de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores y de la obtención de altas rentabilidades en las empresas dueñas de plantas procesadoras, antecedentes éstos que podrían ser un indicio de colusión. La existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, unida a la colusión, habría permitido a las empresas establecidas tener utilidades anormalmente altas.

¹⁰⁹ En Estados Unidos, *vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 656 (7th Cir. 2002); cert denied 123 S Ct 1251 (2003) (“[T]he product, HFCS, is highly standardized... So colluding sellers would not have to agree not only on price but also on quality, design, post-sale services, and the like. This is another reason why a successful conspiracy would not require such frequent communications as to make prompt detection likely”). En Europa, *vid. Whish*, n. 105, p. 527 (“The greater the degree of product differentiation and the more atomistic the structure of competition, the more difficult and expensive it will be to align prices and to prevent other firms from cheating”).

¹¹⁰ *Vid. Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 208 (2d Cir. 2001) (“Susceptible markets tend to be highly concentrated - that is, oligopolistic - and to have fungible products subject to inelastic demand”).

¹¹¹ *Vid. Richard A. Posner, Antitrust Law* (2ª ed., University of Chicago Press, Chicago 2001), p. 79 (“If the major firms in a market have maintained identical or nearly identical market shares relative to each other for a substantial period of time, this is a clue that they have divided the market (whether by fixing geographical zones or sales quotas or by an assignment of customers), and thereby eliminated competition among themselves”).

¹¹² *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 657 (7th Cir. 2002) (“[T]he defendants had a lot of excess capacity, a condition that makes price competition more than usually risky and collusion more than usually attractive”).

¹¹³ Esta es la aproximación que han seguido los tribunales en EE.UU. *Vid. American Bar Association*, n. 88, p. 78 (“Courts are unlikely to find that market structure, by itself, is a sufficient plus factor to prove conspiracy. In combination with evidence of other plus factors, however, market structure can constitute probative evidence of conspiracy”).

¹¹⁴ *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 661 (7th Cir. 2002).

dependiente” o no colusiva fue una fabricación tardía o una motivación verdadera pero insignificante del acto reprochado. Segundo, puede sugerir que el imputado deseó ocultar su verdadera motivación: tal vez una colusión”¹¹⁵.

Ahora bien, la jurisprudencia estadounidense ha señalado que este factor no es usualmente apto para inferir por sí solo un acuerdo colusorio, pero que en conjunto con otra evidencia, tal como conductas paralelas o comunicaciones inapropiadas, puede constituir un factor adicional relevante¹¹⁶.

vi. *Intercambio de información relativa a precios o a otras condiciones de competencia relevantes*

El estatus del intercambio de información entre competidores ha sido un factor ampliamente considerado por los tribunales encargados de aplicar el Derecho de la Competencia. Si bien el intercambio de información no es *per se* anticompetitivo, sí puede dar lugar fácilmente a una práctica facilitadora que haga posible o mejore el funcionamiento de un cartel¹¹⁷. En palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

“El intercambio entre competidores de información relativa a precios y de otro tipo de información no tiene invariablemente efectos anticompetitivos; en verdad, tales prácticas pueden en ciertas circunstancias aumentar la eficiencia económica y hacer que los mercados sean más competitivos. Por esta razón, hemos sostenido que dichos intercambios de información no constituyen una violación *per se* de la Sherman Act (...). Un número de factores, incluyendo de manera más destacada la estructura de la industria involucrada y la naturaleza de la información intercambiada, son generalmente considerados para dilucidar los efectos procompetitivos o anticompetitivos de este tipo de comunicación entre vendedores... Los intercambios de información de precios actuales, por supuesto, tienen el mayor potencial de generar efectos anticompetitivos y, aun cuando no sean *per se* ilegales, han sido consistentemente señala-

¹¹⁵ Phillip Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (3ª ed., Aspen Publishers, New York 2010), Vol. VI, p. 126 (“Falsity or incompleteness in the explanation accompanying an act risks two adverse inferences. First, it may suggest that a different ‘independent’ and nonconspiratorial reason was either a later fabrication or a true but insignificant motivation for the challenged act. Second, it may suggest that the actor wished to conceal his true motivation - perhaps a conspiracy”).

¹¹⁶ *Id.* *In re Linerboard Antitrust Litigation*, 504 F. Supp. 2d 38 (E.D. Pa. 2007), *Dimidovich v. Bell & Howell*, 803 F.2d 1473 (9th Cir. 1986) y *American Bar Association*, n. 88, pp. 81-82.

¹¹⁷ Sobre el problema del intercambio de información, *vid.* Per Baltzer Overgaard y H. Peter Møllgaard, “Information exchange, market transparency, and dynamic oligopoly”, en *American Bar Association, Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. II, p. 1241, Kai-Uwe Kühn, “Fighting collusion by regulating communication between firms”, 32 *Economic Policy* 169 (2001), Paolo Buccirosi, “Facilitating Practices”, en Paolo Buccirosi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008), pp. 305, 317-329, y Matthew Bennett y Philip Collins, “The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad, and the Ugly”, 6 *European Competition Journal* 311 (2010).

dos como infracciones de la Sherman Act¹¹⁸.

Conforme a lo señalado, en Estados Unidos el intercambio de información entre competidores relativo a precios de los bienes y servicios o a otras condiciones de competencia puede ser considerado como un factor adicional, constitutivo de prueba circunstancial de una colusión para fijar precios¹¹⁹. En el análisis, los tribunales de dicho país también consideran si hubo o no una legítima y genuina razón de negocios en el intercambio de información¹²⁰.

En Europa, en tanto, la toma de contacto entre competidores parece ser reprochada en forma más categórica que en los Estados Unidos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un fallo señero en la materia expresó:

“Aun cuando sea correcto decir que este requisito de independencia no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y prevista de sus competidores, sí excluye en forma estricta cualquier contacto directo o indirecto entre dichos operadores, cuyo objeto o efecto sea influenciar la conducta en el mercado de un competidor real o potencial, o revelar a tal competidor el curso de la conducta que ellos mismos han decidido adoptar o contemplan adoptar en el mercado”¹²¹.

Cuando el intercambio de información se refiere a precios de bienes o servicios, los tribunales europeos han sido especialmente claros en cuanto a la altísima

¹¹⁸ *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 441 n. 16 (1978) (“The exchange of price data and other information among competitors does not invariably have anticompetitive effects; indeed such practices can in certain circumstances increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive. For this reason, we have held that such exchanges of information do not constitute a per se violation of the Sherman Act. [...] A number of factors, including most prominently the structure of the industry involved and the nature of the information exchanged, are generally considered in divining the procompetitive or anticompetitive effects of this type of interseller communication. [...] Exchanges of current price information, of course, have the greatest potential for generating anticompetitive effects and, although not per se unlawful, have consistently been held to violate the Sherman Act”).

¹¹⁹ *Id.* American Bar Association, n. 88, p. 83. *Id.* *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 198 2d Cir. 2001) (“Information exchange is an example of a facilitating practice that can help support an inference of a price-fixing agreement”).

¹²⁰ *Id.* American Bar Association, n. 88, p. 85.

¹²¹ *Id.* Casos 40-8, 50, 54-6, 111 y 113-4/73, *Cooperatieve Vereniging ‘Suiker Unie’ UA v. Commission*, [1975] ECR 1663, ¶ 174 (“Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market”). En el mismo sentido, *vid.* Caso 49/92, *Commission v. Anic Participazioni SpA*, ¶ 117 (“According to that case-law, although that requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market, where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question”).

probabilidad de inferir una colusión de precios. Como expresa Whish:

“La jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios ha establecido que cualquier discusión entre competidores acerca de sus precios actuales o futuros es probable que sea considerada para dar lugar a un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios, cuyo objeto es restringir la competencia. No es necesario que A y B hayan explícitamente acordado que ellos incrementarán sus precios: el mero hecho de proveerse información recíprocamente el uno al otro acerca de su comportamiento relativo a los precios -o aún el proveer sólo uno a otro de dicha información- es probable que sea suficiente para acreditar un acuerdo de precios”¹²².

En nuestro país, el intercambio de información entre competidores jugó un rol relevante para acreditar un acuerdo colusorio entre tres cadenas farmacéuticas¹²³. También se trató de un elemento crucial que permitió a la Corte Suprema confirmar la convicción de colusión en el caso *Guerra del Plasma*¹²⁴.

Por último, cabe anotar que el intercambio de información no debe necesariamente producirse directamente entre competidores, sino que puede involucrar a terceros, incluyendo proveedores o distribuidores, como es el caso de las colusiones *hub-and-spoke* analizadas en este Informe.

¹²² Whish, n. 105, pp. 524-525 (“[T]he case law of the Community Courts has established that any discussion among competitors about their current and future prices is likely to be regarded as giving rise to an anti-competitive price-fixing agreement, the object of which is to restrict competition. It is not necessary for A and B to have explicitly *agreed* that they will increase their prices: the mere fact of providing information to one another about pricing behaviour—or even for one to provide such information to the other—is likely to be sufficient for a finding of an agreement on prices”). *Vid. también*, Allendesalazar et al, n. 104, p. 128: In its landmark *Sugar* case, the ECJ held that Article 81 [101] EC strictly precludes any direct or indirect contact between operators that can influence the conduct on the market of an actual or potential competitor. In such a case, the defendants cannot explain the existence of the parallel conduct by the fact that they have adapted intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors. Such contacts remove in advance the uncertainty as to the future conduct of the competitors, and thus protect the undertakings from the risks of competition.

¹²³ *Vid.* Comisión Resolutiva, Resolución N° 432 de 1995, C 13°: A todos estos antecedentes, que por sí solos bastarían, debe agregarse para formar la convicción del tribunal, la plena prueba que constituyen las listas de precios a que debían someterse las farmacias en cumplimiento del acuerdo, acompañadas a los autos, a las que se han referido, también, los testigos.

¹²⁴ *Vid.* Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 22°: Que sobre la base de estos hechos -ya asentados de alguna manera en los fundamentos nonagésimo séptimo y centésimo séptimo- y de considerar como indicios relevantes el hecho de que el tráfico y duración de las llamadas en los días 3 y 4 de abril de 2006 era claramente superior al promedio de llamadas entre Falabella, Paris y estos proveedores en los meses previos; que el señor Fernando Casado, gerente de Línea Electrohogar de Falabella; el señor Héctor Rodríguez, gerente de División Comercial de Paris, y el señor Pablo Méndez, gerente de División Electro-Tecno de Paris, quienes no se comunican habitualmente con los ejecutivos de estos proveedores, según se acreditó con los registros telefónicos respectivos, lo hayan hecho de manera tan intensa a partir del mediodía del lunes 3 de abril de 2006, esto es, inmediatamente después de registrarse llamados recíprocos entre Paris y Falabella; y que el referido señor Fernando Casado se comunicara telefónicamente con el gerente de División Electro-hogar de Ripley, don Javier Pérez Rodríguez, con la ya señalada finalidad, los sentenciadores llegaron a presumir que las comunicaciones entre los ejecutivos de Falabella y Paris tuvieron por objeto acordar la forma como reaccionarían ante el anuncio de la Feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma (motivo centésimo vigésimo tercero del fallo reclamado).

vii. *Comunicación por medio de señales*

Otro factor usualmente invocado en casos de colusión es la comunicación por medio de señales, también conocida como “*signaling*”. Esta se refiere a la transmisión por parte de los agentes económicos de información relativa a precios o a otras condiciones de competencia a través de los medios de comunicación o de terceras personas¹²⁵.

En la jurisprudencia estadounidense, una legítima razón de negocios para comunicar precios ha sido considerada como una defensa efectiva frente a una alegación de “*signaling*”¹²⁶. Siguiendo esta línea, en nuestro país, en un caso en el que el presidente de la Federación Gremial Chilena de Industriales Panaderos vaticinó reiteradamente, a través de diversos medios de comunicación social, alzas en el precio del pan, la Comisión Resolutiva consideró inocuas tales declaraciones, por cuanto las alzas en el precio del pan tuvieron como causa objetiva el alza en el precio de la harina; a mayor abundamiento, la Comisión Resolutiva señaló que el mercado era competitivo¹²⁷.

viii. *Participación en otros carteles*

La participación de los demandados en otros carteles, anteriores o contemporáneos, ha sido objeto de discusión en varios casos en cuanto a su consideración como factor adicional¹²⁸. En Estados Unidos, los tribunales han sido más bien escépticos cuando la colusión adicional que se invoca se refiere a un mercado no conexo al que se investiga en el caso concreto¹²⁹.

Algunos de los criterios que emanan de la jurisprudencia estadounidense parecieran indicar que los tribunales exigen los siguientes elementos en los casos anteriores o contemporáneos para efectos de poder considerarlos como un factor relevante: que la violación anterior o contemporánea sea indicativa de la actual¹³⁰; que en el otro caso exista evidencia de conductas anticompetitivas y no se trate de una mera

¹²⁵ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 87 (“«Signaling» refers to the transmission by coconspirators of pricing or other competitive intentions via the media or third parties”).

¹²⁶ *Vid.* *Wallace v. Bank of Bartlett*, 55 F. 3d 1166, 1169 (6th Cir. 1995).

¹²⁷ *Vid.* Comisión Resolutiva, Resolución N° 362 de 1991.

¹²⁸ Esto es sin perjuicio de que, en nuestro país, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211, la reincidencia debe ser considerada por el TDLC como una circunstancia relevante para determinar el monto de la multa. Para una aplicación de la reincidencia en casos de colusión en Chile, véase Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Falabella y otro*, Sentencia N° 63, Rol C-103-2006, de 10 de abril de 2008, C. 157° y 158°, confirmada en Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008. Asimismo, véase Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol C 184-2008, Sentencia N° 119/2012, C. 202°, 203° y 204°, confirmada en Corte Suprema, *FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, Rol 2578-2012, Sentencia de 7 de septiembre de 2012.

¹²⁹ *Vid.* American Bar Association, n. 88, p. 89.

¹³⁰ *Vid.* *Williamson Oil Company Inc v. Philip Morris Usa Rj*, 346 F.3d 1287, 1318 (11th Cir. 2003).

investigación¹³¹, y que exista un nexo suficiente entre los respectivos mercados¹³².

Dos casos de tribunales federales norteamericanos de distrito (primera instancia) demuestran que la colusión previa o anterior puede constituir un factor adicional: *In re Flash Memory Antitrust Litigation*¹³³ y *In re Static Random Access memory Antitrust Litigation*¹³⁴.

Conforme a lo señalado, consideramos que la existencia de una colusión anterior *entre las mismas partes y en el mismo mercado relevante* sí constituye un factor adicional a ser considerado por el tribunal. Su valor probatorio específico estará ciertamente determinado por los hechos concretos del caso¹³⁵.

ix. Indicios no-económicos de cartelización

Por último, cabe mencionar los indicios “tradicionales” o no-económicos de cartelización. Como indica una corte de apelaciones federal norteamericana, esta prueba indirecta sigue siendo una de las más relevantes para que el tribunal pueda formarse convicción:

La prueba más importante será generalmente la prueba no-económica de que había un acuerdo real, manifiesto de no competir. Esa prueba puede involucrar indicios tradicionales de colusión típica, o prueba de que los demandados se reunieron e intercambiaron garantías recíprocas de acción conjunta o que de otra manera adoptaron un plan común, aun cuando no pueda mostrarse la existencia de reuniones, conversa-

¹³¹ *Vid. In re Digital Music Antitrust Litigation*, 592 F. Supp2d 435, 444 (S.D.N.Y. 2008), *rev'd sub nom. Starr v. Sony BMG Music Entm't*, No. 08-5637-cv, 2010 WL 99346 (2d Cir. 2010)

¹³² *Vid. In re Hawaiian & Guamanian Cabotage Antitrust Litigation*, 647 F. Supp. 2d 1250, 1258- 1259 (W.D. Wash 2009).

¹³³ 643 F. Supp. 2d 1133 (N.D. Cal. 2009).

¹³⁴ 580 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2008).

¹³⁵ Aunque la redacción no es concluyente, el TDLC parece haber considerado como factor adicional la colusión previa entre los demandados en *FNE con Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 69°: Lo anterior, como se verá, es un elemento de juicio importante para el análisis del segundo grupo de conductas imputadas a las requeridas, esto es, la circunstancia de haberse coludido con el propósito de hacer fracasar, en su propio beneficio, la licitación convocada por Cenabast para, precisamente, poner término a las asimetrías de información que afectaban a los hospitales. Adicionalmente, debe tenerse también en cuenta que, tal como consta de los documentos que rolan a fs. 188 y 189 del cuaderno de documentos que contiene los antecedentes remitido a este tribunal por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina, existen indicios de contactos e intercambios de información entre las empresas oferentes en estos mercados, orientados a aprovechar, con algún grado de coordinación, las ventajas que el referido contexto de opacidad les proporcionaba. Esta modalidad de coordinación, por lo demás, presenta cierto arraigo en la industria, tal como se evidencia de la jurisprudencia europea de defensa de la competencia, que ha fallado en el pasado casos similares, sancionando conductas coordinadas de empresas relacionadas con las requeridas de autos. En TDLC, *FNE con Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital*, Sentencia N° 102, Rol C-191-2009, de 11 de agosto de 2010, C. 49°, el tribunal también afirmó que ilicitudes pasadas constituyen elementos que pueden ser considerados en la valoración de los hechos: “Es dable inferir una intención exclusoria por parte de los asociados de Agmital si se atiende a sus conductas pasadas y a los efectos de las mismas”.

ciones o intercambio de documentos¹³⁶.

Un indicio no-económico de alto valor probatorio es la explicación racional insuficiente por parte de los acusados de colusión relativa a la mecánica del proceso de paralelismo consciente. Si los acusados no son coherentes respecto a quién es el líder y quién es el seguidor, y si la logística invocada por los acusados en respaldo de su proceso de seguimiento no es consistente con los tiempos de respuesta que muestran los datos, el sentenciador podrá realizar importantes inferencias tendientes a dar por probada la colusión.

V. CONCLUSIONES

En este Informe se ha intentado dar una visión conceptual acerca de dos cuestiones fundamentales en materia del ilícito de colusión. En primer lugar, se han abordado los conceptos de acuerdo y de práctica concertada, que son aquellos que la legislación chilena ha establecido como medios o mecanismos para cometer una colusión.

En segundo lugar, se ha desarrollado el esquema colusivo conocido como *hub-and-spoke* desde un punto de vista conceptual, consignándose diversas aristas relevantes que surgen fundamentalmente del análisis jurisprudencial y doctrinario proveniente tanto del derecho estadounidense como del derecho europeo.

En definitiva, para un adecuado análisis y resolución de casos de colusión *hub-and-spoke*, se considera relevante que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema tomen en cuenta los siguientes aspectos expuestos en el presente Informe:

- Para sancionar una colusión, el derecho chileno ha establecido que la supresión de la competencia puede concretarse tanto a través de un acuerdo como de una práctica concertada. Si bien a esta fecha la jurisprudencia nacional aún no ha diferenciado entre ambos conceptos, el Derecho Europeo de la Competencia demuestra que existe una diferencia de grado entre ellos. Si bien en ambos casos los competidores neutralizan la independencia con que deben adoptarse las decisiones en materia de competencia en los mercados, en un acuerdo ello se verifica a través de la fiel expresión de la voluntad de los competidores, mientras que en una práctica concertada ello se concreta de forma menos definida en contactos directos o indirectos que reflejan la existencia de un consenso entre los competidores en torno a cooperar en

¹³⁶ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 361 (3d Cir. 2004) (“The most important evidence will generally be non-economic evidence ‘that there was an actual, manifest agreement not to compete.’ That evidence may involve ‘customary indications of traditional conspiracy,’ or ‘proof that the defendants got together and exchanged assurances of common action or otherwise adopted a common plan even though no meetings, conversations, or exchanged documents are shown’”) (citas internas omitidas).

lugar de competir.

- Las colusiones *hub-and-spoke* pueden cometerse tanto por la vía de acuerdos como de prácticas concertadas, y consisten en esquemas complejos que reúnen interacciones tanto en el ámbito vertical como en el horizontal de la cadena de producción y comercialización. Para sancionar una colusión de este tipo, el derecho estadounidense demuestra que lo determinante es que al menos se acredite la existencia de una colusión horizontal, es decir, entre competidores directos.
- Los acuerdos o prácticas concertadas constitutivas de colusiones *hub-and-spoke* pueden acreditarse tanto mediante prueba directa como indirecta. Ante falta de prueba directa, el tribunal debe evaluar holísticamente todos los antecedentes y la prueba indiciaria a fin de formar su convicción. El análisis no debe hacerse antecedente por antecedente. Una vez que el tribunal haya considerado toda la prueba rendida, deberá determinar si logra convicción acerca de la existencia de la colusión bajo un estándar que, conforme lo han sostenido la Corte Suprema y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, exige prueba clara y concluyente.

REMEDIOS Y SANCIONES ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Francisco Agüero Vargas*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordamos los posibles remedios, medidas o sanciones que se pueden imponer por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) como consecuencia del incumplimiento de condiciones o remedios establecidos en operaciones de concentración. Además, buscamos responder de qué forma se deben cumplir las condiciones establecidas en la autorización que se dicta y que aprueba la operación de concentración. Para este fin, expondremos brevemente el contenido de la potestad consultiva que contempla el Decreto Ley N° 211, de 1973 (DL 211), enfocándonos en las condiciones que se pueden imponer a una operación de concentración. A continuación, abordamos las medidas y sanciones que se pueden imponer ante el incumplimiento de las condiciones.

II. LA POTESTAD CONSULTIVA DEL TDLC

La potestad consultiva del TDLC está prevista en el artículo 18, N° 2 del DL 211, que encomienda a dicho tribunal “[c]onocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”¹.

* Abogado. Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Doctor en Derecho (c), U. de Chile, M.Sc. en Regulación Económica y Competencia. Ex Director del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Universidad de Chile. faguero@derecho.uchile.cl

¹ Si bien después de dictarse la Ley N° 20.945, esta potestad tiene una redacción distinta, lo acá expuesto es aplicable, con los matices pertinentes, al nuevo régimen de operaciones de concentración. La nueva redacción del artículo 18, N° 3 dispone que le corresponde al TDLC “Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.”.

a) Es una potestad administrativa y preventiva

El TDLC cuenta con potestades administrativas², y una de estas es la potestad consultiva. Al ejercerse, no hay una controversia entre partes, sino que se formula e implementa una política pública de promoción de la competencia³. Luego, la imposición de condiciones efectuada en una resolución que ejerce la potestad consultiva es ejercicio de una potestad pública⁴. Esta potestad es considerada fundamental respecto de las potestades de los órganos de defensa de la competencia, dado que ilustra en materia de competencia a los consultantes sobre temas dudosos o imprecisos⁵. El contenido de esta potestad es ordenador y prospectivo, porque sus efectos se proyectan hacia el futuro⁶. Por lo mismo, el análisis que debe realizarse es de los efectos del hecho, acto o contrato que se consulta y no de las formas de remediar dichos efectos (las *condiciones*)⁷. En otras palabras, la actividad preventiva que se ejerce implica un análisis de riesgos y beneficios a la competencia respecto de un negocio propuesto o existente, concreto, considerando establecer condiciones “destinadas a tutelar la libre competencia”⁸ y que conjuren los riesgos o efectos creados, o que se puedan crear⁹.

El carácter preventivo de la potestad es sin perjuicio de que, si no es posible contrarrestar los riesgos anticompetitivos mediante una condición o *medida*, el hecho, acto o convención consultado no debe aprobarse, quedando con ello prohibido, para todos los efectos legales¹⁰. De esta forma, el rechazo de la operación muestra un

² Streeter, Jorge. *Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia*. Santiago: Documento de trabajo, 2001, p. 30 y p. 37; Fernandois, Arturo. *Derecho Constitucional Económico. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, 2ª. Ed., Santiago: Universidad Católica, 2006, p. 201; y Feliú, Olga. “Los organismos de la defensa de la competencia”, *Actualidad Jurídica*, N° 5, (2002), p. 200. Valdés agrega que al ejercerse esta potestad *no hay conflicto ni jurisdicción*, vid. Valdés, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago: Jurídica de Chile, 2006, p. 608.

³ Montt, Santiago. *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas*, Santiago: Documento de Trabajo RegCom, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010; y Ruiz-Tagle, Pablo “La tesis de la doble pluralidad: jueces y democracia el caso de la transición chilena 1990-2002” en *La función judicial. Ética y democracia*, coordinado por Jorge Malem, et al., p. 227. Barcelona: Gedisa, 2003.

⁴ Cases, Lluís y Menor, Javier. “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración *a posteriori* de la efectividad de los remedios” en *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, editado por Martínez, Santiago y Petitbò, Amadeo, p. 327. Madrid: Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2008.

⁵ Feliú, *Op. Cit.* n. 2, p. 199 y Domper, María de la Luz y Buchheister, Axel. “Tribunal de la Competencia: modificaciones a la Institucionalidad antimonopolio” en *Serie Informe Económico*, N° 13, p. 31 y 32. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo, 2002.

⁶ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 5°.

⁷ Sentencia Rol N° 346-2013 de la Corte Suprema, del 30 de septiembre de 2013, C. 24°.

⁸ Sentencia N° 86/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de julio de 2009, C. 3°.

⁹ Resolución N° 24/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 31 de enero de 2008, § 15.

¹⁰ *Id.*, § 266-267.

riesgo insuperable por las condiciones que se puedan imponer.¹¹ Pero esta potestad también permite conocer el riesgo competitivo de hechos, actos o contratos ya ejecutados o celebrados. En todos los casos, y sin que se persiga una sanción, el análisis no es uno de riesgo o lesión de la competencia, sino el establecimiento de una medida o condición que ajuste a la legalidad competitiva el hecho, acto o convención, sin perjuicio del análisis prospectivo que pueda efectuarse¹².

b) Es una potestad que otorga seguridad jurídica

Esta potestad otorga seguridad jurídica al consultante (Art. 32 DL 211)¹³. Vinculado a la seguridad jurídica respecto a posibles infracciones está el principio de tipicidad. El principio de tipicidad exige que tanto en materia penal como administrativa-sancionatoria, las infracciones y sanciones se encuentren *suficientemente descritas* en una norma jurídica, de modo que se puedan prever las consecuencias de una conducta¹⁴, y se ha entendido que, en materia de infracciones no criminales, basta con que se describa el “núcleo esencial” de la conducta, sin que sea necesario que la ley agote completamente la tipificación¹⁵. En estas materias, se añade que la ley debe describir “conductas infractoras de deberes administrativos”¹⁶. Asimismo, es considerado legítimo que las infracciones administrativas se construyan “por remisión”, es decir, por la reunión de mandatos, prohibiciones y sanciones en cuerpos normativos distintos¹⁷. En este orden de ideas, se sostiene que la normativa “debe ser cierta, es decir, debe tener un cierto grado de desarrollo, que otorgue un suficiente margen de confianza al administrado, de modo que le permita prever la posibilidad de ser sancionado”¹⁸.

Si bien la tipificación administrativa es habitualmente mínima, el principio de tipicidad es uno de carácter material más que formal, atendiendo al contenido de la regulación, lo que “no dice relación con el rango de la norma dentro de la pirámide normativa, sino con el grado de desarrollo y precisión de la conducta que se estimará ilícita. Ello trae como efecto que se trate de un principio que garantiza la seguridad

¹¹ Agüero, Francisco. “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: un análisis aplicado al sector *retail*”, en *Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico*, editado por Montt, Paulo y Nehme, Nicole, p. 323. Santiago: Legal Publishing, 2010.

¹² Sentencia N° 86/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de julio de 2009, C. 2°.

¹³ Esta seguridad se vincula con los ilícitos establecidos en dicha ley.

¹⁴ Bermúdez, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Santiago: Legal Publishing, 2010, pp. 187-188; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II. Madrid: Civitas, 2004, pp. 177-178 y Santamaría, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid: Iustel, 2004, pp. 388-389.

¹⁵ Sentencia 1413 del Tribunal Constitucional, C. 34°.

¹⁶ Sentencias 480, C. 19° y 479, C. 19° del Tribunal Constitucional.

¹⁷ Sentencia 479 del Tribunal Constitucional, C. 25° y ss.

¹⁸ Bermúdez, *Op. Cit.* n. 14, p. 187.

jurídica, la igualdad, la libertad y la protección de la confianza legítima¹⁹. Con lo anterior, se aplica de forma matizada el principio de tipicidad en materia de libre competencia, como ha sostenido la doctrina nacional, al refutar una supuesta inconstitucionalidad del Art. 3 del DL 211²⁰, y la doctrina comparada²¹. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha reconocido el destacado rol de las potestades administrativas en la defensa de la competencia²², las que resultan necesarias para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados²³. Así es como se ha validado esta potestad, engarzándola con la seguridad jurídica y la imposibilidad de describir todas las conductas atentatorias a la competencia²⁴.

En esta línea argumental, cuando se absuelve una consulta, se “le señala a un particular que ha consultado las conductas que resultan contrarias a la libre competencia”²⁵. En el caso de las infracciones a la libre competencia, la tipicidad de éstas es una materia de suyo compleja. Por lo mismo, la potestad consultiva ha venido a clarificar dudas de conductas potencialmente anticompetitivas, otorgando seguridad jurídica²⁶. De esta forma, una autorización favorable opera como una verdadera *excepción* frente a acusaciones de actuaciones anticompetitivas, cual *inmunidad*²⁷.

c) No es una potestad sancionadora

La potestad consultiva no tiene carácter represivo: las resoluciones emitidas tienen por finalidad advertir al consultante las consecuencias de sus actos, sin imponer sanciones²⁸. Así, y pese a que las condiciones limitan derechos²⁹, como actos de gravamen, estas no son sanciones. Por lo mismo, la modificación o revocación de éstas puede

¹⁹ *Id.*

²⁰ Dufeu, Sebastián y Vallejo, Rodrigo “Tipos de injusto monopolio: Ubicación sistémica y constitucional” en *Revista Derecho y Humanidades*, 10. (2004), pp. 315-316.

²¹ *Vid.* Ortiz, Luis y Lamadrid, Alfonso “El procedimiento sancionador y sus garantías” en: *Los acuerdos horizontales entre empresas*, editado por Martínez, Santiago y Petitbò, Amadeo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 301, en miras a Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, T-99/04 *AC-Treuhand AG c. Comisión*, 8 de julio de 2008, § 113.

²² Sentencia 1448 del Tribunal Constitucional, C. 15°.

²³ Sentencia 391 del Tribunal Constitucional, C. 13°.

²⁴ Sentencia 1448 del Tribunal Constitucional, C. 23°.

²⁵ *Id.*, C. 31° y C. 28°, citando la Sentencia Rol N° 514-1999 de la Corte Suprema, del 25 de marzo de 1999.

²⁶ Valdés, *Op.Cit.* n. 2, p. 609 y Streeter, *Op.Cit.* n. 2, p. 27.

²⁷ Sentencia N° 13/2005 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 17 de marzo de 2005, C. 9°.

²⁸ Valdés, *Op.Cit.* n. 2, p. 615. Ahora bien, este mismo autor ha sostenido que las condiciones deben ser homologadas a sanciones, *vid.* Valdés, Domingo. “El principio jurídico de la inocencia en las consultas antimonopolísticas sobre operaciones de concentración”, en *Nuevas Tendencias en el Derecho Económico Moderno* editado por Valdés, Domingo y Vásquez, Omar. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

²⁹ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 23°.

ocurrir sin ser necesario invocar la prescripción de la misma³⁰. La potestad para absolver consultas permite establecer condiciones que deben ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos, actuales o futuros, sin constituir sanciones establecidas en el artículo 26 del DL 211³¹ (Art. 18 N° 2 y 31, DL 211)³². A la inversa, la imposición de medidas y sanciones en una sentencia del TDLC es fruto exclusivo del ejercicio de la potestad jurisdiccional de dicho tribunal, que persigue reprimir y sancionar actuaciones contrarias a la competencia, a través de un procedimiento contradictorio (*cfr.* Art. 3, inc. 1 y 18, N° 1, DL 211). El Derecho Comparado esboza también un límite entre el procedimiento sancionatorio y el procedimiento autorizador en materia de defensa de la competencia, que interviene o impone un gravamen en la libertad de empresa. Como precisa Baño León, “el procedimiento autorizador (...) pretende comprobar la concurrencia de los supuestos de hecho que justifican la exención prevista en la ley; es un procedimiento que no restringe derecho o libertad alguna”³³.

d) Otorga una autorización

Quien consulta puede recibir una respuesta indeseada. Entender que una resolución puede ser favorable implica que ella puede no serlo. Luego, si ésta conlleva un permiso de conducta es porque ella puede también prohibirla³⁴. El hecho de que haya una prohibición *general* de conductas anticompetitivas³⁵ explica que la consulta favorable sea un permiso fuerte, al decir de Raz³⁶. Este permiso se constituye así en una razón práctica que inmuniza la actividad consultada una vez que se cumplen las condiciones para su otorgamiento. Al otorgarse el permiso, una actividad respecto de la cual había una prohibición general pasa a estar autorizada, *sin dudas*³⁷, respecto del TDLC y terceros.

De esta forma, el resultado del ejercicio de la potestad referida del TDLC es el otorgamiento de una autorización, la que se define tradicionalmente como “un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una

³⁰ *Id.*, C. 22°.

³¹ Pfeffer, Francisco. “¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión? (A propósito del frustrado caso de fusión de Falabella y D&S)” en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 18 (2008), p. 585.

³² TDLC, Resolución intermedia, *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.*, Rol NC 388-11, 17 de marzo de 2011, C. 12°.

³³ Baño León, José María, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Madrid: McGrawHill, 1996, p. 164.

³⁴ Para Nino, “cuando alguien permite algo es porque ese algo está prohibido o hay una expectativa de que se lo prohíba... para que se diga que alguien dio permiso para realizar cierta conducta tiene que tener capacidad para ordenar su opuesta, es decir, para prohibir la conducta en cuestión”, vid. Santiago Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho* 2ª. Ed., 11ª. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2001, pp. 66-67.

³⁵ Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile 2006, p. 1045.

³⁶ Raz, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 86.

³⁷ *Id.*, p. 96.

actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente³⁸. Por lo mismo, esta potestad otorga una respuesta al imperativo de tipicidad, al dar un permiso o autorización. Este permiso y, en particular sus condiciones, permiten que el sujeto autorizado pueda prever razonablemente cuándo será sancionado, a saber, cuando incumpla las condiciones establecidas en la autorización.

La autorización se otorga generalmente a petición de un interesado que está emprendiendo una actividad privada³⁹. Además, la petición de un pronunciamiento se fundamenta en una prohibición susceptible de ser alzada. En efecto, la autorización tiene por efecto básico “permitir que el particular realice una determinada conducta que, de otro modo, resultaría contraria al Ordenamiento Jurídico”⁴⁰. Por otra parte, estamos ante una autorización operativa⁴¹, toda vez que no sólo busca controlar la conformidad de una conducta, sino encauzar y orientar positivamente la actividad del titular⁴². Esto último permite comprender también la facultad de imponer condiciones como una de naturaleza regulatoria (artículo 18 N° 2 *in fine*, DL 211)⁴³. De esta característica fluye que los hechos, actos o convenciones que excedan la autorización operativa pueden, si ellos tienen la aptitud de infringir las disposiciones de libre competencia, ser objeto de una nueva consulta, promovida por el interesado, la FNE, o incluso, por terceros que se puedan ver afectados. Se trata también de una autorización de funcionamiento, que se proyecta sobre el “ejercicio de una actividad llamada a prolongarse indefinidamente en el tiempo”, de modo que hace nacer una relación permanente entre la Administración y el sujeto autorizado⁴⁴. Este carácter justifica también la posibilidad de revisar la autorización conforme cambien las circunstancias⁴⁵. Por otra parte, en cuanto a la calificación de esta autorización como personal, real o mixta⁴⁶, podemos decir que es real, pues no parece que las circunstancias personales del solicitante sean determinantes para la licitud de la conducta. Pero podría plantearse una hipótesis en que sí lo sea; por ejemplo, si el resultado de una concentración es el surgimiento de un operador dominante. En ese

³⁸ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, T. II. Madrid: Civitas, 10ª ed., 2006, p. 138.

³⁹ Empero, es posible -y en la práctica ocurre- que el consultante sea un órgano de la Administración del Estado. Sin embargo, en tal caso, la naturaleza del acto administrativo final será diferente y no puede aplicársele lo acá dicho sobre la autorización.

⁴⁰ Villar Ezcurra, José Luis. *Derecho Administrativo Especial*. Madrid: Civitas, 1999, p. 82.

⁴¹ *Id.* Francisca Moya Marchi, *El principio de precaución* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012), p. 99.

⁴² García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Op.Cit.* n. 38, p. 137. En el mismo sentido Valdés. *Op.Cit.* n. 2, p. 612.

⁴³ Montt, Santiago. “Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno” en *Anuario de Derecho Público 2012*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2012, p. 459.

⁴⁴ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Op.Cit.* n. 38, pp. 140-141.

⁴⁵ *Id.*, p. 142.

⁴⁶ *Id.*, pp. 145-146.

caso, dependerá del alcance de la resolución final si las circunstancias subjetivas se han elevado a un carácter determinante. Esto permite explicar que la autorización se haga independiente del solicitante y pueda transferirse. Lo anterior resalta el hecho de que las condiciones *objetivas* esgrimidas en la solicitud son esenciales (particularmente si se han alegado efectos pro-competitivos), de modo que si estas resultan no ser efectivas, el acto autorizatorio es ilegal y susceptible de ser revocado posteriormente, con efecto retroactivo.

e) La autorización es revocable

La autorización puede revocarse por el TDLC en cualquier momento, sin indemnización⁴⁷, siempre que existan “*nuevos antecedentes*” (Art. 32, DL 211). De este modo, el particular no puede oponerse fundado en supuestos derechos adquiridos o protección de la confianza legítima, especialmente cuando se establece una expresa cláusula de reserva de modificación o revocación de la autorización de funcionamiento en la norma o en la autorización⁴⁸. Como sabemos, el artículo 32 del DL 211 considera una revisión posterior sobre la base de nuevos antecedentes. El TDLC también puede, si lo considera oportuno y necesario, dejar sin efecto la resolución que decidió aprobar el hecho, acto o contrato, ordenando que se proceda a realizar la desinversión respectiva, sin que lo anterior implique una sanción o medida prevista en el artículo 26 del DL 211⁴⁹, fundado en que, sobre la base de nuevos antecedentes, es posible que los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del TDLC sean calificados posteriormente como contrarios a la libre competencia⁵⁰.

f) Efectos del ejercicio de la potestad consultiva

A continuación, distinguiremos entre las resoluciones negativas (desfavorables) y las positivas (favorables). En aquellos casos en que la conducta resulta incompatible con la prohibición legal genérica, la autoridad está vinculada por ésta y debe rechazar la consulta. De este modo, confirma la prohibición legal para el caso concreto. En cambio, si la conducta objeto de la consulta resulta compatible con el alzamiento de la prohibición, se produce un efecto favorable, que exime de responsabilidad al beneficiario, a la luz del Derecho de la Competencia. Esta autorización tiene límites subjetivos y objetivos.

⁴⁷ Al respecto, *vid.* Baño León, *Op.Cit.* n. 33, p. 104; Dromi, Roberto. *El Acto Administrativo*. Madrid: INAP, 1985, p. 153 y Valdés, *Op.Cit.* n. 2, p. 635.

⁴⁸ Laguna de Paz, José Carlos. *La autorización administrativa*. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2006, p. 336; y Velasco Caballero, Francisco. *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 282.

⁴⁹ Agüero, *Op.Cit.* n. 11.

⁵⁰ En el derecho comparado, donde las autorizaciones en materia de competencia han sido temporales, se contempla la posibilidad de revocarlas, o modificarlas, e incluso obtener su renovación al extinguirse el plazo por el cual se otorgaron, *vid.* González Navarro, Francisco. “La regulación de los procedimientos administrativos en la ley de defensa de la competencia” en *Revista Jurídica de Navarra*, 9 (1990), p. 43.

i. Límites subjetivos de la autorización

En cuanto a los sujetos beneficiados por la autorización, es importante resaltar que la resolución no es una sentencia jurisdiccional⁵¹. Se trata de una resolución que constituye una autorización, es decir, crea un título habilitante para el beneficiario, pudiendo realizar la conducta consultada. Desde luego, el consultante está vinculado por los efectos de la consulta. Pero también lo están aquellos que se relacionan con él, en la medida en que el objeto de la consulta está destinado a producir efectos en las relaciones que entable.

ii. Límites objetivos de la autorización

Los hechos, actos o contratos consultados son los que determinan el alcance objetivo de la autorización, sin que pueda extenderse más allá. Fuera de ellos se cae dentro de la prohibición genérica de realizar actos anticompetitivos. De este modo, los órganos de tutela de la competencia quedan habilitados para evaluar la corrección de la conducta. En otras palabras, la infracción de la autorización -específicamente a las condiciones que se imponen- puede ser sancionada y controlada en uso de las potestades ordinarias de los órganos de tutela de la competencia. En la práctica del TDLC, casos en que ha conocido de incumplimientos de los consultantes autorizados son *HidroAysén I*, *Fundación Chile Ciudadano* y *John Malone*⁵².

III. LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EJERCICIO DE LA POTESTAD CONSULTIVA

En la presente sección, abordamos el alcance de las condiciones que se pueden imponer en una operación de concentración, también llamadas medidas de mitigación o remedios⁵³.

a) El establecimiento de condiciones o medidas de mitigación

El TDLC está habilitado para imponer aquellas condiciones que son necesarias para lograr la conformidad de la conducta consultada con la prohibición general del ar-

⁵¹ Por lo tanto, no produce los efectos relativos a que se refiere el artículo 3º del Código Civil. *Cfr.* Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 24º.

⁵² Sentencia N° 86/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de julio de 2009; Sentencia N° 98/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 18 de marzo de 2010; Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011.

⁵³ *Vid., Op.Cit.* Agüero, n. 11.

título 3 del DL 211. Esto puede entenderse porque tales condiciones se limitan a reiterar, para el caso concreto, la prohibición general⁵⁴ y no innovan en el régimen jurídico del solicitante. Las operaciones que son sometidas a consulta del TDLC pueden ser absueltas favorable o desfavorablemente. En el primer caso, en forma pura y simple, o bien, condicionadamente. La posibilidad de imponer condiciones tras una consulta se contempla en el DL 211 y estas condiciones pueden ser objeto de reclamación⁵⁵.

b) Finalidad de las medidas de mitigación

Por regla general, las operaciones de concentración de empresas buscan integrar a compañías que, de seguir funcionando separadas, no podrían alcanzar ciertas eficiencias que juntas sí lograrían. De este modo, una fusión puede generar eficiencias, tales como reducción de costos, especialización de plantas, alcanzar economías de escala o de alcance y permitir que el consumidor se beneficie con reducciones de precios, incrementos en la calidad y mayor innovación. Una fusión también puede tener efectos perjudiciales para la competencia, aumentando los riesgos de prácticas anticompetitivas como consecuencia del aumento de poder de mercado. Por lo mismo, la aprobación de una operación debe ponderar ambos elementos, y sólo si los beneficios -las denominadas *eficiencias*- superan los costos o riesgos, la consulta debe aprobarse favorablemente⁵⁶. En caso contrario, la consulta debiera rechazarse⁵⁷.

Al establecer condiciones, lo que se persigue es que la operación consultada no devenga en anticompetitiva ni ilegal ante el Derecho de la Competencia. Y al imponerse condiciones o remedios en operaciones de concentración, se condiciona la operación consultada, modificándola para hacerla compatible con la libre competencia⁵⁸, para evitar que se genere un daño a dicho bien jurídico, y, por ende, a los consumidores⁵⁹. La finalidad de las condiciones o remedios es proteger la eficiencia e intereses de los consumidores *ex post*, preservando los niveles de competencia previos a la operación que se somete a autorización. En el Derecho Comparado se afirma que las medidas de mitigación tienen por objetivo fundamental “garantizar

⁵⁴ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Op.Cit.* n. 38, p. 144.

⁵⁵ Tras la dictación de la Ley N° 20.945, el artículo 31 N° 5 del DL 211 prevé un procedimiento especial de revisión de operaciones de concentración, competencia del TDLC.

⁵⁶ Cañizares, Enrique y Domínguez, Daniel. “Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste-beneficio” en *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, editado por Martínez Lage, Santiago y Petitbó, Amadeo. Madrid: Fundación Rafael del Pino, Ed. Marcial Pons, 2008, p. 181.

⁵⁷ Sentencia Rol 346-2013 de la Corte Suprema, del 30 de septiembre de 2013, C. 27°.

⁵⁸ Agüero, *Op.Cit.* n. 11, p. 314

⁵⁹ Sentencia Rol N° 9843-2011 de la Corte Suprema, del 5 de abril de 2012, C. 22°.

estructuras de mercado competitivas”⁶⁰. Las medidas eficaces son aquellas que conservan las eficiencias que crea el negocio consultado (fusión u otra operación como puede ser un *joint venture*⁶¹), sin afectar los beneficios que existen en los mercados competitivos que no se ven afectados por la operación⁶².

Para el TDLC, las condiciones establecidas en un procedimiento de consulta son necesarias para mitigar los riesgos, los “probables efectos anticompetitivos”⁶³ o la “disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia”⁶⁴. La Corte Suprema ha resuelto que las medidas deben restaurar los equilibrios existentes en el mercado antes de la fusión⁶⁵, añadiendo que “únicamente si se detectan riesgos, se disponen medidas de mitigación, las que deben ser aquellas indispensables para restablecer la competencia en un mercado relevante”⁶⁶. Como señaló el TDLC, para ejercer su función preventiva, “un medio fundamental con el que cuenta (...) está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que dichos hechos, actos o convenciones -de llevarse a cabo- se ajusten a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia”⁶⁷.

c) Principios ordenadores de las medidas de mitigación

Las condiciones no deben imponerse como una compensación o gravamen desvinculado a los riesgos anticompetitivos⁶⁸. Las condiciones establecidas deben ser, como lo ha declarado la Corte Suprema, *suficientes y adecuadas* para cautelar la libre competencia⁶⁹, así como también *prudentes y lógicas*⁷⁰. Adicionalmente, se ha agregado que ellas deben motivarse y cumplir un estándar tal que “sin ellas hay

⁶⁰ Ortiz Blanco, Luis, et al. *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos: Madrid, 2008, p. 331. Parker y Balto añaden que, tras una fusión, los consumidores debieran beneficiarse del mismo nivel de competencia después de ella que antes de la misma. Parker, Richard G. y Balto, David A. “The Evolving Approach to Merger Remedies” en *Antitrust Report*, N° 2 (2000).

⁶¹ Situación análoga ocurre con los joint ventures, Vid. Errázuriz, José Tomás y Agüero, Francisco. “Tratamiento de los acuerdos de cooperación empresarial ante el derecho de la competencia. ¿Cuándo un joint venture es una concentración?” en *Revista Anales Derecho UC Temas de Libre Competencia* 2, Santiago (2007).

⁶² Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, 2011, p. 4.

⁶³ Resolución N° 22/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 19 de octubre de 2007, § 11.

⁶⁴ Resolución N° 1/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 25 de octubre de 2004; Resolución N° 24/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 31 de enero de 2008, § 264.

⁶⁵ Sentencia rol 346-2013 de la Corte Suprema, del 30 de septiembre de 2013, C. 24°.

⁶⁶ *Id.*, C. 27°.

⁶⁷ Sentencia N° 86/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de julio de 2009, C. 3°.

⁶⁸ Ver Resolución N° 22/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 19 de octubre de 2007, § 11.1.

⁶⁹ Sentencia Rol N° 4578-2007 de la Corte Suprema, del 22 de noviembre de 2007, C. 6°.

⁷⁰ *Id.*, C. 17°.

riesgo concreto y real de que se produzca un daño a la libre competencia⁷¹. En el Derecho Comparado, los principios que deben regir el establecimiento de remedios son, primero, que se debe imponer una medida de mitigación sólo cuando exista un convencimiento por parte de la autoridad de que habrá una infracción a la libre competencia⁷².

Las condiciones impuestas deben someterse al principio de proporcionalidad. La proporcionalidad exige que, entre dos remedios igual de eficaces, se escoja como remedio aquel que sea menos costoso y menos intrusivo, en la medida que aborden el problema de competencia detectado. En síntesis, se agrega, los remedios deben ser apropiados, efectivos y sujetos a ciertos principios económicos y legales del caso presentado⁷³. Así, en atención al principio de proporcionalidad, corresponde que las autoridades de la competencia identifiquen la solución menos restrictiva que remueva el riesgo anticompetitivo que originaría la fusión⁷⁴, o bien, sustituyan medidas cuando son revisadas en un procedimiento de consulta⁷⁵. Una disposición análoga se considera a la hora de revisar o revocar una autorización. En esos casos, la revocación debe ser la medida última, si es posible establecer condiciones menos restrictivas para alcanzar los mismos objetivos⁷⁶. Eso sí, la interpretación de la autorización debe tener en cuenta que se controla una actividad privada, sujeta a intervención y condicionamiento administrativo, por lo que la restricción de la libertad de empresa debe ser indispensable y restrictiva, por aplicación del principio *favor libertatis*⁷⁷.

Ciertamente, la medida más drástica que se puede adoptar respecto de una operación de concentración que se consulte es su rechazo o prohibición. El rechazo o no autorización de una operación de concentración es algo relativamente excepcional en los diversos ordenamientos. Ahora bien, en algunas ocasiones se pueden presentar para aprobación algunas operaciones respecto de las cuales no es posible establecer un remedio adecuado a los problemas de competencia que se detectan (sea

⁷¹ Sentencia Rol N° 9843-2011 de la Corte Suprema, del 5 de abril de 2012, C. 31°.

⁷² Agüero, *Op.Cit.* n. 11.

⁷³ Department of Justice, *Op. Cit.* n. 62, pp. 1-2.

⁷⁴ Monti, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: University Press, 2007, p. 290. En nuestra doctrina, el tópico ha sido abordado por Arancibia, Jaime. “Sobre el acuerdo extrajudicial de la Fiscalía Nacional Económica” en *Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales en la Litigación Pública*, coordinadores Arancibia, Jaime et. al, Santiago: Abeledo Perrot, 2013, p. 481.

⁷⁵ Resolución N° 18/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 17 de noviembre de 2006, C. 19°.

⁷⁶ Laguna de Paz, *Op.Cit.* n. 48, p. 336.

⁷⁷ *Id.*, p. 106. Este principio también es aplicable a la revisión o revocación de autorizaciones, *vid. Id.*, p. 336.

o no el remedio aceptable para las partes), por lo que se opta por el rechazo⁷⁸.

d) Las medidas de mitigación son actos de gravamen

Las condiciones establecidas en una resolución dictada por el TDLC son actos de gravamen⁷⁹, entendidos como limitaciones de derechos y libertades, impuestos a empresas en procedimientos no contenciosos de carácter administrativo⁸⁰. No todo acto de gravamen es sancionatorio. Así, la relación que existe entre ellos es de género (*gravamen*) a especie (*sanción*)⁸¹. Entonces, cabe concluir que los actos que imponen condiciones en procesos de consulta o revisión de una consulta son actos que limitan los derechos y libertades de las empresas, sin tener naturaleza sancionatoria. Dado que al autorizar se puede imponer “condiciones” -técnicamente, condiciones, obligaciones o cargas⁸²-, éstas forman parte integrante del acto autorizatorio⁸³.

e) Las medidas de mitigación no son sanciones

El establecimiento de medidas de mitigación requiere que se establezcan para los riesgos que producen en cada caso particular, lo que exige de libertad en su determinación, a efectos de atemperar los riesgos que la fusión genera para la competencia⁸⁴. Huelga señalar que la libertad de que disponen las autoridades de competencia para establecer medidas de mitigación al ejercerse la potestad consultiva no es tolerable si las *medidas* o condiciones fueran propiamente una sanción (en sentido estricto). Esta libertad para configurar y condicionar el hecho, acto o convención es *instrumental* a su adecuación con las normas del DL 211 y los supuestos de hecho de la autorización.

⁷⁸ Goyder, D.G. *EC Competition Law*. Oxford: University Press, 2003, p. 381. Parker y Balto sostienen que las autoridades de competencia tienen, como primera opción ante una operación de concentración, el simple rechazo de la fusión, cuando no existe remedio alguno que pueda resolver los problemas de competencia, *vid.* Parker y Balto, *Op.Cit.* n. 60. En otras ocasiones, puede ocurrir que los remedios propuestos por los consultantes sean de tal amplitud y complejidad que no sea posible determinar con un grado de certeza adecuado si la competencia efectiva será restablecida en el mercado, y por ende, decidir su aprobación, *cfr.* González-Díaz, Francisco y Carpi, Josep María. “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español” en *Tratado de Derecho de la Competencia*, editado por Pérez Beneyto, J.M. y González, J. Mailló. Barcelona: Ed. Bosch, 2005, t. 1, p. 722.

⁷⁹ Santiago Montt y Francisco Agüero, *Amicus Curiae*, 1. Santiago: Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile, 3 de marzo de 2011, p. 8.

⁸⁰ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Op.Cit.* n. 38, p. 104.

⁸¹ *Id.*, p. 106.

⁸² Al respecto, *vid.* *Op.Cit.* Montt, n. 43.

⁸³ Como se ha dicho, estas cláusulas “accesorias” vienen a especificar en el caso concreto las condiciones legales que hacen admisible el hecho, acto o contrato a la luz del Derecho de la Competencia.

⁸⁴ Sentencia rol N° 346-2013 de la Corte Suprema, del 30 de septiembre de 2013, C. 24°.

f) Las medidas de mitigación son obligatorias

Las resoluciones que aprueban una operación de concentración constituyen autorizaciones en ejercicio de una potestad administrativa del TDLC y son vinculantes para los consultantes⁸⁵. La consecuencia de lo anterior es que las resoluciones del TDLC dictadas en ejercicio de la potestad consultiva, por su naturaleza administrativa, gozan de estabilidad, imperatividad y ejecutoriedad, características que el ordenamiento reconoce a los actos administrativos afinados (*cf.* artículo 51, Ley N° 19.880). De ahí que se deban contemplar mecanismos de verificación de su cumplimiento, lo que puede recaer en la FNE (Art. 39, d), DL 211) o en terceros, si así se impone en la resolución⁸⁶. Como acto administrativo, la autorización debe ser respetada por todos -es imperativa⁸⁷- y ser considerada válida mientras subsista su vigencia⁸⁸. A su vez, para la doctrina un acto administrativo es vinculante y, a diferencia del reglamento, la autorización tiene efectos “subjettivos”, de alcance individual⁸⁹, aunque puede alcanzar a terceros⁹⁰.

Por otra parte, el DL 211 es explícito en que las condiciones que fije el TDLC deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos. Esto no puede entenderse como una mera recomendación⁹¹. Como ha expuesto Valdés, su obligatoriedad se vincula con la ausencia de responsabilidad infraccional⁹². Sobre este aspecto, ha señalado también dicho autor que “si [el hecho, acto o convención] ya se han realizado o celebrado y desea mantenerlos en el tiempo exonerándose de una eventual responsabilidad monopólica, deberá dar cumplimiento a las condiciones o medidas propiamente tales establecidas”⁹³.

La jurisprudencia está conteste con el carácter imperativo de las condiciones que se establecen en la resolución que aprueba favorablemente una operación consultada, siempre y cuando se lleve a cabo dicha operación⁹⁴. En la sentencia *HidroAysén I*⁹⁵, se conoce de una infracción de una medida de mitigación establecida previamente en *Endesa/Colbún*, enfatizando el carácter imperativo de las condiciones, sea como

⁸⁵ Resolución 24/2008, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de septiembre de 2013, C. 9°.

⁸⁶ Sentencia rol N° 9843-2011 de la Corte Suprema, del 5 de abril de 2012, C. 31°.

⁸⁷ Velasco, *Op.Cit.* n. 48, p. 53.

⁸⁸ Por ejemplo, Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo*, 3ª. Ed. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2006, p. 119; García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los Actos Administrativos*. Madrid: Civitas, 1986, p. 108 y Dromi, José Roberto, *El Acto Administrativo*. Madrid: IEAL, 1985, p. 89.

⁸⁹ Dromi, *Op.Cit.* n. 88, p. 16 y pp. 24-25.

⁹⁰ Bocanegra, *Op.Cit.* n. 88, p. 121.

⁹¹ Valdés, *Op.Cit.* n. 2, p. 622.

⁹² *Id.*, pp. 622-623.

⁹³ *Id.*, p. 627.

⁹⁴ Resolución N° 22/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 19 de octubre de 2007, § 11.6.

⁹⁵ Sentencia N° 86/2009, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de julio de 2009, C. 3°.

obligación de hacer o de no hacer⁹⁶. Entonces, la consecuencia jurídica del incumplimiento es que el consultante incumplidor arriesga responsabilidad monopólica, más aún si ha realizado o celebrado el hecho, acto o convención cuya autorización fue solicitada. En efecto, la responsabilidad infraccional por incumplimiento de condiciones establecidas en una resolución existe incluso si el hecho, acto o contrato autorizado aún no se celebra, como se concluye en la sentencia *HidroAysén I*.

La jurisprudencia sobre el efecto vinculante de las condiciones (i.e., *John Malone*) destaca por el alcance y vinculación respecto de terceros, cual efecto *erga omnes*, donde las condiciones “sí pueden surtir efectos más allá de la empresa consultante y alcanzar también a quienes mantengan vínculos de tal naturaleza con ella que hagan presumir que su actuación económica y financiera está guiada por intereses comunes o subordinada a éstos. De lo contrario, cualquier condición podría ser irrisoria y bastaría constituir empresas separadas para burlarlas”⁹⁷.

g) Las medidas de mitigación exigen un cumplimiento estricto

En decisiones de la Comisión Resolutiva se dejó asentado que las medidas de mitigación son imperativas para las partes consultantes, debiendo cumplirlas de manera estricta mientras estén vigentes⁹⁸. De la referida decisión puede inferirse qué debe entenderse por “estricto cumplimiento” de las medidas, y el grado de imperatividad de éstas para los consultantes. En lo que respecta a la libre competencia, dicho cumplimiento es análogo a la suma diligencia o cuidado (*cf.* Art. 44, Código Civil)⁹⁹. Por su parte, el TDLC ha calificado que el consultante, en situaciones en las que tiene una importante participación de mercado, tiene un especial deber de cuidado respecto de la forma de cumplir las medidas establecidas en una resolución favorable, como se aprecia en *HidroAysén I*¹⁰⁰.

h) Las medidas de mitigación obligan a los solicitantes por el carácter voluntario de la operación consultada

Por otra parte, las medidas de mitigación en operaciones de concentración son, a

⁹⁶ Las condiciones establecidas por el TDLC pueden contener obligaciones de hacer y de no hacer. Luego, de esto fluye que el tiempo desde el cual son exigibles deba considerar lo anterior, *vid.* Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 15°.

⁹⁷ *Id.*, C. 40°.

⁹⁸ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, FNE c. *Lan Chile* y *Lan Express*, 30 de enero de 2004, C. 5°.

⁹⁹ *Id.*, C. 6°, b).

¹⁰⁰ Sentencia N° 86/2009, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de julio de 2009, C. 11° y 12°.

partir del Auto Acordado 12/2009 del TDLC¹⁰¹, una materia que corresponde a las consultantes proponer, dando cuenta de una limitación a la propia libertad de empresa o el derecho de propiedad, con el fin de realizar *voluntariamente* un negocio que tiene eficiencias económicas y riesgos a la libre competencia. Dicha restricción de los consultantes ha sido tenida en cuenta a la hora de evaluar el incumplimiento de las medidas de mitigación, como lo hiciera la Comisión Resolutiva¹⁰². En *LAN/TAM*, la Corte Suprema imbrica el cumplimiento total de las condiciones establecidas con la validez de la operación consultada, pues son los mismos agentes económicos los que aceptan someterse voluntariamente al procedimiento de consulta¹⁰³.

i) Las medidas de mitigación se interpretan como un acto administrativo

En atención a que las condiciones se contienen en una autorización, estas deben interpretarse como un acto administrativo unilateral, con literalidad, finalidad y eficacia, como exponemos a continuación:

i. Las medidas de mitigación no se interpretan como un contrato

Debemos descartar la interpretación contractualista de las medidas de mitigación. Una visión privatista de las consultas y las condiciones puede llevarnos a sostener que las condiciones -y las obligaciones que establezcan- deben interpretarse como un negocio privado; como un contrato¹⁰⁴. Esto es errado para un acto administrativo como una autorización otorgada, que es un acto unilateral del órgano que la emite¹⁰⁵.

ii. Las medidas de mitigación se interpretan literalmente

Frente a actos administrativos unilaterales, no podemos ocupar normas hermenéuticas del Derecho Privado. Ciertamente, la primera aproximación a la inteligencia de la autorización es realizarla según su literalidad, como norma que interpreta el acto autorizatorio contenido en la resolución del TDLC. Este elemento fue expuesto por

¹⁰¹ Auto Acordado N° 12/2009, *Sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración*, Primero, f).

¹⁰² Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, FNE c. *Lan Chile y Lan Express*, 30 de enero de 2004, C. 6°, a).

¹⁰³ Sentencia N° 9843-2011 de la Corte Suprema, del 5 de abril de 2012, C. 23°.

¹⁰⁴ Por ejemplo, autores como Giannini y Sanduli, citados por Trevijano-Fos, *Op.Cit.* n. 88, p. 373.

¹⁰⁵ Trevijano-Fos, *Op.Cit.* n. 88, p. 374. Distinto sería si el acto fuera un contrato administrativo o un acto bilateral de la Administración, en cuyo caso son pertinentes los criterios de interpretación de contratos.

la Comisión Resolutiva¹⁰⁶ y por el TDLC en *HidroAysén I*. En este caso, se indicó que la condición establecida en *Endesa/Colbún* debía interpretarse inambiguamente por parte del demandado (“*establece con claridad (...) la condición*”)¹⁰⁷. En dicho sentido, la literalidad de la redacción de las condiciones impuestas también permite que se desechen alternativas de ejecución e inteligencia contrarias al tenor literal, contenido en la resolución favorable¹⁰⁸. En *John Malone*, el TDLC vuelve a reiterar el tenor literal como criterio de hermenéutica de la autorización que otorga en una resolución favorable¹⁰⁹.

iii. *Las medidas de mitigación se interpretan con la finalidad establecida y expuesta en su motivación*

A su vez, también debemos velar porque el acto administrativo -la autorización, y las condiciones que se establecen- tengan un sentido lógico y finalista¹¹⁰. Por lo mismo, la interpretación de acuerdo al propósito de la norma -en este caso, la finalidad de las condiciones- y, en concreto, la perseguida por el TDLC al ponderar los riesgos y eficiencias de la operación, no puede sujetarse a una interpretación “privatista”, incluso si el procedimiento fue iniciado por una solicitud del particular interesado¹¹¹. Adicionalmente, para poder efectuar la correcta interpretación de la autorización, se debe considerar la motivación del acto, que serían los considerandos o motivación de la resolución que otorga la autorización¹¹².

iv. *Las medidas de mitigación deben interpretarse buscando su eficacia*

Naturalmente, la condición establecida en una resolución debe interpretarse buscando darle eficacia a ésta por parte del sujeto autorizado, con miras a la prevención de infracciones al DL 211¹¹³. Pero no es cualquier eficacia la que debe haber respecto de las medidas de mitigación. Ellas deben cumplirse en la oportunidad que corresponde -al establecerse plazos para enajenaciones, por ejemplo- y de forma íntegra, no par-

¹⁰⁶ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, *FNE c. Lan Chile y Lan Express*, 30 de enero de 2004, C. 6°.

¹⁰⁷ Sentencia N° 86/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de julio de 2009, C. 12°.

¹⁰⁸ *Id.*, C. 10°.

¹⁰⁹ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 43°.

¹¹⁰ Cfr. Magide Herrero, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2000, p. 397, nota al pie 18.

¹¹¹ Velasco, *Op.Cit.* n. 48, p. 53.

¹¹² Trevijano-Fos, *Op.Cit.* n. 88, p. 374.

¹¹³ Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 43°.

cial¹¹⁴. Un resumen de los criterios hermenéuticos de las condiciones establecidas en una resolución absuelta favorablemente es desarrollado en *John Malone*:

(...) Cabe señalar que la Condición Primera *-literal y razonablemente-* se impuso no sólo a VTR sino al “grupo empresarial” de que formaba parte y, específicamente, a su controlador y a las personas relacionadas... *que quienes puedan quebrantarla deban conocer sus términos y responder por su infracción*. En otras palabras, la condición se impuso a personas que, aunque formalmente tienen una identidad distinta de la empresa fusionada, tampoco son terceros, sino personas que conforme a la ley están relacionadas con la empresa fusionada y que, precisamente por ello, se encuentran en situación de vulnerarla, *a la vez que en obligación de conocerla y respetarla. Ello es así porque la Condición Primera tuvo y tiene por propósito prevenir que quien controle a la empresa fusionada (VTR) pueda participar en la propiedad de alguna de sus competidoras en Chile* y, por lo tanto, que por esa vía adquiera la facultad de controlarla, influir en su gestión, nombrar un director o, a lo menos, conocer internamente sus planes y decisiones competitivas. *Dado que con la Resolución N° 1/2004 este tribunal autorizó un incremento en la concentración del mercado de la televisión de pago, la Condición Primera buscó y busca evitar que ese incremento se expanda a otros competidores*¹¹⁵.

En síntesis, las condiciones deben interpretarse literalmente, de acuerdo al claro tenor de las mismas, con una lectura que privilegie la eficacia de éstas, para lo cual la finalidad tenida en cuenta por el órgano que la impuso y, expuesta en la autorización, debe ser una guía para entender la condición. Su redacción clara comunica al sujeto autorizado cuándo se puede infringir y cuándo deberá responder por la infracción al DL 211.

j) Tipos de medidas de mitigación

Dada su naturaleza regulatoria y no sancionatoria, las medidas de mitigación pueden establecer obligaciones a las partes del acuerdo, a terceros miembros del mismo grupo empresarial, e incluso, a terceros ajenos a la operación¹¹⁶. Es así como Monti señala que las medidas de mitigación son, en definitiva, una forma de regulación de mercados¹¹⁷. La doctrina distingue principalmente dos tipos de remedios: de conduc-

¹¹⁴ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, *FNE c. Lan Chile y Lan Express*, 30 de enero de 2004, C. 6°, a).

¹¹⁵ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 39°. Las cursivas son nuestras.

¹¹⁶ Montt, *Op.Cit.* n. 43, p. 459.

¹¹⁷ Monti, *Op.Cit.* n. 74, p. 290.

ta y de estructura (aunque también hay remedios mixtos)¹¹⁸, con lo que se da cuenta de una necesidad de flexibilidad respecto de las condiciones a ser impuestas por la autoridad de competencia, reconociendo la Corte Suprema la necesidad de que no haya un listado taxativo de medidas de mitigación¹¹⁹.

i. Medidas estructurales

Al fusionarse dos o más empresas, pueden producirse superposiciones de sus activos o de sus operaciones en ciertas áreas geográficas. En dichos casos, la enajenación de ciertos activos en algunos mercados puede ser un remedio para solucionar el problema de traslape, que constituyen los llamados remedios estructurales. El comprador de dichos activos puede ser un rival existente o potencial del vendedor. Ahora bien, los activos que se enajenen deben permitir al comprador adquirir los elementos necesarios para ser un competidor viable en el mercado, ya sea adquiriendo bienes físicos o intangibles, personal, contratos, etc.¹²⁰. La ventaja de una solución estructural, frente a las soluciones de comportamiento, es que aquellas tienen una capacidad de abordar el problema de competencia creado por la fusión en forma rápida, directa y eficaz; asignando directamente una cuota de mercado a un competidor real o potencial¹²¹.

Uno de los problemas de las medidas estructurales es que los activos sean vendidos por la empresa fusionada a una empresa que no sea competencia real de aquella, teniendo los vendedores incentivos a disminuir el valor del activo a enajenar. Por lo anterior, debe velarse por que, durante el período de venta, no se produzcan estas prácticas que sólo pueden restar valor a los bienes que se enajenarán. De ahí, por otro lado, que la venta *deba ser próxima* a la autorización concedida. En tal sentido, un actor que opere actualmente en el mercado cuenta con mejor información que aquella con la que puede contar un actor potencial. Más aún: los incentivos están puestos para que el vendedor no incluya los activos adecuados para su venta a un competidor. Por lo anterior es que los activos seleccionados deban ser atractivos para la finalidad buscada por el tribunal¹²². El TDLC admite en *SMU/SDS* que una intervención del tribunal *ex post* a los actos o contratos celebrados, en un procedimiento no contencioso, puede tener un efecto estructural en un mercado, incluyéndose la posibilidad de ordenar desinversiones, “todo lo cual puede resultar muy costoso, tanto para las empresas involucradas en la operación

¹¹⁸ Agüero, *Op.Cit.* n. 11.

¹¹⁹ Sentencia Rol N° 9843-2011 de la Corte Suprema, del 5 de abril de 2012, C. 7°.

¹²⁰ Motta, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: University Press, 2004, pp. 265 y 266.

¹²¹ Cañizares y Domínguez, *Op.Cit.* n. 56, p. 183 y González-Díaz y Carpi, *Op.Cit.* n. 78, p. 726.

¹²² Sentencia Rol N° 346-2013 de la Corte Suprema, del 30 de septiembre de 2013, C. 28°.

en cuestión como desde un punto de vista social¹²³.

En lo que respecta a medidas estructurales, se ha ordenado que se enajene a terceros, en un plazo de seis meses, la participación accionaria en empresas que puedan competir con la empresa fusionada¹²⁴ o ciertas concesiones¹²⁵. En otros casos, la alternativa ha sido enajenar en favor de terceros, renunciar o poner término a concesiones dentro de un plazo de seis meses¹²⁶. Estos plazos de pocos meses son considerados necesarios para el éxito de la desinversión, como destaca el Derecho Comparado¹²⁷. Así ha sido valorado por nuestros tribunales donde la Corte Suprema analiza la solicitud de ampliar el plazo de enajenación de ciertos activos, petición que es rechazada, no solo por ser un plazo prudente, sino por el hecho de haberse consultado *ex post*¹²⁸.

El TDLC ha establecido restricciones *ex ante* a los compradores de activos: no pueden ser personas naturales o jurídicas filiales, coligadas ni relacionadas de la consultante, ni terceros con quienes la consultante, sus filiales, coligadas o relacionadas tengan relaciones patrimoniales o contractuales al momento de celebrarse los actos o contratos necesarios para perfeccionar dicha enajenación, ni sociedades filiales, coligadas o relacionadas de esos terceros¹²⁹. La Corte Suprema admite la validez de impedir que terceros incumbentes en el mercado puedan adquirir los bienes fruto de la fusión de SMU con SDS. Esto, dentro del marco imprescindible de la medida establecida por el TDLC¹³⁰. Como las medidas estructurales de desinversión buscan que un agente económico autorizado por el TDLC se desligue completamente de un activo, esta finalidad no se alcanza si, junto con la venta de éste, ejecuta actos o celebra contratos que lo mantienen relacionado a los mismos.

ii. Medidas de conducta o comportamiento

El segundo grupo de medidas lo constituyen los llamados remedios de comportamiento o de conducta. Estas soluciones están dirigidas a garantizar que los competidores de la empresa fusionada tengan una cancha pareja en la compra de ciertos activos

¹²³ Resolución N° 43/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, rol NC N° 397-11, § 7.9.

¹²⁴ Resolución N° 1/2004, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 25 de octubre de 2004.

¹²⁵ Resolución N° 2/2005, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 4 de enero de 2005, rol NC N°01-04.

¹²⁶ Resolución N° 20/2007, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 27 de julio de 2007, condición N° 4.

¹²⁷ European Commission, Competition DG *Explanatory note. Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation* (2013), §15.

¹²⁸ Sentencia Rol N° 346-2013 de la Corte Suprema, del 30 de septiembre de 2013, C. 24°.

¹²⁹ Agüero, *Op.Cit.* n. 11, p. 328.

¹³⁰ Sentencia Rol N° 346-2013 de la Corte Suprema, del 30 de septiembre de 2013, C. 21°.

clave que pueden ser de propiedad de la empresa fusionada, *limitando la conducta de la empresa fusionada*, sin alterar la estructura de propiedad de activos de ésta, “adoptan[do] la forma de obligaciones impuestas a la empresa fusionada”¹³¹. Respecto de este tipo de medidas conductuales, se considera que son difíciles de diseñar, imponen cargas, son costosas de administrar y más fáciles de eludir que las medidas estructurales (así, se puede infringir el “espíritu” de la medida sin infringir propiamente su “letra”), dado que pueden producir distorsiones a la competencia y que difícilmente pueden lidiar con los problemas de disminución significativa de la misma¹³².

La mayor parte de los remedios de conducta implican un costo de monitoreo por parte de los organismos de libre competencia una vez aprobada la operación de concentración, lo cual implica destinar los siempre escasos recursos económicos y de tiempo. Lo anterior motiva que los costos de supervisión de este tipo de solución sean mayores que los de una solución estructural, forzando a un seguimiento de la evolución del mercado. Adicionalmente, existe el riesgo de que la empresa fusionada evada estas medidas, así como la supervisión de las mismas. Por eso, puede ocurrir que este tipo de medidas sean difíciles de administrar y monitorear y, de este modo, puedan fracasar. De lo señalado se colige por qué las medidas de conducta no sean aquellas preferidas en el Derecho Comparado¹³³. No obstante, se aprecia un uso creciente de estas soluciones, junto a remedios estructurales, casi como una forma de mejorar las condiciones del mercado, incluso si esto implica ir más allá de la falla de mercado que pueda existir¹³⁴.

En el abanico de medidas de conducta se ha dispuesto la prohibición de participar en empresas que puedan competirle a la empresa fusionada¹³⁵, así como la obligación de consultar al TDLC antes de: (i) tener participaciones conjuntas con empresas dominantes; (ii) adquisición de futuras concesiones radiales adicionales a la consulta; (iii) renovación de futuras concesiones radiales de la consulta; (iv) solicitar y adquirir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, etc.¹³⁶. Las condiciones de comportamiento que se ha impuesto han incluido la imposición de precios máximos¹³⁷, estableciendo restricciones a los aumentos de precios por pla-

¹³¹ Cañizares y Domínguez, *Op.Cit.* n. 56, p. 182

¹³² Competition Commission, *Merger Remedies* CC8 (2008), §. 1.8, p. 6.

¹³³ Briones, Juan et al. *El control de concentraciones en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 279.

¹³⁴ Monti, *Op.Cit.* n. 74, p. 291.

¹³⁵ Resolución N° 1/2004, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 25 de octubre de 2004, condición 1ª.

¹³⁶ *Id.* Resolución N° 1/2004, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 25 de octubre de 2004, parte III; Resolución N° 20/2007, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 27 de julio de 2007, parte 9; Resolución N° 22/2007, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 19 de octubre de 2007, parte III.

¹³⁷ Esta medida perseguiría aminorar el riesgo de incremento de precios, que por sí solo permite denegar una aprobación que se consulte.

zos que van de dos a tres años¹³⁸, contados desde que se materialice la operación. Estos precios máximos incluyen, eso sí, posibles variaciones en los costos. Para el caso de productos homogéneos, se ha establecido también como remedio que los precios sean uniformes¹³⁹.

IV. MEDIDAS Y SANCIONES QUE PUEDEN ESTABLECERSE ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES

En la presente sección abordamos primero los elementos generales sobre la potestad punitiva del TDLC ante incumplimientos de medidas de mitigación, para posteriormente revisar los posibles remedios procesales a dicha infracción.

La operación consultada y consumada de conformidad con la aprobación del TDLC goza del fuero de seguridad jurídica reconocido en el DL 211¹⁴⁰. *Contrario sensu*, si el consultante infringe los términos de la autorización, será responsable de infringir el DL 211 tras la revisión de la jurisdicción competente, conforme a las reglas generales. Al reunirse los elementos que configuran una infracción, necesariamente se debe imputar al autor de dicho acto las consecuencias negativas o la responsabilidad que deriva de la misma¹⁴¹. Es por esto que, frente a un caso de incumplimiento de medidas de mitigación, corresponde aplicar ciertas sanciones o hacer efectivas ciertas consecuencias en razón de ello. Éstas se determinarán en virtud de la naturaleza de la infracción misma y de lo que implica en cuanto a sus efectos. En efecto, la FNE, u otro sujeto con legitimación activa, puede interponer un requerimiento fundado en la infracción a una autorización otorgada con ocasión de la potestad de absolver consultas de los interesados, según las reglas generales (*vid. HidroAysén I, HidroAysén II y John Malone*). Si ante el tribunal se establece que el titular infringió su autorización, ésta puede ser incluso caducada¹⁴². Asimismo, el TDLC ha señalado que el incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas

¹³⁸ Resolución N° 23/2008, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 4 de enero de 2008, parte III, condición N°1 y Resolución N° 1/2004, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 25 de octubre de 2004, parte III, condición N°1.

¹³⁹ Resolución N° 1/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 25 de octubre de 2004, parte III, condición N°4, y Resolución N° 23/2008, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 4 de enero de 2008, parte III, condición N°1.

¹⁴⁰ TDLC, Auto Acordado N° 5, 22 de julio de 2004, N° 3.

¹⁴¹ Cordero, Eduardo. *Derecho administrativo sancionador*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 30.

¹⁴² La caducidad es “la extinción unilateralmente dispuesta por la administración, con fundamento en el incumplimiento, por el particular, de condiciones fijadas en el acto”, en: Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge. *Derecho Administrativo Argentino*. México DF: Ed. Porrúa/UNAM, 2006, p. 397.

en una resolución acarrea la nulidad de los actos y contratos consultados¹⁴³, sin perjuicio de las demás sanciones que sean procedentes¹⁴⁴, así como el restablecimiento del orden¹⁴⁵.

a) La potestad sancionadora del TDL

i. Requisitos de aplicabilidad de la sanción administrativa

Desde una perspectiva propia del Derecho Administrativo, la sanción administrativa pertenece a la categoría de actos denominados de gravamen o limitativos (en contraposición a los de contenido favorable o ampliatorios de derechos). Los actos de gravamen restringen la esfera individual de derechos del ciudadano, imponiéndole obligaciones o cargas nuevas, o reduciendo, privando o extinguiendo algún derecho o facultad (por ejemplo, expropiación, orden, revocación de un acto favorable, sanción)¹⁴⁶. Entre los actos de gravamen, la característica de la sanción es que es una *reacción estatal a una conducta ilegal*. A este respecto, cabe notar que, en nuestro ordenamiento, los actos de gravamen están sujetos a mayores garantías y exigencias formales que aquellas que se aplican a los actos favorables. Como consecuencia de lo anterior, la sanción administrativa exige aplicar una serie de principios inspiradores del orden penal. En efecto, en primer lugar, la sanción administrativa debe cumplir con los requisitos de legalidad y de tipicidad¹⁴⁷. Así, el principio de legalidad está integrado por dos elementos materiales (infracción y sanción) y dos formales (competencia del órgano y procedimiento previo). Esto es, tanto la infracción como la sanción deben estar determinadas en una norma de rango legal, y la potestad de castigo sólo puede ser ejercida por aquellos órganos que la tengan atribuida expresamente por la ley, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador¹⁴⁸.

Respecto del principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que “exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal)”¹⁴⁹. El principio de tipicidad proscrib

¹⁴³ *vid.* Resolución N° 20/2007, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 27 de julio de 2007, Resuelto Primero N° 5; y Sentencia N° 86/2009, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 30 de julio de 2009, C. 5°; Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 77°.

¹⁴⁴ Resolución N° 20/2007, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 27 de julio de 2007, Resuelto Primero N° 5.

¹⁴⁵ Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 93°.

¹⁴⁶ *Id.* Santamaría, *Op.Cit.* n. 14.

¹⁴⁷ *Id.* Tribunal Constitucional, Sentencia 244, C. 10° y Tribunal Constitucional, Sentencia 480, C. 5° y 8°.

¹⁴⁸ *Id.* Bermúdez, Jorge. “Elementos para definir las sanciones administrativas”, en 26 *Revista Chilena de Derecho* 330 (1998).

¹⁴⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia 479, C. 25° y Sentencia 244, C. 10°.

las sanciones administrativas en blanco¹⁵⁰. A este respecto, esta exigencia se aborda en materia de Derecho de la Competencia, entre otros, por la vía de la seguridad jurídica que se obtiene mediante el ejercicio de la potestad consultiva. En segundo lugar, nuestra jurisprudencia también ha afirmado la aplicación del principio de culpabilidad en materia sancionadora -aunque ha sido una materia controvertida-. Ahora bien, como se suele señalar, estos principios se aplican al procedimiento administrativo sancionador *matizados*¹⁵¹ o *atenuados*¹⁵². Esto se debe a la especial relevancia de los intereses y programas públicos tutelados por la Administración y a la menor intensidad de afectación de los derechos de las personas en el ámbito administrativo que en el ámbito penal, siendo la intervención administrativa de menor gravedad que la penal y estando legitimada en intereses constitucionales (*verbigracia*, libertad de empresa)¹⁵³. Estos intereses constitucionales dicen relación con el bienestar general de la comunidad y el ordenado funcionamiento de la economía (artículo 1 inc. 4 y artículo 19 N° 21 de la Constitución). En el Derecho Comparado se admite la matización de la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho de la Competencia, cuyos principios son extrapolables, “pero no con la misma intensidad”¹⁵⁴, como se ha resuelto en el derecho europeo¹⁵⁵.

ii. *Tipos de sanciones administrativas y su naturaleza*

Hay múltiples tipos de sanciones administrativas, las cuales se aplican a supuestos específicos según el tipo de infracción y la naturaleza de la norma infringida. Algunas de ellas son la amonestación, la multa, la suspensión de un derecho, la privación del mismo, la revocación-sanción y la revocación-no sanción¹⁵⁶. De forma paralela existen también las sanciones generales de derecho, tales como la nulidad o inexistencia del acto. Baño León señala que las sanciones son clasificables según la descripción del tipo como (a) *Sanciones* por la realización de una conducta prohibida por ley, y (b) *Sanciones* por el incumplimiento de una orden u obligación impuesta por la Administración¹⁵⁷. Las primeras se definen por remisión interna a otra norma de la misma ley, y las segundas tienen en común constituir desobediencia a órdenes dictadas por la Administración. Estas últimas, a su vez, pueden revestir dos modali-

¹⁵⁰ Vid. Tribunal Constitucional, Sentencia 799, C. 9°.

¹⁵¹ Tribunal Constitucional, Sentencia 480, C. 5° y Sentencia 1413, C. 30°.

¹⁵² CGR, Dictamen N° 28.226/2007. El Tribunal ha resumido su propia doctrina en la sentencia 1413, C. 30°.

¹⁵³ Huergo Lora, Alejandro. *Sanciones administrativas*. Madrid: Iustel 2009, *passim*.

¹⁵⁴ Vid. Ortiz B., Luis y Lamadrid, Alfonso “El procedimiento sancionador y sus garantías” en *Los acuerdos horizontales entre empresas* editado por Martínez, Santiago y Petitbò, Amadeo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 284.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, T-99/04 AC-Treuhand AG c. Comisión, 8 de julio de 2008, § 113.

¹⁵⁶ Bermúdez, *Op.Cit.* n. 14, p. 192.

¹⁵⁷ Baño León, *Op.Cit.* n. 33, p. 237.

dades: incumplimiento de órdenes dadas por la agencia de competencia, e incumplimiento de las obligaciones impuestas con ocasión de una exención¹⁵⁸.

Antes de entrar a analizar qué sanciones pueden ser aplicadas a un caso en particular y en qué clasificación se encuadran, es necesario identificar la naturaleza de cada una de ellas, para así poder determinar si son verdaderamente sanciones o no. Esto constituye un punto de suma importancia, puesto que, de no configurarse ciertas medidas como sanciones, no se hacen aplicables a ella los requisitos del Derecho Administrativo Sancionador antes revisados (v.g., la revocación no-sanción, por cambio de circunstancias). Como las sanciones son actos de gravamen que imponen obligaciones o cargas nuevas, las multas, amonestaciones o la privación de algún derecho constituyen sanciones, porque reducen la esfera de derechos del particular. Respecto de las prohibiciones y las órdenes impartidas desde la Administración a los particulares, como son las de restablecimiento del orden por parte del TDLC para que cesen los efectos anticompetitivos, se señala que no son sanciones, “sino simple actualización de una prohibición legal mediante una declaración administrativa”¹⁵⁹. En nuestra jurisprudencia, la decisión en *John Malone* permite apreciar la coexistencia de sanciones multas y de medidas que restablecen el derecho¹⁶⁰.

b) Consecuencias desfavorables y sanciones aplicables

Como concluimos previamente, la infracción de las medidas de mitigación constituye una infracción a una norma particular dictada en la forma de una resolución judicial (autorización condicional) y, a su vez, una infracción al artículo 3 del DL 211. A este respecto, es relevante señalar que, existiendo infracción, sí hay consecuencias -probablemente desfavorables- y sanciones. En primer lugar, porque la imposibilidad de sancionar haría irrelevante la imposición de condiciones con carácter vinculante para las partes; y, en segundo lugar, porque la falta de observancia de una condición esencial a un acto administrativo particular conlleva efectos jurídicos a su respecto. De lo contrario, no constituiría una verdadera condición¹⁶¹.

Como es sabido, el DL 211 no se limita solamente a la represión de las conductas restrictivas de la competencia. En efecto, la legislación ha considerado que, junto con las sanciones contempladas, se pueda prohibir, *corregir* o reprimir los atentados anticompetitivos en la forma prevista en el DL 211 (Art. 1, inc. 2°, DL 211). Así, la adopción de medidas adicionales a las punitivas es parte del catálogo

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Id.*, p. 243. y Dromi, Roberto. *Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*. Buenos Aires. Ciudad Argentina, 1999, p. 142.

¹⁶⁰ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 93°.

¹⁶¹ Adicionalmente, el DL 211 otorga a la FNE la facultad de velar por el cumplimiento de las resoluciones dictadas por el TDLC y requerir en caso de que advierta una infracción, lo cual no tendría sentido de no existir la posibilidad efectiva de imponer sanciones, *vid.* Art. 39, d), DL 211.

de instrumentos de política pública que dispone el TDLC para disuadir las prácticas contrarias a la competencia. De este modo, el artículo 3 del DL 211 prescribe que, junto a las sanciones del artículo 26, el TDLC puede disponer de medidas preventivas, correctivas o prohibitivas (“medidas no-condiciones”). Estas *medidas* pueden ser de diversa índole, tales como la orden de cesación de las prácticas prohibidas, la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas y la imposición de obligaciones determinadas. Estas medidas establecidas en un procedimiento contencioso no equivalen a las condiciones o “medidas de mitigación” impuestas luego de verificarse un procedimiento no contencioso¹⁶². Desde ya, unas tienen efecto incluso respecto de terceros, mientras que las segundas sólo entre las partes del proceso jurisdiccional. Por otra parte, las primeras prescriben por norma expresa del DL 211, mientras que las condiciones establecidas en un procedimiento no contencioso, no. De este modo, las *medidas* sólo pueden imponerse como complemento de las sanciones del artículo 26 en un procedimiento contencioso, prescribiendo éstas en dos años. Las *condiciones*, por su parte, sólo pueden imponerse a través de un procedimiento no contencioso y modificarse a través del mismo, sin tener un plazo de prescripción determinado. Se diferencian, además, porque las condiciones tienen como finalidad hacer de la conducta una lícita y, por ende, autorizarla, sin ir acompañadas de una sanción por infracción al DL 211. En el procedimiento de consulta se toman precauciones ante riesgos respecto del hecho que aún no se han materializado (salvo en los casos de consultas *ex post facto*, como en el caso de la fusión *SMU/SDS*), en contraposición a lo que pasa en un procedimiento infraccional, donde, constatada la infracción, se toman estas medidas para tratar de aminorar las repercusiones en el mercado. Así, sólo pueden emanar de un procedimiento no contencioso. En la misma línea ha razonado el TDLC, haciendo ver, además, los incentivos adversos que se generarían de no estimarse así¹⁶³.

c) Sanción y efectos de la infracción a la autorización

Las consecuencias que surgen por existir incumplimiento de las medidas de mitigación pueden ser diversas. Al respecto, cabe analizar si cada una de ellas es precisamente una sanción o no, para luego verificar que se cumplan todos los requisitos del ejercicio del *ius puniendi* estatal en caso de serlo. A continuación, examinaremos algunas sanciones (o consecuencias desfavorables) que han sido reconocidas por el TDLC como posibles de imponer frente a un incumplimiento. La jurisprudencia ha distinguido la potestad consultiva de la potestad sancionadora. En concreto, ante un incumplimiento de medidas impuestas al absolver favorable y condicionadamente una consulta, hay un efecto respecto de la validez del negocio que se consultó. Por

¹⁶² Para ser precisos con el uso de los términos, nos referiremos a las mencionadas en el artículo 3 como “medidas” y a las medidas de mitigación resultantes de un procedimiento no contencioso como “condiciones”.

¹⁶³ Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 80°.

otra parte, hay una eventual represión de conductas anticompetitivas:

(...) que las medidas o condiciones impuestas por el tribunal, a las que deben sujetarse determinados hechos, actos o convenciones, están establecidas precisamente para evitar que los mismos sean antijurídicos desde el punto de vista de las normas protectoras de la libre competencia, por lo que su incumplimiento no sólo podría afectar su validez, sino que, además, derechamente puede convertir tales actos o convenciones en conductas contrarias a la libre competencia¹⁶⁴.

Cosa distinta de la imposición de medidas -o modificación de las mismas- es que se establezca una sanción por infringir una condición establecida previamente en una resolución (*HidroAysén I* y *John Malone*) o que se interponga una demanda o requerimiento coetáneamente con la tramitación de una consulta. Ambas situaciones están contempladas en el artículo 26 del DL 211, como se expresa en las resoluciones pertinentes a las operaciones de concentración *D&S/Falabella*¹⁶⁵ y *SMU/SDS*¹⁶⁶.

i. Desinversión de activos

La posibilidad de imponer la desinversión de activos como resultado del incumplimiento de una resolución ha sido reconocida por el TDLC. Lo anterior, como una reacción proporcional a la infracción cometida respecto de las condiciones establecidas en la resolución original¹⁶⁷. Esta medida puede ser calificada como una orden de cesación de prácticas prohibidas, en cuanto consecuencia lógica de la declaración de prohibición previa, siendo así una medida típica de policía que delimita el campo de lo lícito y se encuadra dentro de la orden administrativa¹⁶⁸ y, por ende, no sanción. Ella no es una reacción lógica frente a una conducta ilegal, con el fin de reprimir el comportamiento del agente, sino una orden de cese de conducta que, durante el procedimiento no contencioso previo, fue catalogada como ilícita, de no cumplirse las condiciones. Lo anterior implica que se trata solamente de una consecuencia desfavorable de la conducta propia del agente y, por ende, no es necesario cumplir con los requisitos de imposición de sanciones administrativas. En efecto, no se trata del ejercicio de *ius puniendi* estatal, siendo quizás lo más relevante que no se exige culpabilidad en el actuar del agente.

¹⁶⁴ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 77°. En similares términos, Sentencia N° 109/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 27 de enero de 2011, C. 5°.

¹⁶⁵ Resolución N° 24/2008, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 31 de enero de 2008, §8.

¹⁶⁶ Resolución N° 43/2012, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 12 de diciembre de 2012, § 7.9.

¹⁶⁷ Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del 29 de diciembre de 2011, C. 94°.

¹⁶⁸ Baño León, *Op.Cit.* n. 33, p. 242.

ii. *Extinción de la autorización*

Se plantea el problema de si la autorización puede extinguirse por el acaecimiento de un hecho (como un plazo o una condición), y no sólo por el cambio de circunstancias. Esta situación fue prevista expresamente en la discusión legislativa de la Ley N° 19.911 como causal para revocar la autorización otorgada tras emitirse una resolución respecto de una consulta favorable en un proceso de fusión¹⁶⁹.

Una de las consecuencias posibles ante la infracción de una condición es la revocación o extinción de la misma, entendiendo esto como “la extinción unilateralmente dispuesta por la administración, con fundamento en el incumplimiento, por el particular, de condiciones fijadas en el acto”¹⁷⁰. Respecto de la naturaleza de la revocación o caducidad del acto, ésta no tiene carácter sancionatorio, sino que corresponde a una consecuencia desfavorable. La revocación no cumple función represiva alguna. Lo único que hace es declarar que no se dan las condiciones que la ley prevé para obtener la autorización o exención¹⁷¹.

En el derecho comparado se ha reconocido esta posibilidad, señalando que las empresas están obligadas a respetar dichas condiciones y obligaciones, so pena de que sus acuerdos no lleguen a estar exentos o dejen de estarlo¹⁷². Sobre la revocación no hay acuerdo en cuanto a su naturaleza¹⁷³. En este sentido, las medidas de mitigación son condición esencial para la licitud de los actos o contratos que se pretenden realizar, puesto que, sin ellos, estos tienden a producir efectos anticompetitivos, siendo sancionables bajo el artículo 3 del DL 211. Así, en el Derecho Administrativo pueden imponerse consecuencias desfavorables sin existir sanción¹⁷⁴. En definitiva, al igual que en el caso anterior, al no ser la revocación una sanción, no se requiere cumplir con los requisitos de aplicabilidad de las sanciones administrativas, ni tampoco se requiere de culpabilidad.

iii. *Multa coercitiva*

La multa se identifica como una medida estrictamente sancionadora, pues es un acto de gravamen que restringe la esfera de derechos de los particulares a los que se les impone, obligándolos a efectuar una prestación determinada y constituyéndose como una verdadera reacción de la autoridad frente a una conducta ilegal, con ca-

¹⁶⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 19.911 crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, (Santiago, 2003), p. 180.

¹⁷⁰ Comadira y Escola, *Op.Cit.* n. 142, p. 397.

¹⁷¹ Baño León, *Op.Cit.* n. 33, p. 246.

¹⁷² Castilla, Ramón. “Los procedimientos administrativos de autorización de actividades en virtud de los artículos 85 y 86 del tratado CE” en *Derecho de la competencia Europeo y Español. La Unión Europea, Curso de iniciación* 3, editores Ortiz Blanco, Luis y Cohen, Simón. Madrid: Dykinson, 1999, p. 121.

¹⁷³ Baño León, *Op.Cit.* n. 33, pp. 245-246.

¹⁷⁴ *Id.*, p. 244.

rácter puramente represivo¹⁷⁵. La norma que contempla el cumplimiento obligatorio de una medida de mitigación y, por ende, su incumplimiento como infracción, es el artículo 18 N° 2 del DL 211 (*podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*). Como dicho artículo establece, la norma debe ser complementada con la resolución que el mismo tribunal dictará para el caso concreto, por lo que se especifica a través de la resolución del TDLC. El artículo 26 del DL 211, por su parte, contempla la posibilidad de imponer ciertas *medidas* en una sentencia definitiva, incluyendo multas (Art. 26, c), DL 211). Esto, debido a que el procedimiento infraccional por incumplimiento de condiciones impuestas es contencioso y termina con una sentencia que aplica el citado artículo.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos examinado las condiciones establecidas en operaciones de concentración, así como las medidas y sanciones que pueden disponerse ante su infracción. Así, las condiciones se establecen al ejercer una potestad administrativa de naturaleza preventiva, sin naturaleza sancionadora y que otorga una autorización operativa, donde las condiciones establecidas forman parte integrante del acto autorizatorio, siendo imperativas y vinculantes. De este modo, los sujetos autorizados deben dar cumplimiento estricto a las condiciones, no siendo relevante la insignificancia de la infracción o la falta de intencionalidad ante un incumplimiento. Las obligaciones que establezcan las medidas de mitigación deben interpretarse como un acto administrativo, literalmente, con un sentido lógico y finalista de su motivación (*restablecer las condiciones de competencia*). Y ante el incumplimiento de medidas de mitigación, el TDLC puede aplicar sanciones o hacer efectivas ciertas consecuencias jurídicas en razón de lo anterior, no sancionatorias y que no exigen culpabilidad. De esta forma, el TDLC puede disponer la desinversión de activos, revocar o caducar la autorización, imponer multas y restablecer el derecho violentado por el incumplimiento.

¹⁷⁵ Por lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico no obliga a analizar si en los hechos del caso, se cumplen o no todos los supuestos básicos para el ejercicio de la potestad sancionadora.

CONDICIONES IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MARCO DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EN EL DERECHO CHILENO*

Santiago Montt Oyarzún**

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema voluntario de control de fusiones y/u operaciones de concentración (fusiones o FYODC, indistintamente) vivió un intenso año durante el 2011. La entrada forzada de LAN y TAM por CONADECUS al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en enero de 2011 puso en el centro del debate público el sistema de control contemplado -más bien por defecto que por diseño- en la Ley Chilena de la Competencia, el Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211).

Ahora bien, otro aspecto crucial de dicho sistema de control, que dice relación con el régimen aplicable a las condiciones o mitigaciones que impone el TDLC como requisito a la consumación de una fusión, fue objeto de intenso debate en otro caso menos famoso, pero no menos relevante: *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone*¹.

Este artículo corresponde a la adaptación de un Informe en Derecho elaborado por el suscrito en el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por encargo de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), en el contexto de la referida causa. En la misma, la FNE solicitó se sancione al Sr. Malone por infringir la Condición N° 1 impuesta en la Resolución N° 01/2004 de 25 de octubre de 2004, que autorizó la fusión entre VTR S.A. y Metrópolis Intercom S.A., cuyo tenor es el siguiente: “El grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas... en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile”. De acuerdo a la FNE, el Sr. Malone, como controlador final de VTR (post fusión), habría infringido dicha condición, al tomar indirectamente control de DirecTV Chile Ltda., empresa operadora de televisión satelital en Chile.

De conformidad a lo señalado, se analizan aquí diversos aspectos relativos al incumplimiento de una condición o medida de mitigación impuesta por el TDLC en una resolución que aprueba una FYODC. Concretamente, este trabajo estudia, en primer término, la naturaleza jurídica de las condiciones o medidas de mitigación

* Artículo publicado originalmente en el Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales del año 2012 (pp.453-491).

** Académico del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile. LLM, JSD por Yale University, MPP por Princeton University. Agradezco el apoyo de los miembros de RegCom que colaboraron en la realización de este informe.

¹ TDLC, Sentencia N° 117/2011, 29 de diciembre de 2011, Rol C 156-08.

impuestas por el TDLC en una resolución que aprueba una FYODC y los efectos de su incumplimiento. La tesis que se sustenta es que las condiciones o medidas de mitigación constituyen materialmente (no formalmente) actos administrativos de gravamen o limitación de derechos impuestos por el TDLC. No se trata de sanciones, sino de intervenciones regulatorias establecidas en procedimientos no contenciosos por parte de un tribunal.

Enseguida, en la segunda sección, este artículo se refiere a la legitimación activa y pasiva para reclamar ante el TDLC por incumplimiento de las condiciones impuestas en procesos de consulta de FYODC. Se sostiene aquí que la legitimidad activa para reclamar ante el TDLC por incumplimiento de las condiciones impuestas en procesos de consulta de FYODC corresponde a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y a todo tercero que haya sufrido un daño anticompetitivo. La legitimación pasiva depende del alcance de las condiciones definidas por el TDLC, las que, en todo caso, pueden afectar al solicitante y a su grupo empresarial.

En la tercera parte, se afirma que las condiciones impuestas por el TDLC en procesos de consulta de FYODC son imprescriptibles. Esto, porque dichas condiciones, al igual que las obligaciones impuestas en instrumentos regulatorios generales o especiales dictados por la Administración del Estado, son en sí mismas imprescriptibles (sin perjuicio de que puedan ser dejadas sin efecto por el mismo TDLC).

La cuarta sección analiza el fallo dictado por el TDLC en el caso *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone* el 29 de diciembre de 2011 -fallo posterior al Informe en Derecho elaborado al efecto-, explicando cómo se acogió la correcta doctrina en cada uno de los puntos antes analizados.

Finalmente, las conclusiones destacan un punto central que opera como hilo conductor de este trabajo, recogido en el fallo del TDLC: el carácter regulatorio y no sancionatorio de las condiciones. Quienes quieren ver sanciones en las condiciones se olvidan que frente a las libertades de las empresas afectadas por las condiciones existen dos valores fundamentales, la eficiencia económica y la protección de los consumidores, los que reclaman una actuación regulatoria *a priori*, de naturaleza administrativa, de parte de los órganos encargados de velar por la competencia.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONDICIONES O MEDIDAS DE MITIGACIÓN IMPUESTAS POR EL TDLC EN UNA RESOLUCIÓN QUE APRUEBA UNA FYODC Y EFECTOS DE SU INCUMPLIMIENTO

a) Las condiciones o medidas de mitigación en el Derecho de la Competencia en general

El Derecho Comparado ha desarrollado latamente el tópico de las condiciones o medidas de mitigación, también conocidas como “compromisos”, “soluciones” o “remedios”. Tales medidas son aplicadas por los órganos de la competencia en res-

puesta a las FYODC que presentan riesgos a la libre competencia, pero que, en definitiva, se estima deben ser autorizadas.

En principio, cuando una FYODC sometida a control, sea voluntario u obligatorio, produce riesgos a la competencia que no obstante resultan compensados por las eficiencias que se esperan de la operación, la misma debe ser aprobada por los órganos de la competencia². Esto siempre que tales eficiencias cumplan los requisitos de ser *específicas* a la FYODC, *verificables*, *no-anticompetitivas* y *traspasables a los consumidores* (al menos parcialmente³).

A nivel comparado, frente a una FYODC que presenta riesgos a la competencia, las respuestas institucionales de los órganos de defensa de la competencia no se reducen a la alternativa binaria de aprobación *pura y simple* o *prohibición* de la operación. Como afirma Agüero, en general el Derecho de la Competencia reconoce:

...Una amplia gama de remedios, o condiciones, que pueden establecerse para aplacar los riesgos que surjan de la operación. Dichos remedios condicionan la operación consultada, modificándola para hacerla compatible con la libre competencia⁴.

En términos generales, el propósito de las condiciones o medidas es proteger la eficiencia e intereses de los consumidores post-FYODC, preservando los niveles de competencia pre-FYODC⁵. En Europa se afirma que las medidas de mitigación tienen por objetivo fundamental “garantizar estructuras de mercado competitivas”⁶, mientras que el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en sus directrices sobre la materia precisa que “el propósito de un remedio no es aumentar la competencia

² Ver Enrique Cañizares y Daniel Domínguez “Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste-beneficio”, en Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan (dir.). *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia* (Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, Madrid 2008), p. 181.

³ En Estados Unidos, ver ABA Section of Antitrust Law, *Mergers and Acquisitions* (3a ed., ABA, Chicago 2008), p. 259:

[M]erging firms that seek to defend their mergers based on efficiencies must provide evidence that efficiencies, at least in part, will be passed on to consumers.

⁴ Francisco Agüero, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: un análisis aplicado al sector retail”, en Paulo Montt y Nicole Nehme (eds.), *Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico* (Legal Publishing, Santiago 2010), p. 314.

⁵ Como explica en Estados Unidos el Federal Trade Commission, Frequently Asked Questions About Merger Consent Order Provisions, disponible en <http://www.ftc.gov/bc/mergerfaq.shtml> (última visita, 24 de febrero de 2011), “Every order in a merger case has the same goal: to preserve fully the existing competition in the relevant market or markets”.

⁶ Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maíllo González-Orús, Pablo Ibáñez Colomo, Alfonso Lamadrid de Pablo, *Manual de Derecho de la Competencia* (Tecnos, Madrid 2008), p. 331. Parker y Balto añaden que, tras una fusión, los consumidores debieran beneficiarse del mismo nivel de competencia después de ella que antes de la misma. Richard G. Parker y David A. Balto “The Evolving Approach to Merger Remedies”, *Antitrust Report*, N° 2, 2000.

pre-FYODC, sino restablecerla”⁷.

Los remedios o medidas de mitigación se dividen en dos grandes categorías: medidas *estructurales* y medidas de *conducta o comportamiento*. Mientras los remedios estructurales implican una *redistribución* de derechos de propiedad, que pueden incluir alguna desinversión o cesión de negocios, los remedios de conducta *restringen* los derechos de propiedad y la libertad económica de las empresas fusionadas, estableciendo obligaciones exigibles a las partes que se fusionan⁸. De este modo, mientras los remedios estructurales implican una redistribución de bienes, los remedios de conducta implican una limitación y restricción al actuar de las empresas.

Las medidas de conducta, como señalan Cañizares y Domínguez, limitan el comportamiento “de la empresa fusionada, sin alterar la estructura de propiedad de los activos de la industria... adoptan[do] la forma de obligaciones impuestas a la empresa fusionada”⁹. Ahora bien, dada la complejidad en el diseño, costos de monitoreo, administración y cumplimiento y facilidades de elusión de las medidas de conducta¹⁰, el Derecho de la Competencia prefiere siempre, dentro de lo posible, las medidas estructurales¹¹. Como explica Agüero:

Este tipo de medidas [de conducta]... son adecuadas cuando la prohibición total de la fusión sacrificaría eficiencias importantes y una medida estructural eliminaría tales eficiencias, o bien, cuando ella no es factible¹².

Como consecuencia de la complejidad antes indicada, los órganos de defensa de la competencia deben siempre tener presente las tres dimensiones de diseño, monitoreo y cumplimiento (*enforcement*) de las condiciones en tanto instrumentos regulatorios. Como bien afirman Cases y Menor:

[E]s consustancial a la potestad pública de imposición de una condición a una concentración empresarial que se disponga de mecanismos jurídicos suficientes y eficientes para asegurar su cumplimiento. El control administrativo de una operación de concentración no concluye en estos casos con la autorización misma, sino que se alarga necesariamente al

⁷ Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies* (2004), p. 4 (“[T]he purpose of a remedy is not to enhance premerger competition but to restore it”). A su vez, el Competition Bureau canadiense agrega los remedios deben buscar restablecer la rivalidad perdida por efectos de la fusión, más que enfocar su atención en índices de concentración previos a ella. Competition Bureau, *Information Bulletin on Merger Remedies in Canada*, (Canadá, 2006), § 2, p. 3.

⁸ Ver Agüero, n. 4, p. 314

⁹ Cañizares y Domínguez, n. 2, p. 182

¹⁰ Department of Justice, n. 7, p. 8

¹¹ Ver Georgi Monti, *EC Competition Law* (Cambridge University Press, New York 2007), p. 283:

Structural remedies are preferred because they are an immediate solution to the anticompetitive risk: they remove any threat posed by dominance by creating a new competitor or strengthening an existing firm. No long-term monitoring by the Commission is required.

¹² Agüero, n. 4, p. 323, citando al Department of Justice, n. 7, p. 17-18 y la Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, (CC 8, Londres, 2008), § 2.6, p. 13 y § 2.16, p. 15.

período necesario para la ejecución de los compromisos¹³.

Por su parte, mientras las condiciones estructurales consisten habitualmente en la venta o cesión de activos, las posibles condiciones de conductas pueden ser amplias y variadas, siendo casi siempre “hechas a la medida” de los riesgos de la operación que se aprueba¹⁴. Igualmente, así como las condiciones estructurales son generalmente de cumplimiento inmediato o casi inmediato, las medidas de conducta suelen establecerse por plazos de tres a cinco años, sin perjuicio de que la duración pueda también ser indefinida¹⁵ (al menos hasta que el tribunal no decida dejarla sin efecto dado un cambio de circunstancias¹⁶).

Es importante destacar que las medidas de conducta pueden establecer obligaciones exigibles tanto a las partes del acuerdo como a terceros miembros del mismo grupo empresarial o relacionados con las partes, o incluso a terceros *futuros* ajenos a la transacción. La naturaleza regulatoria y no sancionatoria de las condiciones permite que los órganos de la competencia puedan imponer obligaciones en forma flexible y amplia mediante actos (materialmente) administrativos de gravamen o limitación de derechos. Más abajo volveremos sobre estas afirmaciones.

¹³ Luis Cases y Javier Menor, “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración a posteriori de la efectividad de los remedios” en *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbò Juan (Dir.) (Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, Madrid 2008), p. 327.

¹⁴ Así, Agüero lista diversas medidas de conducta, tales como obligación de la empresa que se fusiona de cooperar con sus competidores, obligar a la empresa fusionada a entregar licencias de su tecnología a un rival, dar acceso abierto a una instalación esencial de la empresa fusionada, exigirse el término total o parcial de contratos de largo plazo respecto de activos esenciales, prohibiciones de revelar información sensible de los competidores entre distintas empresas del grupo de la empresa fusionada, murallas chinas que buscan impedir la divulgación de información dentro de la empresa, deberes de trato equitativo y no discriminatorio, deberes de transparencia, cláusulas de no competir, contratos de suministro de largo plazo, restricciones en la contratación de personal escaso y controles respecto de los resultados del proceso empresarial (calidad de producto o servicio, precios máximos, etc.). Ver Agüero, n. 4, pp. 321-322.

¹⁵ Los siguientes ejemplos europeos demuestran duraciones de largo tiempo establecidas por la propia Comisión: (1) Vodafone Airtouch/Mannesmann, Caso N° Comp/M. 1795, 12 de abril de 2000, 3 años; (2) Vivendi/Canal+/Seagram, Caso N° Comp/M. 2050, 13 de octubre de 2000, 5 años; (3) Astra/Zeneca, Caso N° Comp/M. 1403, 26 de febrero de 1999, 10 años. Ver Massimo Motta et al, “Merger Remedies in the European Union: An Overview”, 52 *Antitrust Bulletin* 603 (2007).

¹⁶ Así ocurre, por ejemplo, en el Reino Unido. De acuerdo a la Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines* (Noviembre 2008), pp.26-27, ¶ 4.7, disponible en http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/rules_and_guide/pdf/cc8.pdf (última visita, 24 de febrero de 2011):

As behavioural remedies are designed to have ongoing effects on business conduct throughout the period they are in force, the duration of these measures is a material consideration. The CC [Competition Commission] may specify a limited duration if measures are designed to have a transitional effect. Where measures need to apply as long as an SLC [substantial lessening of competition] persists and as this period can rarely be predicted during the course of an inquiry, *the CC will generally rely on the merged parties applying for variation or cancellation of the measures on the basis of a significant change of circumstances or possibly recommend that the OFT [Office of Fair Trading] reviews the need for the measures after a given period*. However, the CC may, in addition, specify a long-stop date in a ‘sunset clause’ beyond which the measures will definitely not apply. The period used for the long-stop date will depend on the circumstances of the case. (énfasis agregado).

b) Naturaleza de las condiciones

Las medidas de conducta importan una forma de regulación de naturaleza administrativa y no jurisdiccional de la actividad económica desarrollada por las empresas partes en una FYODC. En Europa, Monti indica que las medidas de mitigación son, en definitiva, una *forma de regulación de mercados*:

Cuando se analizan los remedios de una fusión, el trabajo de la Comisión *es de naturaleza diferente* a cuando aplica el Derecho Europeo de la Competencia en escenarios más tradicionales, como la lucha contra los carteles. El poder de imponer condiciones permite a la Comisión *regular el mercado de una manera minuciosa*, proceso que se obtiene a través de la negociación con las partes de la fusión. Las partes aceptan que la fusión pueda proceder sujeto a las condiciones exigidas por la Comisión o simplemente echan pie atrás con la fusión¹⁷. (énfasis agregado).

La naturaleza administrativo-regulatoria -y *no sancionatoria*- de las condiciones o medidas debe entenderse en el contexto de economía-política de la regulación. En el Estado regulador, la existencia, contenido y límites del Derecho de Propiedad dependen del ejercicio de los poderes públicos del Congreso y de las agencias administrativas¹⁸. El valor de los bienes depende, entre otras, de las normas legales presentes y futuras. Con ello, como explica Kaplow, el proceso de reforma regulatoria siempre afecta los intereses de los actuales propietarios:

[U]na porción sustancial de todas las leyes, regulaciones y decisiones de los tribunales -incluso aquellas que son nominalmente prospectivos- alteran el valor de inversiones anteriores, simplemente porque el valor futuro de dichas inversiones depende de la normativa vigente y futura¹⁹.

[C]asi cualquier cambio en las regulaciones o en las condiciones de mercado que no son anticipadas totalmente afectarán el valor de las firmas, bienes u otras inversiones que son el objeto directo de la regulación, como asimismo el de muchos otros -como aquellos que compiten con las inversiones objeto de las normas-²⁰.

Para ser más precisos, el proceso de reforma regulatoria siempre genera uno o más perdedores, incluso tratándose de reformas de naturaleza eficiente. Como explica Dahl, “podemos considerar como algo axiomático que virtualmente todas las decisiones tomadas por cualquier gobierno, incluyendo los democráticos, son

¹⁷ Monti, n. 11, p. 290.

¹⁸ Ver D.J. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion* (OUP, New York 1986), pp. 183 et seq.

¹⁹ Louis Kaplow, “An Economic Analysis of Legal Transitions”, 99 *Harvard Law Review* 509, 515 (1986). Ver también, Michael Graetz, “Legal Transitions: The Case of Retroactivity in Income Tax Revision”, 47 *University of Pennsylvania Law Review* 47 (1977).

²⁰ Kaplow, n. 19, 517.

desventajosas para algunas personas. Si producen ganancias, también producen costos”²¹. Igualmente, desde una perspectiva económica, Joskow y Noll señalan que “con cualquier cambio relevante en la regulación gubernamental con impactos importantes en el precio, estructura de mercado, costo y calidad de productos, algunos grupos ganarán mientras otros perderán”²². Lo importante a destacar es que las “pérdidas son ubicuas: cualquier cambio legal restringe el conjunto de oportunidades de alguien, es decir, engendra pérdidas”²³.

Las condiciones o medidas de mitigación impuestas en procesos de revisión de FYODC, dada su naturaleza de actos administrativos regulatorios, deben analizarse y clasificarse desde una perspectiva de Derecho Administrativo. Dicho derecho distingue tradicionalmente entre actos favorables y actos de gravamen de la administración. Como explican García de Enterría y Fernández:

Los actos administrativos pueden también, en vez de ampliar o beneficiar la esfera jurídica de sus destinatarios privados, restringirla, afectar a la misma en sentido negativo, producir sobre ellos obligaciones, deberes, cargas, antes inexistentes, o bien restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas²⁴.

El aspecto crucial que debe destacarse a partir de esta clasificación es que no todos los actos de gravamen son actos sancionatorios. Hay entre ambas categorías una relación de género -actos de gravamen- y especie -actos sancionatorios-. Existe así un sinnúmero de actos de gravamen que no son sancionatorios, es decir, que no imponen “un mal... a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”²⁵. Sin pretensión de ser exhaustivos, García de Enterría y Fernández enumeran los siguientes casos:

[S]acrificios de situaciones de mero interés, limitaciones de derechos, delimitaciones administrativas del contenido normal de los derechos, potestades ablatorias (reales, y entre ellas notablemente las expropiaciones), prestaciones forzosas (personales y reales, y entre estas señaladamente las tributarias), [y] la imposición de deberes²⁶.

²¹ Dahl, R. A., “Can International Organizations Be Democratic? A Skeptic’s View” en Ian Shapiro & Casiano Hacker-Cordón (eds), *Democracy’s Edges* (CUP, New York 1999), pp. 19- 25.

²² Paul L. Joskow & Roger C. Noll, “Regulation in Theory and Practice: An Overview”, en Gary Fromm (ed), *Studies in Public Regulation* (MIT Press, Cambridge 1981), pp. 1-8. Como lo señala Mashaw, J. L., *Greed, Chaos, and Governance. Using Public Choice to Improve Public Law* (Yale University Press, New Haven 1997), p. 34, “[s]tatutes always shift rights or expectations”.

²³ S.G. Medema, “Making Choices and Making Law: An Institutional Perspective on the Taking Issue” en Nicholas Mercuro (ed), *Taking Property and Just Compensation: Law and Economics Perspectives of The Takings Issue* (Kluwer Academic, Boston 1992), pp. 45-46.

²⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (10a ed., Thomson Civitas, Madrid 2006), p. 104.

²⁵ Id., p. 165.

²⁶ Id., p. 106.

Cabe concluir entonces que los actos que imponen condiciones en procesos de revisión de FYODC son actos que limitan los derechos y libertades de las empresas sin tener naturaleza sancionatoria. Cuando una agencia o tribunal revisa un proyecto de FYODC no hay aún ningún hecho, acto o convención ilegal consumado que pueda merecer sanción. Por el contrario, el proceso en cuestión busca precisamente determinar las exigencias que garantizan que la fusión y/u operación de concentración no sea anticompetitiva ni ilegal ante el Derecho de la Competencia.

c) Las condiciones en el DL 211

Las condiciones, en tanto limitaciones de derechos y libertades impuestos a empresas en procedimientos no contenciosos de carácter administrativo, se encuentran expresamente contempladas en el DL 211. El artículo 18 N° 2 del DL 211 establece la denominada potestad consultiva del TDLC y dispone expresamente que el tribunal puede *fijar condiciones* a los hechos, actos o contratos consultados:

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: ... 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, ***para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*** (énfasis agregado).

Como punto previo, es importante destacar que la naturaleza administrativa y no jurisdiccional de las resoluciones dictadas por el TDLC en procedimientos de consulta, tramitados conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional:

Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que -en principio- sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. *Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales*, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia *no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico*, sino que por solicitud y no demanda de los interesados se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes²⁷ (énfasis agregado).

²⁷ Tribunal Constitucional, Rol 1448-2009, de 9 de septiembre de 2010, C. 16°.

Enseguida, en el ámbito de la competencia, el TDLC se ha pronunciado sobre la naturaleza y finalidad de la potestad consultiva y las condiciones que se impongan en ejercicio de la misma. En la Sentencia N° 86, relativa al incumplimiento de una medida, el tribunal señaló que:

Segundo: Que la mencionada potestad tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico;

Tercero: Que, para ese fin, un medio fundamental con el que cuenta este tribunal está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que dichos hechos, actos o convenciones -de llevarse a cabo- *se ajusten a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia*²⁸ (énfasis agregado).

En consonancia con la doctrina comparada, el TDLC ha reconocido que la finalidad de las condiciones es eliminar o mitigar potenciales riesgos anticompetitivos que pueden derivarse de los hechos, actos o convenciones que se le consultan (incluido el caso de una FYODC). En la consulta de fusión de D&S/Falabella, el tribunal explicó su misión institucional a este respecto en los siguientes términos:

[E]ste tribunal deberá también estudiar si el riesgo de que se produzca un impacto negativo considerable sobre la competencia en los mercados que se analizan a lo largo de la presente resolución puede ser conjurado mediante la imposición de una o varias medidas o condiciones paliativas, o si, por el contrario, la adopción de tales medidas o condiciones sería ineficaz para enervar los efectos negativos que se determinen después de analizada la operación consultada²⁹.

El TDLC se ha pronunciado sobre la finalidad de las condiciones en reiteradas oportunidades. De acuerdo al tribunal, las condiciones son necesarias para mitigar los riesgos o “probables efectos anticompetitivos”³⁰ o la “disminución sustancial

²⁸ TDLC, Sentencia N° 86/2009, 30 de julio de 2009, Rol C 180-08, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, C. 2° y 3°.

²⁹ TDLC, Resolución N° 24/2008, NC 199-07, *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, 31 de enero de 2008, ¶ 15.

³⁰ TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, *Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén*, 19 de octubre de 2007, punto 11 (“[E]ste tribunal debe analizar si, a pesar de tales riesgos, es posible aprobar la operación consultada, pero sometida a condiciones que mitiguen los probables efectos anticompetitivos antes referidos”).

y permanente de las condiciones de competencia”³¹. Se ha expresado indistintamente que su finalidad va desde “mantener las condiciones de competencia necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley [N° 19.733, de Libertad de Opinión e Información]”³², hasta incluso incrementar efectivamente la disputabilidad de un segmento del mercado (esto es, el segmento de generación hidráulica de base)³³ o enervar potenciales amenazas a la libre competencia³⁴.

A contrario sensu, las condiciones no deben imponerse como una compensación o gravamen desvinculado a los riesgos anticompetitivos³⁵. Como todo acto de gravamen, las condiciones deben ser, como lo ha declarado la Corte Suprema, *suficientes y adecuadas*³⁶ para cautelar la libre competencia, así como también *prudentes y lógicas*³⁷.

En términos doctrinales, es posible resumir lo anterior afirmando que las condiciones deben cumplir con los tres elementos del principio de proporcionali-

³¹ TDLC, Resolución N° 1/2004, NC 02-04, *Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A.*, 25 de octubre de 2004, Encabezado de la Parte Resolutiva (“[E]ste tribunal aprueba la operación consultada, en los términos que aquí se indican, por cuanto no se han acreditado elementos suficientes que permitan dar por establecido que *la misma pueda producir una disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia en los tres mercados relevantes bajo análisis*”) (énfasis agregado). Ver también, TDLC, Resolución N° 24/2008, NC 199-07, *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, 31 de enero de 2008, ¶ 264 (“De aprobarse la operación consultada, se produciría *una disminución sustancial y duradera en las condiciones de competencia* en un mercado que involucra parte muy relevante de las decisiones de consumo de todos los chilenos, en los términos ya analizados, con efectos perjudiciales esperados -en términos de bienestar- en los precios, la cantidad y la calidad de los productos transados”) (énfasis agregado).

³² TDLC, Resolución N° 20/2007, NC 173-06, *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, 27 de julio de 2007, ¶ 87 (“Que, por las razones expresadas precedentemente, y *a fin de mantener las condiciones de competencia* necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley, este tribunal ordenará a la consultante desprenderse, en las localidades referidas, de una o más frecuencias en la banda FM, como condición a la que deberá someterse la operación consultada”) (énfasis agregado).

³³ TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, *Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén*, 19 de octubre de 2007, punto 11.2 (“Para que efectivamente se incremente la disputabilidad del segmento de generación hidráulica de base...”).

³⁴ TDLC, Resolución N° 23/2008, NC 205-07, *Consulta de ING S.A. sobre Fusión de ING AFP Santa María S.A. y Bansander AFP S.A.*, 4 de enero de 2008, punto 13 (“[E]ste tribunal concluye que, de aprobarse la Operación Consultada en términos puros y simples, podrían producirse efectos anticompetitivos, por lo que se hace necesario condicionar la aprobación de dicha operación a una serie de medidas destinadas a enervar tales amenazas, en los términos que a continuación se indican”).

³⁵ Ver TDLC, Resolución N° 22/2007, NC 134-06, *Consulta de Endesa y Colbún sobre Proyecto Aysén*, 19 de octubre de 2007, punto 11.1.

³⁶ Corte Suprema, Rol N° 4578-2007, *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, Resuelve reclamación contra Resolución N° 22/2007, 22 de noviembre de 2007, C. 6° (“Que del análisis de los antecedentes de la causa aparece que las medidas dispuestas por la sentencia que se revisa por esta vía aparecen como suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia, garantizando así la pluralidad de medios y con ello la libertad de expresión y la diversidad de información”).

³⁷ *Ibid.*, considerando 17°: “No es prudente que se concentre la totalidad de las concesiones de espectro en el ancho de banda con propagación más eficiente en una sola empresa”.

dad³⁸: en palabras del Tribunal Constitucional “se requiere que aquélla [la medida regulatoria] persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”³⁹.

Esto es sin perjuicio de que, si ninguna condición o medida puede contrarrestar los riesgos anticompetitivos, el hecho, acto o convención no debe aprobarse, quedando con ello prohibido para todos los efectos legales. Como indicó el TDLC en los dos últimos considerandos de la resolución que rechazó la fusión D&S/Falabella:

Por último, este tribunal estima que no existen condiciones o medidas de mitigación que sean suficientes y eficaces para compensar o minimizar los riesgos para la competencia que entraña la operación consultada. En consecuencia, este tribunal ha resuelto no aprobar la operación consultada, por no ser ésta compatible con la libre competencia⁴⁰.

En la práctica, nuestro TDLC ha impuesto un amplio espectro de condiciones o medidas de conducta -las que han sido establecidas como exigibles también a filiales, coligadas o relacionadas de la consultante-, incluyendo:

- (i) La prohibición de participar en la propiedad de empresas que puedan competir con la empresa fusionada (Resolución N° 1/2004).
- (ii) La obligación de consultar al TDLC, en los términos del procedimiento no contencioso del artículo 31 del DL 211, como condición previa a: (a) tener participaciones conjuntas con empresas dominantes (Resolución N° 1/2004); (b) adquirir futuras concesiones adicionales (Resolución N° 20/2007); (c) renovar concesiones radiales (Resolución N° 20/2007); y (d) solicitar y adquirir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas (Resolu-

³⁸ Así se reconoce expresamente en la legislación europea de FYODC. Ver el considerando 30 de las *EC Merger Regulation* (Council Regulation (C) N° 139/2004 de 20 de enero de 2004, disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf, última visita 24 de febrero de 2011) [en adelante, *EC Merger Regulation*]:

Where the undertakings concerned modify a notified concentration, in particular by offering commitments with a view to rendering the concentration compatible with the common market, the Commission should be able to declare the concentration, as modified, compatible with the common market. ***Such commitments should be proportionate to the competition problem and entirely eliminate it.*** It is also appropriate to accept commitments before the initiation of proceedings where the competition problem is readily identifiable and can easily be remedied. It should be expressly provided that the Commission may attach to its decision conditions and obligations in order to ensure that the undertakings concerned comply with their commitments in a timely and effective manner so as to render the concentration compatible with the common market. Transparency and effective consultation of Member States as well as of interested third parties should be ensured throughout the procedure. (énfasis agregado).

³⁹ Tribunal Constitucional, Rol 1710-10, 6 de agosto de 2010, C. 100°.

⁴⁰ TDLC, Resolución N° 24/2008, NC 199-07, *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, 31 de enero de 2008, ¶¶ 266-267.

- ción N° 22/2007).
- (ii) La imposición de precios máximos por plazos de dos a tres años (Resolución N°23/2008, Resolución N° 1/2004).

Para terminar este acápite sobre las condiciones en el DL 211 es necesario distinguir las condiciones o medidas impuestas en procesos no contenciosos y en procesos contenciosos. Como hemos visto, el procedimiento no contencioso está creado como un instrumento administrativo-regulatorio, con el fin de revisar hechos, actos o convenciones celebrados⁴¹ o por celebrar, y obtener una declaración del tribunal que otorgue *seguridad jurídica* a consultantes. Este efecto se logra gracias al beneficio de *inmunidad* del artículo 32° del DL 211, conforme al cual no hay responsabilidad anticompetitiva *alguna*, en la medida en que los actos o contratos se ejecuten o celebren *de acuerdo con las decisiones* del TDLC:

Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.

La situación es algo distinta tratándose de procedimientos contenciosos (artículo 18 N° 1). En este caso, el TDLC también puede imponer, aparte de la sanción de multas, condiciones o medidas adicionales a fin de resguardar la eficiencia de los mercados y los intereses de los consumidores. Así lo establecen expresamente dos normas del DL 211:

Artículo 3° inciso 1°: 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*** (énfasis agregado).

⁴¹ Sin perjuicio de que, tratándose de actos celebrados, algún tercero interesado pueda oponerse en el proceso de consulta y transformarlo en un proceso contencioso del artículo 18 N° 1 del DL 211. Ver Auto Acordado N° 5 del 22 de julio de 2004:

2°.- En aquellos casos en los que ingrese a este tribunal una consulta de conformidad con el artículo 18 del DL 211, en relación a hechos, actos o contratos existentes, ejecutados o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, la oposición por legítimo contradictor o la presentación de una demanda o requerimiento, referida a los mismos hechos, hará contencioso el negocio, sujetándose éste en consecuencia al procedimiento contencioso establecido en el artículo 17 D del DL 211. La oposición deberá efectuarse cumpliendo con todos los requisitos de una demanda o requerimiento, no produciéndose los efectos indicados en este número por la sola presentación en el procedimiento no contencioso de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultado;

Artículo 26 inciso 2°: En la sentencia definitiva, el tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior...

Como puede apreciarse -especialmente al tenor del artículo 3° inciso 1°-, la facultad del TDLC para imponer condiciones o medidas en procesos contenciosos es amplia. Esta amplia potestad del TDLC en el ámbito de lo contencioso no debe ser utilizada con fines sancionatorios. Si bien las condiciones o medidas son usualmente impuestas en forma simultánea a una sanción pecuniaria (multa), ellas deben siempre ser usadas como un mecanismo regulatorio destinado a restablecer la competitividad de los mercados y no para imponer un “mal” *per se* a la empresa o entidad que incurrió en un hecho, acto o convención anticompetitiva. Por excepción, sólo la disolución debiera usarse -y en forma excepcional- como sanción.

d) Incumplimiento de las condiciones y sus efectos

Las condiciones o medidas impuestas por el TDLC en procedimientos no contenciosos constituyen obligaciones de carácter administrativo-regulatorio, de modo que su incumplimiento califica, *por definición*, como un “hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos” (artículo 3° inciso 1° del DL 211). Por ello, cualquiera que incumpla una condición deberá ser castigado de conformidad al artículo 26 del DL 211, previa tramitación de un requerimiento o demanda de acuerdo al artículo 18 N° 1 del DL 211.

Así lo ha declarado expresamente el TDLC. En *HidroAysén I*, el tribunal reprochó el incumplimiento de una medida de mitigación, afirmando sin vaguedades que:

[L]as resoluciones dictadas por este tribunal, en ejercicio de la potestad consultiva en comento, son vinculantes para quienes pusieron en movimiento dicha atribución mediante la formulación de una consulta, por lo que ***la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las medidas, condiciones o términos fijados en tales resoluciones para la ejecución o celebración del hecho, acto o contrato respectivo, es la responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia de los consultantes***, que con su actividad o inactividad, según sea el caso, puedan poner en peligro la competencia en el mercado respectivo o lesionarla derechamente⁴² (énfasis agregado).

⁴² TDLC, Sentencia N° 86/2009, Rol C 180-08, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, 30 de julio de 2009, C. 4°. Ver también, C. 5°.

Enseguida, el TDLC podría también, si lo considera oportuno y necesario, dejar sin efecto la resolución que decidió aprobar el hecho, acto o contrato, incluyendo la FYODC, ordenando se proceda a realizar la desinversión respectiva (*divestiture*, también denominada informalmente como “des-revolviendo los huevos” o *unscrambling the eggs*)⁴³.

Adicionalmente, desde una perspectiva de Derecho Civil, el hecho, acto o convención realizado en infracción a la condición es o puede ser nulo de nulidad absoluta. De acuerdo al artículo 1462 del Código Civil, “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno”, y el objeto ilícito recibe como sanción la nulidad absoluta (artículo 1682 del Código Civil). El DL 211 es, indudablemente, una normativa de Derecho Público, por lo que su contravención acarrea la nulidad absoluta. Por lo demás, así lo ha declarado el TDLC:

El incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en esta resolución acarreará la nulidad de los actos y contratos consultados...⁴⁴.

Es importante destacar que, tratándose de actos administrativos limitadores de derechos, las resoluciones que imponen condiciones pueden ser modificadas por el TDLC en caso de acreditarse un cambio de circunstancias. Los mercados son dinámicos -tanto por el lado de la oferta como de la demanda-, por lo que es perfectamente posible que el conjunto de circunstancias que originalmente justificó la imposición de la condición haya dejado de existir (por ejemplo, nuevos actores, nuevas tecnologías, cambios en la estructura de costos, variaciones en las condiciones de entrada, cambios preferencias de los consumidores, etc.).

Lo importante en tales casos es que las firmas e individuos afectados deben siempre solicitar formalmente al TDLC la modificación de las condiciones o medidas, previa tramitación de un proceso de consulta de conformidad al artículo 18 N° 2 del DL 211. Por el contrario, si las firmas o individuos afectados deciden incumplir una condición sin obtener la modificación previa por parte del TDLC, entonces no podrán alegar como defensa el cambio de circunstancias en caso de ser acusados por

⁴³ En Europa, así lo dispone expresamente la *EC Merger Regulation*, n. 38, en sus artículos 6(3) y 8(6):

6.3. The Commission may revoke the decision it took pursuant to paragraph 1(a) or (b) where: (a) the decision is based on incorrect information for which one of the undertakings is responsible or where it has been obtained by deceit; or (b) the undertakings concerned commit a breach of an obligation attached to the decision.

8.6. The Commission may revoke the decision it has taken pursuant to paragraphs 1 or 2 where: (a) the declaration of compatibility is based on incorrect information for which one of the undertakings is responsible or where it has been obtained by deceit; or (b) the undertakings concerned commit a breach of an obligation attached to the decision.

⁴⁴ TDLC, Resolución N° 20/2007, NC 173-06, *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, 27 de julio de 2007, Resuelvo Primero N° 5. TDLC, Sentencia N° 86/2009, Rol C 180-08, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, 30 de julio de 2009, C. 5° (“[S]u incumplimiento [de las medidas]... podría afectar su validez”).

infringir el artículo 3° del DL 211⁴⁵.

Esto porque la defensa de cambio de circunstancias constituye una forma de argumentar que la realización de los hechos, actos o convenciones prohibidas por la condición no tiene efectos anticompetitivos. Y, en este punto, el TDLC, en el caso *HidroAysén II*, rechazó la defensa de falta de efectos anticompetitivos tratándose de un incumplimiento a una condición establecida en la Resolución N° 22:

Que los desistimientos de las solicitudes de recursos hídricos en las cuencas contempladas en la condición en comento no son suficientes para eximir a la demandada de responsabilidad, sin perjuicio de que se considerarán al momento de determinar la sanción aplicable con motivo del incumplimiento. Lo anterior, en razón de que **el solo hecho de haber solicitado derechos de aprovechamiento sin la autorización previa de este tribunal puso en riesgo la competencia en los mercados respectivos**, riesgo que consiste en que el acaparamiento o la amenaza de acaparamiento de derechos de aguas en las cuencas de los ríos Palena y Aysén y la subcuenca del río Ibáñez **puede afectar las estrategias empresariales de potenciales competidores, evitando su entrada al mercado. De ahí la importancia del control preventivo de jurisdicción impuesto en la condición incumplida...**

Que, por todo lo expuesto, este tribunal aplicará una sanción a la demandada, por infracción al artículo tercero, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, ... pues, como se ha venido argumentando, la infracción de las condiciones impuestas por esta magistratura para que la realización de un acto o convención no sea contraria al derecho de defensa de la competencia, importa una conducta ilícita que pone en riesgo la libre competencia o que, en otras palabras, tiende a impedirla, restringirla o entorpecerla⁴⁶.

Lo anterior no implica necesariamente aceptar una teoría de responsabilidad objetiva o infracciones *per se*. Simplemente se trata de otorgar a las decisiones del TDLC, la estabilidad, imperatividad y ejecutoriedad que el ordenamiento incluso

⁴⁵ Pruebas manifiestas son los procedimientos seguidos ante el TDLC por la empresa eléctrica Edelnor S.A. para la modificación del Dictamen N° 1173, de agosto de 2001, de la H. Comisión Preventiva Central, por el cual solicitó a dicho tribunal, en abril de 2004, es decir, casi tres años después de su dictación, que se modificara el dictamen por un cambio en la regulación sectorial; y por la solicitud efectuada el año 2005 al TDLC (Resolución N° 8/2005); y por la Comisión Nacional de Energía para que se modificara, en dicho caso, una *recomendación* contenida en el Dictamen N° 992, también de la H. Comisión Preventiva Central (1996), por un cambio en la regulación sectorial (Resolución 18/2006).

⁴⁶ TDLC, Sentencia N° 86/2009, 30 de julio de 2009, rol C 180-08, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, cons. 13° y 19°

reconoce a los actos administrativos afinados⁴⁷.

Otro punto distinto es la consideración de la eventual falta de efectos anti-competitivos o irrelevancia de la conducta al momento de fijar la sanción. En este sentido, Cases y Menor opinan que debe ponerse atención al grado de incumplimiento y de “afectación del interés público”:

En cada expediente deberá valorarse con extrema atención el grado de cumplimiento, la actuación de la empresa y la incidencia del no preciso cumplimiento de la condición en el interés público articulado por la resolución administrativa. El principio de proporcionalidad supone que no caben respuestas automáticas, de modo que todo incumplimiento deba generar la misma consecuencia jurídica. Deberá estarse al grado de incumplimiento, a la labor de la empresa responsable y a la afectación del interés público⁴⁸.

A este respecto, es importante destacar que el primer incumplimiento “his-

⁴⁷ Ver artículo 51 de la Ley 19.880:

Ejecutoriedad. Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general.

En principio, no somos partidarios de utilizar conceptos y categorías del Derecho Procesal para entender e interpretar los efectos de los actos administrativos del TDLC. En todo caso, cabe citar aquí un caso donde el TDLC reconoció que las resoluciones gozan del efecto de cosa juzgada, al menos en un sentido formal-provisional. Ver TDLC, Resolución N° 8/2005, Rol 30-04, *Consulta de la Empresa Eléctrica del Norte Grande (EDELNOR) sobre revisión del Dictamen N° 1173 de la Comisión Preventiva Central*, 30 de junio de 2005, C. 3°:

Que, en efecto, el artículo mencionado en el considerando anterior prescribe que “los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo a las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, si no en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo tribunal...”. En consecuencia, puede desprenderse de la norma citada que las decisiones de este tribunal y la de los organismos de los que es sucesor legal producen el efecto de cosa juzgada, el que es eficaz tan sólo en lo que dice relación con el proceso concreto en el que se ha producido o con relación al estado de cosas (persona, objeto, causa) tenido en consideración al decidir. No obstante ello, sobre la base de nuevos antecedentes la cuestión puede renovarse mediante un nuevo proceso de carácter contencioso o no contencioso ante este tribunal. Esto es lo que se conoce en doctrina como cosa juzgada formal que tiene como característica la de la inimpugnabilidad, pero carece de inmutabilidad (ver *Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1958*, pp. 416 y siguientes). Por lo demás, así lo sostuvo en su oportunidad la Honorable Comisión Resolutiva en la Resolución N° 667, de fecha 30 de octubre de 2002. Por consiguiente, de esta forma es como debe interpretarse lo enunciado en el considerando Quinto de la Sentencia N° 3 de 29 de junio de 2004, citada por la FNE en su informe.

Ver también, TDLC, Resolución N° 18/2006, Rol NC 113-06, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central*, 17 de noviembre de 2006, C. 3°.

⁴⁸ Lluís Cases y Javier Menor, “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración *a posteriori* de la efectividad de los remedios” en *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbó Juan (dir.), *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia* (Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, Madrid 2008), p. 332

tórico” de una medida de mitigación de una FYODC -la infracción de LAN Chile al *plan de autorregulación* impuesto en su momento por la Comisión Resolutiva- dio lugar a un pronunciamiento de la misma comisión que estableció el principio del ***estricto cumplimiento de las condiciones***. La Comisión Resolutiva resolvió que la relevancia e intencionalidad no eran defensas de exculpación disponibles para la empresa, sin perjuicio de su consideración al momento de establecer la multa:

Que del análisis de los hechos fluye que los incumplimientos observados al Plan de Autorregulación por parte de LAN Chile S.A. y LAN Express son excepcionales y de menor cuantía, por lo que no cabe imputar a la gestión de estas empresas la intencionalidad positiva de vulnerar las condiciones del referido plan, cuestión que será debidamente ponderada para determinar la sanción que se aplicará, ***pero que no alcanza a excusar del todo el estricto cumplimiento exigible en la especie***⁴⁹ (énfasis agregado).

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS DE CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES

e) Legitimación activa

La pregunta por la legitimación activa corresponde a la determinación de quiénes pueden válidamente exigir el cumplimiento o *enforcement* de una condición o medida de mitigación impuesta por el TDLC en un proceso no contencioso de consulta tramitado conforme al artículo 18 N° 2 del DL 211. De conformidad a los artículos 18 N° 1 y 20 del DL 211, la respuesta es: (i) la FNE⁵⁰ y (ii) todo tercero afectado, sea consumidor⁵¹ o competidor, que haya sufrido un “daño anticompetitivo” (*antitrust injury*).

La legitimidad activa de la FNE está expresamente contemplada en la ley. Por una parte, el artículo 39 inciso 1° del DL 211 dispone que la FNE defiende los “intereses generales”. Luego, más específicamente, el mismo artículo 39, en su inciso 2° literal d) del DL 211, establece que:

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: ... d) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los Tribunales de Justicia en las materias a que se refiere esta ley.

⁴⁹ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, 30 de enero de 2004, C. 7°.

⁵⁰ Sin perjuicio de otros organismos públicos que también puedan tener legitimidad activa, como por ejemplo el Servicio Nacional del Consumidor.

⁵¹ Incluimos en el concepto de consumidores empresas que hayan adquirido bienes o servicios del demandado.

Además, en ciertas oportunidades es el propio TDLC el que comisiona a la FNE para que vele por el cumplimiento de sus resoluciones o sentencias. Este es precisamente el caso tratándose de la Resolución N° 1/2004, donde el tribunal señaló que “[l]a supervisión del cumplimiento de las condiciones anteriores recaerá en la Fiscalía Nacional Económica”⁵².

En cuanto a los terceros afectados, para que ellos cuenten con legitimidad activa es fundamental que hayan sufrido un “daño anticompetitivo” (*antitrust injury*). El concepto de daño anticompetitivo ha sido definido por la Corte Suprema norteamericana como “la clase de daño que las leyes de la competencia buscan prevenir”⁵³. Este daño “debe reflejar el efecto anticompetitivo ya sea de la violación o de los actos anticompetitivos realizados gracias a la violación”⁵⁴.

Los consumidores afectados siempre sufren un daño anticompetitivo, por la sencilla razón de que el Derecho de la Competencia está establecido en su beneficio⁵⁵. No ocurre lo mismo con los competidores, pues ellos pueden sufrir daños como consecuencia tanto de conductas competitivas como anticompetitivas; por ello es necesario verificar, en un examen fáctico, la ocurrencia de daños anticompetitivos⁵⁶. No debe olvidarse que, hoy en día, existe unanimidad en que el Derecho de la Competencia protege a la competencia y no a los competidores.

Cabe notar que al filtrar la clase de competidores que pueden demandar, el concepto de daño anticompetitivo disminuye los errores tipo I en el Derecho de la Competencia (esto es, falsos positivos: prohibir o castigar conductas que en realidad son pro-competitivas). Así lo explican Elhauge y Geradin:

La doctrina del daño anticompetitivo cumple una función extremadamente útil: permite dejar afuera a aquellos demandantes cuyos motivos anticompetitivos hacen que la litigación en cuestión no beneficie el bienestar de los consumidores. Esto no sólo ahorra costos de litigación, sino que, además, baja el riesgo de que los tribunales puedan imponer sanciones

⁵² TDLC, Rol NC 02-04, Resolución N° 1/2004, *Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A.*, 25 de octubre de 2004, Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolución-1-2004.pdf> (última visita, 13 de diciembre de 2010), Resuelvo.

⁵³ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 US 477, 489 (1977). Ver John E. Lopatka, “Antitrust Injury and Causation”, en ABA Section of Antitrust Law, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), Vol. III, p. 2299. De acuerdo a este último autor, “the doctrine [of antitrust injury] can be understood as an attempt to ensure that the liability imposed on an antitrust violator approximates the optimal penalty”.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Esto es, sin perjuicio, del problema de la proximidad del daño y de la determinación de política pública de si los compradores indirectos tiene o no legitimidad activa para demandar. No nos pronunciamos sobre este punto.

⁵⁶ No debe olvidarse que el proceso competitivo produce daño en los perdedores, pero ese daño es legítimo. Desde una perspectiva filosófica, ver Tony Honoré, “The Morality of Tort Law-Questions and Answers”, en David G. Owen (ed), *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford, New York 1995), p. 82:

We are sometimes justified in injuring others, for example in self-defence. When we compete we are justified in inflicting losses or setbacks on our rivals... I win the 100 meters and you lose... [T]he nature of the race justifies me in inflicting that setback on you. The same is true of other forms of competition, for example in trade, business, politics, literature, and love.

que prevengan conductas pro-competitivas. ... [E]sta doctrina es un componente importante del esfuerzo por reducir la sobreprevención [*overdeterrence*] de conductas competitivas que el Derecho de la Competencia inevitablemente crea dados los errores o dificultades existentes al distinguir entre las conductas competitivas y anticompetitivas⁵⁷.

Nuestra jurisprudencia en materia de Derecho de la Competencia es consistente con la doctrina comparada. Por una parte, el TDLC ha declarado que el DL 211 no ha establecido acciones populares que puedan ser interpuestas por cualquier persona, sino que, por el contrario, se requiere un interés legítimo dado por un daño anticompetitivo:

[E]l interés legítimo para accionar en esta sede requiere que quien lo invoca posea la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al Decreto Ley N° 211. Así, para que un agente económico pueda ser considerado víctima directa de un atentado en contra de la libre competencia, ha de participar actual o potencialmente en el mercado que es directamente afectado por la presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico, o bien en otros mercados conexos que puedan razonablemente verse afectados en forma indirecta por esa actividad supuestamente antijurídica⁵⁸.

En igual sentido se pronunció la Corte Suprema al confirmar la sentencia antes citada del TDLC. Nuestro Máximo Tribunal reiteró la necesidad de contar con un daño anticompetitivo, criterio que no se cumple tratándose de una fundación que no participa en el o los mercados relevantes (fundación que alegaba, entre otras cosas, incumplimientos a las condiciones establecidas en la Resolución N° 1 del TDLC):

Al respecto, el artículo 18 N° 1 del DL 211 establece que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoce de las situaciones que puedan constituir infracciones a esa ley, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico. En el caso que nos ocupa no se encuentra acreditado que la fundación en cuestión participe actual o potencialmente en el mercado que resultaría afectado con las conductas denunciadas, sin que pueda afirmarse, como lo señala la reclamante, que en la especie se trate de una acción popular. En efecto, si bien las conductas que vulneran las normas sobre la libre competencia importan un atentado al orden público económico, es la propia ley la que ha encargado la tarea de representar el interés general de la colectividad en el orden económico a la Fiscalía Nacional Económica, según lo establece en el artículo 39 letra b) del texto legal ya citado⁵⁹.

⁵⁷ Einer Elhauge y Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics* (Hart, Oxford 2007), p. 10.

⁵⁸ TDLC, Sentencia N° 98/2010, Rol C 168-08, *Fundación Chile Ciudadano y Otro contra VTR Banda Ancha (Chile) S.A.*, 18 de marzo de 2010, C. 18°.

⁵⁹ Corte Suprema, Rol N° 2680-2010, *Fundación Chile Ciudadano y Otro contra VTR Banda Ancha (Chile) S.A.*, Resuelve reclamación contra Sentencia N° 98/2010, 22 de septiembre de 2010, C. 4°.

Al mismo tiempo, el TDLC sí ha permitido que terceros afectados demanden el incumplimiento de una condición, particularmente cuando participaron previamente en el proceso no contencioso que dio lugar a la imposición de medidas y cuando, además, han sido directamente afectados:

Octavo: Que, al respecto, debe tenerse presente que ambas demandantes fueron admitidas como interesadas legítimas, en los términos del artículo 31° del Decreto Ley N° 211, para aportar antecedentes y manifestar opinión en el proceso que culminó con la dictación de la Resolución 22/2007, que es la que, precisamente, establece la prohibición cuyo incumplimiento por la demandante originó estos autos. Haber entonces participado activamente, en calidad de agente económico concernido por el proyecto consultado en el procedimiento que estableció las condiciones necesarias para que éste naciera válido a la vida del derecho, entrega a las demandantes, a juicio de este tribunal, un legítimo interés en que dichas condiciones sean cumplidas, lo que las habilita para accionar en autos;

Noveno: Que la obligación de velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicte este tribunal en las materias a las que se refiere el Decreto Ley N° 211, según dispone el artículo 39°, letra d del citado cuerpo legal, consagra una atribución del Fiscal Nacional Económico que en ningún caso es calificada de exclusiva y excluyente por la norma en cuestión. En consecuencia, a juicio de este tribunal, no es admisible la alegación de que velar por el cumplimiento de sus decisiones esté reservado únicamente al Sr. Fiscal, pues, generalmente, tales incumplimientos importan en sí mismos una infracción a la libre competencia que puede afectar a distintas personas, quienes estarán entonces legitimadas activamente para hacer valer sus pretensiones en esta sede⁶⁰.

f) Legitimación pasiva

Corresponde enseguida tratar el problema de la legitimidad pasiva de las condiciones o medidas impuestas en un proceso no contencioso. La pregunta por la legitimidad pasiva en un proceso contencioso de incumplimiento de condiciones es una pregunta de Derecho de Fondo y no de Derecho Procesal: *¿Puede el TDLC imponer condiciones o medidas que obliguen a terceros que no formaron parte en el proceso de consulta?*

En nuestra opinión, el Derecho de la Competencia chileno sí permite que el TDLC imponga condiciones que obliguen a todo el grupo que controla la persona jurídica específica que comparece en un proceso de consulta. El argumento formal conforme al cual un controlador que no habría sido parte en una consulta original no puede luego ser sujeto pasivo de un litigio de incumplimiento de la condición no

⁶⁰ TDLC, Sentencia N° 86/2009, 30 de julio de 2009, Rol C 180-08, *Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.*, C. 8° y 9°.

tiene fundamento en nuestro Derecho de la Competencia. Dada la plasticidad del Derecho Corporativo, un argumento formal de esta naturaleza volvería ineficaz el proceso entero de consultas de FYODC.

El Derecho de la Competencia es un derecho no formalista. Como ha venido señalando la Corte Suprema norteamericana desde hace casi ya un siglo, “[e]l Derecho de la Competencia apunta al fondo y no a la forma”⁶¹. Así, desde una perspectiva de fondo, una medida de conducta definida como exigible respecto de todo el grupo controlador de quien comparece en la consulta tiene un sólido fundamento desde una perspectiva del Derecho de la Competencia, y no representa ninguna sorpresa o arbitrariedad. Por el contrario, en muchos casos si la condición no se extendiera a todo el grupo empresarial, entonces sería fácilmente burlable y, por ende, inútil, frustrándose los propósitos y fines del DL 211⁶².

Por lo demás, ninguna entidad que conforma el grupo controlador de una determinada empresa, por sí o por medio de personas relacionadas, es o puede ser calificada como tercero ajeno en un proceso de consulta iniciado por dicha empresa. La existencia de control puede ser suficiente para que exista unidad de intereses entre matriz, filiales, coligadas, coligantes y personas relacionadas (según su definición en el artículo 100 de la LMV). *No puede haber entonces violación del debido proceso, de derechos o libertades ni de expectativas: todo hombre de negocios sabe que cuando una entidad perteneciente a un grupo empresarial hace una consulta al TDLC, el resultado de la misma puede ser obligatorio para todo el grupo, incluyendo las personas relacionadas, si así lo dispone el tribunal.*

La experiencia comparada demuestra que una definición de sujeto pasivo amplia, incluyendo a todo el grupo controlador, no es particularmente exigente. Así, en el derecho europeo, la Sección 1.6. de la normativa europea que implementa las *EC Merger Regulation* define “partes en la operación de concentración”, *siempre y para todo caso* (salvo excepción expresa), en términos aún más amplios que “grupo controlador”:

Parte(s) en una operación de concentración o partes: estos términos se refieren a ambas partes adquirente y adquirida, o a las partes que se fusionan, incluyendo todas las entidades en que un interés de control está siendo adquirido o es sujeto de una oferta pública.

A menos que se especifique de otra manera, los términos parte(s) notificantes [esto es, partes en el proceso de notificación] y parte(s) en la operación de concentración incluyen todas las entidades que pertenecen

⁶¹ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 US 752, 7760 (1984). Ver también, *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 US 344, 377 (1933) (“That statute [Sherman Act] is aimed at substance”).

⁶² Por ello, como señalan en USA, las *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies* del Department of State (Octubre 2004), disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.pdf> (última visita, 24 de febrero de 2011), p. 41, “[f]or a decree to be effective, it must bind the parties needed to fulfill the consent decree objectives”.

al mismo grupo que esas partes⁶³.

Por lo demás, el TDLC frecuentemente impone obligaciones que van más allá de las partes formales de la consulta. Por ejemplo, en la *Consulta HidroAysén*, cuya resolución no fue reclamada por la consultante ni por las empresas matrices de aquella, el tribunal impuso obligaciones a entidades distintas, pero relacionadas con las solicitantes, Endesa y Colbún:

1. Que se da lugar a la consulta sólo en cuanto se autoriza a Endesa y a Colbún, en forma independiente, o a una filial de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. formada para este efecto, a solicitar todo o parte de los derechos de aprovechamiento de aguas materia de esta consulta o continuar con la tramitación de aquellos autorizados provisionalmente en el curso de este proceso⁶⁴.

El TDLC también ha impuesto obligaciones a terceras partes ajenas al proceso de la consulta. Eso sí, se trata de terceras partes *futuras* que, por la vía de la

⁶³ Ver Commission Regulation (EC) N° 802/2004 de 21 de abril de 2004, implementing Council Regulation (EC) N° 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf, última visita 24 de febrero de 2011). La misma regulación exige, además, a las partes en una operación de concentración entregar la siguiente información a la Comisión Europea:

4.1. For each of the parties to the concentration provide a list of all undertakings belonging to the same group.

This list must include:

4.1.1. all undertakings or persons controlling these parties, directly or indirectly;

4.1.2 all undertakings active on any affected market that are controlled, directly or indirectly:

(a) by these parties;

(b) by any other undertaking identified in 4.1.1.

For each entry listed above, the nature and means of control should be specified.

The information sought in this section may be illustrated by the use of organization charts or diagrams to show the structure of ownership and control of the undertakings.

4.2. With respect to the parties to the concentration and each undertaking or person identified in response to Section 4.1, provide:

4.2.1. a list of all other undertakings which are active in affected markets (affected markets are defined in Section 6) in which the undertakings, or persons, of the group hold individually or collectively 10 % or more of the voting rights, issued share capital or other securities; in each case, identify the holder and state the percentage held;

4.2.2. a list for each undertaking of the members of their boards of management who are also members of the boards of management or of the supervisory boards of any other undertaking which is active in affected markets; and (where applicable) for each undertaking a list of the members of their supervisory boards who are also members of the boards of management of any other undertaking which is active in affected markets;

in each case, identify the name of the other undertaking and the positions held;

4.2.3. details of acquisitions made during the last three years by the groups identified above (Section 4.1) of undertakings active in affected markets as defined in Section 6.

Information provided here may be illustrated by the use of organization charts or diagrams to give a better understanding.

⁶⁴ TDLC, Resolución N° 30/2009, Rol NC N° 280-08, *Consulta de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. relativa a la adquisición o solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en la cuenca del Río Aysén*, 26 de mayo de 2009, Declaración Primera.

contratación con el consultante, se situarán voluntariamente en la posición de sujetos pasivos. Este fue el caso, confirmado por la Corte Suprema, de la Condición 2ª de la Resolución N° 2/2005, que impuso obligaciones a un futuro adjudicatario no existente aún a la fecha de la decisión del tribunal:

En el evento de que el adjudicatario de las concesiones que se liciten en virtud de lo ordenado en la condición Primera, precedente, fuese una empresa que opere a esa fecha en el mercado de la telefonía móvil en Chile y que llegue por esa vía a ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, dicha empresa deberá transferir a un tercero no relacionado, por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto, el ancho de banda que supere tal cantidad, dentro del plazo de seis meses contado desde el acto de adjudicación de las concesiones⁶⁵.

Lo que sí indudablemente resulta improcedente es imponer obligaciones singularizadas y de carácter presente (no futuro) a un tercero ajeno que no haya participado en el proceso de consulta. La imposición de gravámenes singularizados y de carácter permanente a quien no se sitúe voluntariamente en la posición de sujeto pasivo mediante la celebración de algún acto o contrato debe necesariamente cumplir con el requisito del debido proceso, incluyendo la audiencia previa.

IV. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS CONDICIONES IMPUESTAS POR EL TDLC EN PROCESOS DE CONSULTAS DE FUSIONES U OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Ya hemos señalado en varias oportunidades que las resoluciones dictadas en procesos no contenciosos de consulta de FYODC son materialmente actos administrativos de carácter regulatorio. Se trata así de normas jurídicas no sancionatorias, limitadoras de derecho, que obligan a los sujetos pasivos respectivos (sin perjuicio de la potestad del tribunal para dejarlas sin efecto previa tramitación de una nueva consulta).

De lo anterior se colige que las condiciones, así como ocurre con las obligaciones regulatorias impuestas en leyes, reglamentos y actos administrativos no sancionatorios, no prescriben. Sólo prescribe la responsabilidad emanada de faltas y delitos, no las obligaciones regulatorias, ya sean estén contenidas en instrucciones

⁶⁵ TDLC, Resolución N° 2/2005, Rol NC N° 01-04, *Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A.*, 4 de enero de 2005, Resuelvo N° 2-Segundo.

de carácter general⁶⁶ o en condiciones impuestas en procesos de consulta no contenciosos (en este último caso, la prescripción extintiva es de tres años, conforme al artículo 20 inciso 3° del D.L. 211). Esto obviamente a menos que el TDLC disponga lo contrario por la vía de fijar un plazo de vigencia preestablecido a las condiciones al momento de su constitución⁶⁷.

El hecho de que las condiciones o medidas impuestas en una *sentencia* dictada en un proceso contencioso sí prescriban, en nada altera las conclusiones anteriores. La prescripción en este caso está expresamente contemplada en el marco de procesos contenciosos del artículo 18 N° 1 y de *sentencias* dictadas de conformidad al artículo 26 del DL 211⁶⁸. Así se aprecia del tenor literal del artículo 20 inciso 5° del DL 211:

Asimismo, las medidas que se determinen para prevenir, corregir o 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.

La razón que explica el diferente tratamiento de la prescripción en el DL 211 tiene un fundamento jurídico notorio⁶⁹: las condiciones contenidas en sentencias que acompañan a una conducta ilegal y a una sanción producen cosa juzgada material, y no pueden por ello ser dejadas sin efecto ante un cambio de circunstancias. Su mayor estabilidad y su vinculación a un ilícito y una sanción se “compensan” así con una prescripción de dos años (sin perjuicio de que esta solución sea discutible desde una

⁶⁶ Ver, por ejemplo, TDLC, Sentencia N° 41/2006, Rol C 73-05, *Fundación Chile Ciudadano y otro contra Car S.A.*, 27 de junio de 2006, en la que el tribunal sancionó a CAR por incumplir la Resolución N° 666 de 23 de octubre de 2002 de la Comisión Resolutiva que estableció una instrucción de carácter general, y a la vez decidió dejarla sin efecto. Ver también, TDLC, Resolución N° 12, Rol NC 114-06, *Solicitud de Asifla A.G. sobre modificación de Resolución N° 634 de la Comisión Resolutiva*, 13 de junio de 2006, en la que el tribunal declaró la vigencia de la citada resolución y sus modificaciones.

Si bien no refiere a un caso de FYODC, evalúese el caso de la Resolución N° 12/06 (NC 114-06), en el que se intentó dejar sin efecto la Resolución N° 634 de la CR, a lo que el tribunal no dio lugar, estimando que sigue vigente.

⁶⁷ Por lo demás, la imprescriptibilidad o permanencia de las condiciones fue reconocido expresamente por *Liberty Global, Inc.* en su presentación realizada al TDLC en el año 2007. En las páginas 1 y 10, la solicitante explica los términos y alcances de la Condición 1ª en los siguientes términos:

Como se ve, la Condición Primera constó de una exigencia con efectos permanentes (la referida a que el controlador de VTR no pudiera participar ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas, en la propiedad de otras compañías de televisión satelital o vía microondas en Chile)...

Se trató, entonces, de una obligación con efectos permanentes, aplicable a quienes sean los controladores de la empresa fusionada... Por su parte, la obligación de carácter permanente emanada de la Condición Primera, en virtud de la cual quedó vedado a los controladores de VTR participar en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, continúa estando vigente, y sobre la interpretación que este H. Tribunal pueda tener sobre su cumplimiento o incumplimiento como consecuencia del Acuerdo de Intercambio de Acciones entre Liberty Media y News Corp. es que recae la presente consulta.

⁶⁸ Debemos recordar que, además de sentencias, el TDLC dicta *resoluciones* (como consecuencia del ejercicio de la potestad del Art. 18 N° 2 del DL 211), instrucciones de carácter general (Art. 18 N° 3 del DL 211) e *informes*, como ocurre en los casos que leyes especiales convocan la actuación del TDLC (Art. 18, N° 5, del DL 211).

⁶⁹ Esto no significa que dicho fundamento sea conveniente desde una perspectiva *lege ferenda* o de políticas públicas. En nuestra opinión, el TDLC debería tener la facultad de imponer condiciones en procesos contenciosos de una duración superior a dos años.

perspectiva *lege ferenda* o de política pública).

La práctica del TDLC confirma la tesis que hemos planteado aquí. Por ejemplo, la Resolución N° 1/2004 establece una medida cuya duración fue fijada en un plazo mayor a dos años. Se trata de la Condición 7^a:

Se establece como condición de la operación la oferta de los consultantes contenida a fs.188, en orden a que la empresa resultante no realizará alzas de los precios ni disminuciones en la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas ***durante los próximos tres años posteriores a la fecha de la materialización de la fusión***, fuera de la variación de sus costos (énfasis agregado).

Otros casos que establecen condiciones con una duración de más de dos años son los siguientes:

- (i) Resolución N° 9/2005, que modifica el plan de autorregulación de LAN (que no tiene plazo de vigencia). La denominada “política de autorregulación” de LAN Chile -establecida en la Resolución N° 445 de la Comisión Resolutiva y aprobada por la Resolución N° 496 de 1997 de la misma comisión a propósito de la fusión de las aerolíneas LAN y Ladeco- es de duración indefinida⁷⁰.
- (ii) Resolución N° 22/2007, Condición Segunda, 2.3., cuya vigencia se extiende “hasta la fecha de entrada en servicio de la última central del proyecto consultado” (de acuerdo a información de Endesa, consignada en la Resolución N° 22/2007, las últimas centrales entrarían en operación el año 2018)⁷¹.

Lo explicado anteriormente es ciertamente sin perjuicio de la prescripción de la responsabilidad infraccional emanada del incumplimiento de una condición

⁷⁰ El plan de autorregulación fue posteriormente enmendado el 2004 por la Resolución N° 723 de la Comisión Resolutiva, ordenándose su aprobación por la Comisión Preventiva Central, cuyo continuador legal es el TDLC.

⁷¹ Adicionalmente, en la Resolución N° 23/2008, *Consulta de ING S.A. sobre Fusión de ING AFP Santa María S.A y Bansander AFP S.A.*, Rol NC 205-07, el TDLC estableció dos condiciones para la aprobación de la consulta que, si bien tienen plazos de dos años, este se cuenta desde la materialización de la operación:

CONDICIÓN N° 1: *A partir del momento que se materialice la operación de autos, y por un plazo de dos años*, la empresa fusionada deberá establecer una comisión total uniforme para todos sus afiliados, neta de la prima del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, que no perjudique a ninguno de los afiliados pertenecientes a las carteras de ING AFP Santa María S.A. y de Bansander AFP S.A. en relación con lo que pagaban por este concepto a la fecha de presentación de la consulta de autos;

CONDICIÓN N° 2: La participación del Banco Santander Central Hispano S.A. y/o sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de administración de fondos de pensiones en Chile, no podrá ser prohibida, restringida o condicionada *por un plazo superior a dos años, contados desde el perfeccionamiento de la operación de autos*, debiendo, en consecuencia, procederse a la eliminación o modificación de las cláusulas o convenciones correspondientes.

fijada por el TDLC en una resolución. En dicho caso, tratándose de un acto, hecho o contravención contrario al artículo 3° del DL 211, se le aplican las normas generales de prescripción contenidas en el artículo 20 inciso 3° del DL 211 (prescripción de tres años, contados desde la ejecución de la conducta atentatoria; tratándose de hechos o actos continuos, la prescripción debe contarse desde que cesan⁷²).

V. SÍNTESIS DEL CONTENIDO DEL FALLO FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA CONTRA EL SR. JOHN C. MALONE DE FECHA 29 DE DICIEMBRE DE 2011.

Los razonamientos antes explicados, que fueron presentados en el Informe en Derecho elaborado en el contexto del proceso dirigido en contra del Sr. John Malone, fueron en definitiva recogidos por el TDLC en la Sentencia N° 117/2011 de 29 de diciembre de 2011. A continuación haremos una breve síntesis de los aspectos centrales del referido fallo, citando en mayor extensión aquellas partes que merecen ser especialmente destacadas.

En primer término, el TDLC reconoció, amplia y sostenidamente, que las condiciones impuestas en procedimientos no contenciosos constituyen obligaciones potestativas de carácter prospectivo y regulatorio, y que no implican la imposición de sanciones:

Que, en suma, cuando este fribunal resuelve una consulta de conformidad con el artículo 18 N° 2, imponiendo a los intervinientes involucrados determinadas condiciones a las que deben someterse para que el hecho, acto o contrato de que se trate pueda materializarse... lo que está haciendo es -en ejercicio de una potestad que se ha denominado como consultiva- imponer a tales intervinientes determinadas obligaciones de hacer o no hacer, potestativas, no sancionatorias, limitadoras de derechos, pero que no resuelven un conflicto entre partes ni realizan un juicio de reproche frente a la existencia de una eventual vulneración a la competencia⁷³.

⁷² Ver el reciente fallo TDLC, Sentencia N° 109/2011, Rol C N° 193-09, *Demanda de Conservación Patagónica Chile S.A. y Otros contra Endesa S.A. y Otros*, 27 de enero de 2011, C. 6°:

Que relacionado con lo anterior, resulta de la mayor importancia destacar que, en materia de prescripción, existe jurisprudencia reiterada de este tribunal, en cuanto a que su plazo debe contarse desde que concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada, debiendo a continuación establecerse si antes de vencido dicho término se interrumpió o no la prescripción mediante la notificación del requerimiento y/o la demanda correspondiente, pues es en esta última fecha en la que se debe entender como trabada la litis. Así ha sido decidido, por ejemplo, en las sentencias números 57/2007, de fecha 12 de julio de 2007; 59/2007 de fecha 9 de octubre de 2007; 75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008 y 106/2010 de fecha 2 de diciembre de 2010.

⁷³ TDLC, Sentencia N° 117/2011, 29 de diciembre de 2011, Rol C 156-08, *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone*, C. 23°. Ver también C. 26°, párrafo final.

Las resoluciones en procedimientos “no contenciosos” responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas⁷⁴.

Enseguida, el TDLC afirmó que, tratándose de medidas no sancionatorias, las condiciones tienen, en principio, una vigencia permanente o indefinida⁷⁵, salvo que el propio tribunal les fije un plazo, o que la parte interesada concurra iniciando un nuevo procedimiento dirigido a ponerles término o en el que solicite una nueva autorización para consumir la fusión:

[Las condiciones], en cuanto tales, son permanentes, existiendo dos formas para que dejen de surtir sus efectos o se modifiquen: (i) que el propio tribunal les fije un plazo o fecha de término al dictarlas (así ha ocurrido, por ejemplo, en la propia Resolución N° 1/2004, y en las Resoluciones N°s 9/2005, 22/2007 y 37/2011); o, (ii) que el tribunal, posteriormente y en virtud de lo dispuesto en el artículo 32, inciso 1°, del D.L. N° 211, las modifique, reemplace o declare extinguidas, mediante una nueva resolución, también dictada en ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 N° 2 y mediante la tramitación del procedimiento especial del artículo 31. Dicho término, modificación o reemplazo puede estar también contemplado en la propia resolución que se dicte, al indicar ésta, por ejemplo, que la conducta prohibida por la condición respectiva podrá realizarse previa consulta al tribunal en un nuevo procedimiento del artículo 31, como ha sido decidido -por ejemplo- en las Resoluciones N° 37/2011, sobre la operación de concentración entre LAN y TAM; N° 34/2011, sobre la operación de concentración entre Terpel Colombia y Copec; y N° 20/2007, sobre la operación de concentración entre GLR e Iberoamérican Radio Chile, entre otras⁷⁶.

El TDLC insistió más adelante en señalar que el deber de una parte sujeta a una condición, en caso de considerar que la misma ya no tiene por efecto proteger al mercado y los consumidores, es necesariamente concurrir ante el tribunal y pedir el alzamiento de la misma con base en nuevas circunstancias “fácticas, económicas o jurídicas”⁷⁷. Incumplir y defenderse en un juicio contencioso alegando la pérdida de

⁷⁴ Id., C. 21°.

⁷⁵ Id., C. 20° (“Que las resoluciones dictadas en virtud de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211 -como fue el caso de la Resolución N° 1/2004-, sus efectos y los de las condiciones que tales resoluciones impongan son de duración indefinida, salvo que la propia resolución en cuestión establezca un plazo para la vigencia de tales condiciones”).

⁷⁶ Id., C. 23°. Ver también, C. 17°.

⁷⁷ Id., C. 21° (“[Las condiciones] deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad”).

fundamento de la condición, no resulta aceptable para el TDLC:

Que, a juicio de este tribunal, los argumentos reproducidos en el razonamiento precedente debieron haber sido presentados a esta magistratura en la ocasión y en el momento adecuados para tal fin, que no eran otros que el de una solicitud, vía una nueva consulta en aplicación de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, orientada a obtener el alzamiento o la modificación de la Condición Primera, toda vez que, tal como se ha dicho en las consideraciones Vigésimo Primera a Vigésimo Cuarta de la presente sentencia, la única manera jurídicamente procedente de dejar sin efecto o de modificar una condición impuesta con motivo de una consulta es mediante otra en que se solicite tal término o modificación sobre la base de nuevos antecedentes... Lo anterior encuentra su fundamento jurídico en el artículo 32 del D.L. N° 211, pues el afectado por una condición dictada en un procedimiento no contencioso podrá liberarse de responsabilidad infraccional por su incumplimiento sólo en la medida en que exista un nuevo pronunciamiento de este tribunal, sobre la base de nuevos antecedentes, que modifique o ponga término a dicha condición, lo que no ha ocurrido en la especie. De no seguirse este criterio, por lo demás, se generaría el incentivo perverso de que los afectados por una condición dictada en sede no contenciosa podrían burlarla simplemente estableciendo por su cuenta -en virtud de una especie de autotutela- que las circunstancias del mercado ya no son las mismas que se tuvieron en cuenta para imponerla; decidiendo, en consecuencia, no cumplir con la condición -infringiendo de esta manera el artículo 3° del DL N° 211-; esperar a ser requeridas y, si es que ello ocurre, intentar desvirtuar en el curso del procedimiento contencioso correspondiente la presunción de antijuridicidad contenida en el incumplimiento de la referida condición⁷⁸.

Consiguientemente, el TDLC se preocupó de desestimar el argumento de que el mero paso del tiempo pudiera provocar la pérdida de vigencia de una condición, al modo de la caducidad:

Que tampoco es posible, a juicio de este tribunal, atribuir a la Condición Primera ni a ninguna otra condición dictada en aplicación de los artículos 18 N° 2 y 31 -como parece hacerlo implícitamente la requerida al argumentar la prescripción en este punto- la posibilidad de extinguirse por el solo paso del tiempo en virtud de alguna forma de caducidad, por la simple razón de que la caducidad, además de ser una sanción de derecho estricto y no estar contemplada en el DL N° 211, sólo opera en nuestro ordenamiento respecto de derechos personales intersubjetivos, categoría a la que tales condiciones no pertenecen, por tratarse de manifestaciones del ejercicio de una potestad pública no sancionatoria⁷⁹.

⁷⁸ Id., C. 23°.

⁷⁹ Id., C. 26°.

En lo que respecta a la calificación misma del incumplimiento de una condición, el voto de mayoría del TDLC sostuvo que se trata de un hecho que se *presume* contrario al DL 211⁸⁰. En este punto, el TDLC adoptó un criterio formalmente distinto, aunque funcionalmente igual, a la posición defendida en el informe. Formalmente, cabe insistir aquí en que si el TDLC ha definido una conducta como anticompetitiva en una condición, su incumplimiento posterior es, *por definición*, un incumplimiento del DL 211, no requiriéndose la figura de la *presunción*. Funcionalmente, el efecto es el mismo⁸¹, pues según hemos visto, el TDLC reconoce que el incumplidor no puede revisar el fundamento de la condición *ex post*⁸².

Las consecuencias del incumplimiento de una condición pueden ser particularmente graves. Según el TDLC, aparte de multa, los remedios que siguen a una infracción pueden incluir no sólo la obligación de desinvertir, sino además la sanción de dejar sin efecto la fusión (el señalado *unscrambling the eggs*). En este caso, el TDLC no estimó necesario llegar tan lejos:

Que al respecto cabe señalar que, en estricta lógica, incluso podría imponerse al señor Malone la sanción de dejar sin efecto la operación de concentración entre VTR y MI aprobada por la Resolución N° 1/2004, toda vez que lo que permitió su aprobación fue, precisamente, la imposición de varias condiciones, entre las cuales está la Condición Primera. Al infringirse esta condición, cae uno de los supuestos de legitimidad de la operación de concentración en ese entonces analizada por el tribunal, por lo que esta última podría ser dejada sin efecto. Sin embargo, este tribunal estima suficiente, en este caso, optar por la obligación de desinversión en DirecTV Chile indicada precedentemente y aplicar la multa de la que se trata a continuación⁸³.

Por otra parte, en cuanto a la legitimación activa, el TDLC determinó, con total claridad y sin dejar dudas al respecto, que la FNE tiene el poder-deber de hacer cumplir las condiciones⁸⁴. Concretamente, el tribunal declaró:

⁸⁰ Id., C. 50° (“[E]ste tribunal ha señalado que el incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer en una condición que ha sido dictada como parte de una resolución que pone término a un asunto tramitado de conformidad con los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, constituye una conducta que se presume infringe la libre competencia”). Ver también, C. 51° y 78°.

⁸¹ Id., C. 80°.

⁸² Discrepamos de la prevención de los Ministros Menchaca y Vellozo. No se trata de presumir de derecho la responsabilidad, sino de castigar a partes que, *a sabiendas*, incurren en conductas que, previa tramitación de un proceso pleno -el proceso de consulta-, ya han sido declaradas como ilegales. En términos más generales, nos parece incorrecto rechazar la tesis *per se* en libre competencia con base en el Derecho Constitucional, debate que, en todo caso, excede el tema de este trabajo. La defensa de “culpabilidad” como no exigibilidad de otra conducta, y no como culpa o dolo, rara vez es una defensa útil en el Derecho de la Competencia; claramente no ayuda a un miembro de un cartel.

⁸³ TDLC, Sentencia N° 117/2011, 29 de diciembre de 2011, Rol C 156-08, *Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone*, C. 94°.

⁸⁴ Id., C. 23°, C. 49° y 50°.

Que de lo anterior se desprende: (i) que el Fiscal Nacional Económico tiene la potestad y el deber de perseguir la comisión de conductas que infringen la libre competencia; (ii) que la infracción de una condición impuesta en una resolución dictada al término de un procedimiento no contencioso tramitado de conformidad con los artículos 18 N° 2 y 31 del DL N° 211 lleva implícita y supone *prima facie* la comisión de una conducta contraria a la libre competencia; y, (iii) que, en consecuencia, el Fiscal Nacional Económico está activamente legitimado para perseguir conductas que incumplan tales condiciones; razones todas por las cuales se desestimarán en lo dispositivo de esta sentencia la excepción de falta de legitimidad activa interpuesta por John C. Malone⁸⁵.

En cuanto a la legitimación pasiva, el TDLC rechazó diversos argumentos formalistas, que de haber sido aceptados pondrían en riesgo la eficacia de nuestro Derecho de la Competencia. El punto central a este respecto -esto es que las condiciones pueden afectar a personas que estrictamente no fueron parte de un proceso de consulta- fue reconocido por el tribunal en los siguientes términos:

Que aunque fuera cierto que las condiciones, por lo general, no surten efectos *erga omnes* respecto de personas ajenas a la operación, sí pueden surtir efectos más allá de la empresa consultante y alcanzar también a quienes mantengan vínculos de tal naturaleza con ella que hagan presumir que su actuación económica y financiera está guiada por intereses comunes o subordinada a éstos. De lo contrario, cualquier condición podría ser irrisoria y bastaría constituir empresas separadas para burlarlas⁸⁶.

Las condiciones solicitadas por una compañía pueden entonces ser válidamente impuestas a todo el “grupo empresarial” al cual dicha empresa pertenece, no pudiendo otras entidades que cumplen con dicha pertenencia excusarse del cumplimiento de las mismas:

Que respecto del primero de los dos argumentos precedentes, cabe señalar que la Condición Primera -literal y razonablemente- se impuso no sólo a VTR, sino al “grupo empresarial” de que formaba parte y, específicamente, a su controlador y a las personas relacionadas al mismo según los define el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, siendo exigible directamente de los mismos -y, por consiguiente, esperable- que quienes puedan quebrantarla deban conocer sus términos y responder por su infracción. En otras palabras, la condición se impuso a personas que, aunque formalmente tienen una identidad distinta de la empresa fusionada, tampoco son terceros, sino personas que conforme a la ley están relacionadas con la empresa fusionada y que, precisamente por ello, se encuentran en situación de vulnerarla, a la vez que en obli-

⁸⁵ Id., C. 51°.

⁸⁶ Id., C. 40°.

gación de conocerla y respetarla⁸⁷.

En lo que respecta a la prescripción, el TDLC determinó que las FYODC establecidas en proceso de consulta no prescriben. Sólo las acciones prescriben, pero no así las condiciones, aunque sí prescriben las acciones dirigidas para hacer cumplir condiciones establecidas en sentencias definitivas dictadas en procedimientos sancionatorio-contenciosos:

[L]a prescripción extintiva que contempla el inciso 5° (antiguo inciso 4°) del artículo 20 del D.L. 211, al igual que la que establece el inciso 4° de la misma disposición (antiguo inciso 3°), sólo concierne a acciones, ya que las medidas, en rigor, no prescriben. En efecto, lo que puede prescribir -al tenor de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 20 del D.L. 211- son las acciones destinadas a exigir el cumplimiento de las medidas que este tribunal hubiese impuesto en una sentencia definitiva para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, si transcurren más de dos años sin haberse ejercido dichas acciones, contados desde que la medida en cuestión se hizo exigible -tratándose de obligaciones de hacer- o desde que se infringen o se realiza aquello que éstas prohíben, cuando se trate de prohibiciones o de obligaciones de no hacer. Las medidas, en cuanto tales, pueden tener la duración que defina la sentencia que las impone, o bien, pueden ser incluso indefinidas, tal como se desarrollará en la consideración vigésima⁸⁸.

Al mismo tiempo, el TDLC clarificó que sí prescribe también la acción para perseguir el incumplimiento de una condición dictada en un procedimiento consultivo, en cuyo caso el plazo de la referida prescripción extintiva es de tres años (y no de dos años), tal como se sigue del artículo 20 inciso 4°:

Que, en todo caso, en la especie no es aplicable la regla de prescripción excepcional de dos años que contempla el inciso 5° (antiguo inciso 4°) del artículo 20 del D.L. N° 211 para las acciones de cumplimiento de medidas impuestas en sentencias definitivas previas, sino la general de tres años del inciso 4° (antiguo inciso 3°), que opera respecto de las acciones por atentado a la libre competencia. Lo anterior, toda vez que la acción deducida en estos autos no está destinada a exigir el cumplimiento de alguna medida establecida en una sentencia definitiva previa que haya determinado responsabilidad infraccional, sino que se funda en una presunta infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del D.L. N° 211 -implícita en el eventual incumplimiento de la Condición Primera- que este tribunal debería establecer por primera vez, imponiendo, en su caso, las medidas necesarias para corregirla o sancionarla y para preve-

⁸⁷ Id., C. 39°.

⁸⁸ Id., C. 17°.

nir su reiteración en el futuro⁸⁹.

Que entonces, y dado que las “condiciones” que se imponen como resultado del ejercicio de las atribuciones que confiere a este tribunal el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 no son “medidas” de aquellas a las que se refiere el referido inciso 4° (actual inciso 5°) del artículo 20, la prescripción consagrada en dicha norma sólo podría aplicarse respecto de la acción orientada a hacer exigibles medidas dictadas en una sentencia definitiva de aquellas a las que se refieren los artículos 26, 27, 28 y 29 de la ley en análisis, en ejercicio de la facultad propiamente jurisdiccional contemplada en el artículo 18 N° 1, y en los términos que para cada caso se determine, según si se trata de medidas que impongan obligaciones de hacer o de no hacer⁹⁰.

En cuanto a la manera de contabilizar la prescripción, el TDLC dispuso que el incumplimiento de una obligación estructural tiene la naturaleza de hechos continuos o permanentes, por lo cual la prescripción debe necesariamente contarse desde que los hechos infraccionales cesan:

Dado que la conducta exigible por la Condición Primera es la de “no participar”, ni directa ni indirectamente, en la propiedad de empresas operadoras de televisión inalámbrica o satelital en Chile, su infracción -esto es, la ejecución de la conducta reprochable- necesariamente ha de consistir en “participar” en dicha propiedad. Si se tiene en cuenta que tal participación sólo es posible de ejecutar en la medida en que se tenga todo o parte de la propiedad directa o indirecta en las empresas mencionadas, forzoso es concluir que la ejecución de la conducta... es de carácter permanente, y cesará únicamente en el momento en que quien la ejecuta se desprenda totalmente de dicha participación. En otros términos: mientras el señor Malone participe, directa o indirectamente, en la propiedad de DirecTV Chile, estará ejecutando la conducta prohibida por la Condición Primera y no habrá podido empezar a correr plazo de prescripción alguno en su favor⁹¹.

V. CONCLUSIONES

La tesis sostenida una y otra vez por este trabajo destaca frente a otras aproximaciones que intentan afirmar que las condiciones son sanciones. Estas concepciones orientadas única y exclusivamente a los derechos y libertades de las empresas que son objeto de las condiciones, olvida que, al frente, existen dos valores fundamenta-

⁸⁹ Id., C. 18°.

⁹⁰ Id., C. 19°.

⁹¹ Id., C. 29°.

les, la eficiencia económica y la protección de los consumidores, que reclaman una actuación regulatoria *a priori*, de naturaleza administrativa, de parte de los órganos encargados de velar por la competencia.

En especial, cabe destacar que el hecho que el diseño institucional de la competencia de muchos países, incluido el chileno, se organice en torno a tribunales, no es un argumento a favor de la tesis de las sanciones. El carácter infraccional del Derecho de la Competencia frente a hechos o actos consumados no aplica ni debe ser extendido al control de FYODC.

En los casos que nos preocupan, el Derecho de la Competencia opera como un verdadero Derecho Administrativo material de restricción de libertades y derechos de carácter regulatorio y preventivo. No es distinto a las regulaciones relativas a la vida, seguridad, salud, medioambiente y otras, donde los fines públicos justifican limitaciones y restricciones a las libertades y derechos.

Por todo lo anterior, el fallo del TDLC que acogió el requerimiento de la FNE en contra del Sr. John Malone es, doctrinariamente, un fallo extraordinario, de gran contenido y transcendencia en lo que se refiere al régimen aplicable a las FYODC. Dicho pronunciamiento aporta claridad y seguridad jurídica a un texto normativo -el DL 211- que es pobre en redacción y contenido, iluminándolo conforme a una concepción moderna del Derecho y Política de la Competencia. Es de esperar entonces que la Corte Suprema ratifique el fallo del TDLC en el recurso de reclamación que aún está pendiente.

EL *ENFORCEMENT* RELATIVO A LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS EN LA REGULACIÓN NORTEAMERICANA DE COMPETENCIA*

Michael E. Jacobs**

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido por mucho tiempo que la Sección 7ª del *Clayton Act*, que prohíbe las transacciones que pueden reducir sustancialmente la competencia, tiene un alcance que le permite revisar adquisiciones parciales. Tanto el Departamento de Justicia norteamericano (“DOJ”) como el *Federal Trade Commission* (“FTC”) han desafiado adquisiciones que han involucrado participaciones minoritarias. Enfatizando la importancia de esta materia, la Guía para el Control de Operaciones de Concentración Horizontales de 2010 incluye también una sección sobre adquisiciones parciales y participaciones minoritarias. Tales adquisiciones podrían quebrantar las disposiciones de las leyes de competencia de Estados Unidos, cuando existe más que una mera “posibilidad efímera” de que produzcan un daño en la competencia, y la transacción genera un “riesgo apreciable” de engendrar efectos anticompetitivos.¹ Este memorándum pretende entregar una imagen panorámica en torno al tratamiento que reciben las participaciones minoritarias y las adquisiciones parciales bajo la legislación de competencia estadounidense.

II. LA SECCIÓN 7ª DEL *CLAYTON ACT*

La Sección 7ª del *Clayton Act* provee las bases legales para la regulación de las adquisiciones parciales y las participaciones minoritarias. En lo que interesa a este informe, la ley dispone que:

* Traducción de la abogada de la Fiscalía Nacional Económica, Pía Chible Villadangos. Las citas originalmente presentadas en inglés fueron también traducidas para privilegiar una mejor comprensión del texto.

** Michael E. Jacobs es un abogado norteamericano y ha sido consultor para la Fiscalía Nacional Económica desde marzo de 2012. Antes de unirse a la FNE fue socio en la oficina Zelle, Hofmann, Voelbel & Mason LLP de Minneapolis, MN, donde concentró su práctica profesional en el área de libre competencia y litigación compleja. Recibió su JD (*magna cum laude*) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown en 1998.

¹ Paul C. Cuomo, *et al.* “Partial Acquisitions: Recent MOFCOM Action Suggests Possible Divergence With U.S. Standards” en CPI ANTITRUST CHRONICLE. (2012), en p. 2.

Ninguna persona que participe en la actividad comercial o en cualquier otra actividad que pudiera afectar la actividad comercial podrá adquirir, directa o indirectamente, la totalidad o **cualquier parte** de las acciones u otro tipo de capital social, así como ninguna persona sujeta a la jurisdicción del *Federal Trade Commission* podrá adquirir la totalidad o cualquier parte de los activos de otra persona que, asimismo, participe de la actividad comercial o de cualquier otra actividad que pudiera afectar la actividad comercial cuando, en cualquier área comercial o actividad que afectare algún área comercial del país, **el efecto de tal adquisición pueda reducir sustancialmente la competencia, o tender a generar un monopolio.**

Ninguna persona podrá adquirir, directa o indirectamente, la totalidad o **cualquier parte** de las acciones u otro tipo de capital social, así como ninguna persona sujeta a la jurisdicción del *Federal Trade Commission* podrá adquirir la totalidad o cualquier parte de los activos de una o más personas que participen en la actividad comercial o en cualquier actividad que afecte la actividad comercial cuando, en cualquier área comercial o actividad que afectare algún área comercial del país, **el efecto de la adquisición de tales acciones o activos, o el uso de tales acciones a través del ejercicio del derecho a voto, la concesión de poderes de representación, u otros mecanismos afines, pudiera reducir sustancialmente la competencia o tender a generar un monopolio.**

Esta sección no podrá aplicarse a las personas que adquieran acciones con el solo propósito de invertir y que no las utilicen votando o ejerciendo algún derecho afín con el objeto de producir, o intentar producir una reducción sustancial de la competencia.²

En sus propios términos, la Sección 7^a pretende regular, explícitamente, los casos de adquisiciones parciales³ por lo que, consecuentemente, la aplicación del *Clayton Act* a una transacción determinada no depende de que ésta genere un cambio de control sobre una empresa.⁴ Sin embargo, dado que la ley no establece ningún umbral para determinar el mínimo porcentaje de participación que puede desencadenar preocupaciones competitivas, toda adquisición de participación en una empresa está sujeta a la jurisdicción de las agencias de competencia, sea que a través de ella se obtenga algún control o influencia sobre la empresa adquirida y sobre el proceso

² 15 U.S.C. § 18 (énfasis añadido).

³ *Id.* (“ninguna persona (...) podrá adquirir (...) el todo o cualquier parte” de las acciones o activos de otra entidad, cuando “el efecto de tal adquisición pueda reducir sustancialmente la competencia, o tender a generar un monopolio.”).

⁴ OECD, “Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates,” en DAF/COMP(2008), en p. 41.

de toma de decisiones de negocios, o no.⁵

“No hay reglas claras [*bright line rules*] cuando se trata de determinar si una adquisición parcial quebranta (o no quebranta) las normas de competencia de las leyes de Estados Unidos, y el análisis que debe efectuarse ante cualquier caso particular de adquisición parcial depende altamente de las circunstancias específicas de cada transacción propuesta”⁶. No obstante, en varios casos antiguos se ha resuelto que adquisiciones que han involucrado a menos de un 25% de participación en una empresa quebrantan las disposiciones de la Sección 7^a.⁷ En algunos casos más recientes que se refieren a adquisiciones parciales, las agencias han llegado a pactar acuerdos extrajudiciales que limitan la propiedad impugnada a menos de un 30% de participación sobre la empresa adquirida.⁸

La Sección 7^a no es aplicable a casos en que las acciones han sido adquiridas “con el sólo propósito de invertir”. Esta excepción es establecida con el objeto de servir “al limitado propósito de transmitir seguridad a los inversionistas, particularmente a los inversionistas institucionalizados, por cuanto el *Clayton Act* no estaba diseñado para interferir con las inversiones en general [...]”⁹ Si bien las cortes han analizado diversos factores al momento de decidir si una transacción se ha llevado a cabo “con el solo propósito de invertir”, este requisito será generalmente satisfecho si, a través de la transacción, el adquirente no obtiene influencia sobre la conducta y

⁵ Véase, por ejemplo, *Denver & Rio Grande W. RR. Co v. U.S.*, 387 U.S. 485, 501 (1967) (“No es necesario que una empresa adquiera el control de otra empresa para que pueda quebrantar las disposiciones de la Sección 7^a”); *U.S. v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 592 (1957) (“Cualquier adquisición del todo o cualquier parte de las acciones de otra empresa, sea esta competidora o no, está comprendida en el alcance de la Sección 7^a cuando exista probabilidad razonable de que la adquisición pueda resultar en una restricción de la competencia o la creación de un monopolio en cualquier área del comercio.”).

⁶ Cuomo, “Partial Acquisitions,” *Op.Cit.* nota N° 1, en p. 3.

⁷ OECD, “Minority Shareholding,” *Op.Cit.* nota N° 4, en p. 41 (citando a *E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. en 592 (adquisición del 23% de participación); *Rio Grande W. RR. Co v. U.S.*, 387 U.S. en 501 (adquisición de un 20% de participación); *American Crystal Sugar Co v. Cuban-American Sugar Co.*, 259 F.2d 524,526, 531 (2d Cir. 1958) (adquisición de un 23% de participación)).

⁸ *Id.* (citando a *U.S. v. Gillette Co.*, propuesta de fallo, estipulaciones y declaración de impacto competitivo, 55 Fed. Reg. 12,567, 12,569 (1991); *U.S. v. AT&T Corp.*, propuesta de fallo, estipulaciones y declaración de impacto competitivo, 64 Fed. Reg. 2506 (1999); *U.S. v. MCI Comm. Corp.*, propuesta de fallo, estipulaciones y declaración de impacto competitivo, 59 Fed. Reg. 33,009 (1994); *Time Warner Inc.*, propuesta de acuerdo extrajudicial con análisis para asistir el comentario público, 62 Fed. Reg. 67,868, 67,871 (1996).

⁹ Areeda, Phillip y Hovenkamp, Herbert J. *Fundamentals of Antitrust Law*. New York: Aspen Law & Business, 2011.

la conducción de los negocios de la empresa adquirida.¹⁰ En contraste, se ha fallado que la excepción no resulta aplicable cuando el adquirente tiene la habilidad para influir en el comportamiento de la empresa adquirida.¹¹ Sin embargo, si un adquirente puede demostrar, satisfaciendo a la corte, que su adquisición tuvo por el objeto “el solo propósito de invertir”, entonces el demandante debe ser capaz de mostrar que el imputado está, de hecho, “[utilizando su participación] votando o ejerciendo algún derecho afín con el objeto de producir, o intentar producir una reducción sustancial de la competencia.”¹² Esta es una carga más alta que la que existe bajo la cláusula general de la Sección 7^a, que requiere que el demandante sólo pruebe efectos probables en la competencia.

III. EL CONTROL COMPETITIVO DE LAS ADQUISICIONES PARCIALES

Tanto el DOJ como el FTC reconocen los potenciales efectos anticompetitivos que pueden generarse cuando una empresa incurre en una adquisición parcial de un competidor horizontal. Para una conferencia reciente de la OCDE sobre participaciones minoritarias e *interlocking* de directores, las autoridades norteamericanas sostuvieron que las adquisiciones parciales podían tener efectos análogos -aunque (generalmente) cuantitativamente menores- a las operaciones de concentración horizontales.¹³ Así, de acuerdo a lo dispuesto en la Guía para el Control de Operaciones

¹⁰ Véase, por ejemplo, *United States v. Tracinda Inv. Corp.*, 477 F. Supp. 1093, 1098 (C.D. Cal. 1979) (“El factor definitivo que las cortes han examinado (...) se refiere a si las acciones fueron compradas con el propósito de asumir un rol activo en la administración y el control de la empresa adquirida”); *Anaconda Co. v. Crane Co.*, 411 F. Supp. 1210, 1219 (S.D.N.Y. 1975). Otros factores que las cortes han considerado incluyen si existieron acuerdos posteriores que restringieran el uso de las acciones adquiridas, *Anaconda Co.*, 411 F. Supp. en 1218, al punto en que pueda decirse que el imputado mantiene un portafolio de inversiones diversificado, y el precio pagado por las acciones en comparación a su valor de mercado. *Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co.*, 114 F. Supp. 307, 316 (D. Conn. 1953). Véase también OECD, “Minority Shareholding,” *Op.Cit.* nota N° 4, en 42 n.83 (notando que las “regulaciones de implementación del *HSR Act*, que tiene su propia excepción y requisito de espera tras la notificación previa a una operación de concentración, para ‘adquisiciones de acciones con derecho a voto con el solo objeto de invertir’ que se traduzcan en un porcentaje igual o menor a un 10% de participación de las acciones con derecho a voto circulando (15 U.S.C. § 18a(c)(9)). Estas excepciones se refieren a casos en que una adquisición tenga el solo objeto de invertir, si el adquirente no tiene intención de participar en la formulación, determinación o dirección de las decisiones básicas de negocios del emisor. (16 C.F.R. § 801(1)(i)). El documento Statement of Basis and Purpose, 43 Fed. Reg. 33450, 33465 (31 de julio de 1978) del FTC identifica seis tipos de conducta que pueden ser consideradas como evidencia de una intención inconsistente con la excepción del ‘solo objeto de invertir’: (1) nominar a un candidato al directorio del emisor; (2) proponer acciones corporativas que requieren de aprobación de los accionistas; (3) solicitar poderes de representación; (4) contar con un accionista controlador, director, ejecutivo o empleado desempeñándose simultáneamente como ejecutivo o director del emisor; (5) ser un competidor del emisor; o (6) caer bajo cualquiera de los supuestos anteriores respecto de alguna entidad directa o indirectamente controlada por el emisor.”).

¹¹ Véase, por ejemplo, *E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. en 592-602.

¹² *Tracinda Inv. Corp.*, 477 F. Supp. en 1098 (citando *Anaconda Co.*, 411 F. Supp. en 1219).

¹³ OECD, “Minority Shareholding,” *supra* nota 4, en 176.

de Concentración Horizontales de 2010, “cuando las agencias determinan que una adquisición parcial se traduce en control efectivo sobre la empresa adquirida, o involucra sustantivamente a todos los activos relevantes de la misma, deben analizar la transacción de una manera muy similar al modo en que se analizan las operaciones de concentración.”¹⁴ No obstante, incluso cuando las adquisiciones parciales no se traducen en control efectivo, pueden surgir preocupaciones de competencia que “pueden requerir de un análisis relativamente distinto al aplicado a operaciones de concentración o adquisiciones que se traduzcan en un control efectivo.”¹⁵

Al efectuar un análisis en torno al potencial impacto anticompetitivo de una adquisición parcial, el DOJ y el FTC se han centrado principalmente en tres efectos:

- “Primero, una adquisición parcial puede reducir la competencia por la vía de otorgar a la empresa adquirente la habilidad para influir en la conducta competitiva de la empresa adquirida”. Tal influencia, que puede generarse por medio de derechos a voto o derechos políticos afines (como, por ejemplo, la habilidad de designar a directores), “puede reducir la competencia, ya que la empresa adquirente puede usar su influencia para inducir a la empresa adquirida a competir menos agresivamente o a coordinar su conducta con la de la empresa adquirente.”¹⁶
- “Segundo, una adquisición parcial puede reducir la competencia por la vía de reducir el incentivo de la empresa adquirente a competir.”¹⁷ Pueda o no una empresa influir en la conducta de su rival en que posee una participación minoritaria, es posible que esta ya no esté dispuesta a competir con tanta agresividad como lo haría en otras circunstancias, ya que participa en las pérdidas que tal competencia significaría para el rival sobre el cual posee una participación minoritaria. Sin embargo, las agencias reconocen que “comparado con los efectos unilaterales en la competencia de una operación de concentración completa, este efecto sería probablemente atenuado por el hecho de que la participación sea sólo parcial”.¹⁸
- “Tercero, una adquisición parcial puede reducir la competencia, dando acceso a la empresa adquirente a información privada y comercialmente sensible de la empresa que es objeto de la adquisición”.¹⁹ Nuevamente, sin perjuicio de cualquier habilidad para influir en la conducta del competidor, el acceso a información competitivamente sensible les permitiría a las empresas coordi-

¹⁴ *Horizontal Merger Guidelines* (2010) ¶13. Disponible en <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>>.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

nar su comportamiento con mayor facilidad o, alternatively, desarrollar respuestas de manera más rápida y adaptadas a la empresa adquirida. “El riesgo de que existan efectos coordinados es más grande si es que la transacción también facilita el flujo de información competitivamente sensible desde el adquirente hacia el adquirido”.²⁰

Sin perjuicio de estos criterios generales, las agencias reconocen que, tal como sucede con las operaciones de concentración, el potencial de las adquisiciones parciales de generar efectos anticompetitivos varía enormemente caso a caso y, por lo tanto, las circunstancias específicas de cada caso deben ser tomadas en consideración.²¹ Más aún, si bien las agencias considerarán si una adquisición parcial tiene probabilidades de producir eficiencias cognoscibles, éstas han notado que las transacciones de tales características suelen no crear el mismo tipo de eficiencias que las operaciones de concentración.

IV. CASOS DE *ENFORCEMENT* QUE INVOLUCRAN ADQUISICIONES PARCIALES

Dado el importante rol que desempeñan los hechos del caso en el análisis, parece haber una amplia gama de escenarios en los que adquisiciones parciales han levantado preocupaciones de competencia para el DOJ o el FTC. Sin embargo, un comentario reciente sobre la materia ha concluido que las acciones de *enforcement* pueden clasificarse en “tres grandes categorías” que incluyen las que siguen:

- Transacciones donde la empresa adquirente es un competidor directo de la misma empresa adquirida, o de una empresa respecto de la cual la adquirida posee participación.²²
- Transacciones donde la empresa adquirente posee un interés de control sobre un competidor directo de la misma empresa adquirida, o sobre una inversión de la misma. Los casos *Dairy Farmers of America* y *Kinder Morgan*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Cuomo, “Partial Acquisitions,” *Op.Cit.*, nota N° 1, en p. 4. Las transacciones que Cuomo *et al* incluyen en este paquete son: (1) la adquisición de AMFM, Inc. por parte de Clear Channel Communications Inc.’s, que controlaba un 28,6% de la participación del competidor directo de Clear Channel; (2) la compra de TCI por parte de AT&T, que mantenía una participación de 23,5% en el competidor directo de AT&T en el mercado de los teléfonos móviles; (3) la adquisición de Continental Cablevisión por parte de U.S. West, que mantenía una participación de 20% en un competidor directo de U.S. West; (4) la compra de Aerolíneas Argentinas por parte de American Airlines, quien era su competidor directo; (5) la compra del 7,5% con opción de compra de otro 7,5% de Time Warner por parte de TCI, quien era su competidor directo; y (6) la adquisición de Loral Corp. por parte de Lockheed Martin, en el mercado de negocios relacionados a la defensa, que incluía un 20% de participación en Loral Space & Communications, que, por su parte, mantenía un 33% de participación en Space Systems/Loral, competidor directo de Lockheed. *Id.* en 4 n.11

(desarrollados *infra*) se encuentran incluidos en esta categoría.²³

- Transacciones donde la empresa adquirente posee un interés distinto a uno de control, sobre un competidor directo de la empresa adquirida.²⁴ El caso *Univisión* (desarrollado, también, *infra*), cae bajo esta categoría.

Los casos discutidos en esta sección ilustran el potencial riesgo competitivo que es abordado en las Guía para el Control de Operaciones de Concentración de 2010.

a) *United States v. Dairy Farmers of America*

En abril de 2003, el DOJ presentó una demanda desafiando la participación parcial que mantenía la empresa *Dairy Farmers of America* (DFA) en dos empresas competidoras del mercado de la leche (*Flav-O-Rich* y *Southern Belle Dairy*). La empresa DFA es una organización dedicada al *marketing* de la leche, además de ser la cooperativa más grande dedicada a la producción de leche en Estados Unidos, integrada por mil miembros.²⁵ Para poder cumplir con su misión de asegurar a sus afiliados una venta constante de leche natural al precio más alto, la DFA comenzó a integrarse verticalmente, y a invertir en distintas empresas productoras de leche.²⁶ De acuerdo al DOJ, la DFA prefirió no adquirir y administrar por completo las empresas productoras de leche, sino adquirir participaciones de un 50%, para después dejar la operación diaria de las empresas adquiridas a sus socios, dada su mayor experiencia en el mercado.²⁷ Antes de la transacción cuestionada, la DFA ya mantenía un 50% de participación en la empresa que controlaba y operaba a la empresa productora de leche, *Flav-O-Rich*, además de contar con intereses financieros en varias otras empresas productoras de leche que vendían leche a escuelas de Kentucky y Tennessee.²⁸

En febrero de 2002, la DFA adquirió un 50% de participación con derecho a voto, en la empresa *Southern Belle*, principal competidor de *Flav-O-Rich* en la venta de leche para colegios.²⁹ En efecto, para muchos distritos escolares, las dos

²³ *Id.* en 5 n.12. Otra transacción incluida en este Segundo paquete que Cuomo *et al* identifica, es la adquisición de MediaOne propuesta por AT&T, donde ambas empresas mantenían participaciones parciales en empresas competidoras del mercado de televisión de cable residencial (AT&T con un 26% de participación en Excite@HomeCorp, y MediaOne con un 34% de participación en la empresa que operaba a RoadRunner).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *United States v. Dairy Farmers of America*, 426 F.3d 850, 852 (6th Cir. 2005). Véase también Demanda, *United States v. Dairy Farmers of America*, Civ. No. 6:03-206 (E.D. Ky. 23 de abril de 2003).

²⁶ Véase OECD, "Minority Shareholding," *Op.Cit.* nota 4, en 177-78.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Demanda, *Dairy Farmers of America*, en ¶¶ 7-9.

²⁹ *Id.* en ¶¶ 11-14. Por más de una década, a fines de la década de 1970 y principios de 1980, las dos empresas productoras de leche se habían involucrado en una conspiración en torno a licitaciones fraudulentas, acordando no ofertar agresivamente en los colegios que eran clientes compradores de leche del otro. Esa conspiración se tradujo en admisiones de culpabilidad en 1992 por parte de ambas empresas. *Id.* en ¶ 18.

empresas productoras de leche eran las únicas dos empresas competidoras. El DOJ alegó que, como resultado de la adquisición, las participaciones de la DFA en ambas empresas se traducían en incentivos para reducir la competencia. Más aún, la DFA tenía incentivos para facilitar aumentos de precios unilaterales, con independencia de cualquier coordinación, ya que, participando de las utilidades de ambas empresas, no podría perjudicar a la DFA que los clientes compraran una u otra leche como respuesta al alza de precios.³⁰ Finalmente, la DFA adquirió la habilidad para influir en la dirección de ambas empresas productoras de leche, de modo que ambas actuaran en el interés del DFA de reducir la competencia.³¹

Tras la presentación de la demanda del DOJ, la DFA modificó sus derechos políticos, convirtiendo sus acciones con derecho a voto en las empresas que operaban a ambas compañías productoras de leche, en acciones sin derecho a voto. Posteriormente, presentó una moción para un juicio sumario, argumentando que como había perdido la habilidad de ejercer control sobre la administración de las empresas productoras de leche, su participación en ellas no podía reducir la competencia. El Tribunal de Primera Instancia accedió a la moción, motivando una apelación por parte del DOJ, donde la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Sexto Circuito resolvió revertir el fallo del tribunal inferior, sosteniendo que el DOJ había presentado suficiente evidencia para oponerse al juicio sumario, sobre la base de que la inversión original de la DFA en la empresa *Southern Belle* había vulnerado las leyes de competencia.³² Ponderando sobre las teorías de riesgo del DOJ, el Sexto Circuito sostuvo:

En síntesis, la DFA ya contaba con un 50% de participación con derecho a voto en (...) la planta de procesamiento de leche *Flav-O-Rick* cuando acordó la adquisición de participación sobre la empresa *Southern Belle*. De acuerdo a ese convenio, la DFA adquirió un 50% de participación con derecho a voto en *Southern Belle* y sus plantas de procesamiento de leche. Por tanto, la DFA tenía un 50% de participación en las únicas empresas productoras de leche operando en más de 40 distritos escolares en Kentucky y Tennessee. Más aún, la DFA tiene el poder para fijar la remuneración de aquellos que manejaban la empresa *Southern Belle*, y para vetar algunos gastos de la misma. Esto demuestra que la adquisición de *Southern Belle* por parte de la DFA, incluía un mecanismo por medio del cual la DFA podía ejercer control sobre las actividades de negocio de *Southern Belle*, resultando en que controlara un porcentaje indebido del mercado relevante, además de que incrementara significativamente la concentración de empresas en ese mercado. Aquí, el control de la DFA era suficiente para mostrar que la adquisición causó efectos anticompetitivos.³³

³⁰ OECD, "Minority Shareholding," *Op.Cit.* nota N° 4, en 178.

³¹ *Ibid.*

³² *Dairy Farmers of America*, 426 F.3d en 852.

³³ *Id.* en 862.

Más aún, la Corte de Apelaciones sostuvo que la renuncia voluntaria de los derechos a voto de la DFA no remediaba el quebrantamiento, porque todavía podría existir “un mecanismo que facilite comportamientos anticompetitivos, además del control,” como la dependencia de *Southern Belle* en la DFA para obtener capital adicional (dado que la DFA mantenía toda la deuda de la empresa).³⁴ Adicionalmente, las partes aún tenían “intereses íntimamente alineados para maximizar sus utilidades por medio de conductas anticompetitivas”.³⁵ Siguiendo el fallo del Sexto Circuito y antes de la continuación del juicio ante el tribunal inferior, la DFA accedió a vender su participación en la empresa *Southern Belle* a una compañía distinta.³⁶

b) *Kinder Morgan, Inc./Carlyle Group/Riverstone Holdings LLC*

En enero de 2007, el FTC desafió la adquisición de participación en *Kinder Morgan, Inc.* (KMI), una empresa de transporte, almacenamiento y distribución de energía, por parte de un fondo de inversión manejado por el Grupo *Carlyle* (“Carlyle”) y *Riverstone Holdings LLC* (“Riverstone”). La adquisición era parte de una transacción de 22 billones de dólares, donde la empresa pasaría a ser manejada por la administración de KMI y un grupo de empresas de inversión que incluían los fondos de *Carlyle* y *Riverstone*. Como resultado del acuerdo propuesto, *Carlyle* y *Riverstone* habrían adquirido una participación conjunta de 22,6% en KMI.³⁷

A la época de la transacción propuesta, un fondo de inversión, controlado y administrado por *Carlyle* y *Riverstone*, mantenía el 50% de interés en el socio general que controlaba a la empresa *Magellan Midstream*, un competidor de KMI en el mercado de las estaciones de servicio [*terminaling of gasoline*] y otros productos livianos derivados del petróleo en el sudeste de Estados Unidos. De acuerdo al FTC, la transacción propuesta quebrantaría las disposiciones de la Sección 7ª del *Clayton Act* y la Sección 5ª del *FTC Act*³⁸, al reducir la competencia en el mercado de estaciones de servicio para 11 áreas metropolitanas de Estados Unidos que ya se encontraban moderada o altamente concentradas antes de la adquisición, y donde la combinación de KMI y *Magellan* “a través de una participación o control parcial común, significaría incrementar de manera relevante esos niveles de concentración.”³⁹ Adicional-

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ OECD, “Minority Shareholding,” *supra* nota 4, en 179.

³⁷ Véase también Analysis of Proposed Agreement Containing Consent Orders to Aid Public Comment, *In the Matter of TC Group L.L.C., Riverstone Holdings LLC, Carlyle/Riverstone Global Energy and Power Fund II, L.P., and Carlyle/Riverstone Global Energy and Power Fund III, L.P.*, FTC No. 061-0197 (25 de enero de 2007), disponible en <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0610197/analysis.pdf>>. Véase además OECD, “Minority Shareholding,” *Op.Cit.* nota 4, en 177.

³⁸ La Sección 5ª del *FTC Act* prohíbe, entre otros, “métodos injustos de competencia en o afectando el comercio,” y autoriza al FTC a prohibir tales prácticas. 15 U.S.C. § 45.

³⁹ *Id.* en 4.

mente, el FTC alegó que el acuerdo reduciría la competencia, porque *Carlyle* y *Riverstone* tendrían un representante en el directorio de ambas empresas competidoras, podrían ejercer poder de veto sobre algunas decisiones de *Magellan*, y accederían a información privada y competitivamente sensible de KMI y *Magellan* que podría ser traspasada, directa o indirectamente, entre ambas empresas.⁴⁰

El FTC expresó sus preocupaciones de la transacción, en torno a posibles efectos unilaterales y coordinados que esta pudiera conllevar. La agencia sostuvo, por ejemplo, que una adquisición parcial facilitaría el ejercicio de poder de mercado unilateral, porque muchas de las estaciones de KMI y *Magellan* constituían la primera o segunda opción para los clientes, quedando las demás estaciones de servicio sin capacidad o incentivo para reemplazar la competencia que se perdería como producto de la transacción.⁴¹ Más aún, al combinar a dos de los principales participantes independientes de 11 áreas geográficas del mercado descrito, a través de una participación parcial común, el acuerdo propuesto aumentaba la probabilidad de interacciones coordinadas entre los competidores de ese mercado.⁴²

El FTC llegó a un acuerdo extrajudicial con las partes, de acuerdo al cual *Carlyle* y *Riverstone* debían, entre otros, (1) remover a todos los representantes que tenían de cualquiera de los directorios de *Magellan*; (2) ceder el control de *Magellan* a sus otros inversionistas principales; (3) no influir o intentar influir en la administración o la operación de *Magellan*; y (4) establecer salvaguardias que impidan el intercambio de información sensible entre KMI y *Magellan*.⁴³

c) *Univision Communications Inc./Hispanic Broadcasting Corp.*

En marzo de 2013, el DOJ llegó a un acuerdo con *Univision Communications Inc.* (“Univisión”) respecto de su propuesta de adquisición de *Hispanic Broadcasting Corporation* (“HBC”). *Univisión* era la empresa de transmisión de televisión hispano-hablante más grande en Estados Unidos, con dos cadenas de transmisión, *Univisión* y *Telefutura*, además de un canal de televisión por cable. HBC, por su parte, era una empresa de comunicaciones que controlaba y operaba más de 60 estaciones de radio en 18 áreas geográficas de Estados Unidos, en su mayoría para la transmisión de contenidos en español. Al tiempo de la transacción, *Univisión* mantenía una participación minoritaria en otra empresa de comunicaciones de habla hispana, *Entravision Communications Corporation* (“Entravisión”), que incluía un 30% de participación en *Entravisión*, además de importantes derechos políticos, incluyendo el derecho a designar a dos miembros del directorio de *Entravisión* y el derecho a veto de ciertas decisiones de negocio. *Entravisión* era el principal competidor de

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.* en 6.

HBC en varios mercados vinculados a la radio hispanoparlante.⁴⁴

El DOJ expresó su preocupación en torno a que la participación de *Univisión* en *Entravisión*, incluyendo el ejercicio de su control sobre decisiones importantes de *Entravisión*, reduciría los incentivos de ambas empresas de competir agresivamente en el mercado de venta de espacios publicitarios en radios de habla hispana.⁴⁵ La agencia afirmó que la habilidad de *Univisión* de designar directores y de vetar ciertas decisiones estratégicas de negocios (incluyendo la emisión de capital o de títulos de deuda, o las adquisiciones por montos superiores a 25 millones de dólares) perjudicarían la habilidad y el incentivo de *Entravisión* de competir con *Univisión/HBC*.⁴⁶ Más aún, el DOJ pensaba que, dado que *Univisión* era un dueño relevante de las acciones de *Entravisión*, y que la empresa, por tanto, se beneficiaría aún si un cliente eligiera a *Entravisión* por sobre *HBC*, *Univisión/HBC* verían reducidos sus incentivos a competir con *Entravisión* por las empresas de publicidad que buscaran llegar a una audiencia de radio hispanoparlante. Para el DOJ, esto se traduciría en un incremento de los precios para un número relevante de empresas de publicidad.⁴⁷

Para aliviar los riesgos competitivos que preocupaban al DOJ, *Univisión* accedió, como parte del acuerdo extrajudicial, a (i) desinvertir una porción significativa de su participación en *Entravisión*; (ii) renunciar a sus derechos para designar a dos miembros del directorio de *Entravisión*; y (iii) abandonar el derecho a vetar ciertas decisiones de negocio de *Entravisión*. El acuerdo requirió que *Univisión* redujera sus participaciones en *Entravisión* a no más de un 15% dentro de los próximos tres años, y a no más de 10% dentro de los seis años siguientes a la suscripción del mismo. Adicionalmente, se le exigió a *Univisión* que intercambiara sus acciones en *Entravisión* por acciones sin derecho a voto, con derechos limitados. Estas provisiones apuntaban a prevenir que *Univisión* participara en la administración de *Entravisión* o que influenciara en su negocio de radio.

V. NOTIFICACIÓN DE ADQUISICIONES PARCIALES PREVIO AL PERFECCIONAMIENTO DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

Como parte del régimen de notificación previo a una operación de concentración en Estados Unidos [seguido de la regulación] *Hart-Scott-Rodino* (“HSR”), la adquisición de acciones con derecho a voto (o activos) que satisfacen el requisito de superar el umbral del “tamaño de la transacción” (así como el umbral del “tamaño de la persona”, si

⁴⁴ Competitive Impact Statement, *United States v. Univision Communications, Inc.*, Civil No. 1:03CV00758 (D.D.C., May 7, 2003), disponible en <<http://www.justice.gov/atr/cases/f201000/201006.htm>>.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

resulta aplicable), debe ser comunicada al FTC y al DOJ -observando un período de espera de 30 días- antes de que la transacción pueda ser perfeccionada.⁴⁸ Las adquisiciones parciales que alcanzan estos umbrales están sujetas a los requisitos de notificación y período de espera, a menos que caigan dentro de alguna de las excepciones que establece el *HSR Act* y sus reglas de implementación, que están previstas para transacciones que se consideran poco capaces de generar conflictos para la competencia.⁴⁹

Una de las excepciones consagradas se refiere a adquisiciones de un 10% -o menos- de las acciones con derecho a voto de un emisor, si la adquisición es efectuada “con el solo propósito de invertir”.⁵⁰ De acuerdo a la Sección 801.1 de las reglas de implementación de *HSR*, se adquieren acciones con derecho a voto “con el solo propósito de invertir” cuando “la persona que mantiene o adquiere tales acciones con derecho a voto no tiene la intención de participar en la formulación, determinación o dirección de las decisiones básicas de negocio del emisor”.⁵¹ Las reglas proveen el siguiente ejemplo para ilustrar el punto:

Si una persona posee acciones “con el solo propósito de invertir” y luego decide influir o participar en la administración del emisor de esas acciones, la acción ya no se posee “con el solo propósito de invertir”.⁵²

Las adquisiciones que se traducen en participaciones de más de un 10% de las acciones en circulación del emisor con derecho a voto deben ser notificadas en todos los casos, a menos que el adquirente sea un “inversionista institucionalizado”.⁵³ En ese caso, la excepción del 10% aumenta a un 15% cuando: (i) la adquisición se efectúa en el curso ordinario del negocio del inversionista institucionalizado; (ii) la adquisición se efectúa “con el solo propósito de invertir”; (iii) el emisor no es un competidor del “inversionista institucionalizado”; y (iv) la persona adquirente no incluye a ninguna entidad que no sea un “inversionista institucionalizado” o que mantenga acciones con derecho a voto en la empresa adquirida.

Estas excepciones están construidas de manera restringida y, en concordancia con el propósito que subyace al *HSR Act*, “la Oficina de Notificación Previa a Operaciones de Concentración del FTC emplea una presunción refutable en contra de su aplicabilidad, cuando el emisor cuyas acciones se adquieren es un competidor del adquirente.”⁵⁴

⁴⁸ 15 U.S.C. § 18a(a).

⁴⁹ Además de las excepciones contenidas en el *HSR Act* mismo, las agencias norteamericanas de competencia están autorizadas a efectuar excepciones de transacciones que “se consideran poco capaces de levantar conflictos de competencia.” 15 U.S.C. § 18a(d)(2)(B).

⁵⁰ 15 U.S.C. § 18a(c)(9).

⁵¹ 16 C.F.R. § 801.1(i)(1).

⁵² *Ibid.*

⁵³ 16 C.F.R. § 802.64.

⁵⁴ Véase Miller, Samuel R. *et al.* “Antitrust Concerns From Partial Ownership Interest Acquisitions: New Developments in the European Union and United States” en CPI ANTITRUST CHRONICLE (2012).

COMBATIENDO LOS *INTERLOCKS* ANTICOMPETITIVOS: SECCIÓN 8ª DEL CLAYTON ACT COMO MODELO PARA ECONOMÍAS PEQUEÑAS Y EMERGENTES*

Michael E. Jacobs**

I. INTRODUCCIÓN

El *interlocking* de directores [*interlocking directorates*] o de administración [*management interlocks*] es una forma de vínculo estructural entre empresas, que ocurre cuando estas comparten, directa o indirectamente, un miembro del directorio o un ejecutivo en común.¹ Tratándose de una práctica generalizada en muchas economías alrededor del mundo,² los *interlocks* no son, en sí mismos y por sí solos, necesariamente lesivos para la competencia, pudiendo, de hecho, producir beneficios pro-competitivos.³ No obstante lo anterior, pueden presentarse serios riesgos cuando los *interlocks* involucran

* Artículo publicado originalmente en 37 *Fordham International Law Journal* (2014), pp. 643-686. Traducción de los abogados de la Fiscalía Nacional Económica, Felipe Belmar Todorovic y Pía Chible Villadangos. Las citas originalmente presentadas en inglés fueron también traducidas para privilegiar una mejor comprensión del texto.

** Michael E. Jacobs es un abogado norteamericano y ha sido consultor para la Fiscalía Nacional Económica desde marzo de 2012. Antes de unirse a la FNE fue socio en la oficina Zelle, Hofmann, Voelbel & Mason LLP de Minneapolis, MN, donde concentró su práctica profesional en el área de libre competencia y litigación compleja. Recibió su JD (*magna cum laude*) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown en 1998.

¹ Véase Org. for Econ. Coop. & Dev., "Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates" 23-24 en *DAF/COMP* (2008) 30 (23 de junio, 2009), <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41774055.pdf> [en adelante, OECD, *Antitrust Issues*]. Otra forma típica de vínculo estructural involucra la mantención de participaciones minoritarias por una compañía en otra, situación que frecuentemente va acompañada de *interlocks*. *Ibid.*

² *Id.* en 48 ("El fenómeno de *interlockings* de directores es uno muy difundido en varios de los países de la OCDE, así como en diversos sectores de la industria"). Para una mayor discusión sobre la frecuencia de los *interlocks* en Estados Unidos, véase Kranz, Matt. "Web of Board Members Ties Together Corporate America" en *USA TODAY*, Nov. 24, 2002, http://usatoday30.usatoday.com/money/companies/management/2002-11-24-interlock_x.htm (encontrando una "preocupante cantidad de superposición" entre los directorios de las principales empresas de la nación). De acuerdo al *USA Today*, al tiempo del artículo, "un quinto de las 1.000 empresas más grandes en Estados Unidos compartían al menos a un miembro del directorio con otra de las 1.000 empresas." Aún más, "11 de las 15 empresas más grandes, incluyendo Pfizer y Citigroup, tienen al menos dos miembros de directorio que se desempeñan como director en otra empresa." *Id.* Los *Interlocks* también son comunes en otros lugares, Véase, por ejemplo Rosch, J. Thomas, Chairman, Fed. Trade Comm'n, Remarks before the University of Hong Kong, Terra Incognita: Vertical and Conglomerate Merger and Interlocking Directorate Law Enforcement in the United States 15-16 (Sept. 11, 2009), disponible en <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/090911roschspeechunivhongkong.pdf> (notando que los *interlocking* de directores son una característica común en las empresas de Hong Kong, con una prevalencia similar a la de Estados Unidos, pero estando ahí quizás aún más estrechamente vinculados).

³ Véase Weber Waller, Spencer. "Corporate Governance and Competition Policy", en 18 *GEO. MASON L. REV.* 833, 858 (2011); véase también Gerber, Benjamin M. "Enabling Interlock Benefits While Preventing Anti-competitive Harm: Toward an Optimal Definition of Competitors Under Section 8 of the Clayton Act" en 24 *YALE J. ON REG.* 107, 108 (2007) (describiendo a los *interlocks* como "una práctica que puede generar en una empresa tanto beneficios, como expertise, legitimidad y cooptación del riesgo").

a competidores, debido a su potencial para facilitar la colusión o contribuir de otras maneras al establecimiento o la mantención de una coordinación tácita u oligopólica.⁴ Estos problemas de competencia plantean desafíos de *enforcement* particularmente a las economías pequeñas y emergentes, que en muchos casos se encuentran altamente concentradas y tienden a contar con inclinaciones autocorrectivas más débiles que las economías de mayor tamaño.⁵ Al mismo tiempo, la escasez de recursos destinados al *enforcement* hace más difícil el control de estas prácticas.⁶

El ejemplo de Chile ilustra los desafíos que enfrentan estas jurisdicciones. Los *interlocks* de administración parecen ser una práctica tan común en importantes sectores de la economía chilena, como es, por ejemplo, el mercado de la salud,⁷ que la Fiscalía Nacional Económica (o “FNE”) debió realizar un estudio en la materia, evaluando cómo podrían abordarse los *interlocks* anticompetitivos bajo la ley que regula la libre competencia.⁸ Chile -como la vasta mayoría de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”)- no aborda explícitamente esta práctica en sus leyes sobre libre competencia, y queda por tanto entregado a lidiar con los *interlocks* anticompetitivos de manera *ex ante* durante los controles de operaciones de concentración,⁹ o *ex post* bajo su estatuto general de libre competencia.¹⁰ Recientemente, la FNE se vio enfrentada a un *interlock* mientras revisaba la adquisición de una cadena de tiendas por departamento por uno de los conglomerados de *retail* más grandes de Chile. La FNE finalmente decidió no iniciar una consulta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (o “TDLC”), luego de que la cadena adquirida acordara eliminar sus vínculos -uno de los cuales involucraba a un director común- con otro competidor de *retail*.¹¹ Mientras esto sugiere que las autoridades de competencia chilenas pueden abordar ciertos *interlocks* potencialmente anticompetitivos en determinadas situaciones, este es un enfoque

⁴ Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 858.

⁵ Véase Gal, Michal S. *Competition Policy for Small Market Economies*. Boston: Harvard University Press, 2003.

⁶ Véase Gal, Michal S. “When the Going Gets Tight: Institutional Solutions When Antitrust Enforcement Resources Are Scarce”, en 41 *LOY. U. CHI. L. J.* 417, 433 (2010).

⁷ Véase Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, *Mercado de la Salud Privada en Chile* 46-48 (2012), <http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2012/11/INFORME-PUCV-MERCADO-SALUD.pdf> [en adelante PUCV, Mercado de la Salud Privada]

⁸ Véase Fiscalía Nacional Económica, División de Fusiones y Estudios, *Participaciones Minoritarias y Directores Comunes entre Empresas Competidoras* (Nov. 2013), <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Participaciones-minoritarias.pdf> [en adelante FNE, *Participaciones Minoritarias*]

⁹ Véase OECD, *Antitrust Issues*, *Op.Cit.* nota N° 1, en 49 (“La mayor parte de los casos que tratan con *interlocking* de directores son casos de control de operaciones de concentración, donde la existencia de un miembro común en ambos directorios fue considerado como un factor facilitador de la coordinación entre empresas vinculadas.”); Rosch, *Op.Cit.* nota 2, en 21-22; Staahl Gabrielsen, Tommy et al., “Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention” en 36 *EUR. L. REV.* 837, 855 (2011).

¹⁰ Véase OECD, *Antitrust Issues*, *Op.Cit.* nota 1, en 46; véase también Gabrielsen et al., *Op.Cit.* nota 9, en 859.

¹¹ Véase *Operación de Concentración Cencosud-Johnson's*, Fiscalía Nacional Económica [FNE] (22 de diciembre, 2011), <http://www.fne.gob.cl/2011/12/22/operacion-de-concentracion-cencosud-johnson's>.

inherentemente limitado, y (como se discutirá en lo que sigue) no resulta idóneo para lidiar con las restricciones particulares que enfrenta el *enforcement* de la competencia en ese ámbito.¹²

En contraste con Chile, las leyes de libre competencia estadounidenses proveen medios para enfrentar de manera directa los *interlocks* anticompetitivos. La Sección 8ª de la *Clayton Act* prohíbe a una persona desempeñarse, ya sea como director o como ejecutivo electo o designado del directorio, en dos o más empresas que sean competidoras directas entre sí.¹³ En lo que aquí interesa, se ha interpretado que la Sección 8ª establece una prohibición *per se*, de modo que no es necesario mostrar efectos anticompetitivos para establecer un quebrantamiento.¹⁴ El propósito de este enfoque es el de “erradicar el brote incipiente de los quebrantamientos a las leyes de competencia, removiendo la oportunidad y tentación de efectuar tales quebrantamientos a través de *interlockings* de directorios.”¹⁵ Al mismo tiempo, la ley es bastante limitada en su alcance -en efecto, algunos sostendrían, demasiado limitada- y proporciona variadas excepciones que aseguran que la prohibición no afecte a la vasta mayoría de los *interlocks* competitivamente benignos.¹⁶ Como toda *bright line rule* “puede ser sobre o subinclusiva en contextos determinados.”¹⁷ No obstante, como sostiene el profesor Spencer Waller en un artículo reciente sobre gobiernos corporativos y derecho de la competencia, la Sección 8ª representa “un compromiso adecuado” que equilibra costos de error y de procesamiento.¹⁸

Si bien Indonesia, Japón y Corea también abordan los *interlocking* de directores en sus leyes de competencia, Estados Unidos es casi el único en adoptar una prohibición *per se* que no requiere de algún análisis de los efectos competitivos del *interlock*.¹⁹ A pesar de ello, y aunque otras jurisdicciones no hayan seguido el modelo estadounidense, la Sección 8ª de la *Clayton Act* proporciona un modelo extremadamente útil para empezar a abordar casos de *interlocks* anticompetitivos en países como Chile (y otras economías pequeñas y emergentes que ya hayan desarrollado instituciones de [libre] competencia). Mientras que los trasplantes legales de una jurisdicción a

¹² En Chile, el problema que existe a la hora de abordar casos de *interlocks* potencialmente anticompetitivos en el contexto de exámenes de operaciones de concentración se complica aún más por el hecho de que Chile, al menos teóricamente, carece de un sistema de notificación previa de carácter obligatorio.

¹³ 15 U.S.C. § 19(a) (1) (B) (2012) (referido a empresas que son, “por virtud de su negocio y la ubicación de su operación, competidoras, de modo que la eliminación de la competencia por medio de un acuerdo entre ellos constituiría un quebrantamiento a cualquiera de las leyes de competencia”).

¹⁴ Véase *infra* Parte V.A.

¹⁵ *United States v. Sears, Roebuck & Co.*, 111 F. Supp. 614, 616 (1953).

¹⁶ Véase Rosch, *Op.Cit.* nota N° 2, en 20; véase también OECD, *Antitrust Issues*, *Op.Cit.* nota 1, en 50.

¹⁷ Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 858.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Véase Rosch, *Op.Cit.* nota 2, en 20-21. Las leyes de competencia en Indonesia, Japón y Corea generalmente requieren que el impacto en el mercado de los *interlocks* específicos sean considerados. *Ibid.* El 2011, Italia promulgó el “Decreto Ley para el Rescate de Italia”, que prohíbe los *interlocks* que involucren miembros de directorios, juntas estatutarias de auditores, o altos ejecutivos entre compañías o grupos corporativos en bancos, seguros o finanzas.

otra “pueden ser poco exitosos, e incluso dañinos si no se preocupan efectivamente de las características especiales de la nueva jurisdicción,”²⁰ en este caso, es precisamente debido a que los efectos lesivos de un *interlock* entre competidores pueden ser especialmente agudos en economías caracterizadas por fuertes oligopolios, que la adopción de una medida preventiva limitada resulta particularmente recomendable.

Todavía más, la adopción de un enfoque como el de la Sección 8ª resulta recomendable debido a que los regímenes de libre competencia en jurisdicciones emergentes pueden beneficiarse de la adopción de estándares simples y predecibles, por sobre reglas complejas que busquen examinar todas las complejidades que puedan estar asociadas a una práctica determinada.²¹

En la presentación de las ventajas del modelo estadounidense, este artículo procede de la siguiente manera: La Parte I comienza por discutir brevemente los potenciales efectos competitivos que se siguen de los *interlocks* de administración. A continuación, la Parte II revisa las características especiales de las economías pequeñas y emergentes como la chilena y cómo, desde una teoría de la decisión, las particularidades de estas jurisdicciones pueden ser tomadas en consideración al desarrollar reglas o estándares para abordar los *interlocks*. Posteriormente, la Parte III observa cómo han sido abordados los *interlocks* por las autoridades de competencia chilenas, mientras que la Parte IV, a su vez, contrasta lo anterior con la experiencia estadounidense bajo la Sección 8ª de la *Clayton Act*, incluyendo algunos esfuerzos recientes de *enforcement*. Como se volverá evidente en esta discusión, el modelo estadounidense no sólo provee de un enfoque fácilmente administrable para enfrentar los *interlocks* entre competidores, sino que también entrega la flexibilidad necesaria para abordar problemas de competencia que las autoridades podrían no ser capaces de remediar efectivamente en ausencia de esta ley. Finalmente, la Parte V considera los costos y beneficios relativos del enfoque norteamericano en torno a los *interlocks* de administración y si alternativas más refinadas podrían ser preferibles, concluyendo que el modelo estadounidense cumple con lo recomendado en el marco de una teoría de la decisión, como un enfoque óptimo para una economía como la chilena.

El alcance preciso de cualquier prohibición *per se* -sea que se implemente a través de una enmienda legislativa o por vía de una sentencia judicial- tendría que tomar en consideración cualquier aumento de los riesgos derivados de su aplicación en un contexto particular, mientras que algunas de las debilidades identificables en la Sección 8ª ciertamente podrían ser mejoradas. Todavía más, en la medida en que una prohibición absoluta no alcance a casos particulares que de hecho resulten ser lesivos (i.e., falsos negativos), estos todavía pueden ser abordados como lo son actualmente, durante el control de operaciones de concentración o bajo las disposiciones

²⁰ Gal, Michal S. “Merger Control for Small and Micro Jurisdictions” en *KONKURRENSVERKET* [Autoridad de Competencia Sueca], *More Pros And Cons Of Merger Control* 61, 66 (2012), disponible en http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rapport_pros_and_cons_more_merger_control_2012.pdf.

²¹ Véase, e.g., Montt Oyarzún, Santiago. *Sistemas Legales de Menor Tamaño y Libre Competencia* 7 (2010) presentación en PowerPoint, disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2010_ddcc_0006.pdf.

generales de las leyes sobre libre competencia. No obstante, el punto fundamental es el mismo: una prohibición absoluta de aquellos *interlocks* que probablemente sean anticompetitivos (i.e., aquellos que involucran a competidores directos) es una solución óptima para economías pequeñas y emergentes.

II. LOS POTENCIALES RIESGOS Y BENEFICIOS COMPETITIVOS DE LOS *MANAGEMENT* INTERLOCKS

Las participaciones minoritarias y los *interlocking* de directores son mecanismos a través de los cuales pueden establecerse vínculos estructurales entre competidores. Como se mencionó anteriormente, los *interlocks* de administración involucran situaciones en las que una o más personas tienen responsabilidades ejecutivas en dos o más empresas e involucra, en ocasiones, a empresas que mantienen relaciones de competencia horizontal o vertical.²² Los *interlocks* frecuentemente están asociados a otras formas de relaciones estructurales entre empresas, incluyendo participaciones minoritarias, que presentan sus propios problemas de competencia.²³

Un *interlock* que involucre a competidores puede ser “directo” o “indirecto”.²⁴ La primera es la situación más clara, y ocurre cuando un mismo individuo tiene responsabilidades ejecutivas en dos empresas competidoras separadas (como se ilustra en la FIGURA 1).

FIGURA 1: *Interlock* Directo



En contraste, un *interlock* indirecto puede tomar diversas formas. Por ejemplo, en un arreglo conocido, en ocasiones, como *deputization*, distintos individuos que representan a una misma persona o corporación se desempeñan en los directorios de empresas competidoras (como se ilustra en la FIGURA 2). Cuando indivi-

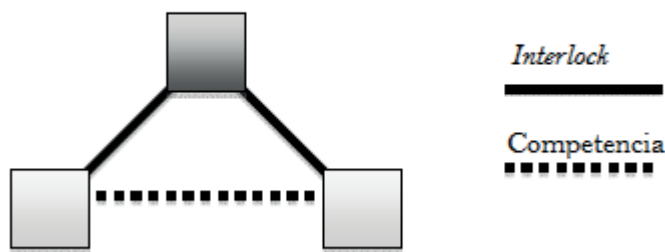
²² Véase Areeda, Phillip y Hovenkamp, Herbert J., 5 *Antitrust Law: An Analysis Of Antitrust Principles And Their Application*. Boston: Little, Brown and Co., 2010 para. 1300, en p. 327 (notando que “un *interlocking* de directores o ejecutivos puede adoptar varias formas” incluyendo formas horizontales y verticales).

²³ Véase FNE, *Participaciones Minoritarias*, Op.Cit. nota 8, en 6; véase también O’Brien, Daniel P. & Salop, Steven C. “Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control”, en 67 *ANTITRUST L. J.* 569 (2000); Bresnahan, Thomas F. y Salop, Steven C. “Quantifying the Competitive Effects of Production Joint Ventures” en 4 *INT’L J. IND. Org.* 155 (1986).

²⁴ Véase OECD, *Antitrust Issues*, Op.Cit. nota N° 1, en 48.

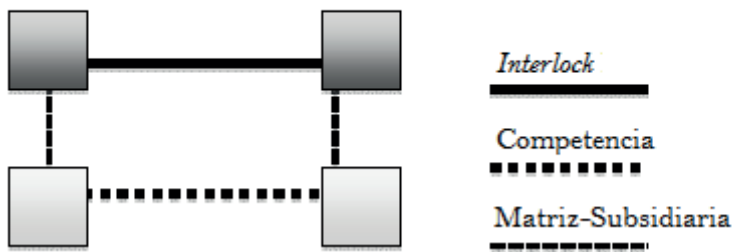
duos actuando en una relación de representación, por ejemplo, representan al mismo centro de intereses en directorios separados, puede darse una situación materialmente equivalente a aquella de un *interlock* horizontal directo.

FIGURA 2: *Interlock* Indirecto ("*Deputization*")



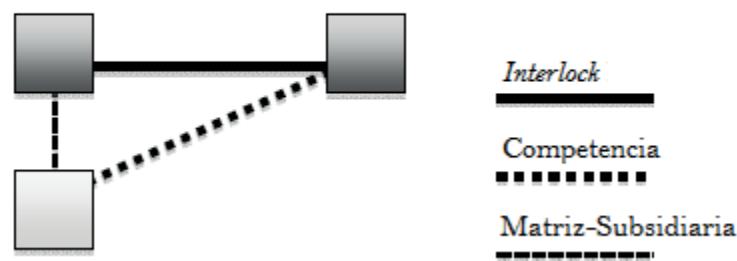
Una segunda variación de *interlock* indirecto involucra a una persona que ejerce como ejecutivo o director de dos empresas que no compiten por sí solas, pero que tienen subsidiarias que compiten entre sí (como se ilustra en la FIGURA 3).

Figura 3: *Interlock* Indirecto (Variación Matriz-Subsidiaria 1)



Y una tercera configuración puede involucrar a un *interlock* en el que una empresa compite con la subsidiaria de la otra (como se ilustra en la FIGURA 4).

Figura 4: *Interlock* Indirecto (Variación Matriz-Subsidiaria 2)



Louis Brandeis, antes de ser nombrado juez de la Corte Suprema norteamericana, fue una voz influyente en los debates tempranos relativos a los *interlocking* de directores, así como un crítico de la práctica. Hace casi un siglo, Brandeis escribió:

La práctica de los *interlockings* de directores es la fuente de muchos males. Ofende leyes humanas y divinas. Aplicada a empresas competidoras, tiende a suprimir la competencia y a quebrantar las disposiciones del *Sherman Act*. Aplicado a empresas que deben lidiar, unas con otras, tiende a la deslealtad y al quebrantamiento de la ley fundamental según la cual ningún hombre puede servir a dos maestros.²⁵

Sin embargo, contra la aseveración de Brandeis, el impacto competitivo de los *interlocks* (en particular respecto de algunas de las formas descritas *supra*) se presenta de una manera indiscutible, y la literatura económica ha identificado varios beneficios potenciales derivados de los *interlocks* de administración. La justificación más común se relaciona con la capacidad de las empresas de obtener los servicios de directores expertos y experimentados.²⁶ Dentro de una industria particular, el número de candidatos calificados puede ser pequeña, por lo que emplear un *interlock* puede ser necesario para permitir a las empresas elegir dentro de la limitada oferta de talentos.²⁷ Adicionalmente, las empresas pueden usar los *interlocks* de administración para cooptar fuentes de provisión de insumos de las cuales dependen, asegurándose con ello el acceso a los recursos necesarios para las operaciones de su negocio.²⁸ Aún más, los *interlocks* pueden proporcionar la legitimidad y prestigio necesarios a una empresa para obtener recursos financieros.²⁹ Como sugiere un comentarista:

En algún sentido, los *interlocks* proveen de los mejor de ambos mundos respecto de los directores internos y externos: un director vinculado a otro directorio por medio de *interlocking*, tiene la habilidad para desempeñar una función de fiscalización de directores externos, mientras que, como director interno, provee de un alto nivel de *expertise* (aunque no se trate de una *expertise* específicamente relativa a la empresa que cualquier director interno podría ofrecer).³⁰

Fuera de los potenciales beneficios de gobierno corporativo, sin embargo,

²⁵ Brandeis, Louis D. *Other People's Money: And How the Bankers Use It*. Washington: National Home Library Foundation, 1914.

²⁶ Véase Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 857-58, véase también Gerber *Op.Cit.* nota 3, en 112-13.

²⁷ Véase Gerber, *Op.Cit.* nota 3, en 113.

²⁸ *Id.* en 114.

²⁹ *Id.* en 114-115.

³⁰ *Id.* en 115 (citando omitidas).

los *interlocks* directos e indirectos pueden acarrear ciertos riesgos,³¹ especialmente cuando el *interlock* involucra a competidores. Para empezar, los *interlocks* pueden ser usados, derechamente, para facilitar una colusión³² “Cuando un individuo se desempeña simultáneamente como ejecutivo o director de dos empresas competidoras, éste se topa con una oportunidad privilegiada para la colusión, por ejemplo, coordinando precios, marketing o planes de producción para ambas empresas.”³³ Esto ciertamente no busca sugerir que los *interlocks* que involucran a “competidores” deban conducir, inevitablemente, a comportamientos colusivos, y, en efecto, existe un debate en la literatura económica respecto de si dichos *interlocks* se traducen, efectivamente, en niveles de colusión significativamente más altos.³⁴ Sin embargo, la mayoría de las veces las conductas colusivas son difíciles y costosas de detectar, y cuando efectivamente ocurren, pueden producir costos sociales significativos.³⁵ En consecuencia, incluso la mera posibilidad de que los *interlocks* pudieran traducirse en una colusión, debiese ser tomada muy en serio.

Fuera de una colusión propiamente tal, los *interlocks* de administración pueden facilitar la colusión tácita u otras formas de coordinación oligopolística a través de intercambios anticompetitivos de información sensible relativa a ventas

³¹ Además del potencial riesgo competitivo, un número de problemas de representación también han sido asociados con *interlocks* de directores. Véase, por ejemplo, Gerber, *Op.Cit.* nota N° 3, en 112 (“Si los directores están actuando en su propio interés más que en el interés de los accionistas de la empresa, entonces los *interlocks* pueden ser problemáticos.”); Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 857-58 (notando que los *interlocks* “pueden exacerbar los problemas de costos de representación, cuando las decisiones de un director pueden beneficiar sus propios intereses en su otro rol como parte del competidor, antes que servir a los mejores intereses de los accionistas en la empresa donde se está desempeñando actualmente como director”). Estos riesgos generalmente se encuentran fuera del alcance de este artículo.

³² Véase Leslie, Christopher R. “Trust, Distrust, and Antitrust” en 82 *TEX. L. REV.* 515, 583-84 (2004) (discutiendo el uso histórico de *interlocking* de directores); véase también Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 858.

³³ Miller, Gale T. “Interlocking Directorates and the Antitrust Laws” en 26 *COLO. LAW.* 53, 53 (1997). Gabrielsen et al. sugiere que incluso los intercambios de información, en el contexto de *interlocks* de administración, pueden tener efectos beneficiosos cuando, por ejemplo, una mayor información sobre *shocks* de demanda permite a las empresas anticipar de mejor manera periodos de baja y alta demanda. Gabrielsen et al., *supra* nota 9, en 843. El que esto deba ser tomado como una justificación “pro-competitiva”, sin embargo, es cuestionable. En cualquier caso, estos mismos autores han notado que “una información más detallada, en ciertos casos, puede permitirle a una empresa adaptar de mejor manera su comportamiento en relación a otra, de modo de que éstas terminen compitiendo menos agresivamente, incluso en un caso en que no exista colusión.” *Id.* Gabrielsen et al. concluyen, basados en la literatura existente, que “el efecto neto para los consumidores y la sociedad, depende de la naturaleza de la competencia (Cournot versus Bertrand), y del tipo de información que se intercambia.” *Ibid.*

³⁴ Véase Gerber, *Op.Cit.* nota 3, en 117; véase también Mizruchi, Mark S. “What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates”, en 22 *ANN. REV. SOC.* 271, 273 (1996); Zajac, Edward J. “Interlocking Directorates as an Interorganizational Strategy: A Test of Critical Assumptions”, 31 *ACAD. MGMT. J.* 428, 436 (1988) (“Comparando la incidencia de *interlocks* en industrias presuntamente colusivas, con la incidencia de *interlocks* en empresas de un grupo de control”, y concluyendo que “la incidencia del *interlocking* entre empresas competidoras independientes no es mayor que la predecible de modo aleatorio”); Palmer, Donald. “Broken Ties: Interlocking Directorates and Intercompany Coordination”, 28 *ADMIN. SCI. Q.* 40, 40 (1983) (Discutiendo la probabilidad relativa de que los distintos tipos de vínculos generados por medio de un *interlock* se traduzcan en una facilitación de relaciones formales de coordinación”).

³⁵ Véase Connor, John M. & Lande, Robert H. “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays” en 34 *CARDOZO L. REV.* 427, 465 (2012) (adoptando, en relación al análisis costo-beneficio de las sanciones en carteles, “una probabilidad relativamente alta, de 25% a 30%, de detección de carteles”, una probabilidad que Connor y Lande caracterizan como “conservadora”).

y precios, diseño de productos, y estrategias de la empresa.³⁶ Estos intercambios pueden facilitarles a las empresas la posibilidad de alcanzar un acuerdo relativo a su comportamiento futuro,³⁷ y ayudar también a las empresas a detectar más fácilmente las desviaciones de las demás, disminuyendo así cualquier incentivo a desviarse del acuerdo.³⁸ Como la colusión propiamente tal, la coordinación tácita puede ser difícil de detectar, e incluso cuando es descubierta, proscribir la conducta puede presentar sus propios desafíos, dependiendo de la norma jurídica particular que sea aplicable. Otros riesgos asociados a los *interlocks* horizontales incluyen la exclusión de rivales, mientras que riesgos identificados en los *interlocks* verticales incluyen el trato preferente de proveedores o clientes a través de acuerdos recíprocos o de exclusividad, ventas atadas e integración vertical.³⁹

III. CARACTERÍSTICAS DE LAS ECONOMÍAS PEQUEÑAS Y SUS IMPLICACIONES PARA DISEÑAR REGLAS O ESTÁNDARES PARA ABORDAR *INTERLOCKS* ANTICOMPETITIVOS

Al considerar el estándar o la regla más apropiada para adoptar respecto de los *interlocking* de directores, es importante tener en consideración los potenciales daños y beneficios descritos recientemente. El enfoque adoptado idealmente proscribiría aquellos *interlocks* que son lesivos, mientras que permitiría aquellos que son beneficiosos (o, al menos competitivamente, benignos). En otras palabras, el estándar minimizaría los costos de error asociados a falsos negativos (*i.e.*, fracasos en condenar conductas anticompetitivas), como también a falsos positivos (*i.e.* condenas de conductas competitivas). Sin embargo, un aumento de precisión (que tiende a requerir de un análisis de mercado más complicado) trae consigo mayores costos procesales. Un análisis de “*rule of reason*” de los *interlocks* de administración (equilibrando los efectos anticompetitivos de la práctica, en cada caso, con cualquier beneficio pro-competitivo) podría, de este modo, tener bajos costos de error, en tanto tendería a identificar con precisión y condenar sólo aquellas instancias que son anticompetitivas, trayendo consigo mayores costos procesales. En contraste, una regla *per se* clara, bajo estándares de *bright line rule*, generaría bajos costos procesales, asumiendo

³⁶ Véase Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 858; véase también Gabrielsen et al., *Op.Cit.* nota 9, en 843; OECD, *Antitrust Issues*, *Op.Cit.* nota 1, en 49.

³⁷ Gabrielsen et al., *Op.Cit.* nota 9, en 843.

³⁸ *Ibid.* Gabrielsen et al. concluyen, sin embargo, que estos intercambios de información pueden tener efectos ambiguos en la estabilidad de una coordinación: “Si cuentas con información más detallada sobre los consumidores y productos más valiosos del competidor (el margen precio-costos más alto), tu desviación puede ser trazada hasta esos segmentos y, consecuentemente, pueden hacerse más rentable. En ese sentido, desestabiliza la coordinación. Al mismo tiempo, tal información permitirá a las empresas dirigirse derechamente a cierto grupo de clientes que, típicamente, lleva a una competencia más agresiva después de cualquier desviación. De acuerdo a este efecto, el intercambio de información puede llevar a un resultado más estable de coordinación” *Ibid.*

³⁹ OECD, *Antitrust Issues*, *Op.Cit.* nota 1, en 49.

mayores costos de error.

La teoría de la decisión provee de un marco útil para determinar reglas o estándares legales óptimos en un contexto particular.⁴⁰ En tanto “proceso para efectuar determinaciones y decisiones cuando la información es costosa y, por tanto, imperfecta”,⁴¹ la teoría de la decisión ayuda a determinar, entre otras cosas, cuánta información y de qué tipo debiese ser recopilada y considerada para tomar una decisión de modo que dé cuenta tanto de los costos de error como de los costos procesales.⁴² Siguiendo esta aproximación, las preguntas pertinentes a ser consideradas a la hora de fijar una regla o estándar para evaluar una categoría particular de conducta son: (1) cuán *frecuentemente* se encuentran usos pro-competitivos (versus anti-competitivos) de esa conducta; (2) cuál es la *magnitud* de los beneficio causados (versus daños) por dicha conducta; y (3) si, dados ciertos costos de error inevitable,⁴³ una regla alternativa podría, en suma, “mejorar en términos generales el bienestar de los consumidores y la administración de las leyes [de competencia]”.⁴⁴ En resumen, el legislador debe balancear los costos de error con los costos procesales.

Los aportes de la teoría de la decisión también conducen a la importante conclusión de que no es suficiente asumir que el enfoque que funciona en un país necesariamente funcionará en otro. Como el renombrado académico de libre competencia en pequeñas economías, el profesor Michal S. Gal ha advertido: “Las

⁴⁰ Véase Gal, *supra* nota 6, en 433-34; véase también, e.g., Popofsky, Mark S. “Section 2, Safe Harbors, and the Rule of Reason” en 15 *GEO. MASON L. REV.* 1265, 1275-79 (2008); Christiansen, Arndt & Kerber, Wolfgang. “Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of “Per Se Rules vs Rule of Reason” en 2 *J. COMP. L. ECON.* 215, 216 (2006); Popofsky, Mark S. “Defining Exclusionary Conduct” en 73 *ANTITRUST L.J.* 435, 449, 453, 457 (2006); Evans, David S. & A. Padilla, Jorge. “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules” en 1 *J. COMPETITION L. ECON.* 97, 113, 117 (2005); Ehrlich, Isaac & Posner, Richard A. “An Economic Analysis of Legal Rulemaking” en 3 *J. LEGAL STUD.* 257, 266, 272 (1974).

⁴¹ C. Beckner, Frederick. III & C. Salop, Steven. “Decision Theory and Antitrust Rules” en 67 *ANTI-TRUST L.J.* 41, 41 (1999).

⁴² Véase *Íd.* en 44 (“Cada *decision-maker* enfrentado con información imperfecta debe resolver tres preguntas relacionadas. Primero, asumiendo que la decisión debe ser tomada con información imperfecta, ¿cuál es la decisión óptima? Segundo, ¿cuánta información debiera recolectar y considerarse para la toma de esta información? Tercero, si la información es recolectada, ¿exactamente cuál debe ser considerada, y en qué orden?”).

⁴³ Como el juez Breyer de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos observa, la teoría económica sugiere que incluso la fijación de precios horizontal puede ser más beneficiosa que “la competencia a ultranza” bajo ciertas circunstancias muy limitadas. Véase *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 915 (2007) (Breyer, J., voto disidente) (citando a Scherer, F. M. and Ross, D. *Industrial market structure and economic performance*, 3rd ed. Boston: Houghton-Mifflin, 1990, pp. 335-39. Sin embargo, una regla *per se* en contra de acuerdos de fijación horizontal de precios es justificable dados los costos potenciales y las dificultades que envuelve la identificación de esos escasos escenarios).

⁴⁴ Informe del *American Antitrust Institute* como *Amicus Curiae in Support of Respondent* en 11, *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 887 (26 de febrero, 2007) (No. 06-480); véase Brunell, Richard M. “Overruling Dr. Miles: The Supreme Trade Commission in Action” en 52 *ANTITRUST BULL.* 475, 495 (2007); Lao, Marina. “Leegin and Resale Price Maintenance-A Model for Emulation or for Caution for the World?” en 39 *INT’L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L.* 253, 254 (2008) (una moderna teoría de la decisión “debe enfocarse en la frecuencia con que se verifica [cualquier] beneficio [pro-competitivo] y daño [anti-competitivo], costo de error, y si una regla alternativa serviría para mejorar el bienestar del consumidor y la administración de las leyes de competencia”); véase también Christiansen & Kerber, *Op.Cit.* nota 40, en 238 (aplicar un “enfoque de costo de error” es “insuficiente para mostrar que hay casos en que la mantención de precios de reventa puede generar efectos positivos en el bienestar social”).

características especiales de algunas economías pueden alterar las reglas óptimas, ya que estas afectarían el tamaño relativo de los costos de proceso y/o error.”⁴⁵ Por ejemplo, la economía chilena se caracteriza por la existencia de fuertes oligopolios y elevadas barreras de entrada en importantes sectores de la economía.⁴⁶ Más aún, en economías más pequeñas es menos probable que la “mano invisible” conduzca a auto-correcciones del mercado, en comparación a economías de mayor tamaño,⁴⁷ y los miembros de la elite empresarial se encuentran más firmemente vinculados, estando menos dispuestos a entrar en las esferas de negocio de los demás.⁴⁸ En este contexto, los costos de error asociados a no prevenir *interlocks* anticompetitivos (falsos negativos) serían, probablemente, considerablemente más altos que en economías de mayor tamaño.⁴⁹ Al mismo tiempo, dada la menor oferta de talentos empresariales disponibles, los costos de error de no permitir *interlocks* benignos o beneficiosos podría ser, hasta cierto punto, mayor. Esos hechos, de ser ciertos, debiesen ser tomados en consideración al diseñar un estándar.

Adicionalmente, también es necesario tener en consideración las particularidades relativas a los costos procesales. En jurisdicciones pequeñas como la chilena, la escasez de recursos asociados al *enforcement* es un problema relevante que, probablemente, continuará existiendo aun mientras la riqueza chilena continúe en su trayectoria al alza.⁵⁰ La aplicación de reglas complejas que buscan mapear las particularidades de las teorías económicas puede tener sentido en jurisdicciones grandes y desarrolladas donde, como consecuencia de la *expertise* y la cantidad de recursos disponibles para las agencias de competencia, los costos de error son usualmente bajos. Sin embargo, en un contexto más constreñido por los recursos, las agencias de *enforcement* cuentan con una habilidad más limitada para realizar el análisis necesario.⁵¹ No se puede dar por hecho, bajo estas condiciones, que mayores costos procesales, por la ejecución de una regla más compleja, reducirían los costos de error asociados a una regla más simple. Aún más, estos recursos gastados en la aplicación

⁴⁵ Gal, *Op.Cit.* nota 20, en 68.

⁴⁶ Patrick Rey, Vertical Restraints- *An Economic Perspective* 47 (2012), disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Verticalrestraints.pdf> (observando que la economía chilena, como muchas otras economías pequeñas, se caracteriza por un grado de concentración relativamente alto, teniendo en alguna de las industrias más importantes sólo unos pocos participantes).

⁴⁷ Gal, Michal S. “Size Does Matter: The Effects of Market Size on Optimal Competition Policy” en 74 S. CAL. L. REV. 1437, 1472 (2001) (“Las tendencias autocorrectivas del mercado son más fuertes en economías de gran tamaño que en economías más pequeñas. En economías grandes, se asume que estas tendencias lidian de modo efectivo con la mayor parte de los monopolios artificiales. Sin embargo, esto no puede ser predicado con tanta facilidad de las economías más pequeñas. En economías pequeñas, las condiciones del mercado son tales que las fuerzas autocorrectivas del mercado tienen efectos mucho más limitados (...)”).

⁴⁸ *Id.* en 1448.

⁴⁹ Gabrielsen et al., *Op.Cit.* nota 9, en 837 (“Las participaciones minoritarias, los *interlocking* de directores y otros vínculos entre competidores han sido, por décadas, un dolor de cabeza para el derecho de la libre competencia. Esto se ve particularmente marcado en mercados oligopólicos, donde el efecto anticompetitivo de varias formas de vínculo estructural puede ser particularmente visible”).

⁵⁰ Gal, *Op.Cit.* nota 6, en 421.

⁵¹ *Id.* en 435.

de la regla más compleja (que puede, o no, traducirse en una reducción de los costos de error) se traducen también en menores niveles de *enforcement* general. Todas estas desventajas debiesen también considerarse al formular un enfoque para una jurisdicción como la chilena.⁵²

Basado en esta discusión, corresponde realizar algunas observaciones sobre el estándar más apropiado para abordar los *interlocks* de administración en el contexto chileno particular (y, de modo más general, para otras economías pequeñas y emergentes).

En primer lugar, los *interlocks* de administración no son intrínsecamente problemáticos; más bien, solo ciertos *interlocks* presentan problemas. Por lo tanto, el estándar no puede ser tan restrictivo de modo que prohíba indebidamente aquellas instancias en que los *interlocks* serían beneficiosos o, en cualquier caso, competitivamente benignos.

Segundo, el estándar debe, en todo caso, reconocer que un subgrupo determinado de *interlocks* -aquellos que, directa o indirectamente, involucran a competidores- tienen un potencial significativo para causar serios daños y, en consecuencia, son merecedores de algún tipo de actividad de *enforcement*.

En tercer lugar, dada la naturaleza de la economía chilena, sería preferible errar de precavido respecto de *interlocks* sospechosos en términos competitivos. Los costos asociados a un error de falso negativo, que podrían resultar en la cartelización o en la relajación de la competencia en mercados oligopólicos, son potencialmente enormes. En efecto, las asimetrías parecen ser tan grandes que, incluso si sólo una fracción de los *interlocks* entre competidores se traduce en algún daño efectivo, el balance favorecería un sesgo tendiente a prevenir falsos negativos.

Cuarto, dada una magnitud de costos asociados al error relativamente bajos para falsos positivos en los márgenes, los costos procesales de involucrarse en pesquisas adicionales para eliminar dichas instancias a través de una *rule of reason*, tendrían que ser significativamente más bajos para valer la pena.

Quinto, cualquier beneficio neto que pudiera obtenerse de un análisis refinado de los *interlocks* sospechosos, debiese ser contrapesado con el impacto que generaría en los esfuerzos globales de *enforcement* que realiza una agencia con recursos limitados.⁵³

Como se describirá en las partes siguientes, la Sección 8ª de la *Clayton Act* -que adopta una regla relativamente *bright line* y, además, limitada en alcance- entrega un modelo razonable para satisfacer estas consideraciones.

⁵² Véase *Id.* en 437.

⁵³ El presupuesto anual más reciente para la FNE fue de alrededor de US\$ 8,6 millones, en un país de una población de alrededor de 16,6 millones. En contraste, el presupuesto para el *Competition Bureau* canadiense, para un país de un poco más del doble del tamaño, con 35,2 millones de habitantes, fue alrededor de US\$ 41,9 millones. Véase *Rating Enforcement 2013*, *GLOBAL COMPETITION REV.*, disponible en <http://globalcompetitionreview.com/surveys/survey/828/rating-enforcement-2013/>.

IV. TRATAMIENTO DE LOS *INTERLOCKS* POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA CHILENAS

Como se señaló anteriormente, las autoridades de competencia chilenas han abordado situaciones en las que *interlocks* (y otros vínculos estructurales, como participaciones minoritarias) han presentado problemas de competencia.⁵⁴ El mecanismo utilizado en estas instancias es similar al más comúnmente empleado en la Unión Europea y en otras jurisdicciones que no cuentan con disposiciones específicas para lidiar con los *interlocks* en sus leyes de competencia. Frecuentemente, esto ocurre durante procesos de revisión de operaciones de concentración, un hecho que complica aún más la situación en Chile, dado que el país no cuenta con un sistema de notificación obligatoria de operaciones de concentración.

La Ley de Competencia chilena establece una prohibición amplia contra todo acto o convención individual o colectivo que “impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.⁵⁵ Esta aseveración general es seguida por descripciones de comportamientos típicos que pueden lesionar la competencia, incluyendo los acuerdos expresos o tácitos entre competidores que confieran poder de mercado,⁵⁶ los abusos de posición dominante por un agente económico o un grupo de ellos,⁵⁷ y las prácticas predatorias o de competencia desleal con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio.⁵⁸ Un punto importante, sin embargo, es que esta lista no es exhaustiva⁵⁹ y, en consecuencia, la prohibición establecida por el artículo 3° permite a la Ley de Competencia alcanzar todos los tipos de conducta, sean individuales o colectivas, no sólo que lesionen la competencia, sino también que puedan tender a hacerlo. Así, en la medida en que los *interlocks* de administración presenten riesgos para la competencia que no sean compensados por eficiencias significativas, debiesen estar sujetos a la supervisión de las autoridades de competencia chilenas, a pesar de la falta de mención específica de

⁵⁴ FNE, *Participaciones Minoritarias*, Op.Cit. nota 8, en 45. Los primeros casos que involucraron vínculos estructurales entre competidores fueron analizados por las Comisiones Resolutivas (predecesoras al TDLC), a pesar de que estos generalmente tuvieron que ver con participaciones minoritarias, y no *interlocks* de administración. *Ibid.*

⁵⁵ Decreto Ley N° 211, art. 3, del 22 de diciembre de 1973 (Chile), enmendado por el Decreto N° 511 del 27 de octubre de 1980 (Chile), la Ley N° 19.610 del 19 de mayo de 1999 (Chile), y la Ley N° 19.806 del 31 de mayo de 2002 (Chile). El primer párrafo del artículo 3 dispone: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.” *Ibid.*

⁵⁶ *Id.* art. 3 (a).

⁵⁷ *Id.* art. 3 (b).

⁵⁸ *Id.* art. 3 (c).

⁵⁹ El segundo párrafo del artículo 3 dispone que “[s]e considerarán, *entre otros*, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos”, antes de presentar los ejemplos descritos anteriormente. *Id.* art. 3 (énfasis agregado).

la conducta en la propia Ley de Competencia.⁶⁰

Antes del establecimiento del TDLC en el año 2004, la única instancia en que las comisiones de competencia precedentes abordaron directamente los potenciales efectos de los *interlocks* se dio en el contexto de una denuncia de Celulosa Arauco y Constitución S.A. (Arauco) en contra de Carter Holt Harvey, dos competidores en la importante industria chilena de productos forestales.⁶¹ Arauco denunció que su competidor principal buscó nombrar a uno de sus representantes en el directorio de Arauco, con el objeto de acceder a información comercial sensible, incluyendo planes estratégicos.⁶² A pesar de los evidentes riesgos competitivos, la comisión desechó la denuncia porque concluyó que Arauco -dada una estructura de propiedad compleja- era en realidad una subsidiaria de Carter Holt, como resultado de una adquisición anterior que le había entregado a Carter Holt el 50% de la participación de una compañía de inversiones que controlaba a Arauco.⁶³ La comisión concluyó que el derecho de la compañía de nombrar a un representante en el directorio de Arauco simplemente fluía de su capacidad como empresa matriz.⁶⁴ La transacción anterior de Carter Holt no fue cuestionada en sí misma, lo que destaca los especiales riesgos que pueden surgir respecto del tratamiento de los *interlocks* cuando una jurisdicción, como Chile, no tiene un sistema obligatorio de notificación de fusiones en funcionamiento.

El mismo TDLC fue el primero en imponer condiciones relativas a *interlocks* de administración en el contexto de la autorización de una operación de concentración entre VTR y su principal competidor en la industria de la televisión por cable, Metrópolis Intercom. En la resolución que autorizó esta adquisición, el TDLC prohibió a la empresa fusionada “participar, directa o indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas (...), en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o por cable en Chile.”⁶⁵ La resolución del TDLC también le impidió “participar, directa o indirectamente” en ciertas compañías dominantes en el mercado de la telefonía fija.⁶⁶ Estas condiciones requirieron que Liberty, matriz de VTR, desinvertiera su 10% de participación en Sky Multi-Country Partners, matriz de la proveedora de televisión satelital Sky Chile. Aún más, consideradas en conjunto, las regulaciones eliminaron la posibilidad de que la empresa fusionada se involucrara en alguna de las formas más comunes de *interlocks* directos o

⁶⁰ Véase FNE, *Participaciones Minoritarias*, Op.Cit. nota 8, en 39-40.

⁶¹ Comisión Resolutiva, Resolución 458 (1996) (Chile); véase FNE, *Participaciones Minoritarias*, Op.Cit. nota 8, en 80-81.

⁶² Comisión Resolutiva, Resolución 458.

⁶³ Arauco era controlada por *Compañía de Petróleos de Chile* (“COPEC”), una subsidiaria de *Inversiones y Desarrollo Los Andes S.A.*, que era, por su parte, controlada en un 50% por Carter Holt Harvey. Carter Holt, a su vez, era controlada por International Paper Co. Íbid.

⁶⁴ Íbid.

⁶⁵ Resolución 1/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 25 de octubre de 2004, *Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda. y Cristalchile Comunicaciones S.A.*, (también conocida como “Fusión entre VTR y Metrópolis Intercom”) p. 50 (Chile).

⁶⁶ Íbid.

indirectos en la industria.⁶⁷

La FNE también ha lidiado con *interlocks* potencialmente anticompetitivos en al menos dos investigaciones. El primero surgió en el contexto de una operación de concentración que involucraba la adquisición por parte de Cencosud S.A. -dueña de una de las cadenas de tiendas por departamento más grandes de Chile- de un 86% de participación accionaria en Johnson's, una tienda por departamento competidora. El 14% restante permaneció en manos de un grupo que poseía acciones en Ripley Corp. S.A., otra de las principales cadenas de tiendas por departamento chilenas. El resultado no era el de un *interlock* directo sino uno indirecto. Mientras que la limitada posición de Johnson's en el mercado llevó a la FNE a descartar riesgos unilaterales a la competencia derivados de la transacción, existía una preocupación de que la conexión con Ripley creara riesgos de conductas coordinadas. Como señaló la FNE:

Desde el punto de vista de la libre competencia, las conexiones que puedan darse entre dos compañías, ya sea por existir entre ellas vínculos de propiedad o de administración, podrían ser reprochables principalmente por la posibilidad de que existan flujos de información relevante y sensible facilitando, principalmente, las posibilidades de coordinación entre dos compañías económicamente independientes. Asimismo, este tipo de relaciones podría disminuir la presión competitiva entre ambas entidades con propiedad o administración entrelazada.⁶⁸

Para hacerse cargo de las preocupaciones de la FNE y disminuir las posibilidades de acciones coordinadas entre Ripley y Cencosud, las dos compañías establecieron una serie de medidas que incluían un compromiso por parte de los accionistas minoritarios en Johnson's, de no participar en la dirección y administración de Johnson's o en cualquier otra empresa del grupo Cencosud, mientras mantuvieran su participación en Ripley.⁶⁹

Una segunda instancia que generó preocupaciones sobre *interlocks* anticompetitivos involucró al mercado de la celulosa, y surgió en el curso de una investiga-

⁶⁷ FNE, *Participaciones Minoritarias*, Op.Cit. nota 8, en 82. El único otro caso en que el Tribunal de la Libre Competencia exigió la venta de una participación minoritaria en un competidor como condición para aprobar una fusión involucró a la cadena de supermercados SMU. En su resolución, el TDLC cuestionó el 40% de SMU en un competidor, Supermercados Monserrat, que no era parte de la transacción. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 12 de diciembre de 2012, Consulta de SMU sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A., Resolución 43/2012 pp. 41, 115 (Chile). Sin perjuicio de la falta de control de SMU sobre Monserrat, el TDLC reconoció los riesgos competitivos que pueden surgir en el contexto de participaciones minoritarias y ordenó la enajenación de su participación como condición para aprobar la transacción. *Id.* Los mismos cuestionamientos competitivos relativos a vínculos estructurales entre competidores pueden verse en los diversos cuestionamientos resueltos por el TDLC, en relación a regulación previamente impuesta por la predecesora Comisión Preventiva Central en el sector portuario. Véase Comisión Preventiva Central, 21 de agosto de 1998, "Solicitud de las Empresas Portuarias sobre aplicación de los Arts. 14 y 23 de la Ley No. 19.542," Rol de la causa: 102-98, Dictamen 1045, p.13-14 (Chile) (estableciendo diversas limitaciones a los vínculos horizontales y verticales entre operadores portuarios).

⁶⁸ Véase *Operación de Concentración Cencosud-Johnson's*, Fiscalía Nacional Económica [FNE] (22 de diciembre de 2011), <http://www.fne.gob.cl/2011/12/22/operacion-de-concentracion-cencosud-johnson's>.

⁶⁹ *Ibid.*

ción en torno a un supuesto acuerdo de reparto de mercado entre competidores de dicha industria.⁷⁰ Durante la investigación, la FNE tuvo conocimiento de la existencia de una participación minoritaria (11,03%) del Grupo Matte en Copec S.A., una inversión que permitió que Bernardo Matte Larraín fuera nombrado director en la compañía. Esto dio lugar a vínculos estructurales y personales entre CMPC Celulosa (en cuyo directorio Matte también se desempeñaba) y Copec S.A., la empresa matriz (con un 99,9% de participación) de Arauco y Constitución S.A., única competidora nacional de CMPC Celulosa en el mercado relevante.⁷¹ A pesar de la existencia de este vínculo, la agencia no perseveró con la investigación, al no poder establecer la existencia de un acuerdo de reparto de mercado.⁷² Mientras que la presencia de directores comunes y vínculos de propiedad entre empresas puede haber sido considerado como un “*plus-factor*”, la FNE consideró que estas estructuras eran insuficientes por sí mismas para establecer la existencia de dicho acuerdo entre competidores.⁷³

Si bien el carácter general de la Ley de Competencia chilena permite a las autoridades de competencia del país abordar los *interlocks* en múltiples contextos, las herramientas disponibles parecen ser, en cualquier caso, inadecuadas para lidiar apropiadamente con los muchos tipos de vínculos estructurales entre competidores que pueden causar riesgos competitivos. Incluso si la ley chilena permitiera que los *interlocks* potencialmente anticompetitivos fueran revisados sin la verificación de un “cambio de control” (como en otras jurisdicciones), la ausencia de un sistema obligatorio de notificación previo al establecimiento de dichos vínculos sugiere que, en la mayoría de los casos, estos *interlocks* serán detectados sólo después de que ya se hayan constituido, como ocurrió en algunos de los casos descritos anteriormente. Aún más, en la medida en que se los considere como meros “*plus factors*” en el contexto de una investigación sobre conductas colusivas, el foco deja de estar en los riesgos que los *interlocks* pueden presentar en relación con la coordinación, desplazándose hacia la pregunta por si la carga de prueba para la colusión ha sido satisfecha para un caso en particular. Ninguno de los enfoques parece adecuado para abordar, en el contexto de economías pequeñas con mercados concentrados, los *interlocks* anticompetitivos con el fin de prevenir la materialización de los daños en primer lugar.

⁷⁰ Véase Informe de Archivo de la Investigación, 27 de noviembre de 2012, Rol-1533-09.

⁷¹ *Íbid.*

⁷² *Íbid.*

⁷³ *Íbid.* Luego de este caso, y en presencia de este vacío regulatorio, se le solicitó a la División de Estudios de la FNE la preparación de un documento que identificara las posibles medidas que podrían tomarse en contra de los *interlocks* de administración, así como otras formas de vínculos estructurales entre competidores, que aumentarían los riesgos de facilitar una coordinación o un paralelismo consciente, pero que en sí mismas podrían no constituir un acuerdo anticompetitivo. Véase FNE, *Participaciones Minoritarias*, Op.Cit. nota 8, en 89.

V. LA SECCIÓN 8ª DE LA *CLAYTON ACT*: UN COMPROMISO ADECUADO ENTRE LA PRECISIÓN Y UN ENFOQUE ADMINISTRABLE.

El modo en que Estados Unidos ha lidiado con la existencia potencialmente problemática de *interlocks* de administración se remonta al año 1914, con la promulgación de la Sección 8ª de la *Clayton Act*.⁷⁴ En lo que resulta relevante para el presente estudio, la ley establece:

Ninguna persona⁷⁵ podrá, al mismo tiempo, desempeñarse como director o ejecutivo de cualquiera dos empresas (con exclusión de bancos, asociaciones bancarias o compañías fiduciarias⁷⁶) que sean [...] por virtud de sus negocios y de la ubicación de su operación, competidoras, de modo tal que la eliminación de la competencia por medio de un acuerdo entre ambas pudiera constituir un quebrantamiento a cualquiera de las disposiciones de las leyes que regulan la libre competencia⁷⁷ [...] teniendo, cada una de estas empresas, un capital, excedente y utilidades totales que, agregados, superen los \$10,000,000, reajustados conforme al párrafo quinto de esta subsección⁷⁸ [actualmente US\$23,883,000⁷⁹].

La Sección 8ª es limitada tanto en ambición como en alcance. Si bien proscribe la existencia de *interlocks*, no alcanza a *todo tipo* de *interlock*. La disposición se hace aplicable sólo a aquellos *interlocks* que involucren a empresas que cuenten como competidores horizontales. Si bien no incluye, necesariamente, todo el universo de potenciales *interlocks* anticompetitivos, fija una línea que, probablemente, captura la mayor parte de aquellos que podrían resultar sospechosos desde un punto

⁷⁴ Véase Rosch, *Op.Cit.* nota 2, en 17 (notando que las preocupaciones sobre “casos de *interlocking* de directores se convirtieron en un tema político tan urgente en la elección [presidencial] de 1912, que las tres plataformas político-partidistas llamaron a la creación de una ley para abordar el asunto”).

⁷⁵ La *Clayton Act* define “persona” de modo que incluya al concepto de “empresa”: “Cuando se emplea la palabra ‘persona’ o ‘personas’ en esta ley, se estará considerando que incluye a los conceptos de empresas y asociaciones existentes bajo o autorizadas por las leyes de Estados Unidos o cualquiera de los territorios, leyes de cualquier Estado, o de cualquier país extranjero.” 15 U.S.C. § 12(a) (2012). Los *interlocks* que involucran a otro tipo de personas jurídicas, como *partnerships*, no se encuentran incluidas. Véase *North Am. Soccer League v. NFL*, 670 F.2d 1249, 1262 (2d Cir. 1982) (sosteniendo que la Sección 8ª no aplica a ligas deportiva).

⁷⁶ Adicionalmente, la Sección 8ª tampoco es capaz de alcanzar a los *interlocking* de directores existentes entre bancos y corporaciones no-bancarias. Véase *Bankamerica Corp. v. United States*, 462 U.S. 122, 128 (1983).

⁷⁷ Como la responsabilidad surge de la existencia de *interlockings* sólo cuando un acuerdo entre las empresas involucradas “constituiría una violación a cualquiera de las leyes de competencia,” la Sección 8ª no aplica a los *interlocks* que se verifican entre empresas matrices y las subsidiarias de su absoluta propiedad. Véase, por ejemplo, *Burnup & Sims, Inc. v. Posner*, 688 F. Supp. 1532, 1534 (S.D. Fla. 1988). En *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 771–74 (1984), una empresa matriz y una subsidiaria de su complete propiedad no son consideradas entidades independientes y, por tanto, son legalmente incapaces de conspirar para efectos de la Sección 1ª del *Sherman Act*. Lo que queda menos claro es la aplicabilidad de la Sección 8ª a subsidiarias controladas parcialmente. Véase, ABA Section Of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* 427 (6th ed. 2007) [en adelante, ABA, *Antitrust Law Developments*].

⁷⁸ § 19(a).

⁷⁹ Revised Jurisdictional Thresholds of the Clayton Act, 78 Fed. Reg. 2675 (Jan. 14, 2013).

de vista de competencia. Sin embargo, incluso respecto de los *interlocks* referidos a competidores directos, la Sección 8ª exceptúa a aquellos que, probablemente, presentan un menor riesgo de producción de daños anticompetitivos, dado el tamaño de la empresa involucrada. Estas excepciones fueron refinadas con mayor detalle en 1990, cuando el Congreso de Estados Unidos promulgó restricciones adicionales al alcance de esta sección, relativas a aquellas transacciones que representan escasos riesgos de generar efectos anticompetitivos.⁸⁰

La Sección 8ª ha generado una jurisprudencia notablemente escasa en sus casi cien años de historia.⁸¹ Ello es, probablemente, el resultado de que las Cortes Federales hayan adoptado una interpretación de regla *per se* para la Sección 8ª, práctica que permitió establecer la verificación de un quebrantamiento con la sola existencia de un *interlock* de administración, sin prueba alguna de sus reales efectos anticompetitivos. Más aún, decisiones “pragmáticas” de los tribunales involucrando distintas discusiones que han surgido en torno a la ley -incluyendo la definición de “competidores” o la pregunta por si ella alcanza a *interlocks* “indirectos”- han contribuido a abultar la habilidad de la Sección 8ª para alcanzar las diversas manifestaciones de *interlocks* anticompetitivos. Ello, sumado a las reformas de 1990, parece haber llevado a balance razonable que generalmente tiende a permitir la existencia de *interlocks* beneficiosos o benignos, pero de un modo tal que permita evitar que el cumplimiento de la ley resulte excesivamente costoso.

⁸⁰ S. REP. NO. 101-286, at 5–6 (1990), *reimpreso en* 1990 U.S.C.C.A.N. 4100, 4103-04 (“La intención del comité ha sido la de excluir de la prohibición de *interlocking* de directores entre competidores a aquellas empresas que son demasiado pequeñas como para tener relevancia competitiva en la mayoría de los casos.”); véase H.R. REP. NO. 101-483, at 7 (1990). Antes de las reformas de 1990, la mayoría en el FTC, sobre la materia *Borg-Warner Corp.*, 101 F.T.C. 863, 932 (1983), *modified*, 102 F.T.C. 1164 (1983), *rev’d on other grounds*, 742 F.2d 108 (2d Cir. 1984), sostuvo que no había una defensa *de minimis* a un quebrantamiento de la Sección 8ª. En una nota al pie, sin embargo, la mayoría sugirió que el nivel de comercio afectado podía jugar un rol en el ejercicio de discreción ejercido por la agencia persecutora, con respecto a un *interlock* parcial, o en la determinación del alcance de algún caso posterior. Antes de las reformas de 1990, las cortes estaban divididas en torno al problema del asunto *de minimis*. Véase MacLeod William C., “Interlocks at the Federal Trade Commission: Room for Reason in a “Per Se” Statute?”, en 53 *ANTITRUST L.J.* 1077, 1080–81 (1984). Así, actualmente, los *interlocks* que involucran a competidores no están prohibidos cuando: (a) las ventas competitivas de cualquiera de las dos empresas son menores a US 1 millón, reajustado según las normas pertinentes, 15 U.S.C. § 19(a)(2)(A) (actualmente, US\$2,888,300 para el año 2013), *Revised Jurisdictional Thresholds of the Clayton Act*, 78 Fed. Reg. at 2675; (b) las ventas competitivas de cualquiera de las dos empresas sean menores al 2% de las ventas totales de esa misma entidad, 15 U.S.C. § 19(a)(2)(B); o (c) las ventas competitivas de cada una de las empresas sea menor al 4% de las ventas totales de la empresa. 15 U.S.C. § 19(a)(2)(C) (2012).

⁸¹ Rosch, *Op. Cit.* nota 2, en 17.

a) **La aproximación *per se* en la configuración de quebrantamientos a la Sección 8ª.**

La aproximación *per se* data de 1953, con el fallo de la Corte de Distrito relativo al caso *United States v. Sears, Roebuck & Co.*,⁸² cual fuera la “primera reconstrucción judicial” de la Sección 8ª desde su promulgación en 1914. En *Sears*, el imputado argumentó que la cláusula “de modo tal que” de la Sección 8ª requería de prueba que evidenciara que una potencial concentración entre ambas empresas podría importar un quebrantamiento a la Sección 7ª del *Clayton Act*,⁸³ que prohíbe las operaciones de concentración entre empresas, sólo en la medida en que “el efecto de tal adquisición pudiera reducir sustancialmente la competencia, o bien tender a generar un monopolio”.⁸⁴ La corte, sin embargo, rechazó el argumento del imputado, sosteniendo en cambio que la disposición aplicaba cuando un posible acuerdo (por ejemplo, en torno a precios) entre las partes vinculadas por medio del *interlocking*, pudiera contravenir “cualquiera de las disposiciones de cualquiera de las leyes que regulan la competencia”.⁸⁵ En suma, concluyó que un test derechamente *per se* -bajo el cual la responsabilidad giraba en torno a la pregunta de si dos empresas eran o habían sido competidoras- era el apropiado.

Consideraciones de fácil administración [*administrability*] fueron factores importantes en la decisión de la corte de adoptar una regla *per se* en *Sears*. Al examinar la historia legislativa de la Sección 8ª, la corte concluyó que “[l]a legislación era esencialmente preventiva,” y que la posición del imputado “derrotaría el propósito del Congreso de ‘frenar la creación de fideicomisos, conspiraciones y monopolios desde sus inicios y antes de su consumación’.”⁸⁶ En opinión de la corte:

Esta conclusión es obligada por la futilidad en tratar de decidir si es que una concentración hipotética dada violaría las secciones pertinentes de las leyes que regulan la libre competencia. Tal decisión involucraría la consideración de múltiples factores [...] [que] pueden ser aplicados sólo en un caso real, mas no a una situación hipotética [...]. Esta dificultad sugiere que el test aplicable a una operación de concentración resultaría en la anulación de la ley que prohíbe los *interlockings* de directores entre competidores en todos los casos, menos la situación más evidente.⁸⁷

⁸² 111 F. Supp. 614 (S.D.N.Y. 1953).

⁸³ *Id.* en 616.

⁸⁴ *Id.* (citando 15 U.S.C. § 18) (énfasis añadido).

⁸⁵ *Id.* en 616–17, 620–21; véase Preminger, Robert Jay. “Deputization and Parent-Subsidiary Interlocks Under Section 8 of the Clayton Act” en 59 *Wash. U. L. Rev.* 943, 951 (1981) (“En tomar esta decisión, la Corte de Distrito estableció una regla que sería, en adelante, el estándar para casos regulados por la Sección 8ª, según la cual un quebrantamiento *per se* ocurriría” bajo estas circunstancias, de modo que “es manifiestamente difícil para el imputado rebatir exitosamente una supuesta infracción a la Sección 8ª, cuando las condiciones restantes se han podido probar”).

⁸⁶ *Sears*, 111 F. Supp. at 616–17 (citando a S. REP. No. 698, at 11 (1914)).

⁸⁷ *Id.* en 617 (citas omitidas).

La regla *per se*, en contraste, “permite la administración de los rasgos prohibitivos de la Sección 8ª, en todo el alcance que los legisladores han contemplado”.⁸⁸

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de EE.UU., en *Protectoseal Co. v. Barancik*, concluyó que “no creía que el Congreso hubiese tenido la intención de legalizar un *interlock* dependiendo del tipo de evidencia compleja que pudiera requerirse para un caso más extenso que surgiera bajo la Sección 7ª”.⁸⁹ Como en *Sears*, en *Protectoseal* el imputado argumentó que el quebrantamiento de la Sección 8ª no podría ocurrir a menos que la concentración de las dos empresas pudiera ser anticompetitiva bajo la Sección 7ª. Al rechazar esta postura, el Séptimo Circuito concluyó que el lenguaje relevante de la Sección 8ª “establece criterios objetivos relativamente sencillos para juzgar la legalidad del *interlock*,” y que “un análisis de todo el mercado competitivo [era] innecesario” bajo este estatuto.⁹⁰

En 1990, el Congreso de Estados Unidos debatió en torno a si el estándar de la Sección 7ª, que había sido rechazado por las cortes, debía aplicarse a los *interlocks* bajo la Sección 8ª.⁹¹ Las preocupaciones planteadas hacían eco de aquellas expresadas por las cortes en *Sears* y *Protectoseal*, e incluyen que:

Tal estándar requeriría de un análisis de competencia completo, cubriendo definiciones de mercado relevante, barreras de entrada, etc., antes de que uno pudiera decidir sobre la permisión de un *interlock*. Esto introduciría una incertidumbre sustancial, y requeriría de un gran esfuerzo por parte de las agencias para lograr el cumplimiento de la ley.⁹²

El Congreso de Estados Unidos reconoció que estos mayores costos en el *enforcement* de la ley se traduciría en que “la prohibición de *interlock*, en la práctica, se anularía en todos, menos los casos más evidentes.”⁹³ Así, se mantuvo una regla de *bright line* como la aproximación más adecuada a estos casos, dada la naturaleza pre-

⁸⁸ *Ibid.* Sin embargo, como será evidente en lo que sigue, tal estándar sacrificaría la simplicidad de un análisis existente, entregando en contrapartida beneficios cuestionables.

⁸⁹ 484 F.2d 585, 589 (7th Cir. 1973). No obstante, en esta sentencia el Séptimo Circuito podría no haber estado discutiendo el tipo de evidencia necesario para establecer si es que las empresas eran competidoras, sino más bien a la pregunta por si la determinación de que ha ocurrido un quebrantamiento a la Sección 8ª depende o no de que se pruebe que una concentración entre las partes quebrantaría la Sección 7ª.

⁹⁰ *Ibid.* (énfasis añadido). Un fallo reciente de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito el año 2012, en *Robert F. Booth Trust v. Crowley*, sostuvo que bajo la Sección 8ª, “un juez de distrito debe definir el mercado y decidir si una operación de concentración entre [el imputado] y una de las empresas a las que se encuentra vinculado por medio de *interlocking* de directores, sería ilícito.” 687 F.3d 314, 317 (7th Cir. 2012). La última parte de la oración se equivoca en el estándar relevante. Véase *infra* notas 91–94 y texto adjunto.

⁹¹ Véase Gerber, *Op.Cit* nota 3, at 133–34 (“Una versión de H.R.29 fue propuesta, ‘que podría haber permitido un *interlock* si las dos empresas competidoras pudieran ser autorizadas a llevar a cabo una operación de concentración, bajo el estándar dispuesto en la Sección 7ª del *Clayton Act*.” (citando H.R. REP. No. 101-483, at 3 (1990)) (alteración propia del texto original).

⁹² H.R. REP. No. 101-483, en 6.

⁹³ *Id.* en 7 (observando que las Guías de Fusiones [...] generalmente operan para permitir fusiones entre competidores directos en un mercado, con hasta 35-40% de participación de mercado).

ventiva de la Sección 8ª, incluso en la medida en que la regla *per se* era expulsada de la jurisprudencia en otras áreas de la libre competencia norteamericana en la época.⁹⁴

En contraste con Estados Unidos, Japón ha adoptado el mismo estándar que fue rechazado por la Sección 8ª al prohibir *interlocks* sólo “en la medida en que el efecto del *interlocking* de directores pudiera reducir sustancialmente la competencia en cualquier área del comercio”.⁹⁵ A diferencia de la *Clayton Act*, el foco de la Ley Antimonopolio de Japón no está puesto en la existencia de un *interlock* entre competidores⁹⁶, sino más bien está puesto enteramente en los efectos que pudiera producir la restricción. Corea e Indonesia siguen una aproximación similar, y en estos tres casos el requerimiento de que se verifique un efecto anticompetitivo producto del *interlock*, se traduce en una carga al *enforcement* que no está presente en la Sección 8ª de la *Clayton Act*.⁹⁷

b) Identificación de “competidores” y otros asuntos en la aplicación del estándar norteamericano.

Con la adopción de una regla *per se* en Estados Unidos, una de las principales preguntas pendientes bajo la Sección 8ª ha sido por si dos empresas son “competidoras” la una de la otra, bajo el alcance de la ley. En responder a esta pregunta, algunas cortes han utilizado las definiciones de análisis de mercado que se utilizan más generalmente en otras disposiciones de las *Sherman Act* y *Clayton Act*.⁹⁸ Otras cortes, sin embargo, no se han limitado a utilizar sólo “definiciones cuantitativas de mercado típicamente aplicables a la Sección 7ª de la *Clayton Act* para casos de operaciones de concentración”, sino que han empleado un análisis cualitativo más flexible tam-

⁹⁴ Véase, por ejemplo, *State Oil v. Khan, Inc.*, 522 U.S. 3 (1997) (adoptando la regla de la razón como estándar para analizar acuerdos en torno a precio máximo de reventa.); *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) (adoptando la regla de la razón para analizar restricciones verticales no referidas a precio).

⁹⁵ Véase, *Shiteki-dokusen no Kinshi oyobi Kōseitorihiki no Kakuho ni Kansuru Hōritsu* [Dokusen Kinshi-hō] [Act on the Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade], Act No. 54 of 1947, art. 13 para 1 (Japan), disponible en http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/amended_ama09_04.html.

⁹⁶ El artículo 13 dice: “Ni un ejecutivo ni un empleado (queriendo decir, en este artículo, una persona distinta que el ejecutivo relacionado al negocio de una empresa de modo regular) de una empresa tendrá, al mismo tiempo, una posición como ejecutivo de otra empresa, donde el efecto de un *interlocking* de directores pueda ser tal que restrinja sustancialmente la competencia, en cualquier ámbito particular del comercio.”

⁹⁷ Véase, OECD, *Antitrust Issues*, *supra* nota 1, en 139–40, 197–201.

⁹⁸ ABA, *Antitrust Law Developments*, *Op.Cit.* nota 77, at 427–28; véase Preminger, *Op.Cit.* nota 85, at 948–49 (“Se ha desarrollado una política conforme a la cual las cortes y el Federal Trade Commission (FTC) aplican, por analogía, la “línea de negocios” y el mercado geográfico como estándares, reconocidos por la Corte Suprema en la Sección 7ª [contexto] (...) A pesar de que se aplique de una manera menos mecánica, estos estándares proveen de un criterio estructurado en virtud del cual se puede medir el grado de competencia entre las empresas vinculadas por medios de *interlocking*.”). En *American Bakeries Co. v. Gourmet Bakers, Inc.*, por ejemplo, una Corte de Distrito Federal sostuvo que: hay claras guías de competencia para determinar si dos empresas compiten. Por ejemplo, el “test de mercado relevante” puede ser aplicado (...) La presencia de competencia real (...) es determinada por medio de dos exámenes: (1) ¿Pueden los dos productos (el del imputado y el del sustituto) competir porque son razonablemente sustitutos respecto del uso que se les puede dar?; (2) ¿Son los dos productos realmente competidores porque existe una alta elasticidad cruzada de la demanda por parte de los consumidores? 515 F. Supp. 977, 980–81 (D. Md. 1981).

bién.⁹⁹ Como sucede con el rechazo a un análisis para determinar los efectos, las preocupaciones que sostienen esta decisión se refieren también a la mayor facilidad en la administración y a los objetivos de las políticas instauradas por la Sección 8ª.

La decisión del Noveno Circuito en *TRW, Inc., v. Federal Trade Commission*, provee de un ejemplo para esta intrincada aproximación en la identificación de “competidores” para los efectos de la Sección 8ª.¹⁰⁰ En *TRW*, tanto el reclamante como el imputado argumentaron que la pregunta por si eran o no “competidores” debía ser juzgada por los estándares de elasticidad cruzada de la demanda y sustituibilidad razonable del uso de sus productos.¹⁰¹ La Corte de Apelaciones, sin embargo, rechazó la postura de los imputados, concluyendo que los propósitos preventivos que subyacen a la Sección 8ª “no estarían bien servidos” con un reclamo de ese tipo.¹⁰²

El Noveno Circuito entregó dos fundamentos principales para sostener esta conclusión. Primero, que un estudio de ese tipo no es conceptualmente necesario, dado que la Sección 8ª sólo requiere que “dos supuestos ‘competidores’ [estén] involucrados, siendo innecesaria la prueba de que el *interlock* tenga un efecto anticompetitivo”.¹⁰³ Segundo, el Noveno Circuito consideró que los estándares propuestos por los imputados eran “demasiado restrictivos”.¹⁰⁴ Por ejemplo, “mientras que los tests de elasticidad cruzada de la demanda y de sustituibilidad en el uso puede entregar resultados realistas en industrias bien establecidas”, la corte notó que estos prueban ser de manifiesta menor utilidad en mercados que evolucionan aun desde su “infancia”.¹⁰⁵ Por tanto, concluyó que para avanzar en los propósitos de la legislación, era también apropiado considerar evidencia relativa a:

- (1) La extensión con la cual la industria y sus clientes reconocen los productos como independientes o competidores; (2) la extensión con la cual las técnicas de producción para los productos son similares; y (3) la extensión con la cual puede decirse que los productos tienen consumidores diferenciados.¹⁰⁶

El enfoque cualitativo del Noveno Circuito tiene el potencial de aumentar la incertidumbre y, quizás, en ciertos casos, aumentar los costos del *enforcement*. La misma Corte de Apelaciones reconoció que su aproximación “podría dificultar el proceso de identificación de potenciales directores para el cumplimiento de la

⁹⁹ Gerber, *Op.Cit.* nota 3, en 108; véase ABA Antitrust Law Developments, *Op.Cit.* nota 77, en 428.

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, 647 F.2d 942 (9th Cir. 1981).

¹⁰¹ *Id.* en 946.

¹⁰² *Id.* en 947.

¹⁰³ *Íbid.* (citas omitidas).

¹⁰⁴ *Íbid.*

¹⁰⁵ *Íbid.*

¹⁰⁶ *Íbid.*

Sección 8^a.¹⁰⁷ Por otro lado, incluso aquellos análisis de definición de mercado que no envuelven a un análisis de competencia completo pueden terminar siendo extremadamente costosos,¹⁰⁸ por lo que al no requerir ese tipo de investigación, los costos del *enforcement* se ven reducidos. Esto va de la mano con una aproximación como la descrita más arriba, evitando un análisis de efectos. Lo que es más, esta aproximación flexible podría servir para facilitar el propósito preventivo de la Sección 8^a en sectores importantes de la nueva economía.

Una complicación adicional con la aproximación norteamericana se refiere a la pregunta por si la Sección 8^a alcanza, además de a los *interlocks* “directos” entre competidores, a aquellos “indirectos” descritos anteriormente.¹⁰⁹ Tanto el Departamento de Justicia (“DOJ”) como la Federal Trade Commission (“FTC”) han asumido la postura según la cual un quebrantamiento a la Sección 8^a puede ocurrir cuando distintos individuos que representan a una sola persona o empresa se desempeñan en un directorio de competidores (como se ilustra en la figura 2, *supra*).¹¹⁰ Ello tiene sentido, ya que la misma preocupación relativa al intercambio de información entre competidores puede surgir con independencia de que sea el mismo individuo quien se desempeña en un cargo directivo para dos empresas, o que el *interlock* se encuen-

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Véase Gerber, *Op.Cit.* nota 3, en 131 (notando que “incluso excluyendo un requerimiento de efectos anticompetitivos, el costo de una definición de mercado cuantitativa sigue configurando una preocupación válida”).

¹⁰⁹ Preminger sostiene que “la escasa historia legislativa que existe apoya la idea de que el Congreso no pretendía que la Sección 8^a extendiera la prohibición de *interlocks* a casos más allá de aquellos que tienen una forma más evidente y directa, que se encuentra contenida en el sentido literal de la ley.” Preminger, *Op.Cit.* nota 85, en 951. Al punto en que, en este caso, puede haber sido una finalidad del hecho de que “cuando el *Clayton Act* fue redactado, el Congreso no contaba con experiencia respecto a legislación sobre *interlocking* de directores. Las provisiones de la ley eran, aparentemente, diseñadas para lidiar con los problemas más conspicuos que se habían generado en las últimas dos décadas.” FED. TRADE COMM’N, REPORT ON INTERLOCKING DIRECTORATES, H.R. DOC. NO. 81-652, en 13 (1951). Luego el personal de la *House Judiciary Committee’s Antitrust Subcommittee* llegó a una conclusión similar, notando que: “Las divergencias en la cobertura y tratamiento [de las provisiones que proscriben los *interlocks* en el *Clayton Act*], dan cuenta de la naturaleza manifiestamente exploradora y experimental de la legislación. Aparentemente, el Congreso se encontraba reacio a ir más allá de los abusos que se definieron en su momento, y que se encontraban específicamente vinculados a la administración, promulgando una política consistente, que pudiera definir y abordar el problema desde su raíz”. STAFF OF THE ANTITRUST SUBCOMM. OF THE H. COMM. ON THE JUDICIARY, 89TH CONG., REP. ON INTERLOCKS IN CORPORATE MANAGEMENT 28 (1965). Pero véase *Reading Int’l. v. Oaktree Capital Mgmt. LLC*, 317 F. Supp. 2d 301, 330 (S.D.N.Y. 2003) (“En efecto, la insuficiencia de discusión explícita en torno a esta pregunta en los debates que se generaron a partir de los pasajes de esta ley dan cuenta de que era el resultado lesivo de los *interlocks* lo que preocupaba principalmente al Congreso en 1914, más que la forma que pudieran adoptar en casos particulares”).

¹¹⁰ Véase *Brief for the United States as Amicus Curiae, Reading Int’l, Inc. v. Oaktree Capital Mgm’t LLC*, No. 03-CV-1895 (GEL) (THK) (Oct. 1, 2003), en *3, disponible en <http://www.justice.gov/atr/cases/f201300/201321.pdf> (“Estados Unidos ha sostenido por largo tiempo la posición según la cual una empresa o entidad de negocios puede quebrantar la Sección 8^a del *Clayton Act* si sus ejecutivos se desempeñan como directores o ejecutivos de empresas competidoras que, conforme a la ley, no pueden compartir directores o ejecutivos.”); ABA, Antitrust Law Developments, *Op.Cit.* nota 77, en 428–29; véase también Advisory Opinion Letter to United Auto Workers, 97 F.T.C. 933 (May 1, 1981) (afirmando que el FTC sostiene que “una empresa o asociación puede quebrantar lo dispuesto en la Sección 8^a del *Clayton Act* si cuenta con representantes o diputados que se desempeñan simultáneamente en los directorios de dos empresas competidoras”). En *United States v. Int’l Ass’n. of Machinists & Aerospace Workers*, (No. 94- 0690), 1994 WL 728884 (D.D.C. June 14, 1994), el DOJ desafió una situación donde el vínculo implicaba la existencia de distintos representantes individuales que se desempeñaban en los directorios de dos aerolíneas competidoras.

tre perfeccionado a través de dos o más personas.¹¹¹

La Corte de Distrito Federal llegó a una conclusión similar en *Reading International v. Oaktree Capital Management LLC*, un caso que involucró a una empresa de capital privado con intereses significativos de propiedad en otras dos empresas que competían en el mercado de cadenas de cine.¹¹² En *Reading*, el presidente de la empresa de capital se desempeñaba en el directorio de una de las cadenas de cine, mientras que uno de los ejecutivos principales de la misma empresa se desempeñaba como miembro del directorio de la otra cadena.¹¹³ En la demanda de inadmisibilidad del imputado, la Corte de Distrito rechazó el argumento según el cual la Sección 8ª sólo podía aplicarse a un individuo desempeñándose simultáneamente en los directorios de dos competidores. Al contrario, la corte concluyó que los requirentes podrían ganar estableciendo que el servicio prestado por los directores en el directorio del competidor no era ejercido en su propia representación, sino “como representantes de [la empresa de capital], actuando como las marionetas o los instrumentos de la voluntad de la empresa, de modo que pueda decirse legítimamente que “es la empresa como un todo la que se desempeña como director de ambas [cadenas de cine]”.¹¹⁴ De acuerdo a la corte:

Sostener lo contrario supondría permitir a las empresas (así como a los individuos) evadir las responsabilidades asociadas a un régimen de libre competencia, simplemente por la vía de designar agentes para que ejecuten su voluntad en los directorios de negocios competidores. Los propósitos de la ley, “de evitar los espacios de oportunidad para la coordinación de información comercialmente sensible entre competidores”, quedarían mal ejecutados por una interpretación así de estrecha.¹¹⁵

¹¹¹ También tiene sentido dado que la definición de “persona” bajo el *Clayton Act* incluye a “empresas y asociaciones.” 15 U.S.C. § 12(a) (2012). Por cierto, empresas y asociaciones solo pueden actuar a través de sus representantes humanos. *Suez Equity Investors, L.P. v. Toronto-Dominion Bank*, 250 F.3d 87, 101 (2d Cir. 2001).

¹¹² *Oaktree Capital*, 317 F. Supp. 2d at 308 (Oaktree tenía una participación de 40% en Loews, y 70% en Regal.)

¹¹³ *Id.* en 309.

¹¹⁴ *Id.* en 331.

¹¹⁵ *Id.* (énfasis añadido) (citando a *Square D Co. v. Schneider*, 760 F. Supp. 362, 366 (S.D.N.Y. 1991)). Otras cortes también se han referido a la posibilidad de que la responsabilidad de la Sección 8ª pueda originarse en casos de *interlock* indirecto, constituido por distintos representantes de la misma entidad. En *United States v. Cleveland Trust Co.*, el DOJ alegó que los dos imputados, a pesar de tratarse de “agentes” distintos, eran “miembros” de los directorios de dos competidores directos. 392 F. Supp. 699, 702 (N.D. Ohio 1974), *afirmado en* 513 F.2d 633 (6th Cir. 1975). La Corte de Distrito, en una moción de juicio sumario, no rechazó la teoría del gobierno como asunto de derecho (a pesar de que notara que el asunto estaba “enteramente irresuelto”), pero se declinó a acceder a la moción por permanecer preguntas relevantes sobre cuestiones de hecho. *Id.* en 712. En *Pocahontas Supreme Coal Co. v. Bethlehem Steel*, la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito rechazó la alegación de los imputados bajo la Sección 8ª, basándose en una teoría de representación, ya que los registros de la corte incluían sólo “alegatos conclusivos” de que había existido un caso de *deputization*.” 828 F.2d 211, 217 (4th Cir. 1987). La Corte de Apelaciones no rechazó la teoría como asunto de derecho. Para una discusión en torno a la manera en que “se utilizaron de manera generalmente exitosa” los “*deputization*” e *interlockings* entre matrices y subsidiarias “para evadir la restricción legal expresa de [la Sección 8],” amenazando con ello el propósito de la ley, véase, Preminger, *Op.Cit.* nota 85, en 945.

Respecto de otras configuraciones de *interlocks* indirectos, incluyendo situaciones en que una persona se desempeña como ejecutivo o director de dos empresas que no son, en sí mismas, competidoras, pero que involucran a subsidiarias (como se ilustra en las figuras 3 & 4, *supra*), tanto el DOJ como el FTC han tomado acciones en pos de un *enforcement* bajo la premisa de un *interlock* indirecto para estos casos.¹¹⁶ En *Borg-Warner Corp.*, por ejemplo, el FTC concluyó que, para estos casos, el estudio relevante bajo la Sección 8ª se refiera a la pregunta por si la empresa matriz debería ser considerada como una empresa “competidora” del competidor de la subsidiaria, y si, de este modo, un director es situado bajo una estructura de *interlocking*, con el objeto de ejercer control o influencia decisiva en la toma de decisiones a nivel de directorio, con el fin de frustrar las relaciones competitivas entre empresas de intereses divergentes.¹¹⁷

Sin embargo, las Cortes Federales se encuentran divididas en esta materia. En *United States v. Crocker National Corp.*, el Noveno Circuito concluyó que cuando una matriz “controla sustancialmente las políticas de sus subsidiarias”, el “negocio y la ubicación” de la matriz incluye la de la empresa subsidiaria también.¹¹⁸ En contraste, el Segundo Circuito, en *Kennecott Copper Corp. v. Curtiss-Wright Corp.*, derogó la “regla general” adoptada por la Corte de Distrito según la cual, en conformidad con la Sección 8ª, se prohibían los *interlockings* de directores entre empresas matrices con subsidiarias que son competidoras,¹¹⁹ aunque se trata de un fallo que pueda estar limitado por los hechos del caso, y que no es necesariamente inconsistente con la aproximación pragmática adoptada por el Noveno Circuito.

En contraste con la Sección 8ª, la Ley Antimonopolio de Japón no parece preocuparse por la pregunta por si hay “competidores” involucrados en el *interlock*.¹²⁰ El resultado es que la aproximación japonesa puede ser más extensiva que la que configura la *Clayton Act*, que ha sido utilizada sólo para casos de *interlocking* de directores entre competidores horizontales,¹²¹ mientras que la ley japonesa podría razonablemente alcanzar, incluso, a casos de *interlocks* verticales que pudieran afectar

¹¹⁶ Véase ABA, Antitrust Law Developments, *Op.Cit.* nota 77, en 429–30.

¹¹⁷ *Borg-Warner Corp.*, 101 F.T.C. 863, 932, modificado en, 102 F.T.C. 1164 (1983), revisado bajo otros supuestos en, 742 F.2d 108 (2d Cir. 1984). en *Borg-Warner*, el FTC desafió un *interlock* que resultaba de la adquisición de acciones de Borg-Warner por parte de Bosch GmbH, una empresa alemana. Dos directores desempeñándose simultáneamente en los directorios de Bosch GmbH y Bosch U.S., la subsidiaria norteamericana de la empresa alemana, asumieron cargos en el directorio de Borg-Warner. La teoría desarrollada por el FTC en su requerimiento sostenía que estos arreglos constituían un *interlock* ilícito en la medida en que Bosch U.S. competía directamente con Borg-Warner. *Ibid.*

¹¹⁸ 656 F.2d 428, 450-51 (9th Cir. 1981) revisado bajo el nombre *Bankamerica Corp. v. United States*, 462 U.S. 122 (1983).

¹¹⁹ 584 F.2d 1195, 1205 (2d Cir. 1978).

¹²⁰ Véase *Op.Cit.* notas 95–96 y texto adjunto.

¹²¹ *TRW, Inc.*, 93 F.T.C. 325, 379 (1979), afirmado en parte, revisado en parte bajo el nombre, *TRW, Inc. v. FTC*, 647 F.2d 942 (9th Cir. 1981).

a la competencia.¹²² En teoría, el enfoque japonés también releva a las agencias de la carga de establecer que las partes involucradas son competidoras. Parece improbable, sin embargo, que la carga general del *enforcement* bajo el enfoque japonés que requiere de la comprobación de los posibles efectos, sea menor que la existente en Estados Unidos, donde los “competidores” pueden ser definidos (al menos en algunas cortes) utilizando una aproximación cualitativa.¹²³

c) Experiencias recientes demuestran los beneficios del modelo norteamericano.

El costo relativamente bajo y la naturaleza generalmente predictiva de una *bright-line rule* para los *interlocks* en Estados Unidos se traduce en algunos beneficios tangibles respecto del *enforcement*, que resultan particularmente importantes cuando se consideran las economías emergentes en las que los recursos de las agencias son (en términos relativos) escasos. El cumplimiento de la Sección 8ª puede ser reforzado por el DOJ, el FTC o las partes privadas y, en teoría, las acciones privadas podrían incluir daños triples, a pesar de que no parezca haber alguna instancia en la cual se

¹²² Mientras que los *interlocks* entre proveedores y clientes no están incluidos en la Sección 8ª, en teoría estos podrían levantar preocupaciones competitivas. Como la OCDE ha notado, estos arreglos “han sido tradicionalmente criticados en base a que pueden conducir a un trato preferente en perjuicio de otros proveedores u otros clientes, facilitando acuerdos recíprocos o exclusivos, acuerdos de ventas atadas e integraciones verticales.” Véase OECD, *Antitrust Issues*, *Op.Cit.* nota 1, en 49.

¹²³ En sus propios términos, la Sección 8ª tiene algunas limitaciones importantes que le impiden alcanzar ciertos casos de *interlock* entre competidores que generan preocupaciones competitivas. Por ejemplo, la ley aplica sólo a ejecutivos y directores, pero no a empleados ni representantes, a pesar de que los *interlocks* que involucran a estos últimos pueden resultar en trasposos de información u otros daños anticompetitivos. Aún más, la Sección 8ª sólo aplica a ejecutivos y directores de *empresas*, pero no a otros tipos de entidades, como *partnerships*. Véase *North Am. Soccer League v. NFL*, 670 F.2d 1249, 1262 (2d Cir. 1982) (sosteniendo que la Sección 8ª no se aplica a las ligas deportivas). Más aún, la ley probablemente no alcanza a aquellos *interlocks* en que individuos de empresas competidoras se desempeñan en directorios de empresas no competidoras, o *interlocks* que involucran a miembros de una familia o amigos cercanos, a pesar de que, nuevamente, estas formas también pueden generar efectos anticompetitivos. Véase Rosch, *Op.Cit.* nota 2, en 18. Sin embargo, incluso cuando la Sección 8ª no aplica, otras prohibiciones legales pueden existir respecto a la administración de *interlocks*. Por ejemplo, la Sección 305 del *Federal Power Act*, 16 U.S.C. § 825d (b) (2012), prohíbe que ciertos individuos -sin mediar autorización previa del *Federal Energy Regulatory Commission*- se desempeñen como ejecutivos o directores de más de una empresa de utilidad pública, o que se desempeñen simultáneamente en tales cargos en una empresa de utilidad pública y una empresa que pueda asegurar o comercializar valores de empresas de utilidad pública. En otras industrias se han promulgado limitaciones similares relativas a sectores particulares. Véase, por ejemplo, *Public Utility Holding Company Act of 1935* § 17(c), 15 U.S.C. § 79q(c) (derogada en 2005) (regulando *interlocks* que involucraran a *holdings* de empresas de utilidad pública); *Investment Company Act of 1940* § 10(b)(2), (c), 15 U.S.C. § 80a-10(b)(2), (c) (regulando *interlocks* entre sociedades de inversión registradas y, respectivamente, ejecutivos, directores o empleados de aseguradoras y bancos); *Communications Act of 1934* § 212, 47 U.S.C. § 212 (regulando *interlocks* entre operadores de comunicación). Algunos estados han promulgado prohibiciones similares que aplican incluso cuando las empresas no sobrepasan los mínimos exigidos por los umbrales de la Sección 8ª. Véase, por ejemplo, *Alaska Stat.* § 45.50.570 (2013); *Wis. Stat.* § 133.06 (2013). Más aún, el FTC ha desafiado los *interlocks* que no vulneraban la Sección 8ª, a través de la Sección 5ª del *FTC Act*, 15 U.S.C. § 45, que prohíbe “métodos injustos de competencia,” y que pueden ser utilizados para alcanzar una conducta que no se encuentra necesariamente proscrita por otras leyes de competencia. Véase Rosch, *Op.Cit.* nota 2, en 19–20 (citando *Kraftco Corp.*, 89 F.T.C. 46, *remitida por otras razones bajo el nombre*, *SCM Corp. v. FTC*, 565 F.2d 807 (2d Cir.1977), *apelada tras remisión*, 612 F.2d 707 (2d Cir. 1980), *cert. negada*, 449 U.S. 821 (1980)).

hayan otorgado indemnizaciones monetarias.¹²⁴ En vez de eso, ante el surgimiento de disputas el remedio típicamente implementado ha involucrado la renuncia de un director de alguna de las dos empresas¹²⁵ o, algunas veces, la desinversión de una línea de negocios para que las empresas no sigan siendo competidoras y, de este modo, no sigan estando sujetas a la prohibición contenida en esta disposición.¹²⁶

El Gobierno Federal raramente ha demandado bajo la Sección 8^a.¹²⁷ De hecho, el caso más recientemente desafiado por el gobierno fue *Borg-Warner*, presentado hace 35 años.¹²⁸ Mientras esto puede deberse, en parte, a que el *enforcement* de la Sección 8^a ha experimentado “períodos de negligencia benigna” a lo largo de la historia,¹²⁹ en años recientes tanto el DOJ como el FTC se han referido a los *interlocks* en la administración -con el FTC habiendo perseguido un caso de alta connotación pública que involucró a Google y Apple.¹³⁰ La escasez de litigación en torno a la Sección 8^a puede deberse, más bien, a que el *enforcement* gubernamental haya devenido, en gran parte, en uno de naturaleza administrativa. Así describió recientemente el juez Easterbrook este proceso, sosteniendo que “[c]uando el [DOJ] o el FTC concluyen que los directorios se traslapan indebidamente, notifican a la empresa involucrada y le dan una oportunidad para evitar la litigación (o para convencerlos

¹²⁴ Véase ABA, Antitrust Law Developments, *Op.Cit.* nota 77, en 430.

¹²⁵ Bajo esta ley, una persona que ha devenido en inelegible para desempeñarse como ejecutivo o director de una empresa competidora, debido a algún evento sobreviniente, tiene un período de gracia de un año desde el minuto en que ocurre el evento, dentro del cual puede seguir asumiendo el cargo que desempeña. Véase 15 U.S.C. § 19(b).

¹²⁶ Véase Gerber, *Op.Cit.* nota 3, en 131.

¹²⁷ Véase *Robert F. Booth Trust v. Crowley*, 687 F.3d 314, 319 (7th Cir. 2012) (sosteniendo que las probabilidades de una demanda por parte del DOJ o del FTC para desafiar un *interlock* son menores a un 1%); véase también Preminger, *Op.Cit.* nota 85, en 952 n.41 (notando que desde 1914 hasta 1965, el DOJ había interpuesto sólo 10 demandas por casos que, presuntamente, quebrantaban lo dispuesto en la Sección 8^a, mientras que el FTC había interpuesto 13 demandas en el mismo tiempo, resultando sólo una de ellas en una inadmisibilidad por disolución voluntaria del *interlock*).

¹²⁸ Véase *Crowley*, 687 F.3d en 319.

¹²⁹ Véase Wilson, J. Randolph. “Unlocking Interlocks: The On-Again Off-Again Saga of Section 8 of the Clayton Act” en 45 *ANTITRUST L.J.* 317, 317 (1976) (describiendo el *enforcement* de la Sección 8^a por parte del DOJ y el FTC como una “caracterizada por unos pocos impulsos de escasa actividad, seguida de largos períodos de benigna negligencia”).

¹³⁰ De este modo, el *enforcement* de la Sección 8^a en nada se parece al descuido no-tan-benigno del *Robinson-Patman Act*, 15 U.S.C. § 13 (2012), que prohíbe discriminación de distribuidores igualmente situados, por la vía de precios injustos en la venta de productos, cuando el efecto de dicha discriminación es el de reducir la competencia. El *enforcement* gubernamental del *Robinson-Patman Act* se ha reducido sustancialmente desde la década de 1960, recomendando la *Antitrust Modernization Commission* su derogación, en su reporte de abril del año 2007. Véase ANTITRUST MODERNIZATION COMM’N, REPORT AND RECOMMENDATIONS 38 (Abril 2007) (“El Congreso debería derogar el *Robinson-Patman Act* por completo.”).

de que el *interlock* es lícito)".¹³¹ Si bien puede haber disputas sobre los estados de las partes como "competidores", o en torno a si la ley aplica a casos particulares de *interlock* "indirecto", el análisis legal bajo la Sección 8ª (como se ha descrito *supra*) es generalmente claro -algo que no podría necesariamente predicarse de un estándar centrado en los efectos.¹³² Debido a la regla *per se* aplicada por las cortes, el resultado probable es más seguro y predecible. Lo que es más, si una violación a la Sección 8ª ha ocurrido, las empresas investigadas pueden generalmente resolver el asunto con un costo relativamente bajo, mediando la renuncia de un miembro del directorio o la desinversión de una línea de negocios.¹³³ Como resultado, "[p]or más de 30 años, este proceso ha permitido a las agencias de competencia resolver los problemas relacionados a Sección 8ª de una manera amigable -ya sea evitando la litigación, o entrando en acuerdos extrajudiciales contemporáneos a la presentación de la demanda.¹³⁴ Esta dinámica es ilustrada por algunos ejemplos de actividad de *enforcement* reciente en Estados Unidos.

Como ya se ha hecho ver, en el caso de Chile y en otros lugares, los asuntos de *interlock* pueden surgir en el contexto de una operación de concentración. La Sección 8ª ha sido utilizada en Estados Unidos para hacerse cargo de estas preocupaciones cuando surgen en dicho contexto. Un ejemplo reciente involucra el acuerdo extrajudicial suscrito en diciembre de 2007 para el caso *United States v. CommScope*. En este caso, *CommScope*, un manufacturero de productos de alambre y cable, incluyendo cables de caída y soportes relacionados, adquirió una segunda empresa, *Andrew*, que recientemente había vendido su propia empresa de cables de caída a una tercera compañía, *Andes Andrews*, por su parte, mantenía un 30% de participación en *Andes* al momento de la adquisición, junto con otros derechos políticos que incluían el derecho a designar a varios miembros del directorio.¹³⁵ Estos derechos se

¹³¹ *Crowley*, 687 F.3d en 319. En efecto, este enfoque "administrativo" parece haber sido la regla general por un largo periodo de tiempo, como uno de los comentaristas describe en un artículo de 1950: "El procedimiento extrajudicial del Departamento de Justicia para un *enforcement* masivo de la Sección 8ª constituye una técnica novedosa de *enforcement*. La costumbre ha sido la de corregir los quebrantamientos alegados por la vía de interponer demandas. Pero si un *enforcement* diseñado para disuadir administrativamente lleva a los mismos objetivos de la ley, entonces el método parece no sólo ir en el beneficio del interés público, sino además en beneficio de los intereses de las personas cuyos directorios se ven cuestionados, dado que les entrega una oportunidad para renunciar sin la publicidad y el desagrado que le sigue (...). En asuntos de la Sección 8ª, la solución es sencilla y específica: la renuncia de uno de los directorios de las empresas competidoras." Victor H. Kramer, *Interlocking Directorships and the Clayton Act After 35 Years*, 59 YALE L.J. 1266, 1271 (1950); véase Jacobs, Ephraim. "Interlocks" en 29 *ANTITRUST L.J.* 204, 209 (1965) (describiendo el "*compliance* voluntario" de la Sección 8a). Para una versión menos optimista, véase Preminger, *Op.Cit.* nota 85, en 952-53 (argumentando que "a pesar de la eficiencia de estas técnicas sumarias de *enforcement*, su uso le resta valor disuasivo a la ley", y que "la escasez de decisiones razonadas sobre los méritos de los casos de la Sección 8ª le da al estatuto menos coherencia y predictibilidad en la interpretación de la que una ley de 67 años debiera tener (citas omitidas)).

¹³² Véase *supra* Part IV; véase también Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 857 (describiendo las típicas disputas en torno a los asuntos de "límites").

¹³³ Véase Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 857.

¹³⁴ *Crowley*, 687 F.3d en 319.

¹³⁵ Competitive Impact Statement en 7, *United States v. CommScope, Inc.*, 2008 WL 3978124 (No. 07-2200) (D.D.C. 2008).

convirtieron en una fuente de preocupaciones para el DOJ, dado que *CommScope* y *Andes* eran, cada uno, el competidor más cercano del otro, para muchos consumidores. Los derechos darían a *CommScope* “tanto el incentivo como la habilidad para coordinar sus actividades con las de *Andes*, y/o perjudicar la habilidad de esta última para competir en precio e innovación”.¹³⁶ Para mitigar estas preocupaciones, el DOJ requirió -como condición para aprobar la transacción- que las partes renunciaran a sus derechos políticos, incluyendo el derecho de *CommScope* para designar miembros del directorio de *Andes*.¹³⁷

Incluso en jurisdicciones que no siguen el modelo norteamericano, es posible analizar el potencial efecto anticompetitivo de un *interlock* en la administración durante el control de operaciones de concentración. Como ya se ha establecido, la autoridad de competencia de Chile ha podido pronunciarse sobre esta práctica en ciertos casos, aun cuando el Decreto Ley 211 no se refiere específicamente a los *interlockings* de directores.¹³⁸ Sin embargo, en el contexto europeo ha sido notado que la ley no soluciona el problema de un modo coherente y que, consecuentemente, “se ha permitido el desarrollo de participaciones minoritarias, participaciones cruzadas e *interlockings* de directores entre competidores en un amplio espectro de mercado”.¹³⁹ En Chile, que no cuenta con una regulación comprensiva de las operaciones de concentración como la que prevé la Unión Europea, el vacío regulatorio para lidiar con *interlocks* cuestionables durante un control de operación de concentración puede ser aún más grande. Desde una perspectiva del *enforcement*, depender de controles de operaciones de concentración para resolver *interlocks* potencialmente anticompetitivos puede no ser la mejor solución, generando muchos casos de falsos negativos.

Sin embargo, además de los *interlocks* que surgen en conexión con operaciones de concentración, pueden surgir preocupaciones competitivas en situaciones que no involucren transacciones sujetas a revisión, como podría ser el caso de empresas que se extienden a nuevos mercados o líneas de negocio. La investigación del FTC en torno a *interlocks* en la administración de *Apple* y *Google* proveyó de un buen ejemplo en esta materia. Cuando el FTC comenzó su investigación en el año 2009, *Apple* y *Google* compartían dos directores: Eric Schmidt, que era el CEO de *Google*, y Arthur Levinson, antiguo CEO de *Genentech*. El doctor Schmidt se convirtió en

¹³⁶ *Id.* en 8.

¹³⁷ *Id.* en 10. En el contexto del control de operaciones de concentración de la UE, en diversos casos la comisión ha aceptado la desinversión o reducción de participaciones minoritarias ofrecidas, fuera de la transacción bajo revisión. Véase Gabrielsen et al., *Op.Cit.* nota 9, en 846. Esto muestra algo de flexibilidad en términos de la capacidad del control de operaciones de concentración de hacerse cargo de los *interlocks* de administración que no han surgido de la fusión misma. Sin embargo, como se discutirá en lo que sigue, hay otros casos de *interlocks* de administración que no pueden ser alcanzados por dicho mecanismo.

¹³⁸ Véase *supra* Parte III.

¹³⁹ Gabrielsen et al., *Op.Cit.* nota 9, en 855. Para una discusión sobre el control de operaciones de concentración en la UE que también involucró vínculos de participaciones minoritarias e *interlocks* de administración, ver *id.* en 845-46.

director de *Apple* en Agosto de 2006,¹⁴⁰ en la época en que *Apple* y *Google* trabajaban para integrar varias de las tecnologías de *Google*, como el buscador o Google Maps, a los teléfonos celulares iPhone de *Apple*, en ese entonces, en desarrollo. Sin embargo, tras el anuncio de *Apple* del lanzamiento del iPhone en enero de 2007, en noviembre del mismo año *Google* reveló su plataforma para teléfonos celulares *Android*, y ambas empresas se transformaron en importantes competidores en el mercado de los teléfonos celulares inteligentes [*smart phone market*].¹⁴¹ En efecto, la fortuna de *Apple* se vio incrementada como producto del desarrollo de los teléfonos celulares, mientras *Google* percibió el mercado de los teléfonos celulares como una oportunidad estratégica para expandir sus servicios publicitarios. Fue este traslape competitivo el que, aparentemente, motivó las preocupaciones del FTC¹⁴² y que, finalmente, llevó a la renuncia del Dr. Schmidt al directorio de *Apple* en Agosto de 2009,¹⁴³ y a la renuncia del señor Levinson de *Google* en octubre del mismo año.¹⁴⁴

De nuevo, en jurisdicciones como la chilena que no siguen el modelo norteamericano, puede ser posible examinar *interlocks* que no provengan del contexto de un control de operación de concentración, haciendo uso de las disposiciones sustantivas de la ley de competencia.¹⁴⁵ Sin embargo, sin la Sección 8ª como una opción disponible, parece improbable una solución a las preocupaciones competitivas que surgieron del *interlock* entre *Google* y *Apple*, al menos en una etapa tan temprana o de una manera tan eficiente como ocurrió en Estados Unidos. Esto puede observarse en los ejemplos chilenos ya descritos, donde se ha permitido la mantención de los *interlocks* sospechosos en términos competitivos. En contraste, el FTC pudo intervenir en el caso *Google-Apple* en una etapa temprana, antes de que el *interlock* pudiera haber resultado en una vulneración real a las normas sustantivas de competencia,

¹⁴⁰ Véase *Google CEO Dr. Eric Schmidt Joins Apple's Board of Directors*, PR NEWSWIRE (29 de agosto, 2006), <http://www.prnewswire.com/news-releases/google-ceo-dr-eric-schmidt-joins-apples-board-of-directors-56271542.html>.

¹⁴¹ Adicionalmente, el *Safari* de Apple competía con *Chrome* en Google, así como con otras propiedades de Internet de Google, tales como YouTube, y *iTunes* de Apple se convirtió en un competidor en la distribución de música y videos. Véase Miguel Helft, *Board Ties at Apple and Google Are Scrutinized*, N.Y. TIMES, 5 de mayo de 2009, <http://www.nytimes.com/2009/05/05/technology/companies/05apple.html>.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ Fed. Trade Comm'n, *Statement of Bureau of Competition Director Richard Feinstein Regarding the Announcement that Google CEO Eric Schmidt Has Resigned from Apple's Board* (Aug. 3, 2009), <http://www.ftc.gov/opa/2009/08/googlestmt.shtm>. Dado el aumento de competencia entre Apple y Google en el mercado de los teléfonos celulares inteligentes, es razonable preguntarse si el Dr. Schmidt habría estado en condiciones de continuar ejerciendo su rol en el directorio de Apple, incluso sin mediar investigación por parte del FTC. Véase Josh Quittner, *Why Google's Schmidt Resigned from Apple's Board*, TIME (3 de agosto de 2009), <http://www.time.com/time/business/article/0,8599,1914350,00.html> ("En una movida increíblemente poco sorprendente, el CEO de Google, Eric Schmidt, renunció hoy al directorio de Apple Inc. Esto era inevitable desde que ambas empresas están apostando su crecimiento futuro en la explosión del mercado computacional de los celulares").

¹⁴⁴ Fed. Trade Comm'n, *Statement of Chairman Jon Leibowitz Regarding the Announcement that Arthur D. Levinson Has Resigned from Google's Board*, (12 de octubre de 2009), <http://www.ftc.gov/opa/2009/10/google.shtml>.

¹⁴⁵ Gabrielsen et al., *Op.Cit.* nota 9, en 855–58 (discutiendo la capacidad del Artículo 101 TFEU como potencial mecanismo para intervenir con posterioridad a un traspaso de información que ha surgido de *interlocks* de administración u otros vínculos de participación minoritaria).

o causado algún efecto anticompetitivo. Eso es precisamente lo que la Sección 8ª pretendía prevenir. Más aún, el FTC pudo investigar el *interlock* sin la necesidad de satisfacer los requerimientos más estrictos de un quebrantamiento sustantivo -tarea que representa un costo mucho mayor para la agencia.¹⁴⁶ Bajo un modelo alternativo que descansa en la litigación de alto riesgo, los beneficios del *enforcement* administrativo de la Sección 8ª podrían no materializarse.

VI. EL ENFOQUE DE BAJO COSTO Y FÁCIL ADMINISTRACIÓN DE LA SECCIÓN 8ª PROVEE DE UN MARCO ADECUADO PARA LAS ECONOMÍAS PEQUEÑAS Y EMERGENTES.

Como ya se ha establecido, la Sección 8ª constituye una disposición “limitada” y altamente preventiva en su naturaleza. La ley identifica un área de eventual preocupación competitiva -los *interlocks* en la administración- y establece una prohibición de la práctica, pero sólo para aquellos *interlocks* que involucran a empresas competidoras, que acarrear los riesgos más elevados para la competencia. Más que analizar los efectos anticompetitivos de un *interlock*, considerando si la combinación de las empresas involucradas importaría un quebrantamiento a la Sección 7ª (como algunos imputados han argumentado) las cortes en *Sears* y *Protectoseal* optaron por una aproximación mucho más administrable a través de la regla *per se*.¹⁴⁷ Pero, entonces, la ley misma sólo aplica a *interlocks* entre competidores que exceden un determinado umbral en los términos de “capital, excedente y utilidades netas”¹⁴⁸, eliminando con ello la revisión de *interlocks* que tienen menores probabilidades de generar

¹⁴⁶ Otra investigación similar del FTC podría haber sido responsable del anuncio de marzo del 2010 según el cual el afamado inversionista John Doerr renunciaría del directorio de Amazon más tarde ese año. Al momento del anuncio, el señor Doerr había estado desempeñándose como director de tanto Amazon como Google. De acuerdo al *New York Times*, “la decisión del señor Doerr fue motivada por una investigación del *Federal Trade Commission*” en torno a los vínculos existentes entre las dos empresas. Véase See Miguel Helft, *F.T.C. Is Said to Have Looked Into Amazon-Google Ties*, N.Y. TIMES, 1 de abril de 2010, <http://bits.blogs.nytimes.com/2010/04/01/f-t-c-is-said-to-have-looked-into-amazon-google-ties>. Como en el caso que involucró a Apple, fue el desarrollo de Google como competidor de Amazon lo que, supuestamente, atrajo la atención del FTC: mientras Amazon continúa desempeñándose principalmente en el rubro del *e-commerce*, y Google continúa siendo un gigante de la publicidad, la competencia entre los dos se ha intensificado en los últimos años. Ambas empresas ofrecen servicios conocidos como *cloud computing services* para empresas emergentes o de otras características. Lo que es más, ambas están rápidamente convirtiéndose en competidores en el competitivo mercado de los libros electrónicos (...). *Id.* Al punto en que la partida del Sr. Doerr como resultado de una investigación del FTC, fue -como en el caso de la resolución del conflicto originado por el *interlock* entre Apple y Google- alcanzada sin necesidad de un litigio. De modo similar, esta investigación no fue iniciada a propósito de un control de operación de concentración revisable o de alguna transacción similar, sino el resultado de preocupaciones que surgieron en la medida en que Google y Amazon comenzaron a competir el uno con el otro. Dada la creciente intensificación de la competencia entre Google y Amazon desde el año 2010 -en el mercado de libros electrónicos y otros contenidos digitales, incluyendo música y películas-, este ejemplificador caso ilustra de mejor manera la importancia de la naturaleza preventiva de la Sección 8ª y la flexibilidad que les otorga a los reguladores para desarrollar preocupaciones en los mercados en desarrollo.

¹⁴⁷ Véase *Op. Cit* notas 82–90 y texto adjunto.

¹⁴⁸ 15 U.S.C. § 19(a)(1) (2012).

efectos anticompetitivos para el mercado involucrado. Más aún, las excepciones adicionales promulgadas en 1990, que excluyeron de la Sección 8ª a los *interlocks* que verosíblemente tendrían escasos efectos competitivos, sirvieron para refinar el alcance de la ley.

Asimismo, las sanciones que se siguen de un quebrantamiento de las normas de la Sección 8ª son también limitadas por fines prácticos. Como ya se ha mencionado, el típico remedio supone la renuncia de un director de una de las dos empresas o, en algunos casos, la desinversión de una línea de negocios de modo tal que las empresas dejen de ser competidoras y, por tanto, dejen de estar sujetas a las prohibiciones de la Sección 8ª.¹⁴⁹ Mientras que, en teoría, los demandantes privados podrían exigir una indemnización, no parece haber habido instancias en que ello hubiera ocurrido.¹⁵⁰ Así, dado el bajo riesgo involucrado en conjunción con la claridad general de una regla *per se*, el *enforcement* de la Sección 8ª ha tendido a seguir el camino amigable descrito por el juez Esaterbrook -“ya sea evitando la litigación, o entrando en acuerdos extrajudiciales contemporáneos a la presentación de la demanda”.¹⁵¹ En efecto, más de 30 años han pasado desde la última vez que se haya desafiado un caso bajo la Sección 8ª por el gobierno, sin perjuicio de los esfuerzos continuos de *enforcement* descritos en la sección precedente.

El modelo norteamericano parece ser capaz de satisfacer los criterios descritos en la Parte II y, por tanto, sería un enfoque razonable para economías pequeñas y emergentes como la chilena. Una prohibición absoluta a los *interlocks* entre competidores horizontales -ya sea que se imponga a través de una reforma a la Ley de Competencia o mediante la jurisprudencia del TDLC¹⁵²- se toma en serio la idea de que estas prácticas acarrear serios riesgos para la competencia, particularmente para economías pequeñas. Quizás despeja más que un análisis casuístico más flexible, pudiendo prohibir algunos casos de *interlocks* benignos o, aún más, beneficiosos para la sociedad. La experiencia con la Sección 8ª, sin embargo, muestra que el número de falsos positivos puede ser limitado, incluyendo excepciones menores bajo un estándar de casos claros o *bright line*, que sean diseñados de manera adecuada para el contexto. Finalmente, el modelo estadounidense permite un *enforcement* que puede ser efectuado asumiendo un costo relativamente bajo.

Las eventuales ventajas de un enfoque norteamericano son más evidentes en el caso *Matte Group* discutido *supra*. Allí, a pesar de los vínculos estructurales y per-

¹⁴⁹ Véase Gerber, *Op.Cit.* nota 3, en 131.

¹⁵⁰ Véase ABA, *Antitrust Law Developments*, *Op.Cit.* nota 77, en 430.

¹⁵¹ Robert F. Booth Trust v. Crowley, 687 F.3d 314, 319 (7th Cir. 2012).

¹⁵² La política chilena de competencia generalmente hace énfasis en el poder de mercado, y el artículo 3 (a) del DL N° 211 está redactado en términos de acuerdos horizontales o prácticas concertadas que confieren poder de mercado a las partes. A pesar de que no se ha reconocido en Chile reglas *de minimis* o *per se*, la Corte Suprema chilena parece haberse movido en la dirección de reconocer algo como una regla *per se* en un fallo reciente sobre un acuerdo de fijación de precios que involucró a operadores de turismo. Véase Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 20 septiembre 2012, “Fiscalía Nacional Económica v Explora Chile S.A.”, Rol de la causa: 113-2012. La corte sostuvo en ese caso que, incluso cuando un acuerdo colusivo no es capaz de influir en precios o cantidades, aun así podría quebrantar las disposiciones de la ley de competencia. Casos futuros deberían desarrollar este punto. *Id.*

sonales entre las empresas *Celulosa CMPC* y *Celulosa Arauco y Constitución S.A.* -dos competidores en el mercado relevante identificado- la FNE decidió no iniciar una investigación en torno al quebrantamiento de la ley de competencia, ya que no era capaz de establecer la existencia de un acuerdo de repartición de mercado entre los competidores. Sin embargo, sin perjuicio de la existencia de un acuerdo de estas características en ese caso particular, la existencia de dichos vínculos entre competidores generalmente conlleva la existencia de riesgos significativos. Una prohibición directa de este tipo de *interlocks* habría facilitado el trabajo de la FNE en eliminar ese riesgo para este caso -al punto en que la mera existencia de la prohibición no resultó en la disolución de los vínculos en primer lugar- con costos más bajos, ya sea a través de una negociación con las partes o mediando un procedimiento sencillo ante el TDLC que estaría limitado a la comprobación de la existencia de un *interlock*, junto con la verificación del hecho de que el *interlock* involucra a agentes competidores.

Ciertamente, implementar una regla de *bright line* o de casos claros de un modo impreciso -ya sea de manera muy amplia o muy restringida- puede generar problemas desde un punto de vista de gobiernos corporativos o perspectivas de competencia.¹⁵³ Por ejemplo, una aplicación demasiado amplia podría interferir “excesivamente con la selección de ejecutivos talentosos y privar [] a empresas no competidoras de numerosos beneficios inocuos (no anticompetitivos) que podrían seguirse del *interlock*.”¹⁵⁴ A la inversa, una aplicación demasiado restringida de la ley podría no alcanzar a todos los *interlocks* de administración entre empresas que competidoras relevantes, “de modo que el objeto de la ley de prevenir la colusión no se vea completamente realizado.”¹⁵⁵ Sin embargo, en diseñar reglas administrables es inevitable que aquellas prácticas de negocio que “a veces producen beneficios” sean, a ratos, prohibidas.¹⁵⁶ Con todo, como se ha notado anteriormente, el enfoque correcto se refiere a la pregunta por si, en suma, la regla es rentable. La búsqueda

¹⁵³ Véase Gerber, *Op.Cit.* nota 3, de 125–27 (la prohibición de *interlocking* de directores de la Sección 8ª “puede, en algunos casos, ser demasiado amplia, restringiendo a empresas que no compiten significativamente y, en otros casos, ser demasiado restrictiva, permitiendo *interlocks* entre empresas que sí compiten de manera relevante”). Gerber se refiere a *F.T.C. v. Staples, Inc.*, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997), y *United States v. Oracle Corp.*, 331 F. Supp. 2d 1098 (N.D. Cal. 2004) -casos decididos bajo la Sección 7ª del *Clayton Act*- como ejemplos que ilustran cómo un enfoque no-cuantitativo en la identificación de “competidores” bajo la Sección 8ª puede ser, respectivamente, demasiado extensivo y demasiado restrictivo. En *Staples*, por ejemplo, la corte encontró que, basado en la evidencia econométrica, los productos de oficina vendidos por estas súper tiendas de productos de oficina constituía un mercado independiente de los idénticos productos vendidos en otro tipo de tiendas. Un enfoque “cualitativo”, por contraste, podría haber identificado el mercado de manera más amplia.

¹⁵⁴ Gerber, *Op.Cit.* nota 3, en 109.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 915 (2007) (Breyer, J., en voto de minoría) (énfasis añadido).

por mayor precisión generalmente tiende a mayores costos de *enforcement*,¹⁵⁷ que pueden o no ser compensados por los beneficios sociales que se siguen de permitir una conducta competitiva que, de otro modo, podría haber estado proscrita bajo una regulación menos precisa, pero más administrable.¹⁵⁸

Cuando el Congreso de Estados Unidos consideró -y rechazó- la propuesta conforme a la cual los *interlocks* serían prohibidos sólo en la medida en que una operación de concentración entre las empresas vinculadas pudiera violar la Sección 7ª del *Clayton Act*, de un modo similar al que regula el modelo japonés, reconoció que tal regla incrementaría los costos de *enforcement* sustancialmente, haciendo el *enforcement* ineficaz: “Estaríamos reacios a gastar tales recursos en determinar si un *interlock* podría ser desafiado. Un *interlock* no supone un riesgo anticompetitivo equiparable al de una operación de concentración (...). Nosotros favorecemos un test de *bright line* para reglas preventivas”.¹⁵⁹ Sin duda, hay algunas preguntas que surgen en torno a los límites que subyacen al enfoque norteamericano, como si es que ciertas configuraciones de *interlocks* quedan incluidas bajo una prohibición *per se* -asunto que podría ser aún más problemático en Chile, con grupos económicos que tienen intereses en amplios ámbitos de la economía. Con todo, como se ha argumentado, el análisis es significativamente menos complejo que el que se realiza bajo un estándar de efectos, y sigue siendo consistente con el enfoque de *bright line* deseado.

Es posible seguir refinando cualquier prohibición, con el objeto de reducir el número de falsos negativos que genera, mientras se mantiene fiel a una regla *per se* como la que han seguido las cortes. Sin embargo, el profesor Walker ha notado de modo convincente que, en el contexto de los *interlocks*, un “no’ claro”, puede ser mejor que un “quizás”, especialmente cuando se observa desde una perspectiva *ex ante*.¹⁶⁰ Este también sostuvo que “una mayor precisión probablemente importaría un costo mayor que no valdría la pena por las ganancias incrementales que implicarían para la libre competencia ni para los gobiernos corporativos”.¹⁶¹ Estos costos incluyen no sólo los aumentos en los gastos de gobierno para implementar la prohibición para casos específicos, sino que también los costos sociales generalmente producidos si es que la naturaleza preventiva de la ley se ve socavada. Además, un incremento en administración anticompetitiva a través de *interlocks* se traduce en un

¹⁵⁷ En Estados Unidos, por ejemplo, la diferencia práctica entre litigar un caso de regla clara [*bright-line*] *per se*, comparado a un asunto decidido bajo una regla de razón, es significativa. Como ha comentado el antiguo presidente del FTC, Robert Pitofsky, “los casos de regla de razón muchas veces tardan años de litigio, siendo extremadamente costosos”, y es “muy difícil para el requirente (sea el gobierno o una parte privada) ganar”. Pitofsky, Robert. “In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing” en 71 *GEO. L.J.* 1487, 1489 (1983).

¹⁵⁸ Para una ilustrativa discusión sobre cómo la distribución de la carga de la prueba y los estándares para satisfacer esas cargas puede jugar un importante rol en el *enforcement* de las leyes de competencia (en el contexto de descuentos exclusorios), véase Lande, Robert H. “Should Predatory Pricing Rules Immunize Exclusionary Discounts?”, en 2006 *UTAH L. REV.* 863 (2006).

¹⁵⁹ H.R. REP. No. 101-483, en 6 (1990).

¹⁶⁰ Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 884.

¹⁶¹ *Id.* En 858 (énfasis añadido).

aumento de casos de conductas unilaterales o bilaterales en perjuicio de los competidores. Más aún, en la medida en que algunos *interlocks* específicos que no caen bajo la regla de prohibición del *bright-line* representen, de todos modos, serios riesgos competitivos como para tender a vulnerar las prohibiciones generales de las leyes de competencia, no parecen haber razones para sostener que ellos no puedan ser perseguidos de manera independiente. En base a la discusión ya descrita, la conclusión del profesor Waller parece ser razonable. Dada la naturaleza limitada de una prohibición *per se*, con excepciones menores diseñadas de modo adecuado, mayores refinamientos a un enfoque tan administrable probablemente no sea justificable desde un punto de vista de su rentabilidad.

Más aún, debiera reconocerse que los costos asociados a no adoptar algún tipo de medida razonable para lidiar con los *interlocks* entre competidores -y, en cambio, esperar al momento del quebrantamiento de alguna norma sustantiva de competencia- pueden ser muy altos. En un discurso entregado ante un público en Hong Kong en 2009 sobre el *enforcement* de la Sección 8ª, el antiguo comisionado del FTC Thomas J. Rosch comentó los riesgos de los *interlocks* entre competidores, haciendo la prevención de que “si algo han hecho estas preocupaciones es crecer en los últimos años en la medida en que la carga del gobierno en investigar y litigar casos de fijación de precio se han multiplicado”.¹⁶² Estas cargas son el resultado, al menos en parte, de una enorme cantidad de comunicaciones electrónicas, junto con otros tipos de documentos que, con frecuencia, deben ser revisados y analizados en conexión a casos complejos de libre competencia. Ellos también incluyen los costos sociales de las conductas anticompetitivas que no alcanzan a ser detectadas y no pueden ser evitadas por medio de una prohibición *ex ante* razonable. De este modo, mientras la tendencia en la libre competencia en Estados Unidos ha sido de alejarse de las reglas *per se*, el comisionado Rosch sugiere que Hong Kong -donde las empresas se encontraban vinculadas de un modo aún más estrecho que en el caso de Estados Unidos, y el número de directores traslapados tendería a ser más alto- “quizás podría considerar imitar el sistema norteamericano”.¹⁶³

En jurisdicciones como Chile que, en sus respectivas leyes, no tratan explícitamente a los *interlocks* en la administración, puede ser posible aún desafiar *interlocks* particulares bajo las disposiciones generales de las leyes de competencia, o analizando sus efectos a través de un control de operación de concentración.¹⁶⁴ Sin embargo, como se ha discutido *supra*, aquellos *interlocks* que levantan preocupaciones de competencia pueden surgir con independencia de una operación de concentración o de una transacción sujeta a fiscalización, y las reglas generales de competencia pueden no surgir sino hasta que el daño anticompetitivo se haya verificado. Lo que es más, sin una prohibición de *bright line*, los costos asociados al control de los *interlocks* problemáticos son probablemente mayores que los de Estados Unidos,

¹⁶² Rosch, *Op.Cit.* nota 2, en 16 (énfasis añadido).

¹⁶³ *Id.* en 3.

¹⁶⁴ Véase Gabrielsen et al., *Op.Cit.* nota 9, en 855–58.

donde la certeza de la regla generalmente lleva a soluciones amigables para estas preocupaciones. En suma, un enfoque como el de la Sección 8ª es preferible al marco normativo existente a la hora de abordar *interlocks* entre competidores en Chile -y, en efecto, parece ser una solución óptima en términos globales.

VII. CONCLUSIÓN

El objeto de la Sección 8ª fue “erradicar el brote incipiente de los quebrantamientos a las leyes de competencia, removiendo la oportunidad y tentación de efectuar tales quebrantamientos a través de *interlockings* de directorios.”¹⁶⁵ El test *per se* aplicado por las cortes permite que la ley sirva a sus fines preventivos, al mismo tiempo que las excepciones menores excluyen a aquellos *interlocks* que difícilmente tendrán efectos adversos para la competencia. A pesar de que la Sección 8ª puede ser demasiado amplia o restringida en ciertos casos, y que no siempre delimita claramente las empresas que cuentan como competidoras, la experiencia norteamericana con los *interlocks* de administración muestra que puede ganarse “utilidad real” cuando la legislatura, las cortes y la doctrina “abordan reflexivamente” dos esferas legales -derecho corporativo y derecho de la libre competencia- “como una única materia”.¹⁶⁶

Un estudio recientemente publicado por la FNE en torno al mercado de salud en Chile provee de ejemplos de *interlocks* en la administración, tanto directos (con directores comunes entre distintas isapres y hospitales privados) e indirecto (por ejemplo, con directores de isapres participando en dos o más hospitales privados y viceversa), en un segmento relevante de la economía.¹⁶⁷ Si bien el trasplante directo de enfoques existentes para distintas regulaciones de competencia entre jurisdicciones para abordar estos temas puede no ser siempre recomendado, en el caso de los *interlocks* de administración las consideraciones relevantes discutidas proveen un punto a favor de la adopción de un modelo al estilo norteamericano. Tal modelo, de ser implementado en Chile, requeriría de ciertos ajustes para lidiar con las particularidades del mercado -resolviendo, por ejemplo, cuándo debe considerarse que un *interlock* se ha producido entre “competidores” en el contexto de un país rebosado de grupos económicos. Y no debiera esperarse que una medida de este tipo resuelva los múltiples problemas de *enforcement* asociados a otros tipos de vínculos estructurales entre competidores actuales y potenciales. Con todo, una prohibición limitada a los *interlocks* entre competidores -ya sea a través de una legislación, o adoptada por la jurisprudencia del TDLC- sería un buen comienzo, y uno de costo relativamente bajo.

¹⁶⁵ United States v. Sears, Roebuck & Co., 111 F. Supp. 614, 616 (1953).

¹⁶⁶ Waller, *Op.Cit.* nota 3, en 858.

¹⁶⁷ Ver, a modo general, PUCV, *Mercado de la Salud Privada en Chile*, *Op.Cit.* nota 7.

Facultades de la Fiscalía Nacional
Económica en la Defensa de la Libre
Competencia

**POTESTAD DEL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO PARA DESESTIMAR
PREVIAMENTE O ARCHIVAR UNA INVESTIGACIÓN RESPECTO DE
POSIBLES INFRACCIONES AL DL 211 DE 1973,
Y PARA CELEBRAR ACUERDOS EXTRAJUDICIALES EN MATERIA DE
FUSIONES Y ADQUISICIONES**

Jaime Arancibia Mattar*

I. INTRODUCCIÓN

Se ha tenido a bien solicitar mi parecer sobre la potestad del Fiscal Nacional Económico (en adelante Fiscal) para desestimar previamente o archivar una investigación de aquellas que le corresponde instruir de acuerdo al artículo 39 letra a) del D.L. 211 de 1973. Asimismo, se ha consultado si esta Fiscalía puede suscribir acuerdos extrajudiciales (Art. 39 letra ñ del D.L. 211) con los agentes económicos involucrados en operaciones de adquisiciones o fusiones.

En lo concreto, la consulta dice relación con tres puntos:

- Si conforme a derecho puede entenderse que el Fiscal Nacional Económico puede abstenerse de abrir una investigación o desestimar una denuncia sobre hechos que pueden constituir una infracción a la normativa de libre competencia.
- Si el Fiscal Nacional Económico tiene la potestad de decretar el archivo de una investigación respecto de agentes económicos que rectifican su conducta anticompetitiva en el marco de la investigación.
- Finalmente, si conforme a derecho el Fiscal Nacional Económico puede suscribir acuerdos extrajudiciales (Art. 39 letra ñ del D.L. 211) con agentes económicos involucrados en operaciones de fusión y adquisición, y no solamente en hechos de colusión o abuso.

* Ph.D. Cambridge, Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de los Andes.

II. SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO DE LIBRE COMPETENCIA Y EL ROL DE LAS PARTES

a) Objeto del proceso

La normativa de libre competencia en Chile, contenida en el D.L. 211 de 1973, tiene por objeto “promover y defender la libre competencia en los mercados” (Art. 1). Esta finalidad se cumple, principalmente, a través del proceso de libre competencia seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que permite prohibir, corregir, reprimir y sancionar los atentados en contra de este bien jurídico (Art. 1).

El cometido de la jurisdicción de libre competencia es, entonces, el resguardo de un bien jurídico público calificado por la ley. Verificado el presupuesto material de lesión de este bien, el Estado tiene el deber indeclinable de resguardarlo por el mero interés público en su protección, para la sola verificación y realización del derecho objetivo que lo ampara, más allá del agravio a un sujeto particular.

La protección *in abstracto* o *per se* de la libre competencia obedece a su naturaleza de bien esencial para la satisfacción de intereses diversos. En Chile, este tema ha sido bien tratado por Valdés Prieto en su libro *Libre Competencia y Monopolio*¹. Específicamente, la libre competencia no sólo asegura el derecho subjetivo de competencia mercantil, sino también, en armonía necesaria con éste, protege el interés de los consumidores, evita el enriquecimiento injusto del oferente y da lugar a precios verdaderos que contribuyen a la provisión eficiente de bienes y a la justa distribución de beneficios y gravámenes económicos.

Esta función radical o nuclear de la libre competencia trasciende la esfera de lo privado para situarse, naturalmente, en el ámbito de lo público, lo común, lo que importa y concierne a todos². Por eso goza de un resguardo adicional, similar al de otros bienes públicos como el medioambiente, el bienestar de los consumidores, y aquellos protegidos penalmente. En particular, el legislador ha considerado insuficiente la tutela de la libre competencia a través de acciones de sujetos agraviados individuales o colectivos y ha reclamado, en cambio, la actuación de la Fiscalía Nacional Económica y de jueces especializados ante cualquier infracción tipificada en el derecho objetivo, no solo para poner fin a riesgos o lesiones del bien, sino también para castigar a su autor. En este sentido, el proceso de libre competencia es de carácter *necesario*, basado en la protección obligada de un orden, interés y bien público, más que *contingente*, es decir, dependiente del mero interés o disposición de agraviados particulares.

¹ Valdés Prieto, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 178 a 207.

² Véase, en este sentido, Mattar Porcile, Pedro, “La representación del interés general en el sistema de libre competencia: su significado y alcance” en *Día de la Competencia*, Fiscalía Nacional Económica, Chile, 2005, p. 18: “Se ha señalado que la protección de la libre competencia tutela los intereses generales del conjunto de los actores que participan en la economía nacional. Por lo tanto, la libre competencia deja de ser un asunto privado entre partes”.

Por esta razón, el objeto del proceso de libre competencia, es decir, la cosa sobre la que versa el proceso (*Res de qua agitur*) y que exige la intervención del juez no son los intereses de sujetos jurídicos concretos, sino el mismo “hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos” (Art. 3). En otras palabras, el proceso no tiene por objeto la vulneración de derechos de agentes económicos, sino las “situaciones” (Art. 18 N° 1) o “asuntos” (Art. 18 N° 2) que pudieren afectar, de modo objetivo, el bien jurídico. De manera que la protección jurisdiccional de tales realidades subjetivas se logra únicamente de modo indirecto, reflejo o mediato, es decir, por efecto de la satisfacción, en primer término, de un interés público en la vigencia del derecho objetivo.

La premisa anterior configura una serie de institutos procesales. En primer lugar, la forma contradictoria del proceso de libre competencia no obedece al principio dispositivo de derechos subjetivos, sino que a la necesidad de asegurar el principio de oficialidad o máxima protección del interés público. Esto se logra mediante la atribución a diversos sujetos del *ius perseguendi* para actuar como acusadores en procesos sobre hechos perjudiciales para el orden económico, salvaguardando la debida imparcialidad judicial.

b) La acción de libre competencia

El D.L. 211 ha privilegiado un modelo de partes iguales en posiciones contrapuestas con facultades exclusivas para incoar el procedimiento acusatorio, presentar pruebas, ponerle fin mediante acuerdo e interponer recursos. El aforismo *nemo iudex sine actore* rige, entonces, en plenitud frente a un TDLC expectante, no prevenido, imparcial y pasivo respecto del fondo. Sus intervenciones de oficio en el proceso³ sólo tienen por objeto facilitar una contienda eficiente y eficaz respecto de un bien jurídico de interés público, mas no constituirle en juez inquisidor. De manera tal que carece de la potestad para resolver la cosa litigiosa *ex officio*.

En cuanto a las partes, el D.L. 211 reconoce legitimación para acusar a la Fiscalía Nacional Económica y a sujetos particulares interesados⁴. Nos parece que esta diversidad obedece, por un lado, al propósito de optimizar la protección del bien

³ En materia de celeridad procesal (Art. 20), conciliación (Art. 22), pruebas (Art. 22 y 31 N° 5), medidas cautelares (Art. 25), apremios (Art. 28) y notificaciones (Art. 31 N° 1).

⁴ La legitimación pública y privada para la acción de libre competencia ha sido reconocida de modo expreso y reiterativo por el D.L. 211. Así, por ejemplo, el artículo 18 N° 1 faculta al TDLC para conocer “a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico” posibles infracciones a la ley. Por su parte, en materia de asuntos no contenciosos, el artículo 18 N° 2 otorga al TDLC la potestad de conocerlos “a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional”. A mayor abundamiento, el artículo 20 inciso 2° establece que el procedimiento podrá iniciarse “por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular”; el inciso 3° señala que la prescripción de las acciones se interrumpe por “requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular”; y el inciso 5° dispone que la prescripción respecto de medidas se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del “tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular”. Igualmente, el artículo 27 inciso 2° reconoce la interposición del recurso de reclamación por parte del “Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes”.

público mediante la colaboración de actores privados y, por otro, a la distinción entre infracciones perseguibles de oficio y a instancia de parte.

Las primeras son aquellas que, por su entidad, afectan el interés general de la colectividad y respecto de las cuales el Fiscal tiene el *deber* de accionar y los particulares solo el *derecho* de hacerlo⁵. Las segundas, en cambio, son aquellas de escasa trascendencia social, sólo perseguibles por el particular sin intervención del Fiscal. La levedad o baja repercusión del ilícito determina la falta de competencia del Fiscal y la titularidad exclusiva de la acción por sujetos particulares. Sería, entonces, un caso de persecución condicionada a un acto de parte privada. El legislador reconoce en ésta el carácter exclusivo de *dominus litis*, con facultades para disponer sobre la iniciación, desarrollo y fin del proceso, pero no de su objeto. De modo tal que su renuncia sólo constituye un acto de abdicación de derechos procesales.

El principio de que el Fiscal sólo debe actuar *ex officio* frente infracciones de alcance colectivo se sustenta en diversos preceptos del D.L. 211. Así, por ejemplo, el artículo 39 letra b) establece que la función principal del Fiscal, hacia la cual se ordenan todas sus atribuciones, es la representación del “interés general de la colectividad en el orden económico”. Por otra parte, el artículo 39 letra e) se refiere a “casos (seguidos ante el TDLC) en que el Fiscal Nacional Económico no tenga la calidad de parte”. En consecuencia, la ley reconoce expresamente la existencia de infracciones respecto de las cuales el Fiscal no tiene el deber de actuar.

III. DE LA POTESTAD DEL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO PARA ABSTENERSE DE ABRIR UNA INVESTIGACIÓN O DESESTIMAR UNA DENUNCIA SOBRE HECHOS QUE PUEDEN INFRINGIR LA NORMATIVA SOBRE LIBRE COMPETENCIA.

La distinción anterior nos lleva a sostener que el Fiscal sólo debe investigar aquellas infracciones que “estime procedentes” (Art. 39 letra a), “según corresponda” (Art. 41) al ejercicio de su función. A contrario sensu, el Fiscal deberá estimar improcedente toda investigación que, “según sus propias apreciaciones” (Art. 39 inciso 1º), se refiera a hechos de menor entidad, por estar fuera del ámbito material de su competencia. Éstos podrán ser objeto de una acusación privada ante el TDLC.

De lo dicho se desprende que la procedencia o improcedencia de una investigación debe fundarse en el principio de legalidad que rige las actuaciones de los órganos administrativos. Siguiendo la terminología constitucional, el Fiscal investiga válidamente “dentro de su competencia” (Art. 7 inciso 1º de la Constitución) sólo

⁵ Si intervienen ambos, estaríamos en presencia de un litisconsorcio de acciones acusatorias sobre los mismos hechos, en que la cuestión litigiosa es única para todas las partes y, por tanto, la resolución judicial que le pone fin afectará a todas ellas. Sobre la institución del litisconsorcio, *cfr.* Romero Seguel, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo III. Santiago: Thomson Reuters-La Ley, 2011, p. 33 a 41.

cuando indaga hechos subsumibles en la necesidad pública concreta que debe satisfacer por ley, conductas “cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones” (Art. 39 letra j del D.L. 211). Nos referimos, específicamente, a las situaciones de menoscabo o detrimento social en el orden económico.

La atribución de este poder específico determina también el régimen de responsabilidad de la Fiscalía por omisión en el ejercicio de sus potestades o por actuaciones fuera de la competencia que causen daño (Art. 7 inciso 3º de la Constitución y 4 de la Ley 18.575).

En este punto es importante señalar que, siendo la competencia el factor que condiciona la improcedencia de una investigación, no corresponde justificarla en razón del principio de oportunidad. Este último faculta al órgano administrativo para no investigar un ilícito que le corresponde perseguir por fines diversos como la eficiencia administrativa, la *poena naturalis* impuesta por el propio mercado, o la desaparición del interés social en la persecución y castigo⁶. En otras palabras, se permite al órgano público disponer excepcionalmente del objeto del proceso a la usanza del artículo 170 del Código Procesal Penal⁷.

Sin embargo, por tratarse de una claudicación o abdicación de funciones que se opone abiertamente a los principios de legalidad y oficialidad, el principio de oportunidad debe estar reconocido expresamente en la ley, condición que no se cumple en el proceso de libre competencia. Es por esta razón que no resulta aplicable como factor discriminador del actuar administrativo.

En definitiva, respondiendo a la pregunta formulada, el Fiscal Nacional Económico debe abstenerse de abrir una investigación o desestimar una denuncia sobre infracciones a la libre competencia que no afecten el interés general de la colectividad en el orden económico.

Naturalmente, el ejercicio de esta potestad exige expresar claramente el contenido de dicho interés y asegurar su debida consistencia en el tiempo, para brindar seguridad jurídica y trato igualitario a los agentes económicos. Así, por ejemplo, la Fiscalía Nacional del Ministerio Público ha asociado el interés público respecto de delitos financieros con “el orden público económico, vale decir, si se afecta la transparencia del mercado bursátil, el acceso igualitario a la información relevante o la igualdad de condiciones en la participación de los actores en el mercado”⁸.

El derecho inglés, por su parte, condiciona la investigación de fusiones a aquellas que afecten “una parte sustancial del Reino Unido”⁹. Según la opinión de Lord Mustill en el caso *R. v. Monopolies and Mergers Commission (MMC)*, *ex parte*

⁶ Cfr. De la Oliva, Andrés et al. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1995, p. 20-27.

⁷ Artículo 170: “Principio de oportunidad. Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público”.

⁸ Fiscalía Nacional del Ministerio Público, Oficio N° 060/2009, “Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos económicos”, 30 de enero de 2009, p. 6.

⁹ En la actualidad, esta condición está formulada en la *Enterprise Act 2002*, Capítulo 3.

*South Yorkshire Transport Ltd.*¹⁰, esta exigencia tiene por objeto “to ensure that the expensive, laborious and time-consuming mechanism of a merger reference is not set in motion if the effort is not worthwhile”.

IV. DE LA POTESTAD DEL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO PARA DECRETAR EL ARCHIVO DE UNA INVESTIGACIÓN RESPECTO DE AGENTES ECONÓMICOS QUE RECTIFICAN SU CONDUCTA ANTICOMPETITIVA EN EL MARCO DE LA INVESTIGACIÓN.

Para el cumplimiento de su función pública, el Fiscal ha sido dotado de una serie de atribuciones legales (Art. 39 del D.L. 211). Además, la ley ha señalado expresamente que podrá ejercer estas atribuciones para la defensa de los intereses que le están encomendados “en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”.

Conviene precisar que, en Derecho Público, esta libertad de actuación o discrecionalidad es sólo un medio para alcanzar un fin único, respecto del cual el órgano no es libre: asegurar la satisfacción eficaz, eficiente, oportuna y proporcionada de una necesidad pública concreta. En otras palabras, la discrecionalidad consiste simplemente en la capacidad del órgano para elegir o discernir, dentro de un conjunto de potestades jurídicas, aquella más *idónea, procedente, apta, adecuada y razonable* de acuerdo a los hechos y circunstancias específicas. Formulada en estos términos, la medida justa no puede ser sino una: “aquella” que “mejor” satisface la necesidad pública; siendo injustas -y por tanto inválidas- todas las demás, sea por su menor eficacia, eficiencia, falta de oportunidad o desproporción¹¹.

De los criterios expuestos, la proporcionalidad se refiere al grado de intervención de un interés particular suficiente para satisfacer una necesidad pública. Será proporcionada, por tanto, aquella medida que permite cumplir el objetivo público perseguido sin afectar el interés privado más allá de lo estrictamente permitido y necesario; y desproporcionada, aquella que alcanza su fin mediante la privación o restricción de un bien particular más allá de lo requerido, tal como si se tratara de abrir una nuez con un gran martillo teniendo un cascanueces a la mano¹².

Por esta razón, producido el hecho anticompetitivo que le obliga a actuar, el Fiscal deberá escoger aquella potestad que le permita restaurar de modo eficaz, eficiente y oportuno el bien jurídico lesionado del modo menos lesivo posible según las

¹⁰ [1993] 1 *The Weekly Law Reports*, 23.

¹¹ Ref. Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales*, 2^{ed}. Santiago: AbeledoPerrot Legal Publishing, 2010, p. 375- 380.

¹² Clásica analogía del principio de proporcionalidad en el derecho británico, acuñada por Lord Diplock in *R. v. Goldstein* [1983] 1 *The Weekly Law Reports* 151 at 155.

circunstancias¹³. Alcanzada la convicción respecto de la infracción, el Fiscal estará obligado, entonces, a distinguir el medio proporcionado para satisfacer la necesidad pública concreta que persigue.

En este sentido, es posible identificar una cierta gradación de las atribuciones del Fiscal según el gravamen procedimental impuesto sobre los sujetos involucrados en sus investigaciones. Cada potestad es apta para cumplir el cometido público perseguido según circunstancias de tiempo, lugar, volumen y disposiciones del agente, empero varía la intensidad de afectación de sus intereses.

Los parámetros relevantes en esta materia suelen ser la duración de los procedimientos, el grado de publicidad de las medidas y la intervención de los tribunales. En principio, serán menos lesivas aquellas soluciones sin forma de juicio en razón de su brevedad, voluntariedad, menor repercusión pública y ausencia de castigos. A esta categoría pertenece el término y archivo de la investigación por satisfacción anticipada del interés. En cambio, los procedimientos contenciosos ante el TDLC y la Corte Suprema suponen una afectación mayor del interés particular por su duración, carácter litigioso, incertidumbre y publicidad.

El acuerdo extrajudicial (Art. 39 letra ñ) y la conciliación (Art. 22), por su parte, tienden a ubicarse en el centro del espectro de afectación. Por un lado, el mutuo acuerdo es siempre un medio amigable de solución de conflictos que asegura brevedad, menor exposición pública y certeza jurídica anticipada, por el fin del *timor litis*¹⁴ y de la *res dubia*. Sin embargo, supone necesariamente la intervención de órganos judiciales y es fuente de obligaciones jurídicas exigibles de dar¹⁵, hacer o no hacer.

a) Archivo de la investigación

Por regla general, la resolución de archivo de las investigaciones de la Fiscalía se sustenta en la inexistencia de un “hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos” (Art. 3 del D.L. 211), la imposibilidad de comprobar tales hechos y la prescripción de la responsabilidad del infractor¹⁶. Además, ha sido motivada por demandas ante el TDLC res-

¹³ Para diferenciarla de aquellas potestades dirigidas a la verificación de los hechos, antes o durante la investigación. Éstas también admiten una gradación en razón del gravamen que importan al agente económico. Así, por ejemplo, la menos lesiva sería la facultad conferida por el Art. 29 de la Ley 19.880 de “abrir un período de información previa (al inicio de la investigación) con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”; y las más lesivas están reguladas en el artículo 39 letra n) del D.L. 211 para casos graves y calificados.

¹⁴ Temor al litigio. Cfr. Peláez, Francisco J. *La transacción. Su eficacia procesal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1987, 44 a 45.

¹⁵ Incluso por concepto de multa.

¹⁶ Cfr. Fiscalía Nacional Económica, “Guía interna para el desarrollo de las investigaciones y para las actuaciones judiciales”, diciembre de 2008, N° 34: “El Fiscal dispondrá el archivo de los antecedentes cuando estime que no se ha comprobado un hecho, acto o convención constitutivo de infracción al Decreto Ley N° 211 o la participación en el mismo de una o más personas, cuando el hecho, acto o convención no sea constitutivo de infracción al Decreto Ley N° 211, y cuando la responsabilidad del eventual infractor se encuentre prescrita”.

pecto de los mismos hechos¹⁷ y soluciones legales al problema de competencia¹⁸.

Sin embargo, el archivo podría ser también la mejor medida frente a otras infracciones. En particular, aquellas perseguibles únicamente a instancia de privados, y aquellas consumadas, finalizadas o evitadas durante la investigación en que, a juicio del Fiscal, no concurren las condiciones para aplicar multas.

i. Infracciones sólo perseguibles a instancia de privados.

Tal como se señaló en la tercera sección de este informe, el Fiscal no tiene competencia para perseguir ilícitos de menor trascendencia o inocuos para el interés general de la colectividad. Por esta razón, si iniciada una investigación descubre finalmente que los hechos constituyen infracciones de menor entidad, deberá poner fin a la misma mediante una resolución de archivo.

ii. Faltas evitadas o de efectos extintos no sancionables.

Con excepción del *ius puniendi*, referido a las faltas pasadas, las medidas que puede adoptar el TDLC a solicitud del Fiscal se refieren exclusivamente a hechos presentes o futuros que requieren ser prevenidos, corregidos o prohibidos mediante acuerdo extrajudicial, conciliación, resolución de término o sentencia definitiva según el caso. Por su propia finalidad, estas medidas no pueden aplicarse a faltas de efectos extintos o riesgos ya eliminados, pues no habría nada que evitar, reprimir o condicionar. En tales casos, el Fiscal sólo podría perseguir el pago de una multa o su equivalente, siempre que concurren los requisitos de proporcionalidad y culpabilidad que se analizarán en el acápite siguiente.

La pregunta que surge, entonces, es ¿qué pasaría si la conducta riesgosa o dañina termina durante la investigación y no se cumplen los presupuestos de la multa? Pensamos que, en tal caso, el Fiscal deberá proceder al archivo de la investigación por tutela anticipada del bien jurídico. Sería la medida más *eficaz, eficiente, oportuna y proporcionada* para satisfacer la necesidad pública encomendada.

Es *eficaz* porque presupone que el interés general de la colectividad ha sido protegido de modo anticipado. Formalmente, además, se ha producido una satisfacción extraprocesal del interés en la investigación que obliga a ponerle término anticipado por desaparición sobrevenida de su objeto.

Esta figura ha sido reconocida expresamente por la Ley 19.880, que rige los procedimientos de la Fiscalía Nacional Económica¹⁹, en su artículo 40: “También pro-

¹⁷ Véase Resolución del Fiscal Nacional Económico de 10 de septiembre de 2008, Rol N° 806-06 y 1137-08.

¹⁸ Véase Resolución del Fiscal Nacional Económico de 16 de junio de 2011, Rol N° 1577-09.

¹⁹ La sujeción de la Fiscalía Nacional Económica a la Ley 19.880 se establece en el artículo 2 de la ley bajo la expresión “servicio público” en relación al artículo 33 inciso 1° de la ley. Cfr. Dictámenes N° 3.825 y 31.414 de 2005.

ducirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes. La resolución que se dicte deberá ser fundada en todo caso”.

En doctrina, esta idea ha sido especialmente trabajada por Gascón Inchausti. Él señala que “cuando se satisface el derecho material del actor, el proceso deja de ser necesario pues ha perdido su subsidiariedad, su carácter de ‘último recurso’ para la realización del derecho: ya no se da esa necesidad entendida -en términos de Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei- como la única forma de lograr lo que se pretendía; en otros términos, al actor ya no le hace falta la actividad jurisdiccional, pues acudió al proceso para hacer efectivo su derecho o interés y ya lo ha visto satisfecho por otra vía, aunque pueda haber sido la existencia del proceso la que, en buena medida, haya sido el detonante de esa satisfacción que lo ha convertido en innecesario”²⁰.

En el plano estrictamente administrativo, propio de la investigación de la Fiscalía Nacional Económica, Gascón señala que “dado que el proceso administrativo, al igual que el civil, se desenvuelve en el tiempo y no es inmune al curso de los acontecimientos, ha de contarse con la posibilidad de que se vea afectado por cambios en las circunstancias, por hechos nuevos que provoquen una extinción sobrevenida del interés, una desaparición de la situación de supuesta lesión o conflicto de la que trajo su causa la incoación del proceso”²¹.

Según este autor, el fundamento último de la institución es “el interés público subyacente: como institución, el proceso necesita un ‘motor’, que es el interés, sin el cual no puede aquél desarrollarse; los órganos jurisdiccionales tienen vedado cerrar los ojos a la ausencia de interés y por eso se torna preciso ponerle fin si consta su desaparición de forma sobrevenida”²².

Ahora bien, conviene precisar que el Fiscal sólo puede dar por tutelado el bien jurídico o satisfecho el interés que persigue en el caso de desaparición *efectiva* de los hechos y no frente a meras declaraciones de voluntad o “compromisos” a futuro del agente económico. El actuar de la Fiscalía, el objeto de su procedimiento, depende exclusivamente de hechos o conductas anticompetitivas, con prescindencia de las disposiciones del agente para incurrir o no en ellos. Empero, estas disposiciones podrían servir para determinar la buena o mala fe del agente en hechos posteriores, y configurar así la faz subjetiva del ilícito necesaria para la imposición de multas.

En segundo lugar, es *eficiente y oportuna*, porque pone fin al procedimiento de modo inmediato, por la satisfacción anticipada del interés que persigue.

Finalmente, es *proporcionada*, porque asegura el cumplimiento de la función administrativa de la Fiscalía sin afectar los intereses del sujeto investigado más allá de lo estrictamente necesario. En particular, no sería necesario celebrar acuerdos extrajudiciales sujetos a la aprobación del TDLC (Art. 39 letra ñ del D.L. 211), pues todavía no ha surgido un conflicto jurídico al que ponerle fin mediante un equivalente jurisdiccional.

²⁰ Gascón Inchausti, Fernando, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid: Civitas, 2003, p. 63.

²¹ *Id.*, 279.

²² *Id.*, 96.

Sin perjuicio de lo anterior, el Fiscal podría celebrar un acuerdo extrajudicial a solicitud del propio agente económico, con el fin de alcanzar un mayor estado de certeza jurídica frente a futuros requerimientos.

Finalmente, es preciso señalar que algunas investigaciones de la Fiscalía han sido ya objeto de archivo por tutela anticipada del bien jurídico. Así, por ejemplo, en materia de infracciones de peligro, el Fiscal ordenó el cierre del proceso de *Royal Canin* por posible fijación de precios de reventa una vez que las medidas adoptadas por la empresa fueron “suficientes para resguardar la verificación de los riesgos para la libre competencia”.²³ Asimismo, archivó la investigación por la duración de las cláusulas de no competencia entre *Salfacorp* y *Tecsa* luego de que éstas la redujeran a lo esperado²⁴. En el caso de la adquisición de *Johnson S.A* por *Cencosud*²⁵, el Fiscal resolvió archivar el expediente después de que la familia que mantenía vínculos de propiedad y administración en empresas rivales pusiera fin al riesgo de *interlocking* o coordinación de competidores mediante renunciaciones de participación.

b) Tutela anticipada y multas.

Según se dijo, el archivo de la investigación sólo procedería en el caso de faltas de peligro o resultado no sancionables por no concurrir los presupuestos de la multa. De lo contrario, el Fiscal tendría el deber de perseguir el pago de la multa o su equivalente. Este criterio exige, necesariamente, someter el hecho o conducta a un test de proporcionalidad y culpabilidad.

El principio de proporcionalidad exige que la multa sea una medida excepcionalísima respecto del infractor de peligro. Es decir, solo se recurre a ella cuando instrumentos menos lesivos, como instancias de consulta y conversación, han sido ineficaces en su objetivo disuasivo.

Este carácter restrictivo está dado, en primer lugar, por la falta de un detrimento real del bien jurídico protegido. Al respecto, sirve de orientación el artículo 9 del Código Penal, que establece que “las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas”. Politoff Lifschitz y Matus Acuña señalan que esta disposición “recoge un sano criterio de política criminal -compartido por la mayor parte de las legislaciones de nuestra órbita cultural, cfr. Politoff (1999:260)-, al no exacerbar la punición más allá de los hechos que causan verdadero daño a la sociedad”.²⁶

Además, se considera el alto gravamen que supone el procedimiento de multas (Art. 19 a 30 del D.L. 211) en términos de duración, costos económicos y afectación de imagen comercial respecto de un riesgo que, a juicio del Fiscal, ya no existe.

²³ Véase Resolución del Fiscal Nacional Económico de 23 de diciembre de 2011, Rol N° 1481-2009 (A).

²⁴ Véase Resolución del Fiscal Nacional Económico de 25 de abril de 2012, Rol N° 1810-11.

²⁵ Expediente Rol N° 1978/11 FNE (A): Resolución de archivo de 22 de diciembre de 2011.

²⁶ Politoff Lifschitz, Sergio y Ortiz Quiroga, Luis (directores), Matus Acuña, Jean Pierre (coordinador). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 92.

Sobre este punto, el derecho europeo ha mostrado avances interesantes. Así, por ejemplo, en *Comisión de la Comunidad Europea v. República Federal de Alemania*²⁷, el gobierno alemán sancionó con prohibición de comercializar a los productores de cervezas con aditivos. Sin embargo, la Corte Europea de Justicia señaló que, a la luz del principio de proporcionalidad, semejante decisión iba más allá de lo estrictamente necesario para asegurar la protección de la salud pública, dado que era posible alcanzar el mismo objetivo público mediante la obligación de informar sobre el contenido del producto en su etiquetado²⁸.

En el caso de infracciones de resultado, la proporcionalidad no condiciona tanto la aplicación de la multa sino su cuantía (Art. 26 inciso final del D.L. 211)²⁹, concurriendo además el requisito de culpabilidad que pasamos a analizar.

El principio de culpabilidad penal, aplicable al derecho administrativo sancionador conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁰, la Corte Suprema³¹, la jurisprudencia antimonopolio con algunas vacilaciones³², y la Contraloría General de la República³³, exige la culpa o dolo del infractor como presupuesto ineludible de la sanción. El Derecho Constitucional chileno proscribiera toda forma de responsabilidad disciplinaria objetiva, por constituir una especie de presunción de derecho de la responsabilidad penal. Por lo tanto, no se podría ejercer el *ius puniendi* sin la culpabilidad o capacidad del autor para conocer realmente la antijuridicidad de su actuar. Como señala Barros Bourie, “aunque se piense que la finalidad de las instituciones sancionatorias es evitar que se cometan hechos ilícitos, la aplicación de sanciones a casos concretos supone que el acto respectivo haya sido antijurídico y culpable”³⁴.

Este criterio es especialmente relevante en ámbito de la libre competencia, que se caracteriza por un esquema de tipicidad vaga o amplia,³⁵ que favorece la proliferación de infracciones al marco normativo por mero desconocimiento.

²⁷ Caso 178/84 (1987) *European Court Reports* 1227.

²⁸ Para el estudio de casos similares, véase Arancibia, Jaime, *Judicial Review of Commercial Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 142 a 151.

²⁹ Criterios y distinciones adicionales han sido desarrollados por Valdés Prieto, *Ob.Cit.*, p. 386.

³⁰ Especialmente, causa Rol N° 244 de 1996.

³¹ Ver, por ejemplo, los casos citados en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 63 (1996): Daniel Yarur, 2.1, 94-110; Valdés Freire, 2.3, 88-91; Banco de Crédito e Inversiones, 2.3, 93-95; y Bolumburu Pin, 2.3, 105-109.

³² Cfr., Valdés Prieto, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 310 a 315.

³³ Ver, por ejemplo, Dictamen 14.571 de 2005.

³⁴ Barros Bourie, Enrique. “Derecho y Moral. Consideraciones a propósito del derecho civil y penal de los contratos” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. LXXX, N° 2 (1983) p. 64 y 65.

³⁵ Como lo expone Menchaca Olivares, “sabemos que en materia de libre competencia la legislación nacional y gran parte de la extranjera han optado por tipificar las conductas contrarias a la libre competencia de manera general, a fin de permitir que las nuevas prácticas restrictivas que los agentes económicos vayan creando no queden impunes, logrando con ello una mayor eficacia de la norma, pero señalando, aunque de manera no taxativa, cuáles son las principales conductas sancionadas, a fin de dar un grado de razonable certeza jurídica a los agentes económicos (...)”. Menchaca Olivares, Tomás. “Libre competencia y competencia desleal en la Ley 20.169, ¿Existe contradicción entre ambas disciplinas?”, en *Competencia Desleal*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de los Andes, *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 14 (2007), p. 38.

De lo dicho se desprende que solo podría castigarse el error de prohibición vencible o negligente, mas no el invencible. En palabras de Alcalde Rodríguez, “el error o ignorancia, cuando supone la imposibilidad de conocer la ilicitud de la conducta, ora porque no podía conocerse que dicha conducta estaba tipificada, ora por considerarse que, a pesar de ello, su conducta era lícita, excluye la culpabilidad”.³⁶

Según lo expuesto, los principios de proporcionalidad y culpabilidad condicionan de modo significativo la aplicación de multas respecto de infracciones con tipicidad genérica.

En la práctica, la conducta del agente antes y después del hecho será determinante. Así, por ejemplo, el Fiscal debería abstenerse de requerir si el infractor es un primerizo, de buena fe, que puso fin al riesgo o daño al conocer el parecer de la Fiscalía. En cambio, existirían razones fundadas para recurrir al TDLC en el caso de un infractor reincidente, de mala fe o sin ánimo de colaboración, en el que el riesgo o daño ha desaparecido más bien por factores externos.

c) Efectos del archivo de la investigación por tutela anticipada.

El archivo del expediente pone fin al procedimiento administrativo de investigación producto de “la imposibilidad material de continuarlo por causa sobrevenida” (Art. 40 de la Ley 19.880).

Dado que la orden de archivo debe ser “fundada”, la declaración administrativa sobre desaparición de los riesgos o efectos dañinos de los hechos investigados producirá efectos jurídicos beneficiosos para el agente económico. En la práctica, por aplicación del principio *non bis in idem*, la Fiscalía no podría abrir una investigación sobre el mismo sujeto por los mismos hechos sino respecto de antecedentes, peligros o faltas nuevas.

Sin embargo, por su propia naturaleza, esta resolución meramente administrativa no produce efecto de cosa juzgada. Por esta razón, permanece a salvo el derecho de acción de privados ante el TDLC por los mismos hechos.

Por otra parte, si la tutela anticipada se produjo por la rectificación y colaboración del sujeto investigado, cualquier actividad posterior que realice en sentido contrario sería indiciaria de mala fe y culpabilidad, presupuesto necesario para la aplicación de multas.

³⁶ Alcalde Rodríguez, Enrique, “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa” en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 24 (2011) p. 76.

V. DE LA POTESTAD DEL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO SUSCRIBIR ACUERDOS EXTRAJUDICIALES (ART. 39 LETRA Ñ) CON AGENTES ECONÓMICOS EN MATERIA DE FUSIONES Y ADQUISICIONES, Y NO SOLAMENTE EN HECHOS DE COLUSIÓN O ABUSO.

El artículo 39 letra ñ) del D.L. 211 no establece distinciones respecto de los hechos susceptibles de motivar un acuerdo judicial, razón por la cual se debe recurrir a elementos de interpretación.

Nos parece que el acuerdo procede respecto de cualquier conflicto jurídico surgido entre la FNE y el infractor eventual. Por esta razón, es criticable la prevención del ministro del TDLC, Sr. Radoslav Depolo, en la resolución que desestimó los recursos de reposición interpuestos por el rechazo del Acuerdo Extrajudicial entre LAN y la Fiscalía Nacional Económica³⁷. A juicio del ministro, el acuerdo extrajudicial “no procede cuando la naturaleza de los hechos que los motiven sea no contenciosa, como es el caso de la solicitud que aquí se ha rechazado, al referirse ésta a una operación de concentración”.

En términos generales, es correcta la afirmación de que un acuerdo extrajudicial, que tiene por objeto cautelar la libre competencia, debe sustentarse en hechos de naturaleza contenciosa o *materia iudicii*. Corresponde, en realidad, a la naturaleza misma del avenimiento o conciliación poner fin a la *res litigiosa*.

Sin embargo, no parece correcto sostener, como lo hace la prevención, que una operación de concentración es de naturaleza no contenciosa *per se*. El carácter contencioso o no contencioso de un asunto no depende de la conducta, acto o convención sino, únicamente, de la existencia de un contradictor jurídico. De ahí que toda oposición en derecho a una operación económica pasada o futura da origen a una contienda o asunto contencioso que es posible resolver a través de un acuerdo extrajudicial o del ejercicio de la jurisdicción.

Por esta razón, todo acuerdo extrajudicial que celebra el Fiscal supone, necesariamente, la existencia de una controversia jurídica previa, de un conflicto respecto de la justicia o legalidad de la operación entre la Fiscalía y el agente económico. Solo que en este caso ha sido posible terminarlo mediante un mecanismo alternativo de solución de disputas, un acuerdo de voluntades denominado avenimiento, el cual, como se dijo, pone fin a un litigio pendiente o precave uno eventual.

Conforme a este criterio de calificación de lo contencioso, es posible concluir que el Fiscal está facultado para celebrar acuerdos extrajudiciales respecto de cualquier operación de mercado que estime contraria a derecho, sea de adquisición o fusión, sea de colusión o abuso de posición dominante.

Sobre esta base podría ser aplicado, incluso, en el marco de un procedimiento no contencioso (Art. 18 N° 2) una vez surgido el conflicto o contienda.

Al respecto, conviene recordar que el Código de Procedimiento Civil con-

³⁷ Resolución de 17 de marzo de 2011, Rol AE N° 3-11.

templa la posibilidad de que “si a la solicitud presentada -en asuntos no contenciosos- se hace oposición por legítimo contradictor, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda” (Art. 823)³⁸. En el proceso de libre competencia, estos trámites consideran la posibilidad de un acuerdo extrajudicial de las partes.

En el procedimiento no contencioso seguido ante el TDLC, esta oposición sobreviniente de legítimo contradictor podría ser hecha por el Fiscal o un tercero, en caso de que la consulta haya sido presentada por el acusado; o por el acusado mismo, en el evento de que el procedimiento haya sido incoado por la Fiscalía o un tercero, como ocurrió en el caso *LAN TAM*³⁹.

La ausencia de límites temporales con respecto al acuerdo nos lleva a sostener, también, que procede no solo respecto de operaciones consumadas, sino también futuras.

VI. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto en los acápites anteriores, es posible proponer las siguientes conclusiones para este informe:

- El Fiscal Nacional Económico debe abstenerse de abrir una investigación sobre hechos que pueden constituir una infracción a la normativa de libre competencia, pero que, según sus propias apreciaciones, no afectan “el interés general de la colectividad en el orden económico” que le corresponde proteger.
- El Fiscal podría decretar el archivo de una investigación respecto de hechos anticompetitivos que sólo pueden ser perseguidos a instancia de parte privada, y de aquellos cuyo riesgo o daño al interés general de la colectividad ha desaparecido durante la investigación, no concurriendo los presupuestos necesarios para imponer una multa.
- En el caso de desaparición sobrevinida del riesgo o daño, el archivo parece ser la medida más eficaz, eficiente, oportuna y proporcionada para satisfacer la necesidad pública encomendada. El interés general de la colectividad ha sido tutelado de modo anticipado y no sería necesario recurrir al TDLC. Formalmente, además, se ha producido una satisfacción extraprocesal de los fines de la investigación que obliga a ponerle término anticipado por imposibilidad material de continuarla.

³⁸ Cfr. Casarino Viterbo, Mario, “De la transformación de los negocios pertenecientes a la jurisdicción voluntaria en asuntos contenciosos por oposición de legítimo contradictor a la luz de nuestra jurisprudencia” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 86, N° 2 (1989), p. 29-38.

³⁹ Rol AE-03-11 y Rol NC 388-11.

- Los principios de proporcionalidad y culpabilidad condicionan de modo significativo el ejercicio de la potestad de multa respecto de infracciones con tipicidad genérica. En la práctica, será determinante la gravedad y posible reiteración de la conducta, la buena o mala fe del infractor y su colaboración para poner término al hecho anticompetitivo.
- El Fiscal está facultado para celebrar acuerdos extrajudiciales respecto de cualquier operación de mercado que estime contraria a derecho, sea de adquisición o fusión, sea de colusión o abuso de posición dominante. La mera discrepancia respecto de la calificación jurídica del hecho da origen a una contienda o asunto contencioso que es posible resolver a través de un acuerdo conciliatorio o equivalente jurisdiccional.

SOBRE LAS FACULTADES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA PARA PONER TÉRMINO A UNA INVESTIGACIÓN SOBRE LA BASE DE COMPROMISOS Y/O CAMBIOS DE CONDUCTA POR PARTE DE LOS SUJETOS INVESTIGADOS

Eduardo Cordero Quinzacara*

I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN, DESTINO Y PROPÓSITO

Se ha solicitado a quien suscribe un Informe en Derecho por parte de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante e indistintamente “FNE”) con el objeto de determinar si esta entidad puede, en el contexto de investigaciones por hechos que podrían atentar a la libre competencia, acordar con los investigados compromisos a futuro que permitan decretar el archivo de dichas investigaciones y cuáles serían los mecanismos posibles de coerción ante un eventual incumplimiento de los mismos.

La consulta planteada surge a raíz de la función que debe cumplir la FNE en orden a dar aplicación a lo dispuesto en el Decreto Ley N° 211, de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N°1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 18 de octubre de 2004 (en adelante “DL N° 211”), para el resguardo de la libre competencia en los mercados, conforme al artículo 2° de dicho cuerpo legal, mediante acuerdos que se puedan suscribir en una instancia administrativa y sin que sea siempre necesario judicializar todas estas materias ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”).

Para un acertado análisis de la materia consultada, dividiremos este informe en cuatro partes. En primer término, analizaremos cuál es la naturaleza jurídica de la FNE en nuestro ordenamiento jurídico y los principios y normas que conforman su régimen jurídico, entendiendo que estamos frente a un órgano que forma parte de la Administración del Estado (Capítulo I). Posteriormente, analizaremos la naturaleza de las actuaciones que puede realizar la FNE para el resguardo de la libre competencia en los mercados y si necesariamente estos han de tener lugar mediante actuaciones y/o acuerdos que deban ser judicializados (Capítulo II). En tercer lugar, trataremos de establecer si conforme a su naturaleza y al régimen jurídico que le resulta aplicable, es posible que la FNE pueda poner término a una investigación como consecuencia de compromisos o cambios de conductas asumidos por los sujetos investigados (Capítulo III), para cerrar con una síntesis y las conclusiones a las cuales se ha arribado en este informe (Capítulo IV).

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y LOS PRINCIPIOS Y NORMAS QUE LE RESULTAN APLICABLE

a) Introducción.

Uno de los primeros aspectos que se deben resolver dice relación con la naturaleza jurídica que tiene la FNE dentro del complejo de órganos y personas jurídicas que integran el aparato público. Esto resulta determinante para establecer cuál es su posición institucional y cuáles son los principios y normas generales a las que se encuentra sometida, además de aquellas normas específicas contenidas en el DL N° 211, pues esto permitirá establecer las formas de actuación que puede realizar.

b) Naturaleza jurídica de la FNE.

La FNE fue creada por el DL N° 211, de 17 de diciembre de 1973, publicado en el Diario Oficial con fecha 22 de diciembre del mismo año. Al efecto, el artículo sexto de este cuerpo legal disponía lo siguiente

Artículo sexto: *Para la prevención, investigación y persecución de los atentados a la libre competencia y para su represión, créanse los siguientes organismos y servicio:*

- a) Las Comisiones Preventivas Provinciales;*
- b) La Comisión Preventiva Central;*
- c) La Comisión Resolutiva, y*
- d) La Fiscalía.*

A su vez, en su título IV, artículos vigésimo primero y siguientes se regulaba la Fiscalía, estableciendo sus órganos (el fiscal y los fiscales delegados), así como su estructura interna y funciones. En términos generales, el artículo vigésimo cuarto establecía que la Fiscalía cumplía sus funciones de forma estrechamente relacionada con las Comisiones Preventivas, la Comisión Resolutiva y los Tribunales de Justicia para el ejercicio de la acción penal prevista en el DL N° 211. Por su parte, en el desempeño de esta labor le correspondía instruir las investigaciones que estimare procedentes para verificar las infracciones a este decreto ley, para lo cual podía solicitar información a entidades públicas y a particulares, además de contar con el apoyo de la Policía de Investigaciones en su trabajo.

Con fecha 3 de julio de 1979, se dictó el Decreto Ley N° 2.760, publicado con fecha 5 de julio del mismo año, con el cual se modificó el DL N° 211 con la finalidad de fortalecer la acción antimonopólica, el resguardo del interés de los consumidores, dándole a la FNE su actual denominación, adaptándose además al nuevo régimen de

gobierno y administración interior¹. Por su parte, se revisan las normas del título IV con la nueva denominación y los fiscales delegados pasan a ser fiscales regionales.

El nuevo artículo 21° del DL N° 211 definirá a la FNE de la siguiente manera:

“Artículo 21.- La Fiscalía Nacional Económica tendrá su sede en Santiago, será independiente de todo organismo o servicio y se relacionará con el Supremo Gobierno a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Su jefe superior será el Fiscal Nacional, quien deberá tener el título de abogado con cinco años de anterioridad, a lo menos, a su nombramiento.

El Fiscal Nacional será de libre designación del Presidente de la República, se regirá por las normas del Estatuto Administrativo y sólo podrá ser removido y sancionado, según proponga la Contraloría General de la República, previo sumario instruido por ésta.”

Si bien no existe jurisprudencia administrativa que se refiera a la naturaleza jurídica de la FNE, se entendía que esta entidad era un servicio que formaba parte de la administración pública, encontrándose bajo la dependencia del Presidente de la República e integrando la administración central, pues no tenía ni personalidad jurídica ni patrimonio propio. Así, por lo demás, se desprende del citado artículo 21 del DL N° 211, lo que permite sostener que la FNE era un servicio público fiscal que se encontraba subordinado al Presidente de la República, al ser de libre designación del mismo, aunque su remoción dependía de la propuesta previa de la Contraloría, previo sumario instruido por ésta.

Mediante el artículo 2° del Decreto Ley N° 3.501, de 26 de noviembre de 1980, se le otorgó a la FNE la calidad de institución autónoma, con personalidad jurídica, comprendidas dentro de lo que se denominará “instituciones fiscalizadoras”. Con esta disposición, la FNE dejó de ser un servicio fiscal y pasó a integrar la administración descentralizada, quedando fuera de la jerarquía del Presidente de la República, aunque sujeto a mecanismos de tutela y supervigilancia muy intensos, como ocurre en el caso del nombramiento de su máxima autoridad. Por lo tanto, hasta este momento no se discute que la FNE sea un servicio público que forme parte de la administración del Estado, sujeto a las principios y normas que rigen a estas entidades, incluido los mecanismos de control que le corresponde ejercer a la

¹ El nuevo artículo 6° del DL N° 211 dirá lo siguiente:

“Artículo 6°- Para la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o en que incurra quien ocupe una situación monopólica, aun cuando no fueren constitutivos de delito, habrá los siguientes organismos y servicios:

- a) Las Comisiones Preventivas Regionales;
- b) La Comisión Preventiva Central;
- c) La Comisión Resolutiva;
- d) La Fiscalía Nacional Económica”.

Contraloría General de la República, tal como se ha encargado de señalar en su jurisprudencia administrativa.²

Con fecha 19 de mayo de 1999 entró en vigencia la Ley N° 19.610, que tuvo por objeto fortalecer las atribuciones de la FNE, que vino a confirmar su naturaleza jurídica conforme a la legislación previa, al disponer que la FNE “*será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción*” (artículo 21). A su vez, se establece que el Fiscal Nacional Económico será un funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República, y le corresponderá ejercer tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del servicio.

La naturaleza de la FNE no se verá alterada por normas posteriores, especialmente por las leyes Nos. 19.911, de 14 de noviembre de 2003, y 20.361, de 13 de junio de 2009, aun cuando está última le da una mayor autonomía a esta entidad al limitar el margen de discrecionalidad del Presidente de la República en el nombramiento y remoción del Fiscal Nacional Económico.³

Por tanto, la FNE es una entidad que forma parte de la Administración del Estado, en su calidad de servicio público descentralizado, es decir, con personalidad jurídica y patrimonio propio, aun cuando goce de un alto grado de autonomía en el ejercicio de sus atribuciones, conforme lo establece el actual texto del DL N° 211.

c) La Fiscalía Nacional Económica en el marco de la Administración del Estado.

i. Aspectos generales.

Siendo la FNE parte de la Administración del Estado, resulta relevante determinar la importancia que esta situación tiene en relación al régimen jurídico que le resulta aplicable.

En primer término, debemos tener presente que la Administración del Estado es un conjunto de órganos y de personas jurídicas que se encuentran, por regla general, sujetos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República. En efecto, los órganos administrativos se encuentran bajo la dependencia o jerarquía del Presidente en la medida que integren la administración central, es decir, que actúen bajo la personalidad jurídica y los bienes del Fisco, como ocurrió con la FNE

² En este sentido se puede consultar el Dictamen N° 29.535, de 1987, en el cual la Contraloría se pronuncia sobre el régimen jurídico aplicable a la FNE respecto de bienes fiscales, poniendo en el acento en la naturaleza descentralizada que tiene este organismo.

³ Véanse los incisos 1° y 2° del artículo 33 del DL N° 211, modificado por la Ley N° 20.361. En el mismo sentido, se puede ver el Informe en Derecho elaborado por el suscrito para la FNE: *Naturaleza jurídica de la Fiscalía Nacional Económica en el marco de la Administración del Estado y la posibilidad de proponer cambios normativos*, mayo de 2011.

desde su creación en 1973 hasta que le reconoció personalidad jurídica y se le otorgó autonomía mediante el artículo 2º del Decreto Ley N° 3.501, de 26 de noviembre de 1980. Por su parte, estas entidades se encuentran bajo la tutela o supervigilancia del Presidente cuando gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, integrando la administración descentralizada, rompiéndose el vínculo de jerarquía y no teniendo el Presidente de la República respecto de ellas más facultades que las que expresamente les confiera la ley.

Ahora bien, no obstante lo anterior, bien puede ocurrir que por mandato de la Constitución o de la ley, estas entidades gocen de autonomía, como ocurre con la Contraloría General de la República, el Banco Central, las municipalidades, el Consejo para la Transparencia, el Consejo de Defensa del Estado y, en este caso, la FNE. En ese caso, la autonomía conlleva a la desaparición o disminución sustancial de los mecanismos de tutela que tiene el gobierno, encabezado por el Presidente de la República, respecto de determinadas entidades administrativas. Sin embargo, el hecho que una entidad sea de naturaleza autónoma no significa que deje de formar parte de la administración del Estado y que no le resulten aplicables las normas generales que rigen a estos órganos.

En efecto, a pesar de tratarse de órganos autónomos, éstos siguen formando parte del complejo de órganos que integra la Administración Pública y les resulta plenamente aplicable el conjunto de principios y normas que rigen a estas entidades en Chile, así como su legislación común, salvo que exista una regulación especial o alguna excepción expresa. Esto también comprende a los mecanismos de control tanto administrativos como jurisdiccionales que franquea nuestro ordenamiento jurídico. En esta situación se encuentra actualmente la FNE, en la medida que se trata de una entidad administrativa descentralizada y que goza de autonomía conforme a lo establecido en el actual texto del DL N° 211.

Por lo tanto, la FNE en cuanto servicio público que integra la administración del Estado en Chile se encuentra sujeta no solo a las normas especiales que establece el DL N° 211, sino también a los principios y normas generales que rigen a todos los órganos de la administración del Estado.

ii. *El Derecho común administrativo: los principios y normas que comprende.*

La doctrina reciente comienza hablar de la existencia de un *Derecho común administrativo*, en la medida en que existiría un conjunto de principios y normas que conforman un estatuto propio de los órganos que integran la administración del Estado, y que rige su organización, medios y formas de actuación.

Esta situación se ha venido apreciando con mayor fuerza en nuestro Derecho a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en el año 1986 (en adelante “LOC N° 18.575”). Es más, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional le ha reconocido a esta ley una suprallegalidad respecto de otras leyes que regulan la organización y funcionamiento de las entidades que integran la Administración del Estado. En

efecto, la regulación “básica” de los órganos que integran la Administración del Estado fue propuesta como una forma de superar la heterogeneidad y dispersión de la legislación administrativa vigente en Chile a fines de la década de los años sesenta. Se pensaba que una ley con tales características podría depurar y unificar el régimen jurídico de los servicios públicos, como lo sostuvo la Contraloría General de la República⁴. Esta idea fue retomada por la Comisión Nacional de Reforma Administrativa (CONARA), que en 1974 propone la dictación de una ley básica, equivalente a una verdadera Constitución Administrativa, la cual debía ser desarrollada a través de leyes complementarias, las que solo se limitarían a aspectos específicos⁵.

En definitiva, esta idea se plasmó en la redacción del artículo 38 de la Constitución, tal como entró en vigencia y que, a casi treinta años, se mantiene sin modificación. Por su parte, la redacción de esta Ley orgánica comenzó en el año 1985⁶, con un Mensaje del Ejecutivo en el cual se indicaba los propósitos de la misma: “Conviene destacar que las disposiciones del proyecto han servido el propósito del constituyente, en orden a configurar mandatos básicos o esenciales, pero *destinados a circunscribir, de un modo efectivo, el campo de acción de la ley común*”⁷.

De acuerdo a estos antecedentes, una ley con estas características, esto es, destinada a contener mandatos básicos o esenciales que delimiten o circunscriban el campo de acción de la ley común, debiese ser necesariamente una ley de mayor rango o jerarquía, pues no es posible concebir otra forma de condicionar con sus preceptos la acción del legislador común u ordinario y lograr, en definitiva, unificar los diversos regímenes jurídicos. Por lo demás, así lo entendió la doctrina al poco

⁴ La Contraloría señaló que el método más adecuado sería el de reemplazar la multiplicidad de leyes orgánicas de los servicios públicos por una ley orgánica básica de la Administración del Estado, que contenga las normas fundamentales, la que sería complementada por un conjunto de leyes generales, no por servicios sino por materias. Véase Contraloría General de la República, Memoria, Santiago, 1969, p. 5.

⁵ Véase Comisión Nacional de Reforma Administrativa, Ordenamiento jurídico de la Administración del Estado y regionalización del País, Santiago, 1974.

⁶ Con anterioridad, la redacción de las Leyes orgánicas fue encomendada a una Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales. Esta nombró a su vez una Subcomisión para analizar y hacer una propuesta respecto de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, la que estuvo integrada por Arturo Aylwin Azócar, que la presidió, y los profesores de Derecho Administrativo Manuel Daniel Argandoña, Eduardo Soto Kloss, Osvaldo Oelckers Camus y Pedro Pierry Arrau. A este grupo se integraron Rodrigo de la Cuadra, Olga Feliú Segovia y Juan Guillermo Valenzuela Vargas, Fiscal de ODEPLAN. Sobre los antecedentes de esa ley véase (Pierry Arrau, Pedro. “Antecedentes de la Ley de Bases de la Administración del Estado” en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado (2008), pp. 9-24; Cordero Quinzacara, Eduardo. “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno” en *Ius et Praxis* 15.2 (2009): pp. 9 a 23.)

⁷ Véase Mensaje Presidencial de 20 de marzo de 1985 (Boletín N° 601-06).

tiempo de la entrada en vigencia de este cuerpo legal⁸ y, en alguna medida, también aparece en los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional que considera a las leyes orgánicas como textos armónicos, sistemáticos y coherentes que desarrollan los preceptos constitucionales y que ocupan un lugar intermedio entre la Constitución y la ley común⁹.

Si bien la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional ha variado sobre este punto¹⁰, esto no ha sido así respecto del sentido y función que tiene esta ley de bases. En esta materia ha mantenido una doctrina constante en el sentido de que toda ley común que contenga disposiciones que no se correspondan con las establecidas en la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, necesariamente deben ser aprobadas como una modificación a dicha ley, es decir, sujeta a un quórum más alto y al control previo obligatorio del Tribunal Constitucional¹¹. Con esta doctrina, el referido tribunal le dio a esta ley orgánica una suerte de suprallegalidad, con el objetivo fundamental de evitar que los preceptos de la Ley de Bases Generales quedaran

⁸ En tal sentido, Rolando Pantoja sostuvo que “la jerarquía que una LOC ocupa en el orden de prelación de las fuentes del Derecho, constriñe asimismo al legislador común a respetar sus normas, puesto que la LOC tiene un rango suprallegal que la sitúa bajo la CP y sobre la ley simple”. Más aún, sostiene que los mandatos de este tipo de leyes producen un efecto vinculante inmediato en el legislador común u ordinario y fijan la línea mediata de horizonte de toda la legislación, arrastrando también al legislador orgánico constitucional por la vía de la consecuencia y coherencia institucionales. “[...] las reglas bases de la LOCBGAE habrán de ser respetadas y desarrolladas, tanto por el legislador de las leyes comunes derivadas que emanan de un mismo texto, cuanto por el legislador de las leyes orgánicas constitucionales que habrán de recaer sobre aspectos orgánicos o funcionales ligados a ella, por tratarse justamente de una Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado de Chile”. Véase Pantoja, Rolando. *Bases Generales de la Administración del Estado*. Santiago: Ediar-Conosur, 1987, p. 20.

⁹ Véase Sentencia, Rol N° 7, de 22 de diciembre de 1981.

¹⁰ Véase el apartado destinado al análisis de las leyes orgánicas constitucionales.

¹¹ Esto fue lo que ocurrió en el caso conocido como “Ley de Pesca”, Rol N° 115, de 3 de diciembre de 1990. El proyecto de ley sobre la materia consideraba la creación de un Consejo Nacional de Pesca y cinco Consejos Zonales de Pesca, lo cual no se correspondía con la organización básica prevista en los artículos 24 y 29 de la Ley N° 18.575 (actuales artículos 27 y 32). Sin embargo, los mismos preceptos permitían que la ley de forma excepcional estableciera niveles jerárquicos distintos o adicionales, así como denominaciones diferentes (modificación introducida por la Ley N° 18.891). Planteado el requerimiento ante el Tribunal Constitucional, este se encontró ante un claro problema que podía desvirtuar el alcance de la LOC BGAE, en la medida que por la vía de leyes comunes u ordinarias se podía establecer una organización administrativa para los servicios públicos apartándose completamente de lo previsto en dicho cuerpo normativo, privándolo de fuerza normativa. Por tal razón, y a fin de evitar esta suerte de socavamiento o privación de fuerza normativa de la LOCBGAE, estableció que “en la organización de los Ministerios y de los servicios públicos pueden existir organismos con denominaciones distintas a las señaladas en los artículos 24 y 29 de la Ley N° 18.575, éstos deben ser creados por ley orgánica constitucional y no por ley común. Si así no fuese ello importaría permitir la delegación de atribuciones a la ley común, lo que transgrediría todo el sistema creado por el artículo 60 de la Carta Fundamental para la determinación del campo de acción de la ley”.

como letra muerta frente a la acción del legislador común¹².

Ahora bien, en los aspectos que nos interesan, el Título I de la LOC N° 18.575 establece un conjunto de principios a los cuales se encuentran sujetos todos los órganos de la Administración del Estado: legalidad, responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativa, entre otros. A lo anterior se agregan las normas comunes contenidas en los Títulos II, III y IV de la misma ley, sobre organización básica, probidad y participación ciudadana.

Sin perjuicio de lo anterior, existen diversos cuerpos legales que establecen un régimen común para todos los órganos y servicios públicos que integran la Administración del Estado: en materia de procedimientos administrativos (Ley N° 19.880); del régimen de sus funcionarios (Ley N° 18.834); de compras públicas (Ley N° 19.886); transparencia y publicidad (Ley N° 19.886); control administrativo externo (Ley N° 10.336); sobre administración financiera (Decreto Ley N° 1.263), entre otros cuerpos legales.

Este conjunto de principios y normas integran lo que se denomina el Derecho administrativo común, sobre la base de las cuales es posible desplegar distintas funciones normativas:

- Constituyen elementos de interpretación de las normas jurídico-administrativas, con el objeto de desentrañar su contenido prescriptivo;
- Son herramientas o mecanismos de integración de las lagunas o vacíos que existan en el ordenamiento jurídico-administrativo;
- Conforman el Derecho común de aplicación supletoria frente a la normativa sectorial o especial; y
- Permite sistematizar y desarrollar categorías dogmáticas propias de esta disciplina.

Ahora bien, en el caso de la FNE, el hecho que esta entidad forme de la Administración del Estado conlleva a que le aplique no sólo su normativa específica, esto es, el DL N° 211, sino también el conjunto de principios y normas que conforman este *corpus* jurídico, en la forma que ya se ha indicado, es decir, para la interpre-

¹² La interpretación hecha por el Tribunal se aparta claramente del tenor del artículo 38 de la Constitución y sigue en este punto un criterio teleológico, atendiendo al fin y sentido de la norma. En efecto, una ley común que regula la organización, atribuciones, funciones o el régimen de responsabilidad de un servicio público no está estableciendo la organización básica de la Administración del Estado, por tanto no se encuentra en el supuesto del citado artículo 38. Sin embargo, una regulación en tal sentido podría ir en contra de la organización básica establecida por la Ley Orgánica de Bases Generales. En tal caso, una posibilidad es aceptar esta interpretación y, por tanto, socavar el contenido de dicha ley por la vía de la ley ordinaria. La otra posibilidad es la que ha seguido el Tribunal Constitucional, con lo cual entiende que esta Ley orgánica contiene preceptos que están dirigidos al legislador común, de manera que no pueden ser modificados o derogados sino por una Ley orgánica constitucional. Sobre la materia véase la opinión crítica de ZAPATA (1994), pp. 130-138. Por su parte, hay votos de minoría en varias sentencias del Tribunal Constitucional que siguen este criterio. Véanse Sentencia, Rol N° 1027, de 24 de enero de 2008; N° 1047, de 20 de marzo de 2008; y N° 1031, de 20 de mayo de 2008, entre otras.

tación de sus normas, para la integración de sus vacíos, en su aplicación supletoria y en los conceptos que le resultan aplicables conforme a su matriz disciplinar.

Lo señalado cobra especial importancia al momento de determinar cómo y bajo qué principios y normas se deben someter las actuaciones de la FNE. El DL N° 211 nos señala en su artículo 2° que corresponderá al TDLC y a la FNE, en la esfera de sus respectivas atribuciones, *dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados*. Debemos entender que ésta constituye una función general en el marco dentro del cual la FNE debe ejercer sus atribuciones específicas, contenidas en el artículo 31 del DL N° 211: instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley; actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el TDLC y los tribunales de justicia; requerir del TDLC el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas; velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el TDLC o los tribunales de justicia, etc.

A su vez, si se analiza cada una de estas atribuciones, bien se puede comprobar que todas ellas sólo pueden ser calificadas como de naturaleza administrativa, aun cuando éstas puedan estar orientadas a una actuación judicial (vgr. la instrucción de investigación) o impliquen derechamente actuar en el marco de un proceso judicial (vgr. presentando un requerimiento y ejerciendo recursos). En efecto, la posición institucional de la FNE no difiere de otros organismos de la Administración del Estado que cumplen funciones similares, como sucede con el Consejo de Defensa del Estado, la Defensoría Penal Pública y, como sostenemos algunos, el Ministerio Público, y todos ellos sólo pueden ser calificados como órganos administrativos que ejercen una función administrativa, aun cuando se encuentre estrechamente vinculada con actuaciones judiciales.

En tal sentido, la FNE es una entidad que para cumplir su objetivo general, como es el resguardo de la libre competencia en los mercados, cuenta con instrumentos que puede utilizar tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional. Ya examinaremos este punto con detenimiento.

III. NATURALEZA DE LAS ACTUACIONES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA PARA EL RESGUARDO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y SU DESLINDE RESPECTO DE LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a) Antecedentes generales.

El DL N° 211 le atribuye a la FNE un conjunto de potestades con el objeto de cumplir su función general de resguardo de la libre competencia en los mercados, ya sea en el ámbito administrativo o extrajudicial o en sede jurisdiccional. Puede resultar complejo una clasificación de estas atribuciones, pero bien se puede tomar como

referencia la naturaleza de las actuaciones que realiza la FNE para distinguir entre aquellas que tienen un carácter administrativo (1.1), dentro de las cuales se encuentran las gestiones estrictamente administrativas (a) y aquellas actuaciones que siendo administrativas pueden tener incidencia en actuaciones judiciales (b), frente a las actuaciones de clara naturaleza procesal (1.2).

i. Actuaciones administrativas.

Son actuaciones de naturaleza administrativa aquellas que miran la gestión interna del servicio, destinadas a garantizar su buen funcionamiento, además de aquellas atribuciones que son propias de la FNE y que podrían tener alguna incidencia judicial sin dejar de ser administrativas.

Dentro de las primeras, debemos considerar todas aquellas normas que dicen relación con la organización y funcionamiento interno de la FNE, como las que le entregan al Fiscal Nacional Económico el carácter de jefe superior del servicio, así como la representación judicial y extrajudicial del mismo (inc. 5° artículo 33); la facultad de nombrar fiscales adjuntos (artículo 34); la planta del personal y el régimen jurídico aplicable (artículos 35 a 38); la celebración de actos y contratos respecto de los bienes del servicio (artículo 39 i); celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades (artículo 39 l), entre otras. Ahora bien, se debe entender que en las materias no reguladas rigen los principios y normas básicas contenidas en la LOC N° 18.575, como sucede en materia de control jerárquico permanente (artículo 11); bases de contratación (artículo 9°); impugnabilidad de sus actos (artículo 10); delegación de competencias y de firma (artículo 41); sistema de responsabilidad patrimonial (artículos 4° y 42); normas de probidad y transparencia (artículos 13 y 51 y ss.), entre otras. A lo anterior se agrega toda la legislación de aplicación directa (Ley N° 20.285, de Acceso a la Información, Ley N° 19.886, de compras públicas, y Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría) y de aplicación supletoria (Leyes N° 19.880, sobre Procedimiento Administrativo y Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo), por mencionar a las principales.

Respecto de las normas de naturaleza administrativa que pueden tener incidencia judicial, nos referimos a aquellas que regulan las facultades propias de la FNE, y que se enmarcan dentro de los objetivos generales del DL N° 211, como es promover y defender la libre competencia en los mercados, y el objetivo concreto que se impone a la FNE de dar aplicación a dicha ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados. En este sentido, la más importante es la atribución de instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley (artículo 39 a), para lo cual puede solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos (artículo 39 f), así como requerir de estas entidades los antecedentes que sean necesarios para sus investigaciones (artículo 39 g); solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes con el mismo objeto (artículo 39 h), así como llamarlos a declarar o pedirles declaración por escrito (artículo 39 j); requerir informes de los organismos técnicos del Estado (artículo 39 k); convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la

transferencia electrónica de información (artículo 39 m); adoptar medidas intrusivas previa autorización judicial (artículo 39 n) o suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados, los cuales también están sujetos a la aprobación del TDLC.

La doctrina no discute que las actuaciones que forman parte de la investigación que realiza la FNE son de naturaleza administrativa, situación muy similar a lo que ocurre en el proceso penal¹³, no obstante que éstas puedan tener alguna incidencia judicial, en cuanto darían base para la presentación de un requerimiento ante el TDLC o para realizar diversas actuaciones procesales ante los Tribunales de Justicia. Sin embargo, bien puede ocurrir que una investigación no dé pie para actuación judicial alguna, ya sea porque los hechos no pueden ser calificados como ilícitos monopólicos o porque ha existido un compromiso por parte del agente investigado en orden a adecuar su conducta a determinados parámetros y no existe mérito para continuar con la investigación. Sobre esta materia ahondaremos en los puntos siguientes.

ii. Actuaciones en sede judicial.

En el ámbito judicial, a la FNE le corresponde un rol de parte en los procesos que lleva el TDLC y los Tribunales de Justicia. Así, debe actuar representando el interés general de la colectividad, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad (artículo 39 b); requerir del TDLC el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando (artículo 39 c) y velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten estos tribunales (artículo 39 d).

No cabe duda que esta constituye unas de las principales herramientas con que cuenta la FNE para cumplir con su objetivo general de reguardar la libre competencia en los mercados, aunque su naturaleza y función institucional no se agota en este ámbito, pues bien puede la FNE realizar una serie de actuaciones por la vía administrativa y sin recurrir al TDLC, que permite asegurar el cumplimiento de sus funciones.

b) La etapa de investigación y las facultades de la FNE.

Tal como hemos señalado en el apartado anterior, las facultades que le otorga el DL N° 211 para investigar los ilícitos monopólicos constituye una de las atribuciones

¹³ Así, Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López sostienen que la etapa de investigación en el proceso penal es una fase *administrativa*, flexible, informal que dirige en forma objetiva el Ministerio Público. Véase Maturana Miguel, Cristián y Montero López, Raúl, *Derecho Procesal Penal, T. II*, Santiago: AbeledoPerrot, 2010, p. 525.

más importantes con la que cuenta la FNE. A su vez, se trata de una instancia de naturaleza administrativa y flexible, en la medida en que el legislador no establece plazos ni etapas en su realización, ya que le entrega a esta entidad diversas atribuciones, como es la requerir informaciones y antecedentes, tomar declaraciones e incluso adoptar diversas medidas intrusivas previa autorización judicial, cuya determinación, valoración y ejercicio quedan entregada a la discrecionalidad de la FNE, de acuerdo al mérito de los hechos y de la información recopilada. Por lo demás, así lo ha entendido la Corte Suprema, que en sentencia de 31 de agosto de 2009, Rol N° 3344-2009, sostuvo lo siguiente:

“Para cumplir el mandato legal de resguardar la libre competencia, se ha dotado a esta institución de una serie de atribuciones y deberes que corresponderá ejercer de manera discrecional. Así se desprende del inciso 1° del artículo 39 de la ley, según el cual la Fiscalía Nacional Económica podrá defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones. En otras palabras, se trata de potestades no regladas, lo que no implica arbitrariedad, pues las actuaciones del organismo deberán ser concordantes con el objetivo considerado por la normativa al otorgar tales atribuciones, esto es, la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados” (Considerando 8°, el destacado es nuestro).

Ahora bien, en la medida en que se trata de una competencia exclusiva de la FNE, esta entidad puede adoptar las siguientes determinaciones:

1. No investigar, considerando que los hechos que se han puesto en su conocimiento no revisten el carácter de ilícito en los términos del DL N° 211;
2. Investigar las eventuales infracciones al DL N° 211, para lo cual puede adoptar todas las medidas que considere necesarias para el efecto, conforme a las facultades que el artículo 39 del referido cuerpo legal establece (requerir antecedentes, informes, tomar declaraciones, adoptar medidas intrusivas previa autorización judicial, etc.). Como consecuencias de estas investigaciones, es posible arribar a las siguientes conclusiones:
 - 2.1. Que los hechos no serían constitutivos de ilícito monopólico o que los agentes que han sido imputados no tienen participación en los mismos. En este caso, se pondrá fin a la investigación y se ordenará el archivo de los antecedentes.
 - 2.2. Que los hechos serían constitutivos de un ilícito monopólico. En este caso, la acción de la FNE podría dar lugar a distintas posibilidades de acción:
 - 2.2.1. Judicializar el asunto mediante el ejercicio de un

requerimiento ante el TDLC, con el objeto de que se adopten las medidas para poner término a los hechos constitutivos de infracción y se apliquen las sanciones previstas en el DL N° 211.

2.2.2. Adoptar acuerdos extrajudiciales, de conformidad a lo previsto en el artículo 39 ñ) del DL N° 221, esto es, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados. Conforme a la misma disposición, estos acuerdos deben ser conocidos y aprobados por el TDLC. A su vez, en los mismos se puede precaver un eventual litigio futuro mediante compromisos que son plenamente vinculante para las partes.

2.2.3. Por último, cabe examinar la posibilidad que la FNE pueda poner término a la investigación y ordenar su archivo, aun cuando existan antecedentes sobre la eventual comisión un ilícito monopólico, pero que no tenga la entidad suficiente que justifique llevar adelante la investigación o que el agente investigado manifieste su disposición en orden a cambiar su comportamiento en el mercado. Por lo tanto, cabe preguntarse si en estos casos la FNE puede poner término a la investigación y ordenar su archivo.

IV. EL TÉRMINO DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA BASE DE COMPROMISOS FUTUROS QUE CORRIJAN EL COMPORTAMIENTO DE LOS AGENTES EN EL MERCADO.

a) La investigación de los ilícitos monopólicos y las posibilidades de actuación de la FNE.

De acuerdo a lo que se ha expuesto en el capítulo anterior, es muy posible que como consecuencia de una investigación llevada a cabo por parte de la FNE respecto de la eventual comisión de actos que infrinjan la libre competencia, se pueda llegar a la conclusión de no seguir adelante con ella:

- Una posibilidad es que los hechos investigados no sean graves o que la entidad de los mismos no justifique continuar adelante con las diligencias o, en su caso, requerirlos por la vía judicial. En este caso, cabría preguntarse si resulta posible la aplicación del principio de oportunidad, que sobre la

base de ponderación de los antecedentes, autorizaría a la FNE para poner término a la investigación. Ahora bien, este asunto será objeto de otro estudio vinculado a la aplicación del principio de oportunidad en materia de libre competencia.¹⁴

¹⁴ En esta materia podemos adelantar alguna opinión. El principio de oportunidad se encuentra íntimamente ligado al principio de eficiencia y eficacia del uso de los recursos y bienes públicos en relación con el cumplimiento o desempeño de las funciones de parte de los órganos de la administración del estado. De esta forma este principio puede ser entendido como aquella facultad que disponen los órganos encargados de promover las labores de investigación para no iniciar, suspender o poner término anticipada a la misma. Para el caso en análisis este principio se encuentra recogido en el artículo 41° del D.L. N° 211 toda vez que la referida disposición establece que *“la FNE podrá determinar si corresponde investigar o desestimar las denuncias que le formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracciones a las normas del referido decreto ley”*. Es decir, la FNE discrecionalmente podrá determinar si corresponde investigar las denuncias efectuadas por los particulares. Esta facultad de la Fiscalía tiene sus orígenes en la Ley N° 20.361, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de Economía Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En particular esta facultad de la FNE estuvo presente desde la etapa de discusión de la referida ley, tanto es así que el Fiscal Nacional Económico hizo presente que esta modificación tenía como finalidad que la FNE no se viera en la obligación de abrir una investigación cada vez que se presente una denuncia, salvo aquellas que por razones de competencia sean desechadas desde su recepción. De esta forma, una vez recibida una denuncia, la FNE debe efectuar algunas investigaciones o indagaciones previas o preliminares, que den sustento para determinar si existe mérito o no para abrir una investigación. Una situación similar a la descrita precedentemente la encontramos en el inciso 2° del artículo 29 de la Ley N° 19.880, a través del cual se describe el trámite de información previa respecto de aquellos procedimientos iniciados de oficio, es decir, por propia iniciativa de la administración. En particular señala que *“con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento”*.

De acuerdo a lo señalado, la FNE al recibir una denuncia deberá efectuar un examen de admisibilidad de aquella en razón de la materia u órgano competencia para conocer de aquellos hechos. Efectuado este trámite interno de admisibilidad y habiéndose declarado competente, el artículo 41° la faculta para realizar un trámite interno de indagaciones preliminares, por un período máximo de 60 días, transcurrido el cual determinará si existen méritos o no para abrir una investigación. Así las cosas, existiendo méritos para abrir una investigación, nos encontramos en una segunda etapa, en la cual la FNE inicia de manera formal la investigación. Luego de iniciada la investigación, la FNE se podrá encontrar con las siguientes situaciones:

1. De los antecedentes de la investigación no existe convicción que los hechos investigados puedan ser constitutivos de una infracción a la libre competencia, por lo que decide archivar o cerrar la investigación, o

2. De los antecedentes de la investigación existen fundamentos suficientes que acrediten una infracción a las normas sobre libre competencia.

En este estadio de la situación, llegamos al punto central: acreditado por parte de la FNE el quebrantamiento de las normas de la libre competencia, ¿estará obligada a efectuar un requerimiento ante el TDLC?

Estimamos que la facultad de la FNE de presentar un requerimiento es una potestad discrecional que en ningún momento significa arbitrariedad en el ejercicio de la misma, ya que deberá ser fundamentada y racional. El no ejercicio de la facultad antes descrita no significará una desprotección del orden económico, ya que un particular siempre podrá recurrir ante TDLC por supuestas infracciones a la libre competencia (artículo 18 N° 1 del D.L. N°211). La discrecionalidad en el actuar de la FNE, encuentra sustento en el artículo 39 del D.L. N° 211, toda vez que el Fiscal Nacional Económico *“podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”* (Ver Contraloría General de la República, dictámenes N° 55889/2008 y N° 49324/1999). Con todo, esta discrecionalidad por parte de la FNE no significa indiferencia jurídica, ya que aquella podrá elegir entre diferentes soluciones, todas ellas igualmente válidas, sin perjuicio de lo anterior, *la decisión que se adopte deberá respetar en todo caso los principios constitucionales básicos que condicionan la actuación administrativa y los propios principios generales del Derecho*. (Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo Vol. 1.*, Tercera Edición. Barcelona: Iustel, 399). Así las cosas, la decisión de la FNE de no efectuar un requerimiento por posibles infracciones a la legislación antimonopólica deberá estar sustentada y fundamentada en los principios que regulan el actuar de la administración del Estado, tales como la eficiencia y eficacia.

Por lo tanto, en razón de la eficiencia en el uso de los recursos públicos y eficacia en el actuar, la FNE podría determinar que no es necesario presentar un requerimiento ante el TDLC, sin perjuicio de existir antecedentes que la lleven a concluir que se han producido infracciones a la libre competencia.

- En segundo lugar, puede suceder que los hechos no justifiquen resolver el asunto por la vía judicial y obtener, por la vía negociada, determinados compromisos de parte de los agentes investigados en orden a corregir su comportamiento en el mercado. En este caso, bien podría la FNE poner término a la investigación y ordenar su archivo, considerando que se ha cumplido con el objetivo general que le impone el DL N° 211, sin necesidad de judicializar la cuestión. En este segundo punto vamos a centrar este trabajo.

Tal como hemos señalado, frente a la realización de conductas que puedan atentar en contra de la libre competencia, a la FNE le corresponde investigar tales hechos y determinar si efectivamente se encuentra frente a un ilícito monopólico, para adoptar las medidas que resultaren más eficaces con el objeto poner término a dichas conductas y, en su caso, obtener una sanción de los agentes que han participado en dicho ilícito. En tales circunstancias, cabe preguntarse si las formas de accionar frente a tales hechos por parte de la FNE corresponden también a una decisión de naturaleza discrecional o ésta ha de tener un componente reglado mucho más fuerte.

Ahora bien, en este punto no nos estamos preguntado si las facultades de investigación que tiene la FNE son discrecionales, ni tampoco respecto de las medidas que puede adoptar esta entidad en el ámbito judicial o fuera del mismo, como ocurre con los acuerdos extrajudiciales o la conciliación, que en el parecer de la Corte Suprema si lo serían. En este caso, la cuestión parte del supuesto de que existirían hechos que podrían constituir atentados a la libre competencia, pero considerando su baja entidad y/o gravedad, y teniendo presente razones de eficacia en el actuar de la FNE, bien podría adoptarse otras medidas que no sean necesariamente la judicialización del asunto, como sería la obtención de compromisos por parte de los agentes que permitan asegurar la libre competencia en los mercados. En buenas cuentas, la cuestión se reduce a determinar si la existencia de eventuales ilícitos monopólicos configura un elemento reglado que obliga a la FNE a llevar el asunto al TDLC, ya sea mediante requerimiento o por acuerdo extrajudicial que debe ser aprobado por dicha instancia, o es posible que por la vía administrativa se pueda poner término a la investigación considerando los compromisos asumidos por los agentes.

b) La FNE como órgano de la Administración del Estado y los principios de eficacia y eficiencia que rigen su actuar.

La respuesta al problema planteado se debe encontrar en la naturaleza de la FNE y los principios a los cuales se encuentra sujeta como entidad administrativa, tal como lo hemos explicado en el Capítulo I de este Informe.

En efecto, en su actuar la FNE no sólo debe sujetarse a las normas particulares contenidas en el DL N° 211, sino también a los principios y normas generales que rigen a todos los órganos que integran la Administración del Estado, entre los cuales destacan los principios contenidos en el Título I de la LOC N° 18.575. No debemos olvidar que éstos tienen una singular fuerza normativa respecto del actuar de los órganos administrativos, en la medida en que se encuentran contenidos en normas que

establecen las bases generales de la administración del Estado, orientan el ejercicio de la función administrativa y se constituyen en una importante herramienta de integración y de interpretación de las disposiciones aplicables a estas entidades.

En este sentido, la LOC N° 18.575 reafirma un conjunto de principios que se encuentran a nivel constitucional, como el de legalidad (artículo 2°), responsabilidad (artículos 4 y 42), servicialidad (artículo 3°), probidad y transparencia (artículo 13), etc. A su vez, proyecta algunos principios no contemplados expresamente en la Carta Fundamental. Esto sucede con los principios de eficacia, eficiencia y coordinación, tal como se establecen en los artículos 3° inc. 2° y 5° de dicho cuerpo legal:

“La administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes” (artículo 3° inc. 2°, el destacado es nuestro).

Artículo 5°.- *Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.*

Los órganos de la administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Más aún, la LOC N° 18.575 señala expresamente que los jefes de servicio deben realizar un control jerárquico permanente, el cual comprende no sólo la legalidad de las actuaciones, sino también la eficacia y eficiencia en el actual del órgano: *“Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”* (artículo 11 inc. 2°).

Por su parte, la Contraloría General de la República ha distinguido claramente entre los conceptos de eficacia y eficiencia, pues mientras el primero tiene por objeto el logro de las metas propuestas, el segundo dice relación con el uso óptimo de los recursos¹⁵. Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico no sólo exige a los órganos y servicios públicos un actuar eficaz en su acción, esto es, que se alcancen las metas, objetivos y fines propuestos, sino también de eficacia, es decir, que se haga un uso adecuado y racional de los medios disponibles. Sobre este punto la jurisprudencia de la Contraloría ha sido reiterada y constante, sosteniendo *“que los órganos de la administración del Estado, en la ejecución de sus acciones y programas deben, necesariamente, actuar de manera responsable, coordinada y eficiente, con miras a*

¹⁵ Entre otros, véase los Dictámenes Nos. 25.737, de 1995 y 46.618, de 2000.

*satisfacer en forma unida e uniforme las necesidades públicas. Todos los órganos que la integran forman parte de una unidad armónica, que cuentan con recursos y competencias asignados por el ordenamiento jurídico, a cada uno de ellos, para lograr un objetivo común, que es la satisfacción de las necesidades de la comunidad*¹⁶. Así, se ha señalado expresamente que estos principios no sólo constituyen una obligación para los jefes de servicios y los funcionarios, sino también son pautas de acción que se deben seguir en el cumplimiento de sus funciones:

“[...] es deber de las autoridades y funcionarios velar por la eficacia de la administración, procurando la simplificación y rapidez de los trámites y aprovechamiento de los medios, por lo que los servicios públicos están obligados a adoptar medidas adecuadas para el cumplimiento más eficiente de sus funciones, incluyendo la administración de recursos”.¹⁷

Por su parte, los principios de eficacia y eficiencia están estrechamente unidos con el principio de legalidad, en la medida que este enmarca el actuar de los órganos de la administración, mientras que los otros son guías de ese actuar. En tal sentido, el legislador al tratar el principio de probidad da cuenta de lo señalado al disponer lo siguiente:

Artículo 53.- El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. *Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.*

En definitiva, la FNE en cuanto constituye un órgano que forma parte de la administración del Estado que se encuentra sujeto a los principios y normas contenidos en la LOC N° 18.575, dentro de los cuales se comprenden los principios de eficacia y eficiencia en el ejercicio de las atribuciones que le asigna el DL N° 211, razón por la cual no sólo debe alcanzar las metas o fines que se le imponen, particularmente por el legislador, sino también debe hacer un uso óptimo, racional y adecuado de los recursos disponibles.

¹⁶ Dictamen N° 17.744, de 2000.

¹⁷ Dictamen N° 14.658, de 1998.

c) Los principios de eficacia y eficiencia frente al término de la investigación en base a compromisos futuros por parte de los agentes del mercado.

De acuerdo a lo desarrollado de este informe, cabe preguntarse si la FNE puede poner término a las investigaciones que versan sobre hechos que pueden ser resueltos en sede administrativa sin recurrir a la vía judicial, obteniendo por la vía negociada determinados compromisos que respondan a los fines previstos por la ley y al objetivo general que se le asigna, esto es, el resguardo de la libre competencia en los mercados.

En este sentido, se debe señalar que a la FNE se le otorgan una serie de facultades discrecionales en el ejercicio de sus funciones, tanto en el ámbito administrativo y judicial. Así ocurre respecto de las atribuciones que puede ejercer en la etapa de investigación, la posibilidad de llegar acuerdos extrajudiciales, el ejercicio del requerimiento ante el TDLC, la posibilidad de llegar a conciliación, etc. Ahora bien, en este punto cabe preguntarse si la facultad de poner término a la investigación y ordenar el archivo de los antecedentes constituye o no una facultad discrecional de la FNE y, por tanto, si constituye una opción válida que se puede adoptar dentro del margen de acción que le entrega la ley a esta entidad.

En primer término, debemos tener presente que la atribución de potestades discrecionales por parte del legislador a órganos administrativos constituye una técnica bastante habitual y que ha ido en aumento, considerando que el legislador no puede establecer *a priori* todas las condiciones que se deben apreciar en el caso concreto para el ejercicio de determinadas atribuciones. En este caso, la ley hace una remisión consciente y deliberada a los órganos de la administración para que frente a un abanico de posibilidades de actuación, decida si va a ejercer o no dicha potestad y, en caso de ejercerla, determine cuál es la opción que va elegir dentro de dicho abanico. Por lo tanto, hay discrecionalidad tanto en el ejercicio de la potestad como en el contenido de la decisión adoptada.

También existe acuerdo en la doctrina que no existen potestades plenamente discrecionales, porque siempre es posible encontrar algunos elementos reglados de la misma, como sucede con la existencia de la ley que la atribuye, la competencia de la autoridad que debe ejercerla, el fin que la orienta, la determinación de los hechos que sirven de base para su materialización y, especialmente, los principios generales del derecho, muchos de los cuales se encuentran recogidos a nivel constitucional, por la LOC N° 18.575 y, especialmente, por la jurisprudencia, como ocurre con los principios de igualdad, buena fe, proporcionalidad, confianza legítima, etc. De esta forma, si el contenido de la decisión discrecional va en contra de dichos principios -que se corresponden con una regla de razonabilidad en el actuar-, se sostiene que la decisión es arbitraria, carente de motivo o razón y, por tanto, contraria a derecho. En definitiva, es perfectamente posible efectuar un control en el ejercicio de las potestades discrecionales, aun cuando siempre existirá un residuo que permitirá a la autoridad ejercer su decisión sujeta a un margen de libre apreciación.

Hecha esta breve relación, cabe preguntarse nuevamente si la facultad que tiene el FNE de ordenar el cierre de una investigación y el archivo de los antecedentes se puede calificar como una potestad discrecional. En nuestra opinión, esta

facultad tiene elementos discrecionales que no se pueden discutir, pues se enmarca dentro de la estrategia que la FNE puede seguir en el marco de una política destinada a resguardar la libre competencia en los mercados. En efecto, la FNE no tiene como finalidad última ejercer una política represiva destinada a obtener la sanción o castigo de determinados agentes económicos que han infringido las normas del DL N° 211. Esta posibilidad es una más de las diversas acciones que le entrega la ley para cumplir con su objetivo general. Prueba de este aserto dice relación con la posibilidad de poder llegar a acuerdos extrajudiciales o a una conciliación sobre los hechos investigados, la cual sólo tiene como único límite general no atentar contra la libre competencia (artículo 22 inc. 1° DL N° 211).

No obstante lo anterior, aun cuando se trate de una potestad discrecional, hay elementos reglados que no se pueden soslayar, como ocurre con los hechos determinantes que sirven de base para su ejercicio. Así, si los hechos investigados no son constitutivos de un injusto monopólico, no cabe sino ordenar el cierre de la investigación y archivar los antecedentes.

Cuestión distinta es lo que sucede en el caso que estos hechos tengan determinados elementos que permitan sostener un eventual ilícito a la libre competencia, pues atendida las circunstancias la FNE podría llegar a acuerdos extrajudiciales, ejercer el requerimiento ante el TDLC o, en su caso, llegar a una conciliación en dicha instancia. En este caso, nuevamente se abre el abanico de posibilidades de acuerdo a la estrategia que puede seguir la FNE para cumplir con su objetivo general.

En este escenario es donde aparece la cuestión límite sobre la cual se plantea la consulta. La cuestión es determinar si frente a determinados hechos que podrían revestir el carácter de ilícito monopólico se puede decretar el cierre de la investigación y ordenar el archivo de la misma considerando los compromisos asumidos por los sujetos investigados. En nuestra opinión, creemos que esto es posible, considerando los siguientes elementos:

- Tal como hemos señalado, la facultad de ordenar el cierre de la investigación es de carácter discrecional, y ésta se puede adoptar aun en el caso que nos encontremos frente a ilícitos monopólicos, como ocurre con los acuerdos extrajudiciales, pues el objetivo final de la ley no es de carácter estrictamente punitivo, sino que aspira a “promover y defender la libre competencia en los mercados” (artículo 1°), por su parte y en el mismo sentido, el objetivo general de la FNE es el “resguardo de la libre competencia en los mercados” (artículo 2°).
- Frente a hechos que no tengan la entidad o gravedad suficiente que justifique iniciar un proceso judicial, dado los costos que significa llevar adelante la investigación, así como la necesaria oportunidad que se requiere para adoptar medidas que sean realmente eficaces en esta materia, parece aconsejable resolver el asunto en sede administrativa sobre la base de compromisos que asuman los agentes investigados y que permitan liberar de todo cuestionamiento a las operaciones que éstos realicen a la luz de lo previsto en el DL N° 211. En este caso, la FNE puede ejercer la facultad discrecional de cerrar

la investigación, lo cual no significa bajo ningún respecto que se libere de responsabilidad a los investigados ni que en el futuro no se pueda reabrir la investigación. En este caso, los fundamentos positivos de una determinación en este sentido vienen dados por el cumplimiento del fin previsto en la ley, en los criterios de razonabilidad que se deben adoptar al momento de valorar y/o apreciar los hechos investigados, y en la aplicación de los principios de eficacia y eficiencia previstos en los artículos 3º, 5º, 11 y 53 LOC N° 18.575.

- Uno de los principales cuestionamientos que se pueden plantear respecto del ejercicio de una potestad discrecional dice relación con la calificación de los hechos que sirven de base para su ejercicio. En este caso, se trata de determinar si los hechos investigados justifican la realización de un conjunto de diligencias de investigación que puedan significar un costo que no guarda proporción con los resultados que se pueden obtener y, en su caso, si considerando la finalidad de la ley y los principios de eficacia y eficiencia, no resulta más conveniente alcanzar determinados compromisos con los agentes involucrados para poner término a las diligencias.
- En esta materia se ha planteado alguna discusión en torno a si la calificación o ponderación de los hechos es una materia que puede ser objeto de revisión judicial, sobre la base del principio de deferencia que debería respetar el juez frente al experto (la administración) y por el contenido técnico de la determinación. Sin embargo, dada nuestra institucionalidad en materia de libre competencia y la naturaleza de los órganos que interviniente, particularmente el TDLC, estos reparos podrían pasar a un segundo plano.
- No obstante lo anterior, será siempre necesario que estas decisiones sean debidamente fundadas, indicando claramente los hechos investigados, los criterios que se han seguido para su ponderación y las razones que justifican la determinación adoptada. Por lo demás, nuestra legislación general así lo establece (artículo 41 Ley N° 19.880) y en el caso de las decisiones discrecionales dicha fundamentación constituye una condición esencial exigida por la doctrina y la jurisprudencia.
- Otro elemento capital en el control de la discrecionalidad es el fin. Toda potestad pública debe ser ejercida para satisfacer el interés público específico previsto por la ley, ya que en caso contrario se puede incurrir en un vicio de desviación de poder, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la

Contraloría¹⁸ y de la Corte Suprema¹⁹. En este caso particular, el fin de las actuaciones que realiza la FNE dicen relación con los objetivos previstos en los artículos 1º y 2º del DL N° 211, esto es, promover, resguardar y defender la libre competencia en los mercados.

- Por lo tanto, es capital que al momento de adoptar una determinación en este sentido, se pondere y se indique con toda claridad cuáles son las razones que justifican y permiten entender que el cierre de la investigación responde a los fines que expresamente establece la ley.
- Por último, siendo la FNE un órgano de la Administración del Estado, y estando sujeto a los principios y normas comunes que le resultan aplicable a estas entidades, necesariamente en su actuar se debe responder a los principios de eficacia y eficiencia. En este caso, la eficacia se traduce en una acción que permite alcanzar los objetivos que impone la ley en orden a promover, reguardar y defender la libre competencia en los mercados. A su vez, dada la naturaleza y entidad de los hechos, las medidas adoptadas se corresponden con un criterio de eficiencia que permite sostener que el instrumento utilizado no sólo resulta idóneo, sino que es el más óptimo desde la perspectiva de los recursos utilizados. De esta forma, no sólo se cumple con los fines específicos que el DL N° 211 impone a la FNE, sino que también con los principios y fines generales que se establecen para todos los órganos de la Administración del Estado (artículos 3º, 5º, 7º y 53 LOC N° 18.575).

d) Mecanismos frente a un eventual incumplimiento de los compromisos asumidos por los investigados.

Los compromisos que han sido asumidos por los investigados constituyen un supuesto de hecho determinante para que la FNE adopte la decisión de cerrar la investigación, los cuales son parte de los fundamentos de dicha determinación. Por su parte, la decisión que declara el cierre de la investigación constituye un acto administrativo de

¹⁸ Así, se ha señalado que en el ejercicio de potestades discrecionales, el jefe de servicio no puede actuar infundada o arbitrariamente o de un modo que, en definitiva, signifique una desviación de poder, cuestión que deberá determinarse a través de las instancias y mecanismos correspondientes (Dictamen N° 21.964, de 2010). También ha señalado que aun cuando la autoridad administrativa posee determinadas atribuciones, estas no pueden ejercerse arbitrariamente, pues al conferirselas no se le quiso dotar de facultades que le permitan ejecutar actos carentes del debido fundamento. Así, en la aplicación de las potestades concedidas por los referidos preceptos, la autoridad ha de dar cabal cumplimiento al principio de legalidad, ya que si bien esas disposiciones no contienen una mayor regulación en relación a las destinaciones, esto no significa que aquella este habilitada para actuar en forma ilegal o de una manera que implique en definitiva una desviación de poder (Dictamen N° 513, de 1996).

¹⁹ En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que “[...] la desviación de poder consiste, según la doctrina, en que el fin del acto, que es uno de sus elementos constitutivos, es distinto del fin general de interés público, que debe ser el de toda actividad pública, del fin particular establecido para determinados actos por la norma respectiva. Fin que puede ser de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal, y que también puede ser de interés general, pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto” (Considerando 5º, Sentencia de 12 de abril de 2012, Rol N° 1.148-2012).

aquellos que ponen término a un procedimiento administrativo, debiendo cumplir los requisitos formales previstos por la ley (artículo 41 Ley N° 19.880), reuniendo, a su vez, las características propias de este tipo de actos: constituye un acto de imperio, se presume legal y autoriza de ejecución de oficio (artículo 3° inciso final Ley N° 19.880).

Siendo el acto administrativo un acto de autoridad, es natural que su contenido, fundamentos y la decisión adoptada se encuentre amparada por una *presunción de legitimidad* que admite prueba en contrario (*iuris tantum*), pues es de cargo de quien impugna dicho acto la carga de probar que las actuaciones realizadas por el órgano administrativo -en este caso la FNE- han sido ilegítimas o contrarias a derecho.

En este sentido, la decisión de la FNE en orden a cerrar una investigación frente a determinados hechos ya establecidos y a un cambio de conducta por parte de los sujetos investigados, constituyen elementos que se deben dar por establecidos y que marcan un supuesto o punto de partida para retomar la investigación en el evento que dichos compromisos no sean cumplidos. Dicho en otros términos, en el evento que no se cumplan los compromisos o cambios de conductas que han sido parte de los supuestos de hecho establecidos en el acto administrativo o resolución que ordena el cierre de la investigación por parte de la FNE, esta entidad está en condiciones de reabrir dicha investigación dando por establecidos tales hechos, que se encuentran amparados en la presunción de legalidad que el propio ordenamiento jurídico les reconoce.

V. CONCLUSIONES

Conforme a lo expuesto a lo largo de este informe, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- La FNE es un órgano que participa de la institucionalidad establecida en nuestro ordenamiento jurídico para la promoción, defensa y resguardo de la libre competencia en los mercados, junto con el TDLC, según los términos del DL N° 211, pero ambas entidades están sometidos a principios y reglas diversas que rigen su actuar atendiendo a la naturaleza que tienen.
- La FNE es una entidad que forma parte de la administración del Estado, siendo un servicio descentralizado, de carácter autónomo y que se encuentra sujeta a las normas particulares previstas en el DL N° 211, así como a los principios y normas comunes contenidas especialmente en la LOC N° 18.575 y en la legislación administrativa general, como ocurre con la Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos, y la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información, entre otras.
- La Ley N° 18.575 contiene un conjunto de principios y normas que se imponen a todos los órganos de la administración del Estado, gozando no sólo de una suerte de suprallegalidad, sino también constituyen disposiciones de

fuerza normativa directa, son un importante instrumento de interpretación de las normas administrativas y de integración de las mismas.

- Entre los principios que contiene la Ley N° 18.575 destacan la eficacia y la eficiencia en el actuar de los órganos administrativos. Estos exigen que en el ejercicio de sus funciones estas entidades no sólo deben alcanzar los objetivos y metas que se les imponen (eficacia), sino que deben hacer un uso óptimo de los recursos de los cuales disponen (eficiencia). Esta regla constituye una pauta de acción que también debe respetar y aplicar la FNE al momento de ejercer sus atribuciones y facultades.
- La FNE realiza diversas actuaciones en el ámbito administrativo y jurisdiccional. Estas últimas constituyen unas de las principales herramientas con que cuenta la FNE para cumplir con su objetivo general de resguardar la libre competencia en los mercados, aunque su naturaleza y función institucional no se agote en este ámbito, pues bien puede la FNE realizar una serie de actuaciones por la vía administrativa y sin recurrir al TDLC, que permite asegurar el cumplimiento de sus fines.
- Las actuaciones y diligencias de investigación que realiza la FNE son de naturaleza administrativa y tienen un carácter discrecional. Lo mismo sucede respecto de una serie de actuaciones que pueden llevar adelante con la finalidad de cumplir con su objeto general, como ocurre con los acuerdos extrajudiciales, el ejercicio de un requerimiento o llegar a conciliación. No obstante lo anterior, estas potestades discrecionales tienen elementos reglados que no se pueden soslayar, como aquellos que dicen relación con el fin que se debe satisfacer, la determinación y calificación de los hechos que le sirven de fundamento y el respeto de los principios generales del derecho.
- El cierre de la investigación es una facultad discrecional de la FNE, la cual puede adoptar en el marco de una estrategia que tenga por finalidad promover, resguardar y defender la libre competencia, dentro del marco previsto por la ley. Esto no significa que no puede tener algunos elementos reglados, como la determinación de los hechos (si estos no son constitutivos de infracción, se debe cerrar la investigación), la calificación de los mismos y el fin.
- Si los hechos son constitutivos de infracción al amparo del DL N° 211, no cabe discusión que la FNE está en condiciones de llegar a acuerdos extrajudiciales, ejercer un requerimiento o conciliar. En caso contrario, el único camino es el cierre de la investigación. Sin embargo, en el evento que los hechos investigados no sean de tal entidad que justifiquen seguir adelante con una investigación o con un posterior requerimiento judicial, surge la cuestión de determinar si es posible que la FNE pueda cerrarla y ordenar su archivo, más aún si existe de parte de los agentes involucrados determinados compromisos que aseguran el resguardo de la libre competencia.
- En nuestra opinión, este camino es posible, considerando que el cierre de la investigación es una facultad discrecional de la FNE, y que sus atribuciones

se justifican no en razón de una política represiva, sino en una función de resguardo de la libre competencia. En tal sentido, el cierre de una investigación sobre la base de compromisos unilaterales por parte de agentes del mercado es jurídicamente procedente en la medida que se haga una adecuada ponderación de los hechos, considerando los fines que se deben alcanzar conforme al DL N° 211, y que con ello se asegure el resguardo en la eficacia y en la eficiencia de las actuaciones de la FNE, todo lo cual debe ser explicitado de forma precisa en el acto administrativo que dé cuenta de dicha determinación.

- En el evento de que no se cumplan los compromisos o cambios de conductas que han sido parte de los supuestos de hecho establecidos en el acto administrativo o resolución que ordena el cierre de la investigación por parte de la FNE, esta entidad está en condiciones de reabrir dicha investigación, dando por establecidos tales hechos, que se encuentran amparados en la presunción de legalidad que el propio ordenamiento jurídico les reconoce, aunque admite prueba en contrario.

PARTE II:

PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

POTESTADES DEL FISCAL NACIONAL ECONÓMICO PARA CUMPLIR LA FUNCIÓN DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL DL 211

Jaime Arancibia Mattar*

I. INTRODUCCIÓN

Se ha tenido a bien solicitar mi parecer sobre las potestades del Fiscal Nacional Económico (FNE) para cumplir la función de promoción de la libre competencia conforme al D.L. 211 de 1973.

En lo concreto, la consulta dice relación con los siguientes puntos que pasamos a desarrollar a partir del acápite siguiente:

- (i) Concepto y alcance de la función de promoción de la libre competencia.
- (ii) Potestades del Fiscal para cumplir la función de promoción de la libre competencia.
- (iii) Promoción y estudios de mercado.
- (iv) Promoción y recomendaciones regulatorias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y del Fiscal.

II. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA *PROMOCIÓN* DE LA LIBRE COMPETENCIA

El D.L. 211 tiene por finalidad el resguardo de la libre competencia en los mercados (Art. 2). Para tal efecto ha establecido un órgano jurisdiccional (TDLC) y otro de naturaleza administrativa (FNE), y les ha encomendado las funciones de *defensa* y *promoción* del bien jurídico protegido (Art. 1).

Toda función estatal consta de los siguientes elementos básicos: verbo rector, ámbito material, espacial y temporal, y fin. El D.L. 211 ordena, entonces, la defensa y promoción (verbos rectores), de la libre competencia (material), en el territorio de Chile (espacial), de modo indefinido (temporal), con el propósito de resguardarla (fin). Dado que las funciones de defensa y promoción tienen una estructura común, conviene concentrarse en la distinción de los verbos rectores.

* Ph.D. Cambridge, Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de los Andes.

La *defensa* de la libre competencia se refiere, literal y esencialmente, a su amparo, protección o socorro frente a un peligro o daño que la afecta. Constituye, por tanto, una reacción frente a una amenaza o agresión del bien jurídico protegido; es, por tanto, *curativa* más que preventiva, *eventual* más que permanente.

La *promoción*, en cambio, exige una acción continua de impulso, elevación o mejora de la libre competencia como bien público. El objeto sobre el cual se despliega no es un ilícito anticompetitivo concreto, sino que las condiciones o cultura necesaria para que la competencia sea libre. En este sentido, es *preventiva* y *permanente*.

Sin perjuicio de sus diferencias, las funciones de defensa y promoción de la libre competencia están íntimamente relacionadas por su fin común. Se trata, en realidad, de cometidos que se complementan para alcanzar dicha finalidad con la mayor eficacia.

Bajo el prisma de la regulación económica¹, la atribución de funciones de defensa y promoción de un bien jurídico al Estado se funda en la insuficiencia de las instituciones de derecho común -propiedad, contratos y tribunales ordinarios- para asegurar su debida protección. En particular, se aprecian problemas de asimetría de información, costos de transacción elevados y falta de coordinación o de recursos de los afectados por la actividad, que reclaman la intervención estatal. La falencia se solucionaría, entonces, mediante la actuación *ex officio* de órganos especializados para el fomento de normas y condiciones necesarias para el imperio del derecho en esa materia, y/o para prohibir, corregir y sancionar los atentados en contra de ese bien jurídico.

La atribución de estas funciones admite grados y modalidades. En el ámbito económico, el espectro se extiende desde el órgano administrativo sin poderes de sanción que ejerce funciones de promoción y defensa ante tribunales ordinarios (v. gr. Servicio Nacional del Consumidor, Ley 19.496), hasta el órgano administrativo con poderes de fiscalización, sanción, promoción, normativos y de litigación ante un tribunal especial (v.gr. Superintendencia de Medio Ambiente, Ley 20.417). La institucionalidad de la libre competencia en Chile se ubicaría en un punto intermedio, pues la FNE carece de potestades sancionadoras y normativas, y comparte los poderes típicos de la función de promoción con el TDLC.

a) Contenido de la función de promoción de la libre competencia en el derecho comparado.

La función de promoción de la libre competencia ha sido especialmente desarrolla-

¹ Cfr., Morgan, Bronwen y Yeung, Karen. *An Introduction to Law and Regulation* en *Law in Context*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007; y Baldwin, Robert y Cave, Martin, *Understanding Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

da por las jurisdicciones del ámbito anglosajón bajo el concepto de *advocacy*². La *International Competition Network*, entidad que agrupa a las autoridades antimonopolio del mundo, ha definido la *advocacy* como “aquellas actividades realizadas por la autoridad de libre competencia, relacionadas con la promoción de un ambiente competitivo para actividades económicas, por la vía de mecanismos no coercitivos, principalmente a través de su relación con otras entidades gubernamentales y mediante el aumento de la conciencia pública sobre los beneficios de la competencia”³.

Al respecto, resulta especialmente interesante la experiencia de *advocacy* de la institucionalidad de libre competencia norteamericana e inglesa.

En Estados Unidos, esta función corresponde a dos autoridades: la División Antimonopolio (*Antitrust Division*) del Departamento de Justicia y el Buró de Competencia (*Bureau of Competition*) de la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission, FTC*).

La División Antimonopolio tiene por objeto “ayudar a las autoridades federales y estatales, tribunales, agentes internacionales, abogados, comunidad de negocios y público en general a apreciar mejor las vías a través de las cuales la competencia conduce hacia mercados saludables y protege a los consumidores”⁴.

El Buró de Competencia se encarga de “promover la competencia de las industrias o sectores que tienen un alto impacto sobre los consumidores, como por ejemplo la atención médica, el mercado de bienes inmuebles, combustibles y alta tecnología”⁵.

Por su parte, la experiencia de *advocacy* en el Reino Unido tiene sustento normativo en la *Enterprise Act 2002*, que creó la Office of Fair Trading (OFT) con poderes específicos de promoción de la libre competencia, que desarrollaremos más adelante.

b) La función de promoción de bienes jurídicos en el derecho nacional.

El fomento de bienes jurídicamente protegidos es antiguo y variado en la Administración Pública. Ha sido reconocido en diversos ámbitos de interés ciudadano.

Así, por ejemplo, en la esfera económica, destaca el cometido del Servicio Nacional del Consumidor de “*difundir los derechos y deberes del consumidor*

² Para la aplicación de este concepto en Estados Unidos, véase Cooper, James C., *et.al.*, “Theory and Practice of Competition Advocacy at the FTC”, 72 en *Antitrust Law Journal*, 1102 (2004-2005).

³ International Competition Network (ICN), Reporte preparado por el Advocacy Working Group, *Advocacy and Competition Policy* en Conferencia de la ICN, Nápoles, Italia, (2002), p. i. Disponible en www.internationalcompetitionnetwork.org. Esta definición fue objeto de un análisis crítico por Evenett, Simon J., en “Competition Advocacy: Time for a Rethink”, en *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 26, Issue 3, (2006), p. 495 a 514.

⁴ Véase <http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2013/competition-advocacy.html>.

⁵ Véase http://www.ftc.gov/bc/index_es.shtml. Cfr. Cooper, James C., *et.al.* “Theory and Practice of Competition Advocacy at the FTC” en 72 *Antitrust Law Journal*, 1102 (2004-2005).

y realizar acciones de información y educación del consumidor” (art. 58 de la Ley 19.496)⁶. Un cometido similar se aprecia en la Dirección del Trabajo, encargada no sólo de la fiscalización en materia laboral, sino también de “*la divulgación de los principios técnicos y sociales de la legislación laboral*” y de “*la realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo*” (Art. 1 letras c) y e) respectivamente del D.F.L. N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1967). Además, esta normativa confiere al Director del Trabajo la función de “*proponer a la consideración del Supremo Gobierno las reformas legales y reglamentarias relacionadas con el derecho laboral*” (art. 5 letra o).

En otro orden, destacan también las *superintendencias* y los *institutos* creados para desempeñar funciones de promoción casi de modo exclusivo. Así, por ejemplo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, creado por Ley 20.405, tiene por objeto único “*la promoción y protección de los derechos humanos de las personas*” (Art. 2). Bajo un esquema similar, el Instituto de Desarrollo Agropecuario, establecido por Ley 18.910, tiene por objeto único “*promover el desarrollo económico, social y tecnológico de los pequeños productores agrícolas y de los campesinos...*” (Art. 2 de la Ley 18.910). También, el Instituto Nacional de la Juventud fue creado para “*colaborar con el Poder Ejecutivo en el diseño, la planificación y la coordinación de las políticas relativas a los asuntos juveniles*” (Art. 2 de la Ley 19.042). Y corresponde al Instituto Nacional del Deporte, de modo primordial, “*proponer la política nacional de deportes*” y “*la promoción de la cultura deportiva en la población*” (art. 11 de la Ley 19.712).

A mayor abundamiento, la función de promoción es esencial al cometido de organismos estatales diversos como el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (Ley 19.518), el Servicio Agrícola y Ganadero (Ley 16.640), la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Ley 19.253), el Servicio Nacional de la Discapacidad (Ley 20.422), el Servicio Nacional del Adulto Mayor (Ley 19.828), el Consejo Nacional de Televisión (Ley 18.838), el Servicio Nacional de la Mujer (Ley 19.023) y el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (Ley 18.891).

c) La función de promoción en el derecho nacional de libre competencia.

El legislador chileno ha sido escueto en cuanto a la promoción de la libre competencia. El texto y la historia de las leyes 13.305, 15.142, D.L. 211, D.L. 2.760, leyes 19.610, 19.911 y 20.361 -que marcan el devenir regulatorio del tema- se limitan a introducir el verbo rector de la función en algunas disposiciones dispersas (v. gr. Art. 1 y 39 letra l) del D.L. 211 actual).

Sin embargo, conviene destacar que un instrumento clásico de la promoción, como es el deber de informar las condiciones de mercado, estuvo presente en el ori-

⁶ Este cometido se realiza, principalmente, a través de las potestades conferidas en el artículo 58 de la Ley 19.496.

gen mismo de la institucionalidad antimonopolio nacional. En efecto, la historia de la Ley 13.305 de 1959 señala expresamente que la Comisión Especial creada para “el estudio y resolución de los problemas relativos a la existencia de monopolios y demás actos atentatorios contra la libertad de comercio... *tendrá también carácter informativo respecto de los propios comerciantes con el objeto de prevenir la comisión de tales delitos de parte de quienes procedan de buena fe*”.⁷

Más adelante, el proyecto de ley que cristalizó en el D.L. 2.760 de 1979, de reforma del D.L. 211, se fundó en “la insuficiencia de los recursos necesarios para emprender investigaciones y procesos y supervigilar las prácticas restrictivas en general, *de modo que la acción ha estado dirigida preferentemente a obtener una mayor transparencia del mercado*”.⁸ De esta forma, se confirma que la función de asegurar transparencia en los mercados ha formado parte del quehacer histórico de los órganos de libre competencia en Chile.

III. POTESTADES ORDENADAS A LA *PROMOCIÓN* DE LA LIBRE COMPETENCIA

Como se sabe, las funciones estatales sólo se realizan a través del ejercicio de potestades atribuidas expresamente por ley a un órgano específico (art. 7 inciso 2° de la Constitución y 2 de la Ley 18.575). En otras palabras, una función estatal sin potestad legal es vacía, letra muerta, cometido sin herramientas; parafraseando a los clásicos, *nullum functio sine potestas legali, stricta et scripta*.

Técnicamente, la potestad es un poder jurídico de imposición unilateral que, una vez atribuido por ley a un órgano del Estado, recibe el nombre de competencia.

Cada potestad se estructura también sobre la base de un verbo rector, un ámbito material, espacial y temporal, y un fin, que corresponde a la función servida. A estos elementos se suma una modalidad intrínseca de obrar justo, esto es, igualitario, proporcionado, oportuno y respetuoso de los derechos. Se trata de un componente esencial e implícito de toda potestad bajo el supuesto de que, conforme a la Constitución, un órgano del Estado sólo tiene poder para actuar de modo justo. En este sentido, el elemento modal de lo justo determina el deslinde o frontera final de la potestad: si obra de modo injusto, actúa fuera de su competencia, *ultra vires*.

Corresponde entonces conocer las potestades específicas para el cumplimiento de la función de promoción de la libre competencia.

⁷ Cámara de Diputados, Legislatura Extraordinaria, Sesión 27ª, lunes 26 de enero de 1959, Informe de las Comisiones Unidas de Gobierno Interior y de Hacienda, p. 1543. El destacado es nuestro.

⁸ Minuta sobre Proyecto de Modificación del D.L. 211 de 1973, Ley Antimonopolio, en *Decretos Leyes Dictados por la H. Junta de Gobierno, Transcripción y Antecedentes*, N° 2.758-2.762, Biblioteca del Congreso Nacional, Folio 1-448, tomo 179, p. 341. El destacado es nuestro.

a) Las potestades de promoción de la libre competencia en el derecho comparado.

Entre las principales potestades relacionadas con la *advocacy* o promoción de la libre competencia en el derecho extranjero destacan:⁹

- (i) Proponer la modificación o derogación de normas legales y administrativas anticompetitivas, vigentes o en etapa de elaboración, así como la dictación de normas que favorezcan la competencia en los mercados. Si la potestad es ejercida por consulta del regulador, la eficacia de la propuesta dependerá del tiempo otorgado para opinar, la oportunidad en que se introduce la recomendación en el proceso de elaboración de la norma, el carácter vinculante de la misma y el grado de autonomía de la autoridad que la formula¹⁰.
- (ii) Proveer información de calidad sobre los mercados.
- (iii) Organizar actividades de formación y análisis para agentes económicos, abogados y jueces sobre temas de libre competencia.
- (iv) Publicar guías con orientaciones y criterios de conducta deseables o vigentes en la jurisprudencia.
- (v) Interactuar continuamente con los medios de prensa para fomentar una cultura o conciencia pública sobre la libre competencia y sus beneficios para el bien común.

Así, por ejemplo, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de Estados Unidos ejerce potestades de “comparecencia en el Congreso, comentarios y asesoría a las agencias federales y estatales¹¹, participación en talleres y conferencias, actuación como *amicus curiae*, y trabajo con agencias de libre competencia y jurisdicciones extranjeras¹². Sus poderes se extienden también al “diseño de políticas públicas al interior del Poder Ejecutivo, publicación de reportes sobre el rendimiento de industrias reguladas y a la intervención en procedimientos regulatorios de las agencias”.¹³

⁹ Cfr. International Competition Network (ICN), Reporte preparado por el Advocacy Working Group, *Advocacy and Competition Policy*, ob cit, p i.

¹⁰ *Id.*, 59 a 67, y 93.

¹¹ Así, por ejemplo, bajo la normativa 40 U.S.C. § 559, las agencias del Poder Ejecutivo requieren del parecer antimonopólico del Fiscal General antes de vender propiedad estatal a los particulares avaluada en menos de tres millones de dólares, con algunas excepciones. En particular, la opinión tiene por objeto asegurar una licitación competitiva.

¹² Véase <http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2013/competition-advocacy.html>.

¹³ Véase <http://www.justice.gov/atr/about/mission.html>.

La metodología de promoción de la división ha sido explicada en el Capítulo V de su *Antitrust Division Manual*¹⁴. En él se señala que el “rol de la división es relativamente simple: promover confianza en la competencia más que en la regulación, donde corresponda, y asegurar que la regulación necesaria esté lo más alineada posible con los principios de libre competencia”.¹⁵ En particular, la división “busca prevenir regulaciones innecesarias que impidan la competencia y, donde sea posible, alinear las regulaciones necesarias y beneficiosas, adoptadas para lograr otros objetivos importantes, con los principios de competencia”¹⁶. Ejemplos recientes de este esfuerzo se aprecian en el mercado de la abogacía y en las regulaciones sobre “servicios mínimos” en el corretaje de propiedades¹⁷.

En materia de procedimientos regulatorios, no obstante la diversidad de mercados regulados en los que interviene la división, las preguntas tienden a ser similares: “Si es que la competencia es posible, si una industria es naturalmente monopólica, si existen subsidios cruzados y, si es así, si son deseables, si es que las economías de escala son sustanciales, y si es que las regulaciones particulares son aptas para cumplir con los objetivos declarados”¹⁸.

A su vez, entre las potestades de promoción del Buró de Competencia de Estados Unidos destaca la de suministrar información y análisis de mercado a los consumidores y a las autoridades políticas, organizar seminarios y talleres sobre el tema¹⁹, proponer modificaciones normativas, y actuar como *amicus curiae* en conjunto con el Departamento de Justicia.

Por su parte, la OFT del Reino Unido está dotada de atribuciones para obtener, compilar y revisar información para el adecuado cumplimiento de sus funciones.²⁰ Para tal efecto, puede “realizar, encomendar o financiar estudios”²¹. Asimismo, le corresponde crear conciencia en la opinión pública sobre los modos en que la libre competencia beneficia a los consumidores y la economía del Reino Unido²², e informar o aconsejar al público respecto de materias relativas a sus funciones.²³ En el ejercicio de este cometido, puede publicar material educacional, desarrollar actividades educativas²⁴; o apoyar (financieramente o de otro modo) la realización de

¹⁴ Department of Justice, Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, 5ª ed., actualizado a julio de 2013. Disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter5.pdf>.

¹⁵ *Id.*, p. V-2.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Id.*, p. V-4.

¹⁸ *Id.*, p. V-5.

¹⁹ Véase http://www.ftc.gov/bc/index_es.shtml.

²⁰ *Enterprise Act 2002*, sección 5 (1) y (2).

²¹ *Id.*, 5 (3).

²² *Id.*, 6(1)(a).

²³ *Id.*, 6(1)(b).

²⁴ *Id.*, 6(2)(a).

estas actividades por terceros o la provisión de información o asesoría por terceros²⁵.

La OFT también debe formular propuestas normativas o dar información o consejo en materias relacionadas con sus funciones a los ministros de Estado y otras autoridades públicas, de oficio²⁶, o a solicitud de las autoridades²⁷.

A su vez, promueve buenas prácticas en las actividades que pueden afectar los intereses económicos de los consumidores.²⁸ Específicamente, puede promulgar, aprobar o retirar su aprobación a códigos de buenas prácticas para la protección de los consumidores.²⁹

Un análisis reciente de la eficacia de la función de *advocacy* de la OFT puede verse en su informe “*Evaluation of OFT Competition Advocacy*”³⁰.

b) Las potestades de promoción de bienes jurídicos en el derecho nacional.

En nuestro país, la función de promoción se desempeña también a través de las potestades de recomendación normativa, información a los interesados, actividades de análisis y difusión, publicación de guías y orientaciones, e interacción con los medios de comunicación.

En el ámbito económico, esta realidad se observa claramente en las *superintendencias*, que ejercen atribuciones de recomendación o dictación de normativas

²⁵ *Id.*, 6(2)(b).

²⁶ *Id.*, 7(1)(a)(b).

²⁷ *Id.*, 7(2).

²⁸ *Id.*, 8(1).

²⁹ *Id.*, 8(2) y (3).

³⁰ Disponible en http://oft.gov.uk/shared_oft/reports/Evaluating-OFTs-work/oft866.pdf

generales³¹ -con los límites constitucionales del caso—³², interpretativas³³, de transparencia³⁴, elaboración de informes³⁵, intercambio de información general³⁶ y orientaciones a la colectividad³⁷.

IV. POTESTADES DEL FISCAL PARA CUMPLIR LA FUNCIÓN DE PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Las acciones típicas de la promoción están divididas entre el TDLC y la FNE. El primero sólo cuenta con las atribuciones de promoción relativas a la dictación de instrucciones de carácter general (art. 18 N° 3 del D.L. 211) y a la propuesta de dictación, modificación, derogación de preceptos legales y reglamentarios al Presidente de la República (Art. 18 N° 4 del D.L. 211). El resto de sus funciones se orientan más bien a la *defensa* de la libre competencia.

³¹ Véase artículo 4 letras a), e), i) del D.L. 3.538 de Superintendencia de Valores y Seguros; Art. 12 inciso 4° y 15 del D.L. 1.097 de 1975 que crea la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; Art. 2 letra a), b) y g) de la Ley 16.395 sobre la Superintendencia de Seguridad Social; Art. 3 N° 33 y 37 de la Ley 18.410 sobre la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; Art. 3 letras f), ñ) y s) de la Ley 20.417 sobre Superintendencia del Medio Ambiente; Art. 3 letras d, f, o y p del D.F.L. 101 de 1980 del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, sobre Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones.

³² Nos referimos al principio de reserva legal de la regulación económica (Art. 19 N° 21 en relación al Art. 19 N° 26 y 63 N° 2 de la Constitución), en virtud del cual las normativas administrativas sólo pueden reproducir, precisar o especificar una regulación legal, pero jamás conferir atribuciones o afectar la esfera de intereses y derechos de los particulares de un modo distinto al previsto por el legislador. Sobre este punto, la jurisprudencia de Contraloría General de la República es meridianamente clara. Ver dictámenes 45.522 de 1998, 38.949 de 2006, 2.965, 35.205 y 36.737 de 2008. Así también, el Tribunal Constitucional ha sostenido en varias ocasiones que sólo a la ley corresponde complementar o regular, en caso de mandato expreso y específico del Constituyente, el desarrollo de actividades económicas (ver roles 146, 167, 185, 226, y 480). Si bien esta doctrina ha admitido algunas atenuaciones (ver roles 325 y 388), se trata más bien de casos excepcionales.

Este ámbito de dominio exclusivo del legislador es, además, consistente con el principio general de derecho de que las obligaciones sólo tienen origen legal, convencional, y en hechos voluntarios o que han inferido daño o injuria a otra persona (Arts. 578, 1.437 y 2.284 del Código Civil). Luego, se entiende proscrita la posibilidad de crear potestades a través de actos administrativos.

³³ Véase artículo 4 letra a), e), i) del D.L. 3.538 de Superintendencia de Valores y Seguros; art. 12 inciso 2° del D.L. 1.097 de 1975 que crea la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; Art. 3 N° 34 de la Ley 18.410 sobre la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; y Art. 3 letra i) del D.F.L. 101 de 1980 del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, sobre Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones.

³⁴ Véase artículo 4 letra g) y o) del D.L. 3.538 de Superintendencia de Valores y Seguros; Art. 14 inciso 2° y 3°, 16 y 17 del D.L. 1.097 de 1975 que crea la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; art. 2 letra i) de la Ley 16.395 sobre la Superintendencia de Seguridad Social; Art. 31 de la Ley 20.417 sobre Superintendencia del Medio Ambiente; y Art. 3 letra m) del D.F.L. 101 de 1980 del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, sobre Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones.

³⁵ Véase artículo 4 letra n) del D.L. 3.538 de Superintendencia de Valores y Seguros; y Art. 2 letra b) de la Ley 16.395 sobre la Superintendencia de Seguridad Social;

³⁶ Véase artículo 4 letra t) del D.L. 3.538 de Superintendencia de Valores y Seguros.

³⁷ Art. 2 letra i) de la ley 16.395 sobre la Superintendencia de Seguridad Social; y Art. 3 letra u) de la Ley 20.417 sobre Superintendencia del Medio Ambiente.

Por su parte, la FNE está habilitada para utilizar los instrumentos de información de mercado, orientación de operadores económicos y jurídicos, y fomento de la cultura de la competencia ante la opinión pública.

Para el cumplimiento de sus funciones de defensa y promoción de la libre competencia, el Fiscal cuenta con un conjunto de atribuciones establecidas en el artículo 39 del D.L. 211. En este punto surge la interrogante de si estos poderes sirven a ambas funciones o sólo a alguna. La respuesta se desprende del propio texto de cada atribución.

Algunos de estos poderes, por voluntad expresa del legislador, sólo pueden ser ejercidos para la *defensa* de la libre competencia, pues su verbo rector y ámbito material se ordenan exclusivamente a su amparo, protección o socorro frente a un peligro o daño. Nos referimos a las siguientes potestades y letras del artículo 39:

- a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones de esta ley...
- b) Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia...
- c) Requerir del tribunal de Defensa de la Libre Competencia el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones...;
- d) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los Tribunales de Justicia...
- e) Emitir los informes que solicite el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los casos...
- g) Requerir de cualquier oficina..., que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas...
- h) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique...
- j) Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito, a los representantes... que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones
- n) En casos graves y calificados de investigaciones... solicitar... para que Carabineros o la Policía de Investigaciones... proceda a...
- ñ) Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones.

Otras potestades, en cambio, se ordenan especialmente a la función de *promoción*, pues su verbo rector y ámbito material permiten conocer y luego impulsar, elevar o mejorar las condiciones de libre competencia de modo preventivo y perma-

nente. Es el caso de las atribuciones establecidas en el artículo 39 letras:

f) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos... quienes estarán obligados a prestarla, como asimismo, a proporcionar los antecedentes que obren en sus archivos y que el Fiscal Nacional Económico les requiera...

k) Requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios y contratar los servicios de peritos o técnicos

l) Celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca. Asimismo, celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas; y

m) Convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información, que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley, para facilitar el cumplimiento de sus funciones. Asimismo... convenir la interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas... organismos públicos extranjeros u organizaciones internacionales...

V. PROMOCIÓN Y ESTUDIOS DE MERCADO

El Fiscal Nacional Económico tiene habilitación normativa para realizar o encargar estudios de mercado, herramienta típica de promoción de la libre competencia. En concreto, todas las potestades del artículo 39 orientadas al fomento del bien jurídico habilitan al Fiscal para solicitar la información o análisis necesarios para un estudio de mercado, de lo que se sigue obviamente que puede realizarlos. Así, por ejemplo, la información de mercado podría ser obtenida como “antecedentes” (letra f), “informes”, peritajes o estudios técnicos (letra k) o fruto de “cooperación” (letra l) o de “transferencia electrónica de información” (letra m).

A mayor abundamiento, en virtud de la atribución del artículo 39 letra f), el Fiscal podría obtener información secreta o reservada en poder de organismos del Estado para el cumplimiento de su función de promoción. Según el tenor literal del precepto, y en razón del principio de economía procedimental (Art. 9 de la Ley 19.880), el Fiscal sólo debe solicitar la autorización previa del TDLC si considera que los antecedentes revisten dicho carácter. De lo contrario, debe pedirlos directamente ante el funcionario correspondiente, el cual podría requerir igualmente el dictamen del TDLC de estimar que se trata de material protegido.

La última propuesta presidencial de reforma al D.L. 211³⁸, que se concre-

³⁸ Boletín N° 4.234-03.

tó en la Ley 20.361, buscó complementar estas atribuciones incluyendo aquella de “Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, en cuyo caso podrá ejercer las facultades contenidas en las letras g) y h) de este artículo”. De esta forma, se pretendía encomendar formalmente al Fiscal la elaboración de estudios de mercados generales y abstractos, es decir, no vinculados a investigaciones de empresas específicas³⁹, guardando la debida confidencialidad.⁴⁰

Sin embargo, este precepto fue eliminado durante la tramitación en el Senado a propuesta del Fiscal de la época y por indicación N° 36 bis de los senadores Novoa y Vásquez.⁴¹

A nuestro entender, esta eliminación no afecta el sustento normativo del Fiscal para elaborar o solicitar estudios de mercado. En primer lugar, porque, según se señaló, el texto expreso de las potestades vigentes así lo permite. Segundo, la realización de estudios corresponde a la esencia de la función promocional y, por tanto, dota de contenido y orientación a la competencia del Fiscal.

Adicionalmente, conviene recordar que el Fiscal ya podría disponer de tales estudios generales a raíz del ejercicio de sus poderes de defensa de la libre competencia, en especial, la instrucción de investigaciones -que requieren ciertamente de un análisis de contexto- (Art. 39 letra a), la emisión de informes (Art. 39 letra e), y el requerimiento de antecedentes (Art. 39 letra g).

En este punto, sin embargo, conviene preguntarse sobre la habilitación del Fiscal para difundir o dar a conocer estudios o informes de mercado para efectos de promoción de la libre competencia. Nuestra respuesta es que el Fiscal sí puede dar a conocer estudios de mercado a entidades públicas y privadas conforme a lo siguiente:

- (i) Siendo los estudios de mercado un elemento clásico para la debida promoción de la libre competencia, la potestad para elaborarlos supone la de darlos a conocer respetando las limitaciones legales.
- (ii) Por lo demás, dicha publicidad se desprende del modo de actuación del Fiscal reconocido por la ley: “En la forma que estime

³⁹ *Cfr.* Historia de la Ley N° 20.361, Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, de 31 de marzo de 2009. Cuenta en Sesión 06, Legislatura 357, p. 378: “Al respecto, el señor Fiscal hizo presente que se trata de mantener información actualizada no de una empresa particular, sino de un determinado mercado, y estudiar por ejemplo, las barreras de entrada que existen para acceder a él. La información que se solicita es, en términos generales, la necesaria para poder construir la historia de un mercado, cuanto cuesta entrar al mismo, entre otras.

Agregó que todas las agencias a nivel mundial realizan estudios sectoriales, es una parte relevante de su función”.

⁴⁰ *Ibid.*: “El Honorable Senador señor Novoa estimó indispensable, de contemplarse la referida letra n), dejar establecido en qué consisten los estudios. Asimismo, sería relevante consagrar la obligación de reserva de la información que se proporcione./El Honorable Senador señor Vásquez estimó que es necesario resguardar que no se afecten los derechos de las personas y de las empresas en esta materia, lo que hay que conciliar con el imperativo de proteger el orden público económico./A este respecto, el Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Economía, señor Eduardo Escalona, propuso incorporar una mención a la ya señalada letra n), en el artículo 42 que es precisamente la disposición que consagra el deber de confidencialidad”.

⁴¹ *Id.*, p. 378 y 379.

- arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones” (Art. 39 inciso 1°).
- (iii) El deber de transparencia que rige a la Administración del Estado conforme a la Ley 20.285 consiste no sólo en permitir, sino en “promover” el conocimiento de la información pública (Art. 3). Particular mención merece el *principio de máxima divulgación*, en virtud del cual “los órganos de la administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales” (Art. 11 letra d). Al respecto, la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia es clara en sostener que la Fiscalía Nacional Económica debe dar a conocer los estudios de mercado disponibles salvo los casos de secreto o reserva legal.⁴²
- (iv) A mayor abundamiento, la Ley 19.896, que modifica el D.L. 1.263 de 1975 sobre Administración Financiera del Estado, permite a los órganos administrativos incurrir en “gastos por concepto de publicidad y difusión... necesarios para el cumplimiento de sus funciones” (Art. 3 inciso 1). Para tal efecto, “podrá informar sobre el contenido de los programas y acciones que resuelva propiciar, utilizando medios idóneos a tal efecto” (Art. 3 inciso 2°).⁴³
- (v) En la misma línea, el artículo 71 de la Ley 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, exige que “cada órgano de la administración del Estado deberá poner en conocimiento público información relevante acerca de sus políticas, planes, programas, acciones y presupuestos, asegurando que ésta sea oportuna, completa y ampliamente accesible. Dicha información se publicará en medios electrónicos u otros”.

En este punto, particular mención merece la presentación de estudios de mercado ante autoridades ejecutivas y parlamentarias. Si bien, como veremos a continuación, el Fiscal carece de atribuciones para formular recomendaciones normativas, no está impedido de enviar informes o estudios generales de mercado ante dichas autoridades para iluminar su criterio en el marco de un procedimiento administrativo o legislativo. Las razones enumeradas anteriormente así lo confirman.

⁴² Véase Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 6 de junio de 2012, considerando 15°; también Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre competencia, de 28 de diciembre de 2010.

⁴³ Cfr. Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 25.406 de 2003; 14.914 de 2010, y 28.397 de 2012, y 13.915 de 2013. En igual sentido, véase el artículo 53 de la Ley 19.884.

VI. PROMOCIÓN Y RECOMENDACIONES REGULATORIAS DEL FISCAL EN RELACIÓN AL TDLC.

Entre las atribuciones del TDLC para la promoción de la libre competencia está la de “proponer al Presidente de la República, a través del ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presenten en condiciones no competitivas” (Art. 18 N° 4 del D.L. 211).

La proposición de regulaciones sobre libre competencia es una potestad privativa del TDLC⁴⁴, pues ninguna otra autoridad la detenta. El D.L. 211 no contempla un procedimiento específico para ejercer esta atribución. Corresponde aplicar, entonces, los principios del debido proceso reconocidos en la Constitución (Art. 19 N° 3 inciso 6) y las orientaciones de la Ley 19.880 sobre bases de los procedimientos administrativos. En particular, no existiendo restricciones para la iniciación del procedimiento, el TDLC puede proponer normativas de oficio o a petición de parte.

Por tratarse de un poder conferido por ley, su ejercicio conforme a derecho produce efectos jurídicos concretos en su destinatario. Específicamente, impone al Presidente de la República el deber de considerar la propuesta y responder por escrito de modo fundado y oportuno. Se trata de una obligación semejante a la que le impone el ejercicio del derecho de petición (Art. 19 N° 14 de la Constitución)⁴⁵. La omisión de respuesta, por tanto, constituiría una infracción jurídica por parte del órgano presidencial.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde dilucidar si el FNE puede recomendar cambios normativos a la luz de los estudios de mercado que realiza o solicita. Para tal efecto, es preciso atenerse al catálogo de potestades legales del Fiscal, sustento jurídico único de su actuar.

Del análisis se desprende que no cuenta con la atribución expresa de proponer tales cambios, confirmando el carácter privativo de la misma por parte del TDLC. Por lo tanto, no podría someter a consideración obligatoria del Presidente de la República ni de otro órgano la modificación, derogación o dictación de preceptos legales o reglamentarios.

No obstante esta imposibilidad, el ordenamiento reconoce a la FNE modos alternativos de estimular el ejercicio de potestades de reforma o emisión de normas para promover la libre competencia. Conviene destacar las siguientes:

⁴⁴ El carácter privativo de la potestad fue reconocido por el TDLC en resolución de 27 de junio de 2013, que dio inicio al “Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N°211, sobre Prestación de Servicios de Telecomunicaciones en Inmuebles sujetos a Régimen de Copropiedad Inmobiliaria”. Rol ERN N° 15-13.

⁴⁵ Ver dictámenes de la Contraloría General de la República N° 21.480 y 52.240, de 2010, y 28.305 y 59778 de 2011.

- (i) Solicitar al TDLC que presente propuestas normativas específicas al Presidente de la República (Art. 18 N° 4 en relación al 39 letra c) del D.L. 211).⁴⁶
- (ii) Solicitar al TDLC el ejercicio de su potestad de “dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley” (Art. 18 N° 3 en relación al 39 letra c) del D.L. 211).
- (iii) Formular propuestas legislativas al Congreso cuando sea requerido en el proceso de tramitación de una ley (cfr. Arts. 9 y 22 de la Ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional).
- (iv) Informar sobre estudios de mercado a autoridades ejecutivas o legislativas en el marco de sus procesos decisionales, en los términos explicados en el acápite anterior.

Ahora bien, el análisis anterior no obsta a que el FNE pueda exigir la modificación o apartamiento de leyes y reglamentos anticompetitivos en ejercicio de su función de *defensa* de la libre competencia. En efecto, de acuerdo al artículo 39 letra b) citado, el FNE es titular pleno del derecho de acción -excepto en materias penales- para impetrar la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad de preceptos legales anticompetitivos (Art. 93 N° 6 y 7 de la Constitución respectivamente), por vulnerar la libertad para desarrollar actividades económicas (Art. 19 N° 21 de la Constitución)⁴⁷. También podría requerir que se modifique o se ponga término a un precepto reglamentario antijurídico por vía de acciones judiciales generales (v. gr. nulidad y protección) o especiales (amparo económico o requerimiento del Art. 18 N° 1 en relación al art. 26 letra a del D.L. 211), o mediante acuerdos extrajudiciales (Art. 39 letra ñ del D.L. 211).

VII. CONCLUSIONES

- La *promoción* de la libre competencia es una función estatal que exige una acción continua de impulso, elevación o mejora de la misma como bien público. El objeto sobre el cual se despliega no es un ilícito anticompetitivo concreto, sino que las condiciones o cultura necesaria para que la competencia sea libre. Se trata más bien de una función *preventiva y permanente*.
- Bajo el prisma de la teoría regulatoria, la atribución de esta función se funda en la insuficiencia de las instituciones de derecho común -propiedad, contratos y tribunales ordinarios- para asegurar el debido resguardo de la libre competencia. En particular, se aprecian problemas de asimetría de información, costos de transacción elevados y falta de coordinación o recursos de los afectados por la actividad, que reclaman la intervención de órganos especializados.

⁴⁶ Es el caso del expediente citado en nota 14, pues fue iniciado a solicitud del FNE.

⁴⁷ Cfr. Valdés Prieto, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 128 y 129.

- Estos órganos actúan *ex officio* a través de recomendaciones normativas, divulgación de estudios de mercado, organización de actividades de formación y análisis, publicación de guías y orientaciones de conducta, e interacción con los medios de prensa para fomentar una cultura o conciencia pública sobre la libre competencia y sus beneficios para el bien común.
- El legislador chileno ha sido escueto en cuanto a la función de promoción de la libre competencia. El texto de las leyes 13.305, 15.142, D.L. 211, D.L. 2.760, leyes 19.610, 19.911 y 20.361 -que marcan el devenir regulatorio del tema- se limita a introducir el verbo rector de la función en algunas disposiciones dispersas (v. gr. Arts. 1 y 39 letra l) del D.L. 211 actual). No obstante este silencio, la historia de algunos preceptos da cuenta del interés del legislador por orientar la promoción hacia la información y transparencia de los mercados.
- Las acciones típicas de la promoción están divididas entre el TDLC y la FNE. Es así como la dictación y propuesta formal de normativas generales corresponde al TDLC, mientras que el FNE asume más bien los instrumentos de información de mercado, orientación de operadores económicos y jurídicos, y fomento de la cultura de la competencia ante la opinión pública.
- Para el cumplimiento de sus funciones de promoción de la libre competencia, el Fiscal cuenta con un conjunto de atribuciones específicas (Art. 39 letras f, k, l, m).
- El Fiscal Nacional Económico tiene habilitación normativa para realizar o encargar estudios de mercado, herramienta típica de promoción de la libre competencia. En concreto, todas las potestades del artículo 39 orientadas al fomento del bien jurídico habilitan al Fiscal para solicitar la información o análisis necesarios para un estudio de mercado. Así, por ejemplo, estos podrían ser obtenidos como “antecedentes” (letra f), “informes”, peritajes o estudios técnicos (letra k), o fruto de “cooperación” (letra l) o de “transferencia electrónica de información” (letra m).
- El FNE tiene potestad para difundir o dar a conocer informes generales de mercado para promover la libre competencia. El sustento normativo de esta habilitación se desprende de la potestad de elaborar informes, la posibilidad de ejercer sus atribuciones “según sus propias apreciaciones”, el principio de máxima divulgación de la información pública, y la autorización legal para incurrir en gastos por concepto de publicidad y difusión necesaria para el ejercicio de sus funciones.
- Si bien el FNE no puede proponer cambios normativos de modo formal y vinculante como el TDLC, el ordenamiento le reconoce modos alternativos de estimular el ejercicio de potestades de reforma o emisión de normas para promover la libre competencia. Por ejemplo, cabe la posibilidad de solicitar tales cambios al TDLC, al Congreso o la ciudadanía a través de canales de difusión idóneos

EVALUACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA NORTEAMERICANO*

Michael E. Jacobs**

I. INTRODUCCIÓN

La regla general adoptada por los tribunales federales de EE.UU. en casos civiles y penales de libre competencia es la atribución de responsabilidad a la persona jurídica por la conducta anticompetitiva de sus ejecutivos, trabajadores o agentes, en la medida que dicha conducta haya sido desplegada dentro del ámbito de su trabajo o autoridad aparente. En aplicación de esta regla, los tribunales les han atribuido responsabilidad civil y penal a personas jurídicas por tales conductas, incluso cuando las acciones han contravenido políticas expresas de la empresa vigentes a la época de la infracción. Las medidas adicionales adoptadas posteriormente por las empresas para fortalecer sus políticas de cumplimiento no tendrían relevancia para determinar si la conducta ilícita de sus trabajadores puede o no imputársele a la persona jurídica. Bajo este entendido, la defensa de Walmart, consistente en que no debería atribuírsele responsabilidad por la conducta de sus trabajadores, porque la empresa implementó programas o políticas de cumplimiento mientras las actividades supuestamente ilegítimas estaban siendo desplegadas, se enfrentaría con obstáculos significativos bajo el derecho de los EE.UU.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

a) Requerimiento de la FNE

Con fecha 6 de enero de 2016, la FNE presentó un Requerimiento ante el H. Tribunal en contra de Cencosud S.A., SMU S.A., y Walmart. La FNE acusó a las tres cadenas de supermercados requeridas de haber participado en un acuerdo o práctica concertada cuyo objeto era fijar precios mínimos de venta al público en la carne fres-

* Traducción realizada por el abogado de la Fiscalía Nacional Económica, Matías Edwards Zamora. Las citas originalmente presentadas en inglés fueron también traducidas para privilegiar una mejor comprensión del texto.

** Michael E. Jacobs es un abogado norteamericano y ha sido consultor para la Fiscalía Nacional Económica desde marzo de 2012. Antes de unirse a la FNE fue socio en la oficina Zelle, Hofmann, Voelbel & Mason LLP de Minneapolis, MN, donde concentró su práctica profesional en el área de libre competencia y litigación compleja. Recibió su JD (*magna cum laude*) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown en 1998.

ca de pollo vendida en supermercados, al menos entre 2008 y 2011.¹ De acuerdo al requerimiento, estas cadenas adhirieron colectivamente a un acuerdo bajo el cual no venderían pollo fresco en sus supermercados por debajo de su costo de adquisición mayorista (a veces denominado “precio lista”, “precio de referencia” o “costo”).²

La FNE alega que los supermercados monitoreaban los precios de sus competidores y le reclamaban a sus proveedores cuando observaban ventas bajo el costo.³ Tales esfuerzos por detectar desviaciones del acuerdo adoptaban diversas formas. Por ejemplo, se dice que Walmart implementó un mecanismo formal de reportes, administrado por su área de “pricing”, la cual compilaba información de precios y la comparaba con datos internos sobre costos y márgenes. De manera menos formalizada, las requeridas reclamaban por precios de venta bajo el costo cuando los observaban en las salas o material promocional de sus competidores.⁴

Al denunciar casos de precios bajo costo a sus proveedores, las requeridas algunas veces buscaban inducir aumentos de precio en su competencia en forma expresa.⁵ En un caso, un comprador de Walmart le envió un correo electrónico al KAM de Agrosuper, incluyendo la siguiente solicitud: “*Te adjunto el catálogo [sic] de Jumbo que va desde el 29 de octubre al 8 de noviembre. Acá aparece el trutro combinado tal para cual bajo el costo base [...]. Te recuerdo el costo es de \$2.010 + IVA. Te pido que envíes esta información a quien corresponda*”. El proveedor respondió: “*Con respecto a JUMBO, ya se conversó con la cadena.*”⁶

Aun cuando los reclamos no solicitaban un curso de acción en particular de parte del proveedor, los supermercados, según la FNE, asumieron que sus proveedores actuarían como intermediarios para ajustar los precios de sus competidores a los términos del acuerdo. En algunas ocasiones, este objetivo se lograba cuando los proveedores condicionaban su suministro de productos de pollo, o su participación en diversas actividades promocionales, a la adherencia del supermercado a la regla de precios.⁷

La FNE argumenta que los tres supermercados requeridos actuaron a sabiendas que sus competidores se encontraban sujetos a la misma regla, y que ellos monitoreaban activamente el cumplimiento del acuerdo, requiriendo la intervención por parte de los proveedores comunes para restaurar el cumplimiento de la regla cuando se detectaban y verificaban desviaciones. De este modo, los demandados adhirieron conscientemente a un esquema común que reemplazó los riesgos de competencia por la cooperación práctica entre ellos,⁸ y condicionaron el cumplimiento de la re-

¹ Ver, generalmente, el Requerimiento.

² Ver *id.*, ¶ 3.

³ Ver *id.*, ¶ 14.

⁴ Ver *id.*, ¶ 15.

⁵ Ver *id.*, ¶ 18.

⁶ Correo electrónico de fecha 12 de noviembre de 2009, de un ejecutivo de Agrosuper al comprador de Walmart, asunto: “RE: Catálogo Jumbo”, citado en el Requerimiento, ¶ 18 n.6.

⁷ Ver Requerimiento, ¶ 19.

⁸ Ver *id.*, ¶ 4.

gla en la medida que sus competidores hiciesen lo mismo.⁹ El propósito final de la conducta impugnada era “regularizar el mercado” y evitar “guerras de precios” entre los supermercados.¹⁰

La FNE argumenta que los supermercados demandados, al participar en la conducta descrita en el requerimiento, violaron las disposiciones del artículo 3 letra a) del DL 211, y solicita que este Honorable Tribunal imponga la máxima multa aplicable bajo la ley vigente al tiempo de la conducta impugnada -30.000 UTA por cada demandado.¹¹ Entiendo que no existían sanciones penales bajo el DL 211 durante el periodo respectivo y que éstas no se solicitaron.

a) Contestación de Walmart

La contestación de Walmart, presentada ante el H. Tribunal con fecha 24 de febrero de 2016, incluye varias defensas relativas a las alegaciones de la FNE, incluyendo, en su Sección VI, una defensa fundada en la implementación y ejecución de un programa de cumplimiento por parte de dicha compañía.

El argumento fundamental incluido en la sección VI de la Contestación es que la intención societaria de Walmart, evidenciada en sus esfuerzos de cumplimiento, ha sido adherirse a las exigencias de la Ley de Libre Competencia, debiendo sus empleados hacer lo mismo:

Si algo ha hecho la compañía, y ha reforzado desde 2009, es desarrollar políticas de cumplimiento de la normativa de libre competencia que han fijado como norte fundamental para sus colaboradores el respeto de dicha normativa. En ese contexto los ha instruido concretamente sobre cómo la coordinación con competidores -incluida aquella eventualmente triangulada a través de los proveedores- se encuentra estrictamente prohibida y violenta de manera esencial los valores de la compañía. Así, les ha exigido expresamente que no reciban ni entreguen información sensible y los ha capacitado, permanente y casi obsesivamente, en la materia. Así, les ha exigido expresamente que no reciban ni entreguen información sensible que tenga como fuente o destinatario a competidores, respectivamente, y los ha capacitado, permanente y casi obsesivamente, en la materia; además de haberles transmitido que en las relaciones con proveedores donde se intercambie verticalmente información de precios u otras variables más sensibles, se les recuerde a dichos proveedores que las comunicaciones deben mantenerse en un plano estrictamente bilateral.¹²

En la Sección VI.1 de la contestación, Walmart indica que habría realizado todos los esfuerzos posibles para asegurar que sus empleados cumplieren con las normas

⁹ Ver id., ¶¶ 5, 20.

¹⁰ Ver id., ¶6.

¹¹ Ver id., pág. 19.

¹² Contestación, págs. 16-17 (resumen de sección VI) (destacado en el original).

del DL 211,¹³ describiendo tres “hitos” en este sentido. El primero fue la implementación del avenimiento entre D&S (la sociedad antecesora de Walmart en Chile) y la FNE en 2007-08, el cual formalizó las relaciones de la sociedad con sus proveedores.¹⁴

El segundo hito fue la adquisición de D&S por parte de Walmart en 2009, y la introducción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia.

Walmart Chile diseñó, desde que contó con el diagnóstico, un plan de acción, desde comienzos de 2009, en lo que constituyó su primer programa de *compliance*, en virtud del cual se propuso: (i) la creación de un *Compliance Officer* destinado a recibir denuncias internas por eventuales infracciones a la normativa de libre competencia; (ii) la redacción de una política de libre competencia afin con los lineamientos que en esa época orientaban la operación de Walmart a nivel mundial; (iii) el diseño de una guía de libre competencia para gerentes y otra destinada a establecer los deberes de los colaboradores en relación con el cumplimiento de la normativa; (iv) la creación de los “10 mandamientos de la libre competencia de Walmart Chile”; (v) la preparación de una guía resumida de *do's and don'ts*; (vi) la implementación de canales de denuncia, y (vii) la capacitación masiva de todos los colaboradores que trabajaran en las áreas más expuestas a riesgos anticompetitivos.¹⁵

El tercer hito fue la introducción de un programa de cumplimiento de “segunda generación” en 2013:

[E]n febrero de 2013, los abogados asesores de Walmart Chile elaboraron su matriz de riesgos y diseñaron el programa de libre competencia de segunda generación, que fue puesto a disposición de todos los colaboradores de la compañía a través de su intranet. Adicionalmente, en mayo de 2013, se creó el cargo de gerente de *Compliance* de Walmart Chile... que dentro de sus labores asumió la tarea de administrar el programa de cumplimiento de la libre competencia. ...

De forma adicional, Walmart Chile asumió el compromiso de evaluar anualmente su nivel de cumplimiento con los lineamientos del programa, lo que ha realizado desde esa fecha de manera ininterrumpida. ...

Por otro lado, se reforzaron también los canales de denuncias que ya existían.¹⁶

En definitiva, Walmart argumenta que estos esfuerzos demuestran que la sociedad ha cumplido

¹³ Ver *id.*, sección VI.1, págs. 129-137.

¹⁴ Ver *id.*, sección VI.1.1, págs. 129-131.

¹⁵ *Id.*, págs. 131-132; ver *asimismo id.*, sección VI.1.2, págs. 131-134.

¹⁶ *Id.*, págs. 134-135; ver *asimismo id.*, sección VI.1.3, págs. 131-137.

con aquello que le es exigible en cuanto a fijar sus políticas en materia de libre competencia, informar y entrenar a sus colaboradores en su respeto, hacer seguimiento de sus políticas de cumplimiento y ponerlas permanentemente al día, mantener la institucionalidad interna destinada a su promoción y cumplimiento, e inclusive auditarlas de parte de un tercero de reconocido prestigio, como se refirió.¹⁷

Walmart señala que sus esfuerzos de cumplimiento deben ser tomados en consideración por el H. Tribunal al considerar si la sociedad es culpable por la conducta de sus empleados. Walmart argumenta que incluso si algunos empleados de bajo rango de Walmart ejecutaron conductas anticompetitivas (lo cual es disputado por Walmart), la responsabilidad por tales comportamientos no pueden ser imputados a Walmart, debido a su intención legítima, manifestada en los esfuerzos de cumplimiento legal descritos más arriba.¹⁸

En base a mi revisión de la contestación, no pareciese ser que Walmart esté tomando la posición de que sus empleados estaban actuando más allá del ámbito de sus deberes laborales con la compañía (lo cual no debe confundirse con el hecho de si los empleados estaban cumpliendo con las políticas de la sociedad). De hecho, Walmart al parecer confirma que su trabajo fue ejecutado dentro del ámbito de sus funciones para efectos de beneficiar a la empresa.¹⁹

¹⁷ *Id.*, pág. 138 (destacado en original).

¹⁸ *Ver id.*, pág. 141. Walmart asimismo sugiere que sus esfuerzos de cumplimiento pueden servir como base para reducir la responsabilidad de la sociedad. Para tales efectos, la sociedad cita dos acuerdos de cooperación por culpabilidad de los Estados Unidos, en *Kayaba* y *Barclays* (o *Forex*), “en los que la existencia de programas de cumplimiento en las firmas cuya conducta se persiguió implicó una rebaja sustancial de la multa que en definitiva les fue aplicada.” *Id.*, pág. 160. El hecho de si es o no apropiado considerar los programas de cumplimiento de Walmart en la evaluación del monto de cualquier multa a ser aplicada en este procedimiento escapa el ámbito de esta declaración; sin embargo, vale la pena destacar que las reducciones de sentencia recomendadas en *Kayaba* y *Barclays* tuvieron lugar en el contexto de acuerdos de cooperación por culpabilidad, en los cuales las sociedades aceptaron responsabilidad por la conducta ilegal.

¹⁹ En el siguiente pasaje, Walmart parece confirmar que la conducta de sus empleados por la cual se inició este procedimiento fue ejecutada dentro del ámbito de sus funciones: “Tales correos, en lo que a Walmart Chile empee, por el contrario, **revelan reacciones puntuales de los colaboradores de la compañía a problemas comerciales específicos que se dieron en su labor diaria.** En ellos no solicitaron instrucciones a sus superiores, ni se rigieron por alguna regla particular de la compañía. Sólo ocuparon su criterio para dar solución a esos problemas. La forma de esa solución pudo haber sido más o menos feliz, especialmente en su formulación. Nosotros sostenemos, y hemos demostrado, que se trató de reacciones correctas y competitivas frente al problema de una promoción que había dejado de ser atractiva para los consumidores, dado el ajuste del precio final del producto que había hecho un competidor (la primera cadena) y frente a la petición de un proveedor de ajustar un precio final a público de un tipo de pollo fresco (la segunda cadena). Creemos, con convicción, que los colaboradores de Walmart Chile actuaron de buena fe, **tutelando la rentabilidad de la compañía** y cumpliendo con respetar las estructuras que mantiene la misma para fijar precios (*pricing*) y sus políticas de posicionamiento” (*Id.*, pág. 140 (subrayado en original; negritas añadidas)).

III. ANÁLISIS.

De manera similar a los argumentos de Walmart en este procedimiento, algunas compañías de los Estados Unidos acusadas de infringir la Sección 1 de la *Sherman Act*²⁰ han puesto énfasis en sus programas de cumplimiento de leyes de libre competencia en un esfuerzo de liberarse de responsabilidad. Estas demandadas han argumentado que, dado que los empleados involucrados en las supuestas infracciones se encontraban sujetos a programas de cumplimiento estrictamente implementados, las acciones de aquellas personas carecían de autorización o eran contrarias a la política de la compañía, por lo cual no podrían ser imputadas a la empresa.

La regla general seguida por los tribunales federales de los Estados Unidos en casos de libre competencia civiles y penales es la imposición de responsabilidad a una empresa por las conductas anticompetitivas de sus agentes, empleados o ejecutivos, cuando éstas sean realizadas dentro del ámbito de sus labores o autoridad aparente. Los tribunales han aplicado esta regla de manera amplia, declarando responsables civil y penalmente a empresas por la conducta anticompetitiva de sus empleados, incluso cuando sus actos infrinjan la política expresa de la compañía. Por lo tanto, la defensa de Walmart en el sentido de que no debiese ser declarada culpable por cuanto la compañía había implementado programas y políticas de cumplimiento cada vez más estrictos se vería afectada por importantes obstáculos bajo las leyes de los Estados Unidos.

a) Las empresas son generalmente responsables por los actos ilegales de sus empleados

Los tribunales en los Estados Unidos han aplicado amplios principios de agencia de derecho común al declarar responsables a empresas en casos de libre competencia civiles y penales por los actos de sus ejecutivos, agentes y empleados.²¹ Bajo la doctrina *respondeat superior*, una empresa es responsable por los actos ilícitos cometidos por estas personas al actuar “dentro del ámbito de sus funciones” o con “autoridad aparente” de la empresa.²²

La Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Tercer Circuito describió el sig-

²⁰ 15 U.S.C. § 1 (“Todo contrato, combinación en la forma de *trust*, o de otra manera, o bien una conspiración, que restrinja la competencia o comercio entre los distintos Estados, o bien con naciones extranjeras, es declarada ilegal”).

²¹ *Ver American Society of Mechanical Engineers, Inc. v. Hydrolevel Corp.*, 456 U.S. 556, 569-79 (1982) (“*ASME*”) (bajo los principios generales de ley de agencia, los mandantes son responsables en acciones civiles cuando sus mandatarios actúan con autoridad aparente y ejecutan delitos extracontractuales similares a las violaciones a la libre competencia en cuestión); *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656, 660 (2d Cir. 1989) (“*Twentieth Century Fox*”) (“Según jurisprudencia reiterada una empresa puede ser declarada responsable penalmente por las infracciones a la libre competencia cometidas por sus empleados o agentes que actuaron dentro del ámbito de su autoridad”).

²² RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 219 (1958); *ver asimismo* BLACK’S LAW DICTIONARY 1311-12 (6th ed. 1990) (“Bajo la doctrina, un empleado es responsable por las lesiones a una persona o daños a la propiedad de otros resultantes de los actos de un empleado realizados dentro del ámbito de sus funciones en servicio del empleador.”).

nificado de estos términos en el caso *United States v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*²³

Los actos dentro del ámbito laboral son actos realizados en representación de una sociedad y que se relacionan directamente con el tipo de deberes que el empleado está generalmente autorizado a realizar. La *autoridad aparente* es la autoridad que una persona externa podría razonablemente asumir que detenta un representante en atención a su posición en la compañía, las responsabilidades previamente delegadas sobre él y las circunstancias que rodean su comportamiento pasado.²⁴

Los actos realizados por un empleado con la intención de beneficiar o promocionar los negocios de una sociedad se consideran dentro del ámbito laboral de un individuo.²⁵ Sin embargo, puede ser posible que se genere responsabilidad societaria en una demanda civil de libre competencia, incluso cuando el representante no haya tenido la intención de beneficiar a la sociedad, siempre que éste haya estado actuando con autoridad aparente.²⁶

En esta causa, no parece haber duda alguna sobre si los empleados de Walmart actuaron con la intención de beneficiar a la sociedad, ya que es algo que Walmart por sí misma aparentemente reconoce.²⁷ Sin embargo, eso aún deja la interrogante sobre si dichos empleados podrían haber estado actuando de manera contraria a las políticas de la empresa y, de ser así, si su intención puede ser atribuida a la sociedad para los efectos de atribuir responsabilidad.

b) La responsabilidad societaria puede surgir de actos contrarios a políticas societarias o instrucciones expresas vigentes al momento de la infracción.

La Corte Suprema de los EE.UU., en el caso *United States v. United States Gypsum*

²³ 433 F.2d 174 (3d Cir. 1970) (“*American Radiator*”) (señalando que las empresas pueden ser declaradas responsables por violaciones a la libre competencia cometidas por sus ejecutivos).

²⁴ *American Radiator*, 433 F.2d at 204-05 (énfasis agregado).

²⁵ *United States v. One Parcel of Land Located at 7326 Highway 45 North, Three Lakes, Oneida County, Wisconsin*, 965 F.2d 311, 316 (7° Cir. 1992) (el actuar dentro del ámbito de la representación está determinado, al menos en parte, por la intención de beneficiar a la sociedad) (caso que no era de libre competencia); *United States v. Koppers Co.*, 652 F.2d 290, 298 (2° Cir. 1981) (“*Koppers*”) (conforme con el jurado del tribunal de primera instancia, la sociedad puede ser responsable por los actos de representantes realizados en representación y en beneficio de la sociedad); *United States v. Automated Medical Laboratories, Inc.*, 770 F.2d 399, 406 (4° Cir. 1985) (determinar si representantes estaban actuando dentro del ámbito de su empleo incluye precisar si estaban actuando en beneficio de la sociedad).

²⁶ *ASME*, 456 U.S. at 1946-47 (fijando los estándares para establecer la organización responsable en una acción privada por daños en relación con infracciones de libre competencia de un representante cometidas con autoridad aparente, a pesar de que fueron realizadas únicamente en beneficio del representante).

²⁷ Ver Contestación, pág. 140 (estableciendo que “los colaboradores de Walmart Chile actuaron de buena fe, salvaguardando la rentabilidad de la compañía...”).

Co.²⁸ Sostuvo que “la intención o ánimo” del demandado constituía un elemento necesario para sustentar una infracción penal (en contraste con una civil) de las leyes de libre competencia. Luego de *Gypsum*, las empresas demandadas han sostenido en diversos casos penales que la “intención” del empleado no puede ser atribuida a la sociedad.²⁹ La División de Libre Competencia del Departamento de Justicia de los EE.UU. (“USDOJ”), no obstante, no está de acuerdo con dicha postura, y ha tomado la posición de que incluso en el caso *Gypsum* la intención del representante ha de ser atribuida a la sociedad.³⁰

Diversas Cortes de Apelaciones Federales han ratificado las conclusiones relativas a responsabilidad societaria federal sobre la base de la doctrina *respondeat superior* tanto antes como después del fallo de la Corte Suprema en *Gypsum*.³¹ La Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Cuarto Circuito, en el caso *United States v. Basic Construction Co.*,³² rechazó explícitamente los argumentos fundados en que el gobierno tenía que probar “que la sociedad, presumiblemente conforme a la manera en que estaba representada por sus altos ejecutivos y administradores, tenía una intención de infringir leyes de libre competencia distinta de aquella de sus empleados de bajo rango.”³³

Los tribunales han aplicado esta regla incluso cuando la sociedad ha sostenido que el empleado ha infringido políticas de la compañía u otras instrucciones. En el caso *Portac*, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Noveno Circuito rechazó un argumento presentado por el demandado consistente en que las acciones ilegales de un empleado no debiesen ser atribuidas a la sociedad cuando el

²⁸ 438 U.S. 422, 444 (1978) (“*Gypsum*”) (si bien la intención culposa no puede ser presumida en un caso de regla de la razón, “la acción perpetrada con conocimiento de sus posibles consecuencias, y que produzca los efectos anticompetitivos requeridos, puede ser antecedente suficiente para establecer responsabilidad penal bajo las leyes de libre competencia”).

²⁹ Ver *Annual Survey of White Collar Crime, Antitrust*, 54 AM. CRIM. L. REV. 987, 1004-05 (2017).

³⁰ Ver, por ejemplo, Memorando de Juicio de los Estados Unidos en *United States v. Mitsubishi Corp.*, Crim. No. 00-033 (E.D. Pa. Dic. 11, 2000) (“Cuando una sociedad es considerada responsable por crímenes en los cuales la intención es un elemento, su responsabilidad estará fundamentada completamente en el conocimiento y propósito de sus propietarios, ejecutivos, empleados y representantes.”). Ver también ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (SEVENTH) 1007 (“[L]a División de Libre Competencia sostiene que *Gypsum* no se aplica a la responsabilidad vicaria y que la intención del empleado debiese ser atribuida a la sociedad”).

³¹ Ejemplos de casos decididos desde *Gypsum* incluyen: *Koppers*, 652 F.2d at 298 (“Nada de lo incluido en la decisión de la Corte Suprema en el caso *Gypsum* alteró este estándar” respecto de la imputación de responsabilidad); *Twentieth Century Fox*, 882 F.2d at 660 (2º Cir. 1989) (se puede hacer efectiva la responsabilidad penal de una sociedad por infracciones a la libre competencia cometidas por sus empleados o representantes dentro del ámbito de su autoridad); *United States v. Portac, Inc.*, 869 F.2d 1288, 1293 (9º Cir. 1989) (“*Portac*”). Ejemplos de casos fallados antes de *Gypsum* incluyen: *American Radiator*, 433 F.2d at 205 (instrucción afirmativa del jurado que estableció, “[c]uando el acto del representante se encuentra dentro del ámbito de su empleo o su autoridad aparente, la sociedad puede ser considerada responsable, incluso cuando lo que haya hecho sea contrario a sus instrucciones efectivas y pueda ser ilegal.”); *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1004-07 (9th Cir. 1972) (“*Hilton*”).

³² 711 F.2d 570 (4º Cir. 1983) (“*Basic Construction*”).

³³ *Id.*, at 573. Ver también *Koppers*, 652 F.2d at 298 (rechazando el argumento de que “la responsabilidad solo puede hacerse efectiva respecto de las acciones de ‘representantes de la alta administración’, esto es, aquellos que ‘tengan deberes de tal nivel de responsabilidad que se puede asumir que su conducta representa la política de la sociedad’”).

jefe del empleado le ha informado previamente que “la sociedad no tolera infracción a ninguna ley.”³⁴ El Noveno Circuito argumentó que “[una] sociedad es responsable conforme con la *Sherman Act* de los actos de sus representantes dentro del ámbito laboral, *aun cuando sean contrarios a las políticas societarias generales y las instrucciones expresas impartidas al representante.*”³⁵

En el caso *Hilton* (el cual es citado por el Noveno Circuito en el caso *Portac*), la sociedad hotelera demandada fue sentenciada por participar en un boicot grupal ilegal, conforme con la sección 1 de la *Sherman Act*, basándose en actos perpetrados por su representante de compras en contravención a la política de la empresa.³⁶ Al decidir aplicar la doctrina del *respondeat superior* en el contexto antimonopolios penal, la Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Segundo Circuito tomó en cuenta la “amplitud y carácter crítico de los intereses públicos protegidos por la *Sherman Act*, y la gravedad de dichos intereses que llevaron a la promulgación de la ley [...]”³⁷ El tribunal concluyó que

[c]on intereses públicos de tamaño importancia en juego, es razonable presumir que el Congreso tuvo la intención de imponer responsabilidad a las entidades mercantiles por los actos de aquellas personas a quienes ellos optan por delegar la administración de sus negocios, *estimulando por tanto un esfuerzo máximo de parte de los dueños y gerentes para asegurar la observancia de tales representantes a los requisitos establecidos por la ley.*”³⁸

Encontramos otro ejemplo en el caso *Twentieth Century Fox*, que involucraba un proceso penal por desacato en contra de un estudio de cine y un empleado administrativo por infringir disposiciones de un decreto de libre competencia de antigua data.³⁹ En este caso, la Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Segundo Circuito hizo énfasis en que existía amplia evidencia de que el empleado había actuado dentro del ámbito de su autoridad con el estudio al momento en que infringió

³⁴ *Portac*, 869 F.2d at 1293.

³⁵ *Id.*, citando *Hilton*, 467 F.2d at 1007 (énfasis agregado).

³⁶ *Hilton*, 467 F.2d at 1004. El agente reconoció en el juicio que se le instruyó abstenerse de participar en el boicot en cuestión, pero que ignoró tal instrucción y amenazó a un proveedor. La sociedad hotelera había solicitado ciertas instrucciones respecto a la responsabilidad criminal de una sociedad por actos no autorizados perpetrados por sus representantes, pero el tribunal de primera instancia en su lugar instruyó al jurado que una sociedad es responsable por los actos y declaraciones de sus representantes “dentro del ámbito laboral”, lo cual se entendió definido como “en nombre de la empresa en el cumplimiento del curso ordinario del trabajo del representante”, incluyendo “no solo aquello que ha sido autorizado por la sociedad, sino que también aquello que terceros podrían razonablemente asumir que el representante estaba autorizado a hacer.” El tribunal de primera instancia agregó: “Una sociedad es responsable por los actos y declaraciones de sus representantes, perpetrados o emitidas dentro del ámbito laboral, *incluso cuando su conducta pueda ser contraria a sus instrucciones efectivas o contraria a las políticas establecidas de la sociedad.*” *Id.* (énfasis agregado)

³⁷ *Id.* at 1005.

³⁸ *Id.* (énfasis agregado).

³⁹ *Twentieth Century Fox*, 882 F.2d at 658-59.

el decreto. No obstante ello, el estudio argumentó que incluso si el gerente hubiese actuado voluntariamente, la compañía no lo hizo, y, como prueba de ello, se remitió al programa de cumplimiento que había adoptado para incentivar a sus empleados a cumplir con el decreto.⁴⁰

La Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Segundo Circuito desestimó la postura del estudio, concluyendo que

El programa de cumplimiento de Fox, sin importar cuán extenso pueda ser; no libera a la sociedad de responsabilidad cuando sus empleados, actuando dentro del ámbito de su autoridad, incumplen las leyes y el decreto de consentimiento. Es jurisprudencia sentada que una sociedad puede ser declarada responsable criminalmente por infracciones a la libre competencia cometidas por sus empleados o agentes actuando dentro del ámbito de su autoridad.⁴¹

Un último ejemplo es el caso *Basic Construction*, un procesamiento criminal bajo la sección 1 de la *Sherman Act* fundado en la manipulación fraudulenta de licitaciones de contratos para la pavimentación de caminos, que involucró a dos funcionarios de puestos relativamente menores que actuaron sin el conocimiento de los altos ejecutivos de la compañía en cuestión.⁴² En este caso, la empresa demandada presentó pruebas para acreditar que la compañía contaba con una “política en contra de la manipulación de licitaciones de larga data, bien conocida, y fiscalizada estrictamente”.⁴³ La demandada alegó que el tribunal de primera instancia debió haber permitido al jurado tomar en cuenta dicha política al momento de decidir si la compañía (como un ente distinto de sus empleados de bajo nivel) contaba con la intención criminal requerida.⁴⁴ Citando la misma regla general seguida en los casos explicados precedentemente, la Corte de Apelaciones de los EE.UU. del Cuarto Circuito rechazó la postura de la parte demandada.⁴⁵

En este procedimiento, Walmart sugiere que sus programas de cumplimiento acreditan que la empresa expresó su intención de cumplir con el DL 211, de manera separada e independiente de cualquier intención que sus empleados puedan haber tenido. En esencia, este es el mismo argumento presentado por las empresas demandadas en los casos que hemos señalado más arriba, pero que fueron desestimados por las respectivas cortes.

⁴⁰ *Id.* at 660.

⁴¹ *Id.*, citando *Koppers*, 652 F.2d at 298; *Basic Construction*, 711 F.2d at 573; *Hilton*, 467 F.2d at 1004-07 (énfasis agregado).

⁴² *Basic Construction*, 711 F.2d at 572.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.* at 573 (una empresa puede ser declarada penalmente responsable por infracciones a la libre competencia cometidas por empleados actuando dentro del ámbito de su autoridad, o autoridad aparente, y a beneficio de la empresa, incluso si tales actos contravenían las políticas societarias o instrucciones expresas.)

Parece ser que, en al menos un par de casos criminales, los tribunales de primera instancia han permitido a los jurados tomar en consideración el programa de cumplimiento en materia de libre competencia de una compañía a modo de defensa en lo que dice relación con la intención societaria. Por ejemplo, en el caso *United States v. International Paper Co.*, el tribunal de distrito dictó la siguiente instrucción:

Uno de los factores que pueden ustedes tomar en consideración al momento de determinar la intención de cada compañía, entre otras pruebas, es si la respectiva compañía contaba o no con una política de cumplimiento en materia de libre competencia. En este sentido, se les instruye que la sola existencia de una política de cumplimiento en materia de libre competencia no significa automáticamente que una empresa no contaba con la intención requerida. Si no obstante ello, ustedes concluyen que una compañía actuó diligentemente en la promulgación, difusión, y ejecución de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, en un esfuerzo activo y de buena fe de asegurar que los empleados cumplirían con la ley, ustedes pueden tomar esta circunstancia en consideración al momento de determinar si la compañía contaba o no con la intención requerida.⁴⁶

Deben efectuarse ciertas observaciones relativas a esta instrucción. En primer lugar, el lenguaje empleado no se ajusta al estándar aceptado de *respondeat superior* que se ha seguido en los casos explicados precedentemente.⁴⁷ En segundo lugar, la instrucción fue dictada por el tribunal de primera instancia y al parecer no fue sometida a revisión por vía de apelación. Por el contrario, los fallos que se explicaron más arriba fueron dictados por cortes de apelaciones que revisaron y ratificaron sentencias de tribunales de primera instancia, o instrucciones que no permitían a una empresa liberarse de responsabilidad en base a estos fundamentos. Por último, no conozco de ningún caso en que una empresa demandada haya logrado evadir su responsabilidad en base a una defensa semejante.⁴⁸

Una instrucción que guarda más fidelidad con la doctrina del *respondeat superior* es la que fue dictada durante el juicio en el caso *Basic Construction* y confirmada

⁴⁶ Crim Nos. H-78-11 & 12 (S.D. Tex. Jan. 25, 1978), citado en ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (SEVENTH) 1006 (indicando que una instrucción similar fue aparentemente dictada en el caso *United States v. Koppers Co.*, Crim No. 79-85 (D. Conn. 1980) (transcripción del procedimiento en 23-24 (26 de junio de 1980)).

Un procurador que trabajaba bajo mi supervisión contactó a ambas cortes para ubicar las instrucciones originales a los jurados de estos casos, pero los funcionarios no pudieron encontrar los asuntos en sus sistemas. Para efectos de esta discusión, asumiré que ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS contiene las instrucciones de manera precisa.

⁴⁷ ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (SEVENTH) 1006 (“La División de Libre Competencia se ha opuesto vehementemente a este tipo de instrucciones, puesto que las mismas se alejan de la regla tradicional de la doctrina *respondeat superior*.”).

⁴⁸ *Ver id.* (“Una defensa fundada en tales programas de libre competencia ocasionalmente ha resultado en instrucciones al jurado relativas al asunto de la intención, pero no ha traído como consecuencia fallos que limiten la responsabilidad societaria.”). Mientras preparaba esta declaración, efectué varias búsquedas en distintas bases de datos, incluyendo Westlaw y Google Scholar, y tampoco me fue posible hallar instancias en que esta defensa haya sido exitosa en un caso de libre competencia.

por el Cuarto Circuito. En ese caso, al jurado se le permitió tomar en cuenta pruebas sobre la política de cumplimiento de la empresa, pero la relevancia de dicha prueba no se relacionaba en lo absoluto con dilucidar la “intención” verdadera de la sociedad. En vez de ello, el tribunal de primera instancia instruyó al jurado que la existencia de políticas societarias podría ser tomada en cuenta solamente “*para determinar si los agentes estaban en efecto actuando en beneficio de la sociedad.*”⁴⁹ En otras palabras, la política solamente podría ser tomada en cuenta para efectos de decidir si los empleados estaban actuando en su capacidad de agentes en representación de la empresa – un hecho que, según indicamos más arriba, parece no ser controvertido en el caso de marras.

IV. CONCLUSIONES

La defensa de Walmart contenida en la sección VI de su Contestación en virtud de la cual dicha empresa debiese quedar liberada de responsabilidad por la conducta ilícita de sus empleados que hayan contravenido sus políticas de cumplimiento, es virtualmente idéntica a las defensas que las cortes de los EE.UU. han revisado y rechazado bajo la doctrina *respondeat superior*. Tal como dejan en claro los casos explicados en mi declaración jurada, por regla general una empresa será considerada responsable de las conductas de sus empleados cuando las mismas se desplieguen dentro del ámbito de su trabajo o con autoridad aparente. Aplicando esta regla, los tribunales de los EE.UU. han atribuido responsabilidad civil y penal a empresas por conductas que no estaban específicamente autorizadas, *incluso cuando un acto contravenía las políticas expresas de la sociedad.*

La Contestación de Walmart describe una serie de esfuerzos de cumplimiento de creciente exigencia a contar del año 2007 y que continuaron durante el 2013 y con posterioridad a dicho año. Las defensas infructuosas presentadas en los casos de los EE.UU. descritos precedentemente estaban fundadas en políticas o directrices empresariales que estaban en plena vigencia al momento de la infracción. No conozco caso alguno en que un tribunal de los EE.UU. haya tomado en cuenta medidas posteriores al momento de decidir si la conducta de un empleado puede o no ser atribuida a una sociedad bajo la doctrina del *respondeat superior* – y, en efecto, tomarlas en consideración carecería de sentido bajo la doctrina en comento.

En algunas ocasiones, las cortes de los EE.UU. han permitido que la existencia de programas de cumplimiento sea tomada en consideración al momento de decidir si un empleado actuaba o no en beneficio de la empresa. En este caso, sin embargo, esto no parece estar bajo discusión, puesto que Walmart ha reconocido que la conducta del empleado fue desplegada dentro del ámbito de su trabajo y con la intención de beneficiar a la sociedad.

⁴⁹ *Basic Construction*, 711 F.2d at 572. Ver también *United States v. Beusch*, 596 F.2d 871, 878 (9th Cir. 1979) (el jurado puede tomar en cuenta instrucciones y políticas de la empresa para determinar si un empleado actuó a beneficio de la empresa) (caso que no era de libre competencia).

PARTE III:

EL PROCESO EN LA LIBRE COMPETENCIA

Garantías y Reglas Procedimentales

LIBRE COMPETENCIA Y DEBIDO PROCESO

Raúl Núñez Ojeda*

I. INTRODUCCIÓN

La Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”) me ha solicitado informar en derecho en relación al encuadre del procedimiento contenido en el DL 211 a la garantía constitucional del debido proceso y sobre el problema de la congruencia entre requerimiento y sentencia en el ámbito del Derecho de la Competencia. Para tal efecto, se estudiará (a) la institución del debido proceso como parámetro homologable que debe cumplir el sistema procesal del Derecho de la Competencia y si este en definitiva se encuentra vulnerado y, en una segunda parte, (b) se abordará el problema de la congruencia procesal en materia civil, penal y del Derecho de la Competencia.

El presente informe dice relación con los hechos objeto del requerimiento presentado por la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. (en adelante Ahumada), Farmacias Salcobrand S.A. (en adelante Salcobrand) y Farmacias Cruz Verde S.A. (en adelante Cruz Verde) con fecha 9 de diciembre del año 2008 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”), en los autos caratulados “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada S.A. y otros”, Rol C N°184-8 y que fueron fallados por el TDLC por sentencia dictada el día 31 de enero del 2012.

Con este propósito, junto a los antecedentes del presente pedimento, se me ha acompañado copia de lo obrado en el juicio ya individualizado seguido ante el TDLC.

II. EL DEBIDO PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO CONTENIDO EN EL DL 211

a) El debido proceso (civil y penal)

Una de las empresas requeridas por la FNE (Cruz Verde) sostiene en su recurso de reclamación que el diseño del procedimiento contenido en el DL 211 vulnera la garantía constitucional del debido proceso, por reconocer facultades al TDLC para decretar prueba de oficio. Adicionalmente, que en concreto, el TDLC habría abusado de dichas facultades perdiendo su carácter de tercero imparcial.

* Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España) Profesor de Derecho Procesal Civil y Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

Para este informante la afirmación anterior carece de base dogmática. Para demostrarlo se procederá, en una primera sección, a estudiar el concepto y contenido de la garantía del debido proceso (civil y penal). Una vez efectuado el paso anterior, nos abocaremos al estudio del efecto que producen los poderes de dirección material del órgano de adjudicación en la garantía de la imparcialidad judicial.

Como lo señala el profesor Colombo Campbell¹ la inclusión de reglas procesales en actos normativos de carácter constitucional tiene en la tradición del derecho continental una existencia relativamente reciente. Efectivamente, el principio del *due process of law* se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones por más de siete siglos a través de una constante interpretación jurisprudencial y de una trascendente elaboración doctrinal, la que por primera vez fue formulada por escrito en el capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra.² En el ámbito de los Estados Unidos de América del Norte, la noción de debido proceso se introduce *mor* de la Enmienda V de la Constitución en 1791, planteando que los derechos fundamentales a la vida, la libertad y propiedad se garantizan a través del debido proceso.

Como contrapartida, en el campo del derecho continental, las Constituciones europeas sólo después del término de la Segunda Guerra Mundial establecieron con propiedad un Estado constitucional de Derecho³, incorporando, entre otras cosas, específicas garantías procesales como derechos fundamentales de los ciudadanos. En el caso de Chile, la Constitución de 1980 estableció de una manera muy sucinta algunas de esas garantías procesales, pero a partir de 1990 se ha vivido un verdadero clima político hacia ese reconocimiento, lo que se ha traducido en una mayor concreción y profundización en dichas garantías⁴.

El fenómeno de constitucionalización del derecho no debe ser entendido desde una perspectiva estrictamente formal. Todo lo contrario, debe ser entendido como una opción cultural, un posicionamiento ideológico que busca consagrar de manera estable determinados principios (o ideas cardinales) del proceso que están destinadas a condicionar la credibilidad y la aceptabilidad de las formas de tutela jurisdiccional y las estructuras procesales. En otras palabras, en la base de la citada ideología se aprecia la idea que la justicia de la decisión final se encuentra necesariamente ligada a la justicia de la actividad procesal. Por otro lado, tampoco basta con la mera justicia procedimental, sino que hay que considerar también la justicia en la aplicación del derecho sustancial. Por tanto, entre estos dos extremos debe moverse

¹ Colombo Campbell, Juan, *El debido proceso constitucional*, Porrúa, Ciudad de México, 2007, pág. 19

² En la misma se señala: "(...) ningún hombre libre podrá ser arrestado, detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca no mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra" (COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *El debido proceso constitucional*, op. cit., pág. 19)

³ Sobre el Estado de Derecho constitucional ver: HÄBERLE, PETER, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Comares, Granada, 2003, págs. 29 y ss.

⁴ Bordalí Salamanca, Andrés, "*El debido proceso civil*", *La constitucionalización del derecho chileno*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 251 y 252.

la actuación de nuestros Tribunales de Justicia.⁵

En España, al igual que en el resto de los países de la tradición continental, la forma de incorporar el debido proceso fue añadiendo éste al texto de la Constitución. En el caso de la Constitución Española, este derecho queda recogido de la siguiente forma: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.⁶

La segunda parte del artículo 24 de la Constitución Española recoge una serie de garantías procesales que cabe considerar como parte integrante del debido proceso. Sin embargo, lo que resulta interesante de esta configuración del debido proceso es su primera parte, en donde se reconoce lo que la doctrina llama *Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, derecho que se proyectaría a lo largo de todo el proceso, desde el acceso mismo a la jurisdicción, hasta la ejecución.⁷

De acuerdo al autor Esparza Leibar⁸, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encontrarían divididas a la hora de determinar qué tanto debe abarcar el concepto del debido proceso; si tan sólo debe entenderse referido al conjunto de garantías señaladas en la segunda parte del artículo 24, si debe abarcar también el concepto más genérico y amplio del derecho a tutela judicial efectiva, o si por el contrario, debería entenderse por debido proceso un concepto amplísimo que lo haga partícipe de la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho. El mencionado autor se inclina por sostener la tercera noción de debido proceso, y de ese modo, éste no quedaría limitado a los términos del artículo 24 de la Constitución Española, sino que se abriría también a otras funciones, comprendiendo, por ejemplo, el deber de motivación de las resoluciones contenido en el artículo 120.3 de dicha Constitución, y por supuesto, lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre proceso equitativo. Lo interesante de esta postura es que expresamente se reconoce que el debido proceso sería una institución dinámica y que abarcaría un número no taxativo de garantías.

En Chile, el debido proceso, al igual que el resto de los derechos fundamentales, goza de un reconocimiento constitucional. Nuestra Constitución Política se

⁵ En el mismo sentido: COMOGLIO, LUIGI PAOLO, *Ética e técnica del “giusto proceso”*, G. Giappichelli Editores, Torino, 2004, págs. 151y ss.

⁶ Artículo 24 de la Constitución Española.

⁷ Para un análisis pormenorizado de este derecho, su delimitación, contenido y características, ver: Córdón Moreno, Faustino, “El derecho a obtener la Tutela Judicial Efectiva”, *Derechos Procesales Fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, Madrid, 2005, pág. 215 y ss.

⁸ Esparza Leibar, Iñaki, *El principio del proceso debido*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 168 y ss.

encarga de asegurar un listado de derechos fundamentales a todas las personas, en su artículo 19. Es este artículo el que regula lo modular del debido proceso en su numeral tercero. Esta disposición constitucional establece:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...)

3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida (...).

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

Así las cosas, es un error asociar el debido proceso en forma restringida al establecimiento del derecho a un “proceso previo legalmente tramitado y a las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” en los términos del inciso quinto. El debido proceso como principio de nuestro ordenamiento y derecho fundamental, es comprensivo de todas aquellas garantías que envuelven este numeral tercero, y aún más, de garantías presentes en otras disposiciones. Un completo estudio de la institución del debido proceso también nos conduce al análisis de otras disposiciones constitucionales, tales como el artículo 19 N° 7 que regula el derecho a la libertad personal y sus condiciones de privación o restricción. Con todo, reconocemos que la opinión de la mayoría de doctrina apunta en un sentido diverso.

También se debe tener presente que esta garantía se encuentra reconocida en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Efectivamente, llegamos así al examen del inciso que paradigmáticamente ha sido vinculado con el derecho a un debido proceso. El inciso 5° del artículo 19 N° 3 de Constitución Política establece el derecho a un “proceso previo legalmente

tramitado” y que obliga al legislador a establecer las “garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. ¿Qué hay tras esta fórmula de consagrar lo que la doctrina reconoce como el debido proceso?

De la historia del precepto constitucional sabemos que no se quiso enumerar las garantías que debían entenderse incluidas en un procedimiento e investigación racional y justa. Se argumentaba, no sin algo de razón, que sería muy difícil, que podría fácilmente incurrirse en errores de extensión o de omisión, y que sería fuente de grandes conflictos el determinar qué garantías incluir y cuáles no.⁹ Sin embargo, no es esto lo más interesante de destacar, sino la expresa intención de evitar la denominación genérica de debido proceso,¹⁰ “porque existe toda una historia anglosajona que la pueda complicar mucho más”,¹¹ aún más, se tenía el temor de «obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona”.¹²

Por lo tanto, la Constitución exigiría tres condiciones copulativas para satisfacer el núcleo del debido proceso: tramitación legal, racionalidad sustantiva y justicia. De acuerdo al profesor Cea Egaña, serían estos dos últimos elementos las nociones claves para permitir la evolución del debido proceso a través de la jurisprudencia y particularmente mediante la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.¹³ Concuera en este punto el profesor López Masle, para quien “tan clara como la intención de que el contenido del ‘procedimiento racional y justo’ fuera objeto de un desarrollo posterior de la jurisprudencia, fue la decisión de que ese desarrollo no se hiciera a través de un proceso de creación de reglas al modo de la jurisprudencia norteamericana, sino a través del control de reglas creadas legalmente, por la vía exclusiva del recurso de inaplicabilidad”.¹⁴

Hemos comprobado que el debido proceso es una institución jurídica compleja. Esta complejidad se debe en parte al peso histórico que arrastra este derecho y a las importantes funciones que cumple en un ordenamiento propio de un Estado de Derecho. Sin embargo, a juicio del informante, lo que verdaderamente complica el análisis de este derecho es la gran e incierta cantidad de garantías que van asociadas al concepto de un debido proceso. Estamos acostumbrados a utilizar el término debi-

⁹ Para argumentos en este sentido, ver Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 101, 9 de enero de 1975, pág. 14.

¹⁰ Como señala el profesor Tavolari Oliveros (Tavolari Oliveros, Raúl, “El proceso civil chileno: Una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción, de cara a la reforma”, *Tribunales, jurisdicción y proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 49), la noción de debido proceso fue motivo de intensa preocupación de los redactores de la Constitución de 1980, quienes recelaron, empero, de utilizar los términos que la doctrina emplea pacíficamente, traduciendo la expresión *due process of law*.

¹¹ Declaraciones del comisionado señor Evans, op. cit

¹² *Ibid.*

¹³ Cea Egaña, José Luis, *Tratado de la Constitución del 1980. Características generales, garantías constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pág. 307.

¹⁴ López Masle, Julián, “Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Coordinador ANDRÉS BORDALÍ, Universidad Austral de Chile, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006, pág. 191.

do proceso como un contenedor de un número indeterminado de garantías aplicables a lo largo del todo proceso, extensión que nos brinda ciertas ventajas¹⁵ pero que, a su vez, se caracteriza por ser un concepto vago e indefinido, a pesar de que muchas de las garantías que lo integran gozan de un profundo y extenso desarrollo doctrinal.

En primer lugar, me parece constructivo recordar los principios que han sido vinculados a un debido proceso, pues de estos principios podremos luego extraer las garantías específicas integrantes de un debido proceso, en tanto no son más que aplicaciones o especificaciones de los mismos.

Para comenzar, parece clave retomar la vinculación del debido proceso con la consagración de un sistema acusatorio penal. Recordemos que la propia noción de un debido proceso proviene de la superación de un proceso inquisitivo, en donde el inculcado o imputado era objeto del juicio, y por lo mismo, carecía de derechos. De ahí la práctica recurrente de la tortura para conseguir la principal prueba del proceso -la confesión del inculcado-, el carácter inquisitivo del juez -que reunía a la vez las condiciones de acusador y juzgador-, etc. El debido proceso, en el sentido de superación del proceso inquisitivo, viene indisolublemente aparejado a la noción misma de un Estado Democrático, y con él, al reconocimiento de ciertos derechos fundamentales de los individuos.

Como consecuencia directa de lo anterior, cabe subrayar la estrecha relación del debido proceso con los principios que caracterizan un sistema procesal penal de tipo acusatorio. Entre ellos: el principio de contradicción, principio de bilateralidad, principio de inmediación, y con éste el de oralidad y libre valoración probatoria, el principio de publicidad, etc. Son estos los pilares desde los cuales se irán construyendo las garantías que hoy en día asociamos directamente al debido proceso.

Podemos agrupar las distintas garantías integrantes de un debido proceso, dependiendo de qué es lo que pretenden asegurar: las condiciones del órgano adjudicador, las condiciones del procedimiento o las prerrogativas del sujeto que se ve expuesto al proceso, el inculcado, acusado o imputado -denominación de nuestro proceso penal moderno-. De este modo, podemos distinguir en qué elemento del proceso pone énfasis cada una de las garantías y los fines que persiguen cada una de ellas respectivamente. Cabe advertir que esta clasificación se intenta con fines meramente didácticos y no pretende fundar categorías conceptuales o dogmáticas, pues como veremos, cada una de las garantías podrá ser ubicada de modo diferente de acuerdo a cómo se la presente.¹⁶

¹⁵ El hecho de ser el debido proceso un concepto equivalente a un grupo abierto de garantías lo convierte en un vehículo muy útil para incorporar nuevas garantías al proceso y para evadir conflictos a la hora de determinar exactamente qué garantías tendrán el carácter de fundamental.

¹⁶ Así por ejemplo, si bien la garantía de un tribunal independiente e imparcial la presentamos como una garantía establecida en atención a las condiciones del órgano adjudicador, podría igualmente presentarse como una prerrogativa del imputado en tanto éste tiene el derecho a contar con un tribunal independiente e imparcial, o bien, podría ubicarse como garantía del procedimiento en tanto éste debe desarrollarse ante un tribunal independiente e imparcial. No se trata, por lo tanto, de categorías rígidas e impermeables, sino más bien de una ordenación sistemática de las garantías envueltas en la noción de un debido proceso.

La primera clase de garantías asociadas a un debido proceso dicen relación con el tipo de órgano adjudicador que debe conocer y resolver el conflicto, es decir, con las condiciones que debe cumplir el tribunal ante el cual se ventila el proceso. En este nivel incluimos la necesidad de que el órgano adjudicador sea un organismo competente, independiente e imparcial, y establecido con anterioridad al acaecimiento de los hechos. El legislador debe establecer con claridad y de forma previa a los hechos que se examinan, cuál es el órgano facultado para conocer y resolver el conflicto. Pero no basta con eso, sino que dicho órgano deberá necesariamente satisfacer estándares de independencia e imparcialidad. Es decir, debe constituir un órgano libre de injerencias de los demás poderes del Estado, y erigirse como un tercero ajeno al conflicto y a las partes.

En un segundo plano podemos ubicar las garantías que rigen las condiciones del procedimiento propiamente tal. En esta categoría cabe mencionar la garantía de un juicio único (también conocida como *ne bis in idem* en el plano continental o como la cláusula del *double jeopardy* en el plano anglosajón), público y sin dilaciones. Estas condiciones aseguran la debida transparencia del juicio, su seriedad y eficacia, al tiempo que permiten la fiscalización del mismo por parte del imputado y la sociedad en general, y reducen el inminente estado de incertidumbre jurídica que sufre quien se ve expuesto al proceso.

Por último, existe un grupo de garantías que tienden directamente a dotar al imputado de prerrogativas que lo protegen o que constituyen salvaguardas ante el poder sancionatorio del Estado. Entre éstas se cuentan la presunción de inocencia, los derechos de defensa del imputado, entre ellos el derecho a contar con asistencia de un letrado y con el tiempo y los medios necesarios para defenderse, el derecho a presentar pruebas, a que éstas sean debidamente valoradas, a objetar las pruebas presentadas por la contraparte, y derecho a excluir las pruebas que hubiesen sido obtenidas con violación de los derechos fundamentales del imputado -garantía que se ha desarrollado tanto en el derecho anglosajón con la llamada *exclusionary rule*¹⁷, como en derecho continental con la doctrina de la prueba ilícita-, el derecho a ser informado (por ejemplo de las razones de la detención, los delitos imputados, etc.), el derecho a no declarar o guardar silencio (también conocido como la garantía contra la autoincriminación o *nemo tenetur*¹⁸), y el derecho a recurrir del fallo (lo cual supondrá no sólo un deber de notificar a tiempo al inculcado de la decisión del órgano adjudicador, sino también un genérico deber del mismo de fundamentar sus resoluciones y, especialmente, la sentencia condenatoria).

¹⁷ Sobre el tema de prohibición de producción de prueba y prohibición de valoración en el campo penal, consultar: DALLMEYER, JEANS, *Beweisführug im Strengbeweisverfahren*, BOD, Frankfurt, 2002, págs.33 y ss.; y, JÄGER, CHRISTIAN, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote um Strafprozess*, CH. Beck, München, 2002, *passim*.

¹⁸ Por todos ver: ROGALL, KLAUS, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Duncker und Humblot, Berlin, 1977, especialmente págs. 67 y ss. y VERREL, TORSTEN, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, CH. Beck, München, 2001, págs. 13 y ss. En inglés consultar: HELMHOLZ, RH.; GRAY, CHARLES M.; LANGBEIN, JOHN H.; MOGLEN, EBEN; SMITH, HENRY E.; y, ALSCHULER, ALBERT W., *The Privilege Against Self-Incrimination*, The University of Chicago Press, Chicago, 1997, especialmente págs. 108 y ss

Estos derechos del imputado le han hecho ocupar hoy una posición central en el proceso. Una posición que lo sitúa por sobre otros objetivos que el proceso pueda perseguir, como lo serían por ejemplo, la eficacia o celeridad en la adjudicación, la averiguación de la verdad material, u otros. Es por ello que ante situaciones sociales críticas, como por ejemplo el terrorismo, el narcotráfico o el delito organizado, vuelven a ponerse en tela de juicio estas garantías, en tanto “entorpecerían” otros objetivos que se muestran como socialmente apremiantes. De ahí la trascendencia de analizar cómo han sido articuladas las garantías asociadas a un debido proceso y cómo se han resuelto, si es que se ha hecho, los dilemas propios de estas cuestiones.

Todas estas garantías han sido objeto de un nutrido desarrollo jurisprudencial y doctrinario, por lo que resulta difícil agruparlas y desarrollar un trabajo analítico que abarque a todas ellas bajo un núcleo común como lo es el debido proceso. Si bien las explicaciones anteriores se fundan en el ámbito del enjuiciamiento punitivo, el resultado de la investigación es plenamente aplicable al campo del proceso civil con los debidos ajustes del caso. En otras palabras, es posible predicar del debido proceso civil un contenido similar haciendo una aplicación *mutatis mutandis* de las categorías antes enunciadas.

b) El procedimiento contenido en el DL 211 y su supuesta vulneración de la garantía constitucional del debido proceso

En varias ocasiones, tanto durante el desarrollo del juicio como en el recurso de reclamación interpuesto ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, las empresas requeridas (Salcobrand y Cruz Verde) deslizan la tesis que los poderes de dirección material (iniciativa probatoria) que el legislador reconoce al TDLC afectarían su imparcialidad y como consecuencia de ello la garantía constitucional del debido proceso.

Si bien este informante reconoce en la imparcialidad del juzgador uno de los contenidos posibles de la garantía constitucional del debido proceso, la cuestión de fondo apunta en un sentido diverso, a saber: si al reconocer facultades de dirección material al órgano de adjudicación se afecta la imparcialidad del mismo en el sentido exigido por la garantía constitucional del debido proceso.

De acuerdo con el artículo 18 N° 1 del DL 211, el TDLC es el órgano competente para conocer la solicitudes o peticiones de parte de cualquier persona o de la FNE sobre infracciones anticompetitivas.

El procedimiento contencioso ante el TDLC se regula en los artículos 19 a 30, inclusive del DL 211. En todo caso, de acuerdo con el artículo 29 del mismo cuerpo normativo, se aplican supletoriamente los Libros I y II de Código de Procedimiento Civil, en todo aquello que no sea incompatible.

El procedimiento contencioso presenta los siguientes rasgos en la materia objeto del presente informe:

- (i) Escrituración. El procedimiento es escrito, con la excepción de la vista de la causa (Art. 20 DL 211).
- (ii) Dirección formal. Corresponde al TDLC impulsar la tramitación

- del procedimiento hasta la resolución definitiva (Art. 20 DL 211).
- (iii) Dirección material. El TDLC podrá, en cualquier estado del juicio y aun después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos, disponer la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes (Art. 22 DL 211).

Así las cosas, ¿es un error del legislador el haber estructurado un proceso ante el TDLC que abandona la tradición liberal al sustituir el principio dispositivo por el principio inquisitivo otorgando la dirección formal y material del mismo al órgano de adjudicación? ¿Vulnera ese diseño normativo la garantía constitucional del derecho al justo y racional proceso?

Para responder a las interrogantes anteriores es necesario hacer ciertas precisiones terminológicas de manera previa. En primer término, se debe distinguir entre principios y garantías. En efecto, la distinción entre principios y garantías es propia de la dogmática foránea. En nuestro campo, fue precisamente Ramos Méndez¹⁹ quien primero utilizó esta distinción. Para el citado autor, los principios no dejan de ser simples criterios de organización de la tutela procesal no susceptibles de ser constitucionalizados en atención a su propia naturaleza. Entre estos se encuentran los binomios principio dispositivo/principio de oficialidad, principio de aportación de parte/principio investigación de oficio y principio de oportunidad/principio de legalidad. Como contrapartida, el debido proceso es una garantía constitucional y no un criterio de organización de la tutela procesal.

El sistema procesal nacional debe cumplir con el conjunto de garantías que se consagran en la Constitución y los tratados internacionales firmados y ratificados por Chile que fijan los valores mínimos del mismo. Por otro lado, los criterios de organización de la tutela procesal quedan en manos del legislador de turno para que en atención a las especialidades propias de cada sector convencional del ordenamiento jurídico, y en particular al tipo de intereses tutelados, pueda elegir libremente entre los binomios contrapuestos para estructurar un modelo de enjuiciamiento determinado, con el solo límite de no afectar alguna garantía constitucional del sistema procesal. Así las cosas, la sola circunstancia que el legislador opte por uno u otro de los criterios no importa una afectación de la garantía constitucional del debido proceso (o de sus concreciones), en la medida en que la garantía constitucional se satisface de maneras diferentes de acuerdo con las finalidad, función y materia de los concretos procedimientos.

A continuación se procederá a analizar el concepto y alcance de los criterios de organización de la tutela procesal relacionados con los poderes de dirección material del proceso, a saber: dispositivo/oficialidad y aportación de parte/investigación de oficio.

¹⁹ Ramos Méndez, Francisco, *Sistema procesal español*, JM. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 25.

El primer binomio objeto de análisis será el *principio dispositivo* versus *principio de oficialidad*. Ciertamente que en los juicios civiles el criterio que rige normalmente es el dispositivo, en cambio en ámbito penal el que rige es el de oficialidad. Con todo, esta afirmación debe ser matizada en los sistemas procesales penales de corte *adversarial*. Así, el *principio dispositivo* es entendido por la dogmática como la facultad que tienen las partes de disponer sobre la controversia jurídica, es decir, serán las partes quienes deben decidir si inician o no un juicio y determinan su objeto.²⁰ El *principio de oficialidad* implica que es el propio tribunal el que puede dar comienzo a un proceso por sobre el interés de las partes y, además, que el mismo tribunal puede determinar el contenido del juicio.

Con todo el principio dispositivo no es absoluto. Este principio primero se encuentra limitado a nivel del derecho material. Por tanto, si se carece de la facultad de disposición jurídico-material, tampoco las partes procesalmente pueden disponer ilimitadamente sobre el objeto litigioso.

Una segunda morigeración del principio dispositivo viene dada por el deber que tiene el órgano jurisdiccional de esclarecimiento de los hechos sometidos a su decisión.²¹ Si bien es asunto de las partes la formulación de peticiones y el planteamiento de ellas, es deber del tribunal el esclarecimiento de los hechos y ello lo obliga a influir para que las partes planteen peticiones claras y conducentes.²²

Finalmente, la última excepción al principio dispositivo viene dada por las reglas de dirección formal del proceso. La dirección del proceso tiene lugar a través del impulso de oficio. Con esta terminología se denomina la puesta en marcha y mantenimiento del procedimiento. Efectivamente, el juez será el encargado de fijar la audiencia preliminar y la de prueba. En la dirección del proceso el tribunal debe posibilitar la sustanciación diligente del procedimiento, evitando las dilaciones dilatorias e impertinentes y la prolongación indebida de las audiencias por la realización de diligencias reiterativas.

El segundo binomio es el principio de *investigación de oficio* y *aportación de parte*. También tradicionalmente se ha sostenido que el principio de aportación de parte es propio del proceso civil y el de investigación de oficio es propio del proceso penal. Con todo, esta última afirmación es discutible en los sistemas procesales que reconocen una *estructura adversarial* como el chileno. En el principio de *aportación de parte* la carga de la prueba y la iniciativa de los actos de producción de prueba recaen sobre las partes, sin que se reconozca al tribunal facultades para intervenir en ella.²³ El principio de aportación de parte descansa, fundamentalmente, en la autono-

20 En el mismo sentido: Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz; y, Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, CH. Beck, München, 2004, págs. 479 y ss.; Grunsky, Wolfgang, *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974, págs. 18 y ss.; y, Grunsky, Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, Luchterhand, München, págs.24 y ss.

21 Grunsky, Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 29 y ss.

22 Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz; y, Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 480 y ss.

23 Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz; y Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs.481 y ss., y Grunsky, Wolfgang, *Zivilprozessrecht*, op. cit. págs.27 y ss.

mía de la voluntad particular.²⁴ Por otra parte, el principio de *investigación de oficio* supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa y en ello no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso. Lo anterior produce dos consecuencias: a) El tribunal no queda vinculado por las posiciones de las partes acerca de la verdad de un hecho; y, b) El tribunal puede y debe producir prueba de oficio.

El principio de aportación de partes también reconoce algunas limitaciones. La primera limitación, atiende al deber de esclarecimiento de los hechos que tiene el tribunal. Efectivamente, éste debe incidir sobre las partes, en el sentido que ellas se expresen íntegramente sobre los hechos relevantes y formulen peticiones conducentes.²⁵ La segunda limitación es el deber de actuar con buena fe de las partes.²⁶ De acuerdo a este principio, las partes deben formular sus declaraciones sobre las circunstancias fácticas íntegramente y de acuerdo a la realidad de los hechos. Finalmente, la última limitación viene dada por la posibilidad del tribunal de realizar exámenes de oficio de los presupuestos procesales de existencia y validez, puesto que el juicio siempre debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin que sea dable esperar que se resuelvan en la sentencia definitiva la falta de presupuestos procesales o de vicios formales que impidan lograr aquel objetivo.²⁷

Para un grupo reducido de autores, especialmente argentinos,²⁸ existe una íntima vinculación entre el principio dispositivo y el de aportación de parte. Dicho en otros términos, el principio dispositivo y de aportación de parte constituyen una unidad indisoluble, haciendo de paso inútil la distinción antes apuntada. Así las cosas, para esta línea de pensamiento sólo existe el principio dispositivo (dispositivo y aportación de parte) y su contracara el inquisitivo (oficialidad e investigación de oficio).²⁹

En opinión de este informante, dicha aseveración carece de sustento científico. Efectivamente, la decisión de si el proceso civil ha de inspirarse en el principio de aportación de parte o en su antinomia, es decir el de investigación de oficio, pertenecería al ámbito de las decisiones jurídico-políticas. En la elección por uno u otro criterio el legislador deberá tener presente aspectos tales como: función que se

²⁴ Sobre la relación entre la voluntad y los actos procesales ver: FAZZALARI, ELIO, *Istituzioni di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 1996, págs.356 y ss.

²⁵ En especial debe inducirlo a completar las referencias fragmentarias de los hechos investigados y designar los medios de prueba.

²⁶ Sobre el tema de la buena fe procesal consultar: Picó I Junoy, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 2003, *passim*.

²⁷ Sobre la teoría de los presupuestos procesales desde una perspectiva contemporánea confrontar: Rosenberg, Leo; Schwab, Karl Heinz; y Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, op. cit., págs. 618 y ss.; y, Marinoni, Luiz Guilherme; Pérez Ragone, Álvaro; y, Núñez Ojeda, Raúl. *Fundamentos del proceso civil*, Abeledo Perrot/Legal-publishing, Santiago, 2010, págs. 416 y ss.

²⁸ Ver por todos ver: Alvarado Velloso, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Puntotex, Santiago, 2011, págs. 47 y ss. En Chile siguen esa línea: Palavecino Cáceres, Claudio, *El retorno del inquisidor. Crítica a la iniciativa probatoria judicial*, La Ley Paraguay, Asunción, 2011, especialmente págs. 47 y ss.

²⁹ En este sentido ver: Botto Oakley, Hugo, *La congruencia procesal*, Editorial de Derecho, Santiago, 2007, pág. 316.

le asigna al proceso de adjudicación, finalidad de la prueba, materia de los concretos procedimientos, etc. De ahí la necesidad de mantener la distinción del mismo respecto del principio dispositivo. Además, se hace necesario fijar los límites en que se mueven los principios antes señalados.

Para demostrar la funcionalidad de la distinción (entre el principio dispositivo y el de aportación de parte), debemos primero esclarecer cómo se fija el *objeto del proceso* en el enjuiciamiento civil. Así la doctrina tradicional señala que el objeto del proceso lo han de fijar las partes en los escritos fundamentales iniciales, en virtud del principio dispositivo. Con todo, aquella dimensión fáctica estará subordinada a la teoría sobre el objeto del proceso que se sustente, a la concepción de los elementos individualizadores del mismo, a la noción adoptada a la hora de determinar la *causa de pedir*. Para solucionar este *puzzle* recurriremos a la autora española Berzosa Francos,³⁰ para quien los hechos alegados por las partes, generalmente por el actor, constituyen el elemento básico y definidor de la causa de pedir. Ahora bien, esta afirmación requiere de una precisión, siendo necesario recurrir a la distinción entre individualización o particularización de una determinada petición y la motivación o fundamentación de la misma. Así, los hechos que son esenciales para configurar el objeto debatido y que desde esta perspectiva constituyen la *causa petendi* son aquellos que delimitan la petición, que la distinguen de los demás. La fundamentación es un acto posterior que permite al juzgador resolver acerca de este objeto que se debate.³¹

Así las cosas, una correcta delimitación de los *principios dispositivo* y de *aportación de parte* se podría argüir que el fundamento de la exclusividad de las partes, en lo tocante a la aportación de los hechos, no es el mismo según se trate de los hechos individualizadores o singularizadores de la pretensión, por un lado, y los que sirven de justificación o motivación de aquélla, esto es, influyen en el resultado favorable o contrario a su reconocimiento, por otro. En relación con la primera categoría de hechos, en la medida que singularizan la *causa petendi* y, en definitiva, el objeto litigioso, el exclusivo protagonismo de las partes en su incorporación al proceso descansa en el principio dispositivo. La exclusividad respecto de la segunda categoría de hechos, sin embargo, se apoya, en opinión de este informante, en el principio de aportación de parte. Y como dicho principio de naturaleza técnica no está inevitablemente condicionado por un determinado modelo económico reconocido por nuestra Constitución (derecho de propiedad, derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el derecho al estado empresario subsidiario, etc.³²). Por tanto, nada impide sostener que respecto de los hechos motivadores o justificadores se hubiere podido establecer una mayor intervención judicial, pues no resulta cubierto por el *principio dispositivo*.

³⁰ Berzosa Francos María Victoria, *Demanda, "causa petendi" y objeto del proceso*, El Almendral, Córdoba, 1984, págs. 32 y ss.

³¹ Etxeberria Gudi, José Francisco, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 135 y ss.

³² Ver sobre este punto: Fernando V., Arturo, *Derecho constitucional económico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, págs. 117 y ss.

Respecto de las excepciones que también conforman el objeto del proceso, se debe señalar que las excepciones materiales son aquellas que introducen hechos nuevos, pero sin llegar a suscitar un objeto procesal nuevo, es decir, no constituye la *causa petendi* de otra pretensión. Los hechos alegados por el demandado como fundamento de las excepciones materiales pueden ser de tres tipos: *impeditivos*, *extintivos* y *excluyentes*. Por tanto, las excepciones materiales que consisten en hechos *excluyentes* sólo podrán ser consideradas por el juez si existe alegación expresa del demandado y si han sido probadas por éste. En cuanto a las excepciones materiales correspondientes a las restantes categorías de hechos (*impeditivo/extintivos*), éstos han de ser alegados por las partes y probados, pero no necesariamente por el demandado, para que puedan ser considerados por el juzgador³³.

En lo relativo a lo que la doctrina italiana llama hechos secundarios, es decir, aquellos que en contraposición con los primarios permiten deducir directa o indirectamente la existencia o no de un determinado modo de ser de los hechos jurídicos el profesor Taruffo señala que el juez tiene la posibilidad de individualizar hechos secundarios no alegados cuyo conocimiento puede resultar útil para una verificación más completa de la existencia de los hechos jurídicos alegados.³⁴

Por tanto, se puede afirmar que el viejo aforismo *secundum allegata et probata partium* permanece intacto, sólo en lo referido a los *allegata partium*, que constituye siempre un límite insalvable para un sistema procesal inspirado en el **principio dispositivo**, no así la segunda parte del aforismo, es decir *probata partium* que caería bajo el **principio de aportación de parte**.³⁵

El procedimiento establecido por el legislador en el DL 211 para la sustanciación de las infracciones anticompetitivas se encuentra estructurado en base a los principios dispositivo y de investigación de oficio. Lo que no constituye una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso, toda vez que no importa afectación alguna a la garantía constitucional del derecho a un juez imparcial.

En efecto, no es posible sustentar de manera seria que la atribución de poderes autónomos de iniciativa instructora al juez pone en peligro su carácter de tercero imparcial. Sobre este punto es posible observar (al margen de la dudosa admisibilidad de las ingenuas nociones psicológicas en las que se basa este argumento) que si éste fuese válido deberíamos concluir que **todos los legisladores procesales europeos (cada uno a su modo) han atravesado un momento de máxima ingenuidad que los ha inducido a atribuir al juez una función activa en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta de que de esa manera habrían puesto en riesgo al valor fundamental de la imparcialidad y la independencia de juicio por el propio juez**. Sin embargo, deberíamos concluir que la experiencia comparada muestra que es **infundado el temor de que el juez, al desempeñar un papel activo, se convier-**

³³ Etxeberria Gurdi, José Francisco, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, op. cit., págs. 141y ss.

³⁴ Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 119 y ss.

³⁵ En el mismo sentido: J. Vicente, Gimeno Sendra, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 187 y ss.

ta por ello en un juez parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio recabado en el juicio, incluso a partir de su propia iniciativa.³⁶

En efecto, en las últimas reformas de los sistemas procesales civiles de Europa se han potenciado los poderes de instrucción de los jueces.³⁷ La extensión de estos poderes varía según la amplitud y la intensidad del rol activo que se pretenda conferir al juez. Su extensión es máxima cuando el juez tiene el poder de disponer de oficio de todos los medios de prueba legalmente admitidos, como prevé el art. 10 del *Code de Procédure Civile français*.³⁸ Es más reducida, en cambio, cuando se excluye que el juez pueda disponer de oficio cualquier medio de prueba, como ocurre en el caso del juez alemán,³⁹ en el que no se le permite disponer de una prueba testifical,⁴⁰ pero sí cualquier otra prueba; o en el caso italiano,⁴¹ en el que no tiene un poder de instrucción de alcance general (salvo en el ámbito del proceso laboral), pero que cuenta con el poder de ordenar la adquisición de varios medios de prueba específicamente previstos por la ley. Esta técnica normativa es típica de los ordenamientos del *civil law*; pero no está presente sólo en estos ordenamientos: se debe recordar que también las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses atribuyen al juez relevantes poderes de iniciativa probatoria, aunque los jueces americanos tienden a darles una limitada aplicación.⁴²

En lo que respecta a nuestra regulación positiva de los poderes de dirección material del juez civil, el problema se centra en la institución de las medidas para mejor resolver contenidas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.⁴³ Las mismas tienen su origen en la institución española de las diligencias para mejor proveer cuyo antecedente histórico se remonta a las Partida para pos-

³⁶ Taruffo, Michele, “Los poderes probatorios de las partes y el juez en Europa”, *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 181.

³⁷ Taruffo, Michele, *Simplymente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 197 y 198.

³⁸ Cadiet, Loïc Y Jeuland, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, Litec, París, 2004, págs. 399 y ss.

³⁹ Adolphsen, Jean, *Zivilprozessrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2006, págs. 210 y ss.

⁴⁰ Aunque el juez alemán puede inducir a las partes a proponer a los testigos que considere oportuno escuchar.

⁴¹ Ricci, Gian Franco, *Diritto Processuale Civile (vol. II)*, G. Giappichelli, Torino, 2006, págs. 61 y ss.

⁴² Sobre el sistema de los Estados Unidos de América del Norte ver: Hazard, Geoffrey C. y Taruffo, Michele, *American Civil Procedure. An Introduction*, Yale University Press, New Haven, 1993, págs. 71 y ss.

⁴³ Vale la pena tener presente que el proyecto de nuevo Código Procesal Civil presentado por el Presidente de la República, don Sebastián Piñera Echenique, el martes 13 de marzo del 2012 (número de boletín 8197-07) a la Cámara de Diputados de Chile, reconoce de manera expresa facultades a los jueces civiles para decretar prueba de oficio. En efecto, el citado proyecto en su artículo 288 dispone: “**Iniciativa probatoria.** Las partes podrán ofrecer los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que ordene, además, la generación u obtención de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas sino de un órgano o servicio público, de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado”. En su inciso segundo señala: “Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290”.

teriormente ser regulada en las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881.⁴⁴ Para el profesor TAvolari Oliveros, el juez que asume una iniciativa probatoria (medidas para mejor resolver), que inevitablemente redundará en beneficio de una parte y en perjuicio de la otra, sólo satisface las funciones de la jurisdicción y, así, no sólo no pone en peligro su imparcialidad, sino que, alcanzando los logros jurisdiccionales, la reafirma y confirma.⁴⁵

Por otro lado, se puede observar que el juez adopta una posición a favor de una de las partes en contra de la otra en cualquier momento del proceso, es decir, en todas las ocasiones en que dispone o decide alguna cuestión relativa al procedimiento, o resuelve cuestiones preliminares o prejudiciales y, sin embargo, nadie piensa que por esta razón, y en cada uno de esos momentos el juez pierda su imparcialidad.⁴⁶ Dado que no existe el juez *tabula rasa* y absolutamente pasivo, ni tampoco puede existir en el curso del proceso, deberíamos concluir que el juez nunca es imparcial; con ello, sin embargo, cualquier discurso sobre el proceso resultaría carente de sentido. No se entiende, por otra parte, por qué el juez deviene en parcial cuando ordena de oficio una diligencia probatoria o sugiere a las partes la proposición de una prueba, y esto no sucede, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba propuesta por la parte, o cuando reduce la lista de testigos, etc.⁴⁷

Desde otra perspectiva, es posible dar dos argumentos adicionales en favor de la iniciativa probatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El primero apunta a la finalidad de actividad probatoria. Para nosotros, bajo el enunciado “Está probado que *p*” se usa para hacer referencia al resultado de la actividad probatoria desarrollada a favor y/o en contra de la conclusión *p*. Por tanto, decir que algo está probado equivale a predicar la verdad de aquello que se considera probado. De este modo, no habría diferencias entre las nociones de prueba y verdad.⁴⁸ Es decir, una proposición está probada si los medios de prueba aportados permiten demostrar su verdad.⁴⁹

⁴⁴ Para una visión histórica sobre las medidas (en que encuentra su origen en las Partidas) ver: MARTÍN OSTOS, José De Los Santos, *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, Montecorvo, Madrid, 1981 págs.37 y s..

⁴⁵ TAvolari Oliveros, Raúl, “*Diligencias para mejor proveer: antiguos y nuevos retos*”, *Tribunales, jurisdicción y proceso*, op. cit., pág.30.

⁴⁶ En sentido contrario pero centrando su crítica en las medidas para mejor resolver: BOTTO OAKLEY, HUGO, *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2001, especialmente págs. 80 y ss.

⁴⁷ Taruffo, Michele, “Los poderes probatorios de las partes y el juez en Europa”, *La prueba*, op. cit., pág. 182.

⁴⁸ Taruffo, Michele, *Sui Confini. Scritti sulla Giustizia Civile*, II Mulino, Bologna, 2002, págs. 277 y ss.

⁴⁹ Un panorama completo sobre las teorías de la verdad en la filosofía contemporánea se puede consultar, entre otros: Nicolás, Juan Antonio y Frapolli, María José (Editores), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997, y, Valdés Villanueva, Luis M., En búsqueda del significado. *Lecturas sobre filosofía del lenguaje*, Tecnos, Madrid, 1995.

En la doctrina nacional, esta tesis no goza del beneplácito de los académicos, para quienes la prueba no reconoce como finalidad la búsqueda de la verdad.⁵⁰ Aquí se confunden dos cuestiones; la primera, es que teleológicamente la finalidad de la institución jurídica de la prueba es la averiguación de la verdad sobre determinados hechos a los efectos de aplicarles, como consecuencia jurídica, determinadas soluciones normativas. La segunda cuestión concierne a si la verdad es o no un elemento definitorio de la prueba, en el sentido expresado anteriormente, de modo que no pueda considerarse de ningún modo que una proposición está probada si es falsa.

La prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial. Por otro lado, dadas las limitaciones de ese medio, la presencia del medio no garantiza la obtención del fin (la verdad).

Las distintas limitaciones procesales (normas contra-epistemológicas⁵¹ y no procesales (tiempo, costo y medios humanos) que pueden interferir en la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados, produce que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos.

Frente a ello se presentan dos alternativas excluyentes y exclusivas; o bien se abandona la definición de la prueba en términos de verdad, esto es, la relación conceptual entre ambas nociones, o bien se sostiene que en los casos en que se declara probado un enunciado acerca de los hechos que resulta falso, en realidad no está probado.

La doctrina alemana del siglo XIX salvó este problema inventando una distinción entre dos tipos de verdades, a saber: la verdad formal o forense y la verdad material o real.⁵²

La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. Por ello, también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad *tout court*. Esta verdad sería en la mayor parte de los casos inalcanzable en el proceso judicial. Por otro lado, tenemos la verdad formal, que es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir con la verdad material, pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica.⁵³

En la primera mitad del siglo XX se alzaron importantes voces de la doctrina para rechazar explícita y claramente la distinción entre diversos tipos de verdad. En este sentido cabe mencionar la contribución del procesalista italiano Carnelutti⁵⁴:

⁵⁰ Confrontar entre otros: Benavente Gorroño, Darío, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, págs. 32 y ss. (incluso omite pronunciarse sobre el fin de la prueba); Casarino Viterbo, Mario, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil (Tomo III)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997; Carocca Pérez, Álex, *Manual de Derecho Procesal (Tomo II)*, LexisNexis, Santiago, 2003, págs. 151 y ss.; etc. También en Argentina es la regla general, como lo muestra: Arazi, Roland, *La prueba en el proceso civil*, La Roca, Buenos Aires, 1998, págs. 31 y ss.

⁵¹ Ver Guariglia, Federico, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, págs. 7 y ss.

⁵² Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del Derecho Procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1992, *passim*.

⁵³ Büllow, Oskar, *Zivilprozessrecht (Reedición del original 1895)*, Mohr, Tübingen, 2004,

⁵⁴ Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 222.

“La verdad es sólo una y la verdad formal y material no tiene asidero alguno en la ciencia moderna”. En otras palabras del mismo autor, “la verdad es como el agua, es pura o no es verdad”. Por tanto para esta parte de la dogmática la solución es que debe abandonarse la relación conceptual entre prueba y verdad.

Así las cosas, entre los procesalistas se identifican tres grandes tesis⁵⁵:

- (i) *La prueba como fijación de los hechos.* Se sostiene que la finalidad de la prueba es la fijación de los hechos por parte del juez con independencia de su relación con lo ocurrido. *Críticas:* 1) No hay una diferencia sustancial entre esta tesis y la de la verdad formal; 2) En ambos casos se produce una confusión entre atribución de efectos jurídicos de autoridad a una decisión judicial y su corrección, incluso jurídica.
- (ii) *La prueba como convicción del juez acerca de los hechos.* La prueba es el conjunto de operaciones por medio de las cuales se trata de obtener el convencimiento del juez respecto de unos datos determinados. *Críticas:* 1) Como en el caso anterior, se confunde el carácter jurídico de una resolución con su infalibilidad; 2) La noción de hecho probado (esto es, la prueba como resultado probatorio) es considerada de forma equivalente con la formación de la convicción. Así en este caso también hay escaso margen para el error, ya que si el juez alcanza la convicción el hecho está probado (problema de los recursos)
- (iii) *La prueba como certeza del juez acerca de los hechos.* La actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes. *Críticas:* 1) no está claro cuáles son los límites entre la noción de convicción y la de certeza en este contexto (parece que la noción de certeza tiene el carácter de subjetivo)

Finalmente, para nosotros, el punto de partida para resolver el problema entre prueba y verdad de una proposición es la distinción entre “ser verdadera” y “ser tenida por verdadera”. Una proposición *p* es verdadera si, y sólo si se da el caso que *p*. Esta es la clásica noción de verdad que se utiliza es la de “*verdad como correspondencia*” defendida entre otros por Tarski.⁵⁶ Es decir, si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. Por tanto, la verdad de la proposición *p* que se menciona en el enunciado probatorio (está probado que *p*) no depende en absoluto de lo que decida el juez, al emitir el enunciado probatorio en su decisión. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del

⁵⁵ Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 42 y ss.

⁵⁶ Tarski, Alfred, *Logic, Semantics, Metamathematics*, Hackett, Indianápolis, 1983, págs. 152 y ss.

proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo, etc. Depende única y exclusivamente, de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que p describe se hayan producido efectivamente.⁵⁷

Lo que sí depende del juez que decide el caso es considerar a p como verdadera. Esto es, el juez puede tener a p por verdadera en su decisión, a la luz de los elementos de juicio aportados al expediente judicial para probar la verdad de la proposición, e incorporarla como razonamiento decisorio, o no tenerla por verdadera.⁵⁸ Vale la pena señalar que la decisión de no tenerse por verdadera la proposición p no se debe confundir con la decisión de tenerla por falsa. Esta es otra diferencia entre el valor de la verdad de p y el hecho de que sea tenida por verdadera por alguien. En el primer caso, sólo dos opciones son posibles: la proposición es verdadera o falsa. En el segundo, en cambio, existe una tercera posibilidad intermedia: puede considerarse a p como verdadera, como falsa (no- p) o no atribuirle valor de verdad. En este último caso es cuando no se dispone de elementos de juicio suficientes a favor ni en contra de la proposición p .

¿Cuál es la relación de lo antes señalado con la prueba jurídica? El problema puede verse de la siguiente manera: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso.⁵⁹ Cuando los específicos medios de prueba incorporados en el proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición, entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera.

En todo caso, podría añadirse que, *a posteriori* de la decisión judicial, una vez que la sentencia ha adquirido firmeza y salvo excepciones, a los efectos jurídicos lo que importará será aquello que el juez ha tenido por verdadero y perderá relevancia aquello que es verdadero (en caso que no coincidan). Pero este es un problema únicamente de atribución de efectos jurídicos que no tiene nada que ver con la verdad de ninguna proposición.

Por tanto, carece de toda lógica privar al juez de las facultades de decidir, cuando el procedimiento está necesitado de prueba y qué medios de probatorios son los más adecuados, ya que la prueba tiene por objeto la búsqueda de la verdad como correspondencia.

Un segundo argumento apunta a la función social del proceso.⁶⁰ Hace ya

⁵⁷ Para una revisión de las teorías de la verdad desde el prisma del derecho, consultar por todos: Neumann, Ulfried, *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2004, págs. 11 y ss. Finalmente, para un análisis desde el ámbito del proceso penal confrontar por todos: STAMP, FRAUKE, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1998, págs. 13 y ss.

⁵⁸ Taruffo, Michele (con Comoglio Luigi Paolo y Ferri, Conrado), *Lezioni sul processo civile (t. I)*, Il Mulino, Bologna, 2006, págs. 413 y ss.

⁵⁹ Aquí seguimos la opinión de Ferrer Beltrán: Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 84.

⁶⁰ Cappelletti, Mauro, *Proceso ideología, sociedad*, EJE, Buenos Aires, 1974, págs. 22 y ss. Para una visión diversa del proceso civil ver: Marinoni, Luiz Guilherme; Pérez Ragone, Álvaro; y, Núñez Ojeda, Raúl, *Fundamentos del proceso civil*, op.cit., págs. 3 y ss.

mucho tiempo que la doctrina sostiene que el proceso no es un tema que incumbe sólo a los particulares involucrados en el conflicto.

Efectivamente, el proceso es un instrumento sofisticado para la resolución de las controversias entre los particulares, pero al mismo tiempo es un instrumento para la implementación de políticas públicas. En otros términos y desde una perspectiva comunicativa, los Tribunales de Justicia son aplicadores de los programas legislativos elaborados por el Parlamento que, a su vez, los estructura sobre la base de un programa político que fue votado por una mayoría de personas deliberativas. Estas últimas, reconocen legitimidad al sistema jurídico al cumplir con la máxima de raíz kantiana sustentada por Habermas: “*Solo me obligo a aquello que yo mismo he consentido en obligarme*”.⁶¹

Así las cosas, las partes no pueden hacer uso del proceso con fines meramente estratégicos o simplemente ilícitos. Por ello es que en doctrina comparada se ha estudiado profusamente tanto el principio de la buena fe y el llamado abuso del proceso.

Como conclusión, para este informante, la iniciativa probatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resulta completamente coherente con la reducción del error en el *juicio de hecho*. El órgano de adjudicación del Estado no interviene en la determinación de los *hechos a probar*; lo que busca su iniciativa es aumentar las posibilidades de resolver el conflicto de acuerdo al derecho, a través de fijar los *hechos probados*. Así las cosas, no existe afectación alguna a la garantía constitucional del debido proceso por la opción del legislador nacional de estructurar el procedimiento contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en base a los criterios de organización de la tutela procesal dispositivo e investigación de oficio. Por tanto, es completamente errado argumentar que el diseño del procedimiento contencioso contenido en el DL 211 lesiona el debido proceso por otorgar facultades para decretar diligencias probatorias de oficio, cuestión que en opinión de una de las requeridas (Cruz Verde) afectaría la imparcialidad del juzgador.

Por otro lado, si el solo reconocimiento de las facultades de dirección material del proceso no afecta el derecho de las partes a un juez imparcial, que forma parte del contenido de la garantía constitucional del derecho al debido proceso, ¿cuándo el ejercicio de esta facultad podría infringir la garantía en comento? La respuesta se debe estructurar sobre la base de la infracción del principio dispositivo a través de las facultades probatorias (principio de investigación de oficio) del órgano de adjudicación. En otras palabras, lo que se pretende responder es a la pregunta de ¿cuándo la incorporación de los hechos (vía prueba de oficio) lesionaría el principio dispositivo al excluir del dominio de las partes la determinación del objeto? Así las cosas, hay que distinguir entre hechos individualizadores de la pretensión y los hechos que motivan o justifican ésta- y en definitiva, el objeto del proceso-. Se puede concluir que sólo cuando se incorporan de oficio los elementos fácticos pertenecientes a la primera categoría de hechos se estaría produciendo la injerencia judicial en la tarea

⁶¹ Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999, págs. 202.

de las partes de configurar el objeto del proceso, pero no cuando la iniciativa judicial se centra en los hechos justificativos.

Respecto de las excepciones, se debe señalar que los hechos alegados por el demandado como fundamento de las excepciones materiales pueden ser de tres tipos: *impeditivos*, *extintivos* y *excluyentes*. Por tanto, las excepciones materiales que consisten en hechos *excluyentes* sólo podrán ser consideradas por el juez si existe alegación expresa del demandado y si han sido probadas por éste. En cuanto a las excepciones materiales correspondientes a las restantes categorías de hechos (*impeditivo/extintivos*), éstos han de ser alegados por las partes y probados, pero no necesariamente por el demandado, para que puedan ser considerados por el juzgador.

Por último, hechos secundarios, es decir, aquellos que en contraposición con los primarios permiten deducir directa o indirectamente la existencia o no de un determinado modo de ser de los hechos jurídicos, el juez tiene la posibilidad de individualizar hechos secundarios no alegados cuyo conocimiento puede resultar útil para una verificación más completa de la existencia de los hechos jurídicos alegados.

Cabe hacer presente que en opinión de este informante el proceso contencioso contenido en el DL 211 cumple con los estándares fijados por la garantía constitucional del debido proceso, no sólo respecto del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, sino también por el resto de los derechos que integran el contenido de la garantía en comento. En especial, cabe poner de relieve que respecto de las demás garantías relativas al órgano de adjudicación, el TDLC es un órgano competente, independiente (tribunal especial fuera del Poder Judicial)⁶² y establecido con anterioridad al acaecimiento de los hechos.

III. LA CONGRUENCIA ENTRE REQUERIMIENTO Y SENTENCIA

a) Introducción

Otro punto fuertemente cuestionado por las empresas requeridas (Salcobrand y Cruz Verde) es el relativo a los supuestos cambios operados en el objeto del proceso ante el TDLC. En efecto, para las requeridas la sentencia del TDLC habría incurrido en un defecto de falta de congruencia procesal.

En opinión de este informante, la tesis de Cruz Verde y Salcobrand de que cualquier modificación entre el requerimiento y la sentencia importa una afectación del deber de congruencia no tiene sustento desde un punto de vista dogmá-

⁶² El TDLC como tribunal especial fuera del Poder Judicial se encuentra sujeto a un estatuto de garantías que busca asegurar la independencia externa de los jueces para un ejercicio imparcial de la función de adjudicación. Las normas que fijan la forma de nombramiento de los jueces que integran el tribunal (Art. 6 DL 211), las que fijan la permanencia en sus cargos de los mismos (Art. 7 DL 211), las normas que buscan asegurar su responsabilidad de los jueces que lo integran (Art. 82 Constitución Política de la República, art. 9 bis DL 211, entre otras.), etc.

tico. En concreto, serían nueve las modificaciones de las que habla Cruz Verde y aquellas a las que alude Salcobrand. De acuerdo con el escrito de observaciones a la prueba de Salcobrand esos cambios de versiones estarían dados por el origen de la supuesta colusión, la clase de medicamentos objeto de la colusión: los medicamentos específicos objeto de colusión; la materialización del supuesto acuerdo; los precios del supuesto acuerdo la ejecución del supuesto acuerdo; el mecanismo del acuerdo de colusión. Cruz Verde se refiere en su reclamación (pág. 50 y ss.) a supuestas modificaciones en el origen y antecedentes del acuerdo, en que la coordinación se materializara a través de los laboratorios a través de sus listas de precio público sugerido, en el resultado del acuerdo colusorio y en el mecanismo del acuerdo colusorio.

Así las cosas, corresponde hacerse cargo de estas afirmaciones fijando, en una primera etapa, qué debemos entender por objeto del proceso en juicio de libre competencia, para, en una segunda fase, identificar aquellos elementos del requerimiento que no pueden variar y que deben ser congruentes con el contenido en la sentencia definitiva.

b) La congruencia civil y penal

El deber de ***congruencia civil*** encuentra su fundamento en el principio dispositivo, por ser éste, sin lugar a dudas, la traducción procesal en donde se refleja con mayor fidelidad el respeto a la naturaleza jurídico-disponible del derecho material deducido en el juicio.⁶³ Así las cosas, es posible definir congruencia como *el deber judicial de respuesta y respeto en los pronunciamientos de la sentencia a las peticiones y alegaciones fundamentales oportunamente deducidas por ambas partes*.⁶⁴

Más allá de las distintas formulaciones con que se define la congruencia civil, el ámbito que, comúnmente aceptado, no puede rebasar el juzgador alcanza: a) a las partes del proceso; b) *el petitum*; y, c) a la *causa de pedir*, es decir, comete incongruencia el tribunal que dicta sentencia no respetando alguno de los tres elementos.⁶⁵

Así, se debe tener presente que la congruencia es el resultado de la comparación entre dos términos: por un lado, cierta actividad procesal de las partes; por el otro, la sentencia del juez.

El primero de los términos de comparación no está integrado solamente por la pretensión procesal, constitutiva del objeto del proceso en sentido estricto, sino también por otras peticiones, concretamente por las formuladas por el demandado para obtener una sentencia favorable.

Pero no basta con atender a las peticiones, sino también a las alegaciones

⁶³ Millán, Carlos, *Incongruencia civil*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 22 y 23.

⁶⁴ De Padura Ballesteros, María Teresa, *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir congruencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 26.

⁶⁵ Millán, Carlos, *Incongruencia civil*, op. cit., pág. 41 y De Padura Ballesteros, María Teresa, *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir congruencia*, op. cit., pág. 25.

formuladas para fundarlas. La pretensión procesal está compuesta, como es sabido, por la petición y la causa de pedir, pero además, desde el punto de vista del actor, son también relevantes para el efecto de la congruencia las alegaciones de hecho que no identifican la pretensión procesal, pero son adecuadas para obtener su estimación. En cuanto al punto de vista del demandado, también hay que atender a sus alegaciones, pues una misma petición puede ser estimada por diferentes fundamentos y sólo es congruente la sentencia que la estima por el fundamento alegado.

El segundo de los términos de la comparación se define mejor refiriéndolo a la sentencia, que a la parte dispositiva del mismo, sobre todo si por esta última se entiende estrictamente el fallo, como parte de la estructura de la sentencia.

La conformidad, adecuación o correlación en que la congruencia consiste puede faltar o quebrarse, en los casos concretos, de dos modos: por defecto, si no se resuelve sobre todo lo que se debió resolver, y por exceso, si se resuelve sobre lo que no es objeto de resolución.

Así las cosas, cabe preguntarse ¿en qué elementos ha de existir correlación o adecuación para que se entienda cumplido el deber de congruencia civil? Lo primero es que la correlación ha de existir, en primer término, respecto de la parte en el proceso, en el sentido de que la sentencia ha de extender, pero también limitar, sus pronunciamientos a ellas.

En segundo término, la sentencia ha de pronunciarse respecto de la pretensión procesal interpuesta y sólo respecto de ella. Ello impone analizar la correlación con los llamados objeto inmediato y mediato de la pretensión y con la causa de pedir.⁶⁶

Respecto del objeto inmediato de la pretensión, la congruencia impone pronunciarse sobre la clase de tutela jurisdiccional (condena, mera declaración, constitutiva) pedida por el actor y no sobre otra.

En cuanto al objeto mediato de la pretensión, la congruencia impone ceñirse a los límites cualitativos y cuantitativos de dicho objeto: no cabe pronunciarse sobre otra prestación, sobre otra relación jurídica o sobre otro acto o negocio jurídico, que aquellos respecto a los cuales se ha reclamado pronunciamiento, ni tampoco (en caso de que la cantidad sea relevante) sobre mayor cantidad que la solicitada (y no sólo para concederla, sino también para denegarla).⁶⁷

Ha de existir, además, una correlación con el otro elemento de la pretensión, con *la causa de pedir*. Es sabido que la causa de pedir consiste en hechos, pero no todos los hechos constitutivos necesarios para estimar la pretensión, sino sólo aquellos la individualizan o identifican.

Debe haber correlación con las alegaciones de las partes y con las peticiones del demandado influyentes en la admisibilidad y en el sentido de los pronuncia-

⁶⁶ Sobre el concepto del objeto del proceso ver el clásico trabajo: Schwab, Karl H., *El objeto litigioso en el proceso civil*, EJEA, Buenos Aires, 1968, *passim*. También consultar: Ramos Méndez, Francisco, *Derecho y proceso*, JM. Bosch, Barcelona, págs. 270 y ss.

⁶⁷ Ortells Ramos, Manuel y otros, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2005, págs. 437 y 438. Para otra mirada del objeto del proceso, en que distingue un objeto actual de un virtual, consultar: De La Oliva Santos, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 75 y ss.

mientos. Así no puede emitirse de oficio un pronunciamiento de absolución de la instancia, salvo que el requisito condicionante del pronunciamiento de fondo tenga el tratamiento de presupuesto procesal en sentido estricto.⁶⁸ Si su tratamiento es de impedimento procesal aquel pronunciamiento sólo puede emitirse, sin incurrir en incongruencia, si el demandado ha formulado la correspondiente alegación y petición.

Se infringe la congruencia, como ya se señaló, si se toman en consideración hechos constitutivos no alegados por el actor⁶⁹.

También, si se resuelve sobre la pretensión procesal en atención a hechos impeditivos o extintivos no alegados por ninguna de las partes, salvo que excepcionalmente el juez deba tomarlos en cuenta de oficio, aunque no resulten de alegaciones de las partes. Igualmente si se resuelve en atención a hechos excluyentes que el

⁶⁸ El concepto de presupuesto procesal fue expuesto por primera vez por el jurista alemán BÜLOW en la clásica obra „*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*“ de 1869. Como toda relación jurídica, la de naturaleza procesal tiene requisitos de validez. BÜLOW definía a los presupuestos procesales como “las condiciones para la constitución de la relación jurídico-procesal” o como “los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquella”, o bien, “como las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal. Se comprende bajo esta denominación aquellos elementos formales que se precisan para que una relación procesal surja válidamente. Así las cosas, en su primera versión los llamados presupuestos procesales se referían a todo el proceso y condicionaban la existencia del mismo. Con todo, de acuerdo con la moderna orientación de la dogmática procesal, se puede definir los presupuestos procesales como aquellas circunstancias formales establecidas por la ley procesal, que deben concurrir en el proceso para que sea posible la resolución sobre el fondo del asunto sometido a la consideración judicial, las cuales deben, además, observar de oficio. Para la existencia de una relación procesal válida se exige sólo la observancia de los presupuestos procesales y no es necesario, en rigor, la existencia de la acción; si la acción existe, sólo en ese evento el actor tiene derecho a que el órgano jurisdiccional acceda a la tutela jurídica solicitada en el proceso. Por lo mismo para que nazca la obligación del órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido bastará que la acción sea afirmada mediante el acto de la pretensión. El planteamiento anterior se ve reforzado cuando se puntualiza que el examen de las condiciones de la acción se debe realizar en la sentencia y no en una etapa anterior. Si se han cumplido los presupuestos procesales, al juez no le está permitido excusarse de resolver el asunto, dictando una sentencia absolutoria de instancia fundada en sus dudas personales o en una carencia de prueba, atendiendo que en el proceso civil moderno está abolido el *non liquet*. La doctrina procesal chilena tradicional (ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *Curso de Derecho Procesal Civil (t. I)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 28) clasifica los presupuestos procesales en tres grupos, a saber: a) Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional; b) Los presupuestos procesales relativos a las partes; y, c) Los presupuestos procesales relativos al procedimiento. Así, respecto del primer grupo, los relativos al órgano jurisdiccional, se puede distinguir los siguientes elementos: 1) La jurisdicción de los tribunales, también designada como “competencia judicial internacional”; 2) La competencia; y, 3) La imparcialidad del juzgador. Luego tenemos el segundo grupo, que se refiere a los presupuestos procesales relativos a las partes: 1) Capacidad procesal; 2) La postulación procesal (patrocinio y poder), y, 3) La representación. Finalmente, el tercer grupo lo integran los presupuestos procesales relativos al procedimiento, a saber: 1) El emplazamiento legal del demandado; 2) La aptitud formal de la demanda; y, 3) La adecuación del procedimiento a la acción objeto del proceso.

⁶⁹ Tradicionalmente, a propósito del tema de la distribución de la carga de la prueba se señala corresponde al actor la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la carga de la prueba de los hechos impeditivos extintivos y excluyentes de la misma. Es decir el actor debe probar lo que fundamenta su demanda; el demandado lo que fundamenta su oposición. Pero, a partir de este principio general, su concreción en la diversa tipología de acciones y procesos no es tan sencilla como pareciera deducirse. Los ejemplos dejan entrever una rica problemática y casuística que excede de estas páginas. Basta llamar la atención, a título de ejemplo, sobre cómo un hecho normalmente extintivo como es el pago se convierte en constitutivo en la acción de enriquecimiento injusto, o cómo el actor debe probar en las obligaciones de no hacer algo que normalmente corresponde probar al demandado: que éste realizó determinada conducta.

demandado (precisamente él) no hubiera hecho valer⁷⁰.

Por fin, es también incongruente la sentencia que resuelve en contradicción con los hechos admitidos por las partes, siempre que estos hechos sean inmediatamente relevantes como constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes.

Pero cabe preguntarse si la congruencia impone también una correlación entre tesis jurídicas desarrolladas por las partes (respecto de los hechos por ellas alegados y para justificar sus respectivas peticiones) y el planteamiento jurídico que se hace en las sentencias.

La respuesta de este infórmate es negativa, porque es función propia del juez, a ejercitar de oficio por el mismo, la de aplicar el derecho del modo que considere correcto, sin quedar vinculado por las alegaciones de normas y principios jurídicos y por los razonamientos jurídicos efectuados por las partes.

La **congruencia penal** es conocida también como principio de correlación entre acusación y sentencia. El objeto del proceso penal precisa los límites del conocimiento del tribunal y de la sentencia. Este principio implica que el tribunal no puede en su sentencia excederse de los términos en que fue formulada la acusación del Ministerio Público. En definitiva, opera como garantía para evitar que el imputado sea sorprendido por variaciones en la unidad temática del proceso, es decir, por modificaciones en el objeto del proceso penal.

En sentido estricto la congruencia se deriva del poder de disposición que las partes tiene sobre el objeto del proceso, y por eso la congruencia tiene pleno sentido en el proceso civil. Cuando se trata del proceso penal, del objeto del cual las partes no tienen (en principio) disposición, no se habla propiamente de congruencia, sino de correlación, que se asienta de modo principal en el principio de acusatorio.⁷¹

¿Qué constituye el objeto del proceso penal? Para Roxin, en un sentido amplio, el objeto del procedimiento es la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias jurídicas le deben ser impuestas.⁷² En cambio, el término técnico objeto del proceso tiene un significado más restringido. Se refiere al “hecho descrito en la acusación de la(s) persona(s) acusada(s),

⁷⁰ Hechos impeditivos. Son aquellos hechos que impiden a la norma jurídica alegada por el actor desplegar su eficacia (demanda cumplimiento contrato opone simulación o su nulidad). Generalmente, son solo dos órdenes: a) aquellos que conforme a la experiencia de la vida contradice el estado y curso normal de las cosas b) aquello que por disposición legal, han de considerarse como excepciones a la regla. En definitiva, contradicen directamente los hechos constitutivos de la pretensión del actor, que ha debido, exponer en su demanda, lo cual es esencial para efectos de su prueba. Hechos extintivos. Son aquellos que no impiden que se produzcan el efecto pedido por el actor, pero lo hacen desaparecer por una causa posterior. En principio, también incumbe al demandado la carga de su prueba, pero si resultan acreditados por cualquier parte, el juez debe extraer sus consecuencias jurídicas. Hechos excluyentes. Son hechos que no obstante la veracidad de los hechos constitutivos invocados por el actor y, por lo tanto, de su aptitud para producir sus efectos jurídicos, los extinguen cuando se hacen valer por el demandado. Por su naturaleza debe ser alegados y probados por el demandado. Si éste no lo hace en juicio, el juez de oficio no puede considerarlos, tratándose de un procedimiento regido por el principio dispositivo. Son constitutivos de una excepción en sentido estricto y por ello deben ser alegados y probados por el demandado.

⁷¹ Armenta Deu, Teresa, *Principio acusatorio y Derecho Penal*, JM. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 135 y ss.

⁷² Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 159.

esto es, sólo al objeto del procedimiento judicial.⁷³

Se entiende por la doctrina, que existe identidad del objeto del proceso cuando la declaración de las consecuencias penales respecto de la misma persona se basa en un mismo fenómeno vital.⁷⁴ Surge así una identidad subjetiva y una objetiva.

La primera identidad es de la persona del imputado. Es decir, no puede existir ningún cambio, durante la pendencia del proceso, respecto a la persona del imputado. La segunda identidad apunta al hecho. Se trata de un concepto procesal de hecho. Él describe el acontecimiento histórico sometido al tribunal a través de la acusación en tanto una unidad según la concepción cultural. Forman parte de un hecho, en primer lugar, independientemente de toda calificación jurídica, todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él; pero, por ello, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real, cuando ellos son comparables en su contenido de injusto y se hallan en una relación temporal y espacial estrecha uno con otro.

En el mismo sentido, la jurisprudencia y la doctrina chilenas han sostenido mayoritariamente que el objeto del proceso se define por el hecho punible imputado al acusado. Esta forma de entender el objeto del proceso ha llevado como consecuencia que el deber de correlación de la sentencia se predique respecto del hecho punible.⁷⁵

Pero ¿qué se debe entender por hecho procesalmente relevante? Para dar una respuesta a la pregunta es necesario dar un breve repaso a las teorías que permiten identificar los hechos integrantes del objeto procesal.

En primer lugar encontramos las *teorías naturalistas*. Estas teorías consideran que la identificación ha de hacerse con base en criterios puramente naturales, de los cuales habrá de surgir una unidad: la unidad de acción natural. Para ello se recurre a criterios históricos o naturales que permitan conseguir una cierta delimitación del hecho que sirva de medida con miras a conformar un objeto del proceso.⁷⁶

Dentro de estas teorías se puede distinguir la *teoría naturalista subjetiva* que parte de la consideración de que si la “voluntad es única; pluralidad de voluntades, por el contrario implica pluralidad de actos”. Es decir, la apreciación de los hechos jurídicamente relevantes debe hacerse atendiendo al elemento psicológico o volitivo de la persona a la que se le imputa la realización de esos hechos. Así se señala que siempre que un conjunto de hechos realizados por una misma persona estén inspirados por el mismo elemento volitivo, constituyen un conjunto, una unidad fáctica a efectos procesales⁷⁷.

⁷³ Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 159.

⁷⁴ Baumann, Jorgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Depalma, 1989, Buenos Aires, págs. 267 y ss.

⁷⁵ Del Río Ferretti, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pág. 131

⁷⁶ Cucarella Galiana, Luis Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 124 y ss.

⁷⁷ Cucarella Galiana, Luis Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., pág. 125.

La teoría naturalista subjetiva es criticada por su inseguridad e insuficiencia⁷⁸ para distinguir en forma adecuada ciertas hipótesis, así, por ejemplo, el problema que se presenta en la distinción entre dolo y culpa, ya que la pura afirmación de que en un delito concurre culpa y no dolo (modificación de la voluntad del agente), comportaría la modificación del hecho. Bien es verdad que algunos autores han intentado evitar esta consecuencia lógica señalando que entre culpa y dolo hay una comunidad de voluntad interna con distinta gradación,⁷⁹ pero si ello es efectivo entonces habría que concluir que el elemento volitivo es ineficaz e irrelevante a efectos de identificación del hecho.

También se ha criticado la referencia a la voluntad del autor en la medida en que un criterio puramente volitivo de la acción con las miras puestas en un fin específico nos puede llevar a establecer objetos procesales cada vez que concorra una voluntad específica dirigida a un fin, dando lugar a un solo objeto procesal, cuando en realidad existan varios (concurso material o medial). Esta crítica señala que de utilizarse el criterio de la voluntad, varios hechos específicos dentro de una unidad de voluntad delictiva generaría un objeto procesal único, lo que, por supuesto, parece del todo inconveniente.⁸⁰

Una segunda variante naturalista es la versión objetiva de la misma. Para esta teoría, lo que permite reducir a la unidad el conjunto de hechos en los que ha participado el acusado son aspectos objetivos tales como el tiempo y el lugar de su realización. De este modo, las circunstancias espacio-temporales adquieren relevancia esencial y la identificación de los hechos jurídicamente relevantes desde un punto de vista procesal y, por lo tanto, esos aspectos espacio-temporales son elementos de identificación del objeto procesal.⁸¹

La teoría naturalista objetiva no es suficiente por sí sola para dar respuesta a ciertas cuestiones que presentan dificultades en la determinación de la amplitud del

⁷⁸ La doctrina moderna italiana retoma este elemento volitivo: elemento subjetivo de la *fattispecie*, junto a otros elementos, para reformular la doctrina del hecho a efectos de imputación fáctica y correlación, más acorde con un sistema acusatorio.

⁷⁹ Vid. Asencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, págs. 74 y 75.

⁸⁰ Asencio Mellado señala: «Sin embargo este dato de la voluntad, que coincide con el rasgo volitivo típico del derecho penal material, ha sido desterrado en sede procesal por muy diversas razones. Así, por ejemplo, se dice que en atención al mismo podría configurarse como un solo hecho y constituir un objeto procesal independiente toda acción realizada con las miras puestas en un fin específico, tales como el robo del arma para cometer el asesinato; el robo de la cartera con cuyo producto comprar el billete del autobús para acudir al lugar donde se cometió la violación, etc.; así como los múltiples robos, estafas, etc. llevados a cabo durante años para conseguir el enriquecimiento personal» (Asencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal*, op. cit., pág. 74).

⁸¹ Cucarella Galiana, Luis Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., pág. 127.

objeto del proceso.⁸² En efecto, en ciertos casos la pura referencia a criterios espaciales y temporales del hecho histórico se manifiestan ambiguos o imprecisos para la resolución de hipótesis cuya unidad no se delimita por estos criterios, así, por ejemplo, cuando el hecho no se contrae a un lapso determinado de tiempo, como sucede en el caso de lesiones de las que se derivan muchos meses después la muerte de la víctima,⁸³ o cuando el hecho histórico natural no puede servir de referente, como es el caso de distintas formas de participación, como son la autoría y la complicidad, las que desde un punto de vista natural son hechos distintos, pero que desde una perspectiva procesal (para la teoría normativa) constituirían un mismo hecho, o también el caso de distintos grados de ejecución del delito, como son la consumación, la tentativa y frustración en que la coincidencia de los hechos desde un punto de vista natural no existe o es parcial, mientras que para la teoría normativa el hecho procesal sería el mismo. Por último, pueden presentarse otros casos que hagan indispensable considerar criterios jurídico-penales, como en supuestos de delito continuado y concurso ideal.⁸⁴

Frente a las teorías naturalistas se presentan las *teorías normativas*. Para las teorías normativas no se debe confundir el hecho jurídicamente relevante fundamentador de la acción y de la pretensión penal, con un determinado y concreto tipo penal. Como se sostiene por los defensores de esta teoría, el hecho procesal, pues, no es un hecho entendido como delito o como crimen, sino como *factum* con individualidad propia.

Dentro estas teorías encontramos la primera variable que se denomina la *teoría del objeto normativo*. Este criterio fundamental para averiguar la identidad del hecho sostiene que lo importante para la permanencia inalterable de éste no es que permanezca invariable su unidad material sino la subsistencia de su objeto normativo. Luego, los elementos accidentales del hecho de la acusación pueden ser modificados o introducidos o eliminados por el órgano jurisdiccional y ello no supone un cambio de objeto.⁸⁵

Ahora bien, el objeto normativo es un concepto, hasta aquí, definido en un sentido puramente formal, sin un contenido determinado que nos permita concretarlo. Para darle este contenido que reclamamos se ha recurrido al concepto penal de la acción típica.

⁸² La jurisprudencia chilena no realiza consideraciones técnicas sobre la identidad del hecho, aunque de manera intuitiva ha tenido que resolver sobre la cuestión, aplicando, a veces, criterios espacio-temporales y en otras señalando que estos no sirven a ese fin de identificación del hecho. Como ejemplos de sentencias que aplican los criterios espacio-temporales se pueden citar, entre otras, la STJO de Santiago (1° Sala), de 4 de abril de 2006, rol interno 15-2006; SCA de Serena, de 30 de marzo de 2005, rol 50, y SCA de Serena, de 8 de abril de 2005, rol 57. Por la posición que rechaza la aplicación de estos criterios, se puede citar la SCA de Copiapó, de 23 de abril de 2004, rol 2-2004; SCA de Santiago, de 4 de julio de 2007, rol 1308-2007, BDLN, y SCA de Santiago, de 3 de agosto de 2007, rol 1121-2007, BDLN.

⁸³ Ascencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal*, op. cit., pág. 75.

⁸⁴ Evidencian la insuficiencia de la teoría naturalista en estos casos. Roxin (Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., págs. 160 a 163), sostiene que el concurso ideal debe ser tratado como unidad de hecho a efectos procesales.

⁸⁵ Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., págs. 160 y 161.

El concepto de acción se basa en la consideración de los actos típicos de la ejecución descritos por la ley penal a efectos de individualizar el hecho procesal. Es decir, se estima que existe identidad normativa del hecho de la acusación con el de la sentencia cuando, al menos, se da una coincidencia parcial entre el hecho de la acusación y el supuesto fáctico típico de la norma penal aplicada en la sentencia, o lo que es lo mismo, existe identidad normativa cuando se da una identidad parcial del hecho como actividad del *Tatbestand* de la norma jurídica invocada por la acusación, y aquella constitutiva de la norma utilizada por la sentencia como base para la condena o absolución.⁸⁶

La crítica que se dirige a la teoría del objeto normativo es insuficiente para explicar la condena por forma distinta de participación en el hecho a la que sostiene la acusación. Se subraya que la autoría, el encubrimiento y la complicidad tienen distinto objeto normativo, por lo que, de seguir esta teoría, el juez, en su sentencia no podría dar un salto de una forma de participación a otra.⁸⁷

Finalmente, tenemos la teoría del bien jurídico protegido. Para superar estas objeciones en relación con las diversas formas de participación, existe la teoría normativa a la que queremos hacer referencia. Esta teoría atiende al bien jurídico lesionado. Así, se afirma que el objeto del proceso penal, además de un trozo de la vida de una persona, es un hecho contemplado en función del bien jurídico protegido, lesionado por él. Por tanto, es posible, en base a la teoría en comento, acusar como autor y condenar como cómplice, si bien las conductas atendiendo a los actos de ejecución no son las mismas, ambas se dirigen a lesionar un mismo bien jurídico. Lo que permite dotar de unidad o identidad a los hechos procesalmente relevantes es el bien jurídico lesionado con las conductas enjuiciadas.⁸⁸

Dentro de esta teoría podemos encontrar dos orientaciones diferentes. La primera, es la que sostiene que debe atenderse al bien jurídico protegido para la identificación de los hechos jurídicamente relevantes, en los casos en los que la teoría del objeto normativo sea insuficiente. Es decir, esta teoría tendría el carácter de subsidiario en relación con la del objeto normativo. La segunda orientación otorga a la teoría del bien jurídico protegido un carácter complementario (no subsidiario) de la del objeto normativo. Es decir, el objeto del proceso penal, en cuanto a los hechos, lo identifica el objeto normativo y el bien jurídico protegido.⁸⁹

En opinión de este informante no es suficiente la sola referencia a la acción típica sino que, además, debe identificarse bien jurídico afectado, es decir, debe precisarse cuál es el objeto material de la tutela penal o, en otras palabras, el resultado lesivo

⁸⁶ Asencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal*, op. cit., págs. 77 y 78.

⁸⁷ Cucarella Galiana, Luis Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., pág. 132.

⁸⁸ Asencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal*, op. cit., pág. 78 y Cucarella Galiana, Luis Andrés, *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, op. cit., pág. 132.

⁸⁹ Asencio Mellado, José María, *Principio acusatorio y Derecho de defensa en el proceso penal*, op. cit., pág. 79 y Díaz Cabiale, José Antonio, *Principio de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996, pág. 395.

de la acción delictiva (bien jurídico lesionado), de manera de dar un mayor grado de determinación al hecho.

En efecto, la aplicación copulativa es procedente en la mayoría de los casos en que se trata de hechos penales únicos, mientras que en el caso de pluralidad de hechos penales, como el concurso ideal, pareciera resolverse más bien bajo el criterio de la acción y, por el contrario, en el caso de las diversas formas de participación se resolvería de forma adecuada bajo el criterio del bien jurídico únicamente.

Por último, tiene razón el profesor Del Río Ferretti⁹⁰ que en dos casos ni siquiera el criterio del bien jurídico sirve para explicar el posible enjuiciamiento único de hechos normativamente distintos. Nos referimos al caso del concurso real y al encubrimiento.⁹¹

Como derivación lógica de lo dicho, se ha excluido la utilidad de la calificación jurídica y del *petitum* a efectos de determinar la identidad del objeto del proceso. El argumento esencial radica en la idea de que corresponde al juez la facultad de enjuiciamiento jurídico, como se expresa en las reglas de *da mihi factum, dabo tibi ius* y de *iura novit curia*⁹². En otras palabras, la identidad del objeto del proceso se ha de ceñir al hecho, ya que la naturaleza de la función jurisdiccional implica la aplicación

⁹⁰ Del Río Ferretti, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*, op. cit., págs. 165 y 166.

⁹¹ Tanto el concurso real como el encubrimiento suponen hechos distintos, y, además de hechos distintos, ambas figuras no comparten con los otros hechos delictivos la infracción de un mismo bien jurídico. En consecuencia, ninguno de estos dos criterios, la identidad del hecho o la lesión de un mismo bien jurídico, pueden explicar por qué el legislador permite que se enjuicien conjuntamente. Respecto del concurso real cabe recordar que éste se constituye como una pluralidad de infracciones producidas por una pluralidad de hechos, realizadas por un mismo autor. Son dos los fundamentos por los que el legislador permite su enjuiciamiento unitario. Primero, el penológico-subjetivo, que se halla regulado en el Art. 74 del CP, y segundo, la conexidad material existente entre los diversos hechos, configurada en el Art. 274 CPP; ambos justifican cabalmente el único juicio para la totalidad de hechos e infracciones. Con todo, se debe tener claro que en el caso de concurso real lo que se propicia por la ley es una acumulación de objetos en un único juicio y no la unidad del objeto procesal. En el concurso real cada hecho ilícito constituye un objeto procesal, lo que hace una diferencia de importancia respecto del concurso ideal y que determinará los alcances de la sentencia en cada caso con relación a la cosa juzgada y la litispendencia. De manera que aquí en realidad no se presenta un genuino problema de identidad o inmutabilidad del objeto del proceso. Distinto es el caso del encubrimiento. Éste sí se plantea en doctrina como una hipótesis de identidad del objeto del proceso, aunque también el encubrimiento supone unos hechos distintos del delito encubierto y distinto bien jurídico infringido, razón por la cual no sirve ninguno de estos dos criterios para sostener la identidad del objeto. Cuando se acusa por un delito en autoría o complicidad y se condena por encubrimiento (delito autónomo respecto del delito encubierto) o viceversa, se hace sobre la base de un hecho distinto y distinto bien jurídico, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina penal moderna. El encubrimiento se integra por un hecho distinto del que constituye el delito encubierto, por la sencilla razón de que la ejecución de aquél tiene lugar una vez que el delito encubierto (su hecho) ha sido ejecutado, y, por esta misma razón, además de distinto, ni siquiera puede ser considerado una forma de participación, ya que no se puede participar en un delito cuya ejecución se ha agotado. Respecto de la diversidad de bien jurídico, ello queda claro por la propia naturaleza del encubrimiento, ya que si se considera que, en esencia, esta figura comporta siempre conductas de favorecimiento real o personal con el fin de que el cómplice, autor o encubridor se aprovechen del delito o eludan la acción de la justicia, se comprende que tanto unas como otras conductas de favorecimiento infringen el bien jurídico de la administración de justicia, con independencia del bien jurídico que protejan los delitos encubiertos en cada caso (DEL RÍO FERRETTI, CARLOS, “Deber de congruencia (*rectius*, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena”, *Ius et Praxis*, año 14, número 2, págs. 114 a 116).

⁹² Vid. Agüero Herrera, Melquisedec, *Congruencia entre acusación y sentencia, defensa y la sentencia*, Editorial Universitaria, Santiago, 1965, pág. 87-89.

del Derecho Penal al caso concreto, desprendiéndose de esto que debe ser el juzgador quien decida cuál es la solución jurídica del supuesto fáctico sometido a su decisión, es decir, la calificación jurídica e imponga la pena que corresponda conforme a derecho, de acuerdo a su interpretación jurídica, sin verse limitado por la calificación jurídica y el *petitum* de la acusación. Esta ha sido la posición uniforme de la jurisprudencia.⁹³

Más allá del hecho punible desde un punto de vista procesal normativo, es decir, más allá del objeto del proceso, se sitúa el problema del derecho de defensa y del principio de contradicción, los cuales alcanzan a todas las cuestiones fácticas y jurídicas del caso. En efecto, las partes tienen derecho a defenderse y a contradecir no sólo respecto del hecho sustancial de que trata el proceso, sino, además, respecto de todos los hechos y circunstancias fácticas tengan o no eficacia jurídico-penal, y además respecto de todos los aspectos referidos a la calificación jurídica y la consecuencia punitiva. Todos esos contenidos se aglutinan en el objeto del debate, el cual delimita el ámbito, la amplitud del derecho de defensa y la eficacia del principio de contradicción. Como se ve, su ámbito es mucho mayor al del objeto del proceso.⁹⁴

Suele ocurrir en los procesos penales que diversos aspectos que componen el objeto del debate registren en la secuela del procedimiento variaciones en su configuración concreta: aparecen o desaparecen elementos fácticos y/o jurídicos que afectan o influyan sobre la calificación jurídica o las consecuencias punitivas que derivan de ésta o que, simplemente, puedan pesar en la plausibilidad probatoria de la imputación-acusación que se enjuicia. Desde un punto de vista técnico es perfectamente posible que dichas modificaciones puedan ser introducidas por las partes o incluso de oficio por el juez, y, adviértase, ello no importa ninguna infracción al deber de correlación, pues, de lo contrario, se estaría instaurando un sistema rígido de preclusión de alegaciones, inexistente en Derecho Comparado. Con todo, esto importará una especial preocupación por los medios que se utilicen para introducir esas modificaciones fácticas y jurídicas al proceso, con el fin de que con ello no se causen lesiones no ya al deber de correlación (*principio de congruencia*), sino al derecho de defensa y principio de contradicción con relación al ámbito o amplitud con que estos deben ser aplicados, es decir, con relación al objeto del debate.⁹⁵

⁹³ SCS: Sentencia de 5 de junio de 1922, GT, 1922, 2º semestre, N° 101, p. 481; Sentencia de 25 de septiembre de 1944, GT, 1944, 2º semestre, N° 32, p. 151; Sentencia de 2 de noviembre de 1944, GT, 2º semestre, N° 37, p. 171; Sentencia de 9 de agosto de 1956, RDJC, tomo 53, secc. 4º, p. 92; Sentencia de 27 de julio de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4º, p. 161; Sentencia de 27 de octubre de 1967, RDJC, tomo 64, secc. 4º, p. 302. Especialmente importante es la SCA de Santiago, de 14 de enero de 1997, GJ, 1997, N° 199, volumen 1, pp. 141-142, en la que se establece que la sentencia que se pronuncia sobre una atenuante no alegada por la defensa no incurre en *ultra petita*, porque el tribunal debe tenerla en cuenta de oficio desde que aparece en el proceso. El vicio sancionado por la ley consistía en que la sentencia se extendiera a puntos inconexos, situación que no podía producirse cuando el juez acogía o rechazaba una circunstancia modificatoria de responsabilidad (considerandos 1º y 2º). *Vid.* también el análisis jurisprudencial de la reforma que hace Cortez Matcovich, Gonzalo, *El recurso de nulidad. Doctrina y jurisprudencia*, LexisNexis, Santiago, 2006, págs. 274 a 298. También se refiere a este asunto, aunque sumariamente Rieutord Alvarado, Andrés, *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, págs. 75 a 77.

⁹⁴ Del Río Ferretti, Carlos, *Los poderes de decisión del juez penal. Principio acusatorio y determinadas garantías procesales (el deber de correlación)*, op. cit., págs. 217 y ss.

⁹⁵ Del Río Ferretti, Carlos, "Deber de congruencia (*rectius*, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena", op. cit., pág. 117.

c) **La congruencia (o correlación) en el derecho de la competencia**

Después del breve repaso del estado de cuestión sobre el deber de congruencia civil y penal (correlación), cabe preguntarse: ¿En materia de libre competencia la congruencia (o correlación) se encuentra más cerca de la civil o de la penal?

En este punto la respuesta sólo puede ser una, la congruencia (o correlación) del derecho de la competencia se encuentra más cerca de la correlación penal que la congruencia civil.

En efecto, no parece ser discutido que los ilícitos anticompetitivos contenidos en el artículo 3 del DL 211 son una manifestación del llamado derecho administrativo sancionador del Estado.⁹⁶ Con todo, se debe dejar constancia que ello no significa que entre un ilícito penal y un ilícito administrativo no existan diferencias, como tampoco que el estatuto de garantías penales deba trasladarse íntegramente al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.⁹⁷

Con todo, se debe dejar en claro que el bloque de garantías constitucionales materiales y formales del orden penal no se trasladan *in totum* al campo de las sanciones del derecho de la competencia. En efecto, el bloque de garantías constitucionales que rigen el ámbito de las sanciones del derecho de la competencia tiene su razón de ser no en la mera aplicación analógica o traslaticia del estatuto penal. Justamente, el régimen jurídico de garantías deriva de la finalidad punitiva de las sanciones, sin necesidad de compartir la teoría de la unidad “ontológica” entre sanciones penales y administrativas, sino más bien aceptado que entre ambos términos existe un escalón de intensidad, un salto cualitativo⁹⁸. Así, el estatuto jurídico de las sanciones en derecho de la competencia comprendería las garantías constitucionales de legalidad, principio de culpabilidad, entre otras, pero con un menor grado de intensidad que en el orden jurisdiccional penal.⁹⁹

Así las cosas, es necesario asumir la tarea de trasladar las conclusiones antes anotadas en el ámbito penal al campo del derecho de la competencia.

Primero, los acuerdos colusorios horizontales sobre precios (cartel) se encuentran regulados con una particular técnica legislativa. Efectivamente, los tipos de

⁹⁶ Ver entre otros: Domper Rodríguez, María De La Luz y Avilés Hernández, Víctor Manuel, “Una mirada económica y jurídica al fallo *Voissnet* contra CTC y su impacto en el esquema de libre competencia chileno”, *Sentencias destacadas. 2006*, Libertad y Desarrollo, Santiago, págs. 330 y 331; Valdés Prieto, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, págs. 242 y ss.; García Machmar, William, *Manual de la libre competencia (tomo I)*, Puntotex, Santiago, 2011, pág. 39. Para la doctrina española ver por todos: Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 533 y ss.

⁹⁷ Sobre el punto consultar por todo: Huergo Lora, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 19 y ss. Sobre el punto consultar también: Valencia Martín, Germán, “Derecho Administrativo Sancionador y principio de legalidad”, *Principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letras del Tribunal Constitucional*, CEP, Madrid, 2000, págs. 77 y ss.

⁹⁸ Huergo Lora, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, op. cit., págs. 359 y ss.

⁹⁹ Para una visión desde la óptica de las políticas de intervención confrontar por todos: Rando Casemerino, Pablo, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 143 y ss.

ilícitos monopólicos los encontramos en el DL 211 en su artículo 3 inciso primero que consagra lo que la doctrina denomina como “tipo universal de ilícito monopólico”,¹⁰⁰ en el cual cabe subsumir cualquier conducta humana relevante que ponga en peligro o lesione el bien jurídico libre competencia. En efecto, el citado artículo en su inciso primero antes de la reforma operada por la Ley 20.361 del 2009, señalaba:

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

Acto seguido, con el objeto de ilustrar al intérprete respecto del tipo genérico del artículo 3 inciso 1, el legislador decidió tipificar una serie de ilícitos específicos en el siguiente inciso 2, en cuyos literales a), b) y c) se da cuenta de la colusión, del abuso de posición dominante, de los precios predatorios y de las competencias desleales.

Más específicamente, la colusión monopólica se hallaba tipificada en el mencionado artículo 3 inciso 2 letra a), que señalaba:

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

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

Segundo, el objeto del proceso en el derecho de la competencia se encuentra constituido, al igual que el proceso penal, por la persona del requerido o demandado (identidad subjetiva) y por el hecho atentatorio a la libre competencia (identidad objetiva).

Frente a la pregunta qué debemos entender por hecho atentatorio a la libre competencia, como hecho procesalmente relevante, la respuesta se debe construir desde las teorías normativas del hecho. Así las cosas, los criterios que este informante considera para la identificación del hecho procesal son aquellos constituidos por la acción anticompetitiva descrita por el legislador en el supuesto normativo alegado como vulnerado (colusión), y el resultado de dicha actividad, entendiendo que resultado equivale a tanto como decir infracción al bien jurídico protegido por la norma (orden público económico).

Así pues, la correlación entre requerimiento y sentencia en el derecho procesal de la competencia es respetada por el TDLC en la medida en que exista una

¹⁰⁰ Valdés Prieto, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, op. cit., págs. 242 y ss. En el mismo sentido: Valdés Prieto, Domingo, “Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales”, *Anales de Derecho UC*, 4, 2008, págs. 81 y ss.

correlación (identidad objetiva) entre los hechos (esenciales) descritos en la misma y los contenidos en la sentencia.

Por tanto, **el elemento objetivo del tipo infraccional de colusión del artículo 3 del DL 211 lo constituye el acuerdo entre competidores, que recae sobre un elemento relevante de competencia y que tiene la aptitud de lesionar o poner en peligro la libre competencia.**¹⁰¹

¿Ha respetado la sentencia del TDLC este elemento objetivo como sustento de la acusación contenida en el requerimiento? De esa respuesta depende la conclusión acerca de si en la especie se configura o no una afectación del derecho a la defensa por infracción del principio de congruencia.

El requerimiento imputa a Cruz Verde, Salcobrand y Ahumada el alza coordinada de precio de venta de 222 medicamentos en el período comprendido entre noviembre de 2007 y abril de 2008. El petitorio del requerimiento solicita que se declare que “las requeridas han acordado fijar al alza el precio de venta de medicamentos que comercializan, impidiendo, restringiendo y entorpeciendo la competencia, en los términos previstos en el artículo 3 del DL 211, en particular su letra a)”. Así los hechos procesalmente relevantes para la configuración del tipo infraccional serían: el acuerdo entre competidores, y el que éste recaiga sobre el precio de determinados bienes (222 medicamentos) con la aptitud de lesionar la libre competencia.

Finalmente, la sentencia dictada por el TDLC condena por esos mismos hechos, cuando en el petitorio señala que se acoge el requerimiento “declarando que éstas se coludieron para alzar los precios de al menos 206 medicamentos en el período comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008”.

¹⁰¹ La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia confirma la conclusión anterior: *Sentencia 74/2008*: “Tercero: Que la primera cuestión que corresponde dilucidar son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo -sea expreso o tácito- para configurar una infracción a la libre competencia en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Al respecto, se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado”; *Sentencia 79/2008*: “Decimoquinto: Que, tal como ha resuelto este tribunal con anterioridad (*Sentencia N° 74/ 2008*), para configurar el ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley N° 211, se requiere acreditar: (a) la existencia de un acuerdo entre competidores; (b) la incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último (c) la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del mencionado decreto ley, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado”; *Sentencia 112/2011*: “Que de la lectura de dicha norma y según doctrina reiterada de este tribunal, los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado”. En cuanto al último de los tres requisitos mencionados, señala la *Sentencia 116/2011*: “Sexto. Que, respecto al acuerdo, y como consideración introductoria, cabe tener presente que este tribunal ha interpretado consistentemente que la ilicitud de la práctica contenida en el artículo 3 letra a del DL N° 211, vigente a la época de la comisión de los hechos que motivan la presente causa, no depende de que haya producido un efecto anticompetitivo real, pero sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos ha tenido la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando contra la competencia”.

Los supuestos cambios de versiones planteadas durante la discusión -incluso en el evento de existir- no inciden en hechos procesalmente relevantes (hechos esenciales) que sirven para la definición del ilícito infraccional de colusión (en contraposición a los hechos accidentales). De esta forma es posible seguir afirmando que los hechos por los que se condenó son los mismos por los cuales se dedujo requerimiento en su momento por la FNE.

La demostración más clara de lo anterior es que las requeridas pudieron defenderse de la imputación del alza de precios de los 222 medicamentos por el período cuestionado. El que sus defensas se plantearan como un intento de explicar y de justificar el alza de precio de éstos evidencia que conocieron cabalmente la imputación y sus alcances. Con lo que, además, se puede agregar que incluso la garantía constitucional del derecho a la defensa procesal nunca se vio afectada por los cambios en los hechos accidentales.

La prueba que rindieron cada una de las requeridas (documental, exhibiciones de documentos, informes económicos y testimoniales) revela que ellas conocieron a cabalidad que se les imputaba un alza coordinada de precios, de medicamentos concretos y, por cierto, período de tiempo; y que pudieron defenderse de ello. No hay ninguna sorpresa, en consecuencia, acerca de los hechos por los que se les ha sancionado en definitiva.

Una solución diversa generaría mayores problemas que beneficios, pues reduciría la operatividad de garantías fundamentales del requerido. En efecto, para dimensionar la necesidad de tener claridad de lo que sea el hecho a efectos de objeto del proceso conviene consignar que aquello posee una primera repercusión que ya hemos puesto de manifiesto, cual es que permite precisar o determinar la amplitud y límites del asunto infraccional y de los poderes de resolución jurisdiccional del juez en cada caso concreto: es lo que hemos venido explicando bajo la denominación de deber de correlación. Pero junto con lo anterior hay que tener presente que el hecho conformador del objeto del proceso determina al mismo tiempo la amplitud del efecto excluyente o negativo de cosa juzgada (el *ne bis in idem*), así como la litispendencia. Es decir, el objeto procesal (el hecho) es relevante además para la determinación de los efectos externos al proceso concreto en que se ha resuelto el asunto.

Por lo expuesto es que es menester configurar una teoría del hecho procesal, teniendo en cuenta ambas cuestiones. Debe haber un régimen armónico y coherente. Nótese que si se predica un concepto muy exigente de hecho procesal, pensando que con ello se garantiza los derechos del requerido, se puede en realidad estar cometiendo un error fundamental, pues aquello podría suponer un efecto excluyente (del *ne bis in idem*) muy limitado en su amplitud objetivo-subjetiva, al punto de que cualquier cambio fáctico insignificante introducido en el segundo requerimiento pueda dejarlo sin eficacia, puesto que habría que concluir de manera coherente con aquello de que cualquier cambio o alteración también afecta la identidad del hecho a efectos de cosa juzgada: el hecho ya no sería el mismo, sino justamente uno distinto, no quedando, por lo tanto cubierto por la mencionada garantía. Esta es la razón por la cual al tratar del hecho configurador del objeto del proceso que nos servirá para determinar el deber de correlación habrá que estar a la vez pensando en las consecuencias que ello puede acarrear para la cosa juzgada y la litispendencia.

IV. CONCLUSIÓN

1. El principio del *due process of law* se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones por más de siete siglos a través de una constante interpretación jurisprudencial y de una trascendente elaboración doctrinal, la que por primera vez fue formulada por escrito en el capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra. En el ámbito de los Estados Unidos de América del Norte, la noción de debido proceso se introduce *mor* de la Enmienda V de la Constitución en 1791, planteando que los derechos fundamentales a la vida, la libertad y propiedad se garantizan a través del debido proceso.
2. Como contrapartida, en el campo del derecho continental, las Constituciones europeas sólo después del término de la Segunda Guerra Mundial establecieron con propiedad un Estado constitucional de Derecho, incorporando, entre otras cosas, específicas garantías procesales como derechos fundamentales de los ciudadanos.
3. En Chile, el debido proceso, al igual que el resto de los derechos fundamentales, goza de un reconocimiento constitucional. Nuestra Constitución Política se encarga de asegurar un listado de derechos fundamentales a todas las personas, en su artículo 19. Es este artículo el que regula lo medular del debido proceso en su numeral tercero.
4. También se debe tener presente que esta garantía se encuentra reconocida en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
5. De la historia del precepto constitucional sabemos que no se quiso enumerar las garantías que debían entenderse incluidas en un procedimiento e investigación racional y justa. Se argumentaba, no sin algo de razón, que sería muy difícil, que podría fácilmente incurrirse en errores de extensión o de omisión, y que sería fuente de grandes conflictos el determinar qué garantías incluir y cuáles no. Sin embargo, no es esto lo que me parece más interesante de destacar, sino la expresa intención de evitar la denominación genérica de debido proceso, “porque existe toda una historia anglosajona que la pueda complicar mucho más”, aún más, se tenía el temor de “obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona.
6. Por lo tanto, la Constitución exigiría tres condiciones copulativas para satisfacer el núcleo del debido proceso: tramitación legal, racionalidad sustantiva y justicia. De acuerdo al profesor Cea Egaña, serían estos dos últimos elementos las nociones claves para permitir la evolución del debido proceso a través de la jurisprudencia y particularmente mediante la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Concuerda en este punto el profesor López Masle, para quien “tan clara como la intención de que el contenido del ‘procedimiento racional y justo’ fuera objeto de un desarrollo posterior de la jurisprudencia, fue la decisión de

que ese desarrollo no se hiciera a través de un proceso de creación de reglas al modo de la jurisprudencia norteamericana, sino a través del control de reglas creadas legalmente, por la vía exclusiva del recurso de inaplicabilidad”.

7. Podemos agrupar las distintas garantías integrantes de un debido proceso, dependiendo de qué es lo que pretenden asegurar: las condiciones del órgano adjudicador, las condiciones del procedimiento o las prerrogativas del sujeto que se ve expuesto al proceso, el inculpado, acusado o imputado.
8. Si bien este informante reconoce en la imparcialidad del juzgador uno de los contenidos posibles de la garantía constitucional del debido proceso, la cuestión de fondo apunta en un sentido diverso, a saber: si al reconocer facultades de dirección material al órgano de adjudicación se afecta la imparcialidad del mismo en el sentido exigido por la garantía constitucional del debido proceso.
9. Para responder a las interrogantes anteriores es necesario hacer ciertas precisiones terminológicas de manera previa. En primer término, se debe distinguir entre principios y garantías. En efecto, la distinción entre principios y garantías es propia de la dogmática foránea. En nuestro campo, fue precisamente Ramos Méndez quien primero utilizó esta distinción. Para el citado autor, los principios no dejan de ser simples criterios de organización de la tutela procesal no susceptibles de ser constitucionalizados en atención a su propia naturaleza. Entre estos se encuentran los binomios principio dispositivo/principio de oficialidad, principio de aportación de parte/principio investigación de oficio y principio de oportunidad/principio de legalidad. Como contrapartida, el debido proceso es una garantía constitucional y no un criterio de organización de la tutela procesal.
10. El sistema procesal nacional debe cumplir con el conjunto de garantías constitucionales que se consagran en la Constitución y los tratados internacionales firmados y ratificados por Chile que fijan los valores mínimos del mismo. Por otro lado, los criterios de organización de la tutela procesal quedan en manos del legislador de turno para que en atención a las especialidades propias de cada sector convencional del ordenamiento jurídico, y en particular al tipo de intereses tutelados, pueda elegir libremente entre los binomios contrapuestos para estructurar un modelo de enjuiciamiento determinado, con el sólo límite de no afectar alguna garantía constitucional del sistema procesal. Así las cosas, la sola circunstancia que el legislador opte por uno u otro de los criterios no importa una afectación de la garantía constitucional del debido proceso (o de sus concreciones), en la medida en que la garantía constitucional se satisface de maneras diferentes de acuerdo con la finalidad, función y materia de los concretos procedimientos.
11. El primer binomio objeto de análisis será el *principio dispositivo* versus *principio de oficialidad*. Ciertamente que en los juicios civiles el criterio que rige normalmente es el dispositivo, en cambio en ámbito penal el que rige es el de oficialidad. Con todo, esta afirmación debe ser matizada en los sistemas procesales penales de corte *adversarial*. Así, el *principio dispositivo*, es entendido por la dogmática como la facultad que tienen las partes de disponer sobre la controversia jurídica,

es decir, serán las partes quienes deben decidir si inician o no un juicio y determinan su objeto. El **principio de oficialidad** implica que es el propio tribunal el que puede dar comienzo a un proceso por sobre el interés de las partes y, además, que el mismo tribunal puede determinar el contenido del juicio.

12. El segundo binomio es el principio de **investigación de oficio y aportación de parte**. También tradicionalmente se ha sostenido que el principio de aportación de parte es propio del proceso civil y el de investigación de oficio es propio del proceso penal. Con todo, esta última afirmación es discutible en los sistemas procesales que reconocen una *estructura adversarial* como el chileno. En el principio de **aportación de parte** la carga de la prueba y la iniciativa de los actos de producción de prueba recaen sobre las partes, sin que se reconozca al tribunal facultades para intervenir en ella. El principio de aportación de parte descansa, fundamentalmente, en la autonomía de la voluntad particular. Por otra parte, el principio de **investigación de oficio** supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa y, en ello no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso. Lo anterior produce dos consecuencias: a) El tribunal no queda vinculado por las posiciones de las partes acerca de la verdad de un hecho; y, b) El tribunal puede y debe producir prueba de oficio.
13. Se puede afirmar que el viejo aforismo *secundum allegata et probata partium* permanece intacto, sólo en lo referido a los *allegata partium*, que constituye siempre un límite insalvable para un sistema procesal inspirado en el **principio dispositivo**, no así la segunda parte del aforismo, es decir *probata partium*, que caería bajo el **principio de aportación de parte**.
14. El procedimiento establecido por el legislador en el DL 211 para la sustanciación de las infracciones anticompetitivas se encuentra estructurado en base a los principios dispositivo y de investigación de oficio. Lo que no constituye una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso toda vez que no importa afectación alguna a la garantía constitucional del derecho a un juez imparcial.
15. En efecto, no es posible sustentar de manera seria que la atribución de poderes autónomos de iniciativa instructora al juez pone en peligro su carácter de tercero imparcial. Sobre este punto es posible observar (al margen de la dudosa admisibilidad de las ingenuas nociones psicológicas en las que se basa este argumento) que si éste fuese válido deberíamos concluir que **todos los legisladores procesales europeos (cada uno a su modo) han atravesado un momento de máxima ignorancia que los ha inducido a atribuir al juez una función activa en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta de que de esa manera habrían puesto en riesgo al valor fundamental de la imparcialidad y la independencia de juicio por el propio juez**. Sin embargo, deberíamos concluir que la experiencia comparada muestra que es **infundado el temor de que el juez, al desempeñar un papel activo, se convierta por ello en un juez parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio recabado en el juicio, incluso a partir de su propia iniciativa**.

16. Por otro lado, se puede observar que el juez adopta una posición **a favor de una de las partes en contra de la otra en cualquier momento del proceso, es decir, en todas las ocasiones en que dispone o decide alguna cuestión relativa al procedimiento, o resuelve cuestiones preliminares o prejudiciales y, sin embargo, nadie piensa que por esta razón, y en cada uno de esos momentos, el juez pierda su imparcialidad.** Dado que no existe el juez *tabula rasa* y absolutamente pasivo, ni tampoco puede existir en el curso del proceso, deberíamos concluir que el juez nunca es imparcial; con ello, sin embargo, cualquier discurso sobre el proceso resultaría carente de sentido. No se entiende, por otra parte, por qué el juez deviene en parcial cuando ordena de oficio una diligencia probatoria o sugiere a las partes la proposición de una prueba, y esto no sucede, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba propuesta por la parte, o cuando reduce la lista de testigos, etc.
17. Desde otra perspectiva, es posible dar otro argumento adicional en favor de la iniciativa probatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Para este informante, el punto de partida para resolver el problema entre prueba y verdad de una proposición es la distinción entre “ser verdadera” y “ser tenida por verdadera”. Una proposición *p* es verdadera si, y sólo si se da el caso que *p*. Ésta es la clásica noción de verdad que se utiliza es la de “*verdad como correspondencia*” defendida entre otros por Tarski. Es decir, si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. Por tanto, la verdad de la proposición *p* que se menciona en el enunciado probatorio (está probado que) no depende en absoluto de lo que decida el juez al emitir el enunciado probatorio en su decisión. Tampoco depende de nada que haya podido suceder en el transcurso del proceso, ni de los medios de prueba aportados al mismo, etc. Depende única y exclusivamente, de su correspondencia con el mundo: de que los hechos que *p* describe se hayan producido efectivamente.
18. ¿Cuál es la relación de lo antes señalado con la prueba jurídica? El problema puede verse de la siguiente manera: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados en el proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición, entonces puede considerarse que la proposición está probada. En ese caso, el juez debe incorporarla a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera.
19. En todo caso, podría añadirse que, *a posteriori* de la decisión judicial, una vez que la sentencia ha adquirido firmeza y salvo excepciones, a los efectos jurídicos lo que importará será aquello que el juez ha tenido por verdadero y perderá relevancia aquello que es verdadero (en caso que no coincidan). Pero este es un problema únicamente de atribución de efectos jurídicos que no tiene nada que ver con la verdad de ninguna proposición.
20. Un segundo argumento apunta a la función social del proceso. Hace ya mucho

tiempo que la doctrina sostiene que el proceso no es un tema que incumbe sólo a los particulares involucrados en el conflicto.

21. La iniciativa probatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resulta completamente coherente con la reducción del error en el *juicio de hecho*. El órgano de adjudicación del Estado no interviene en la determinación de los *hechos a probar*; lo que busca su iniciativa es aumentar las posibilidades de resolver el conflicto de acuerdo al derecho, a través de fijar los *hechos probados*. Así las cosas, no existe afectación alguna a la garantía constitucional del debido proceso por la opción del Legislador nacional de estructurar el procedimiento contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en base a los criterios de organización de la tutela procesal dispositivo e investigación de oficio. Por tanto, es completamente errado argumentar que el diseño del procedimiento contencioso contenido en el DL 211 lesiona el debido proceso por otorgar facultades para decretar diligencias probatorias de oficio, cuestión que en opinión de una de las requeridas (Cruz Verde) afectaría la imparcialidad del juzgador.
22. Por otro lado, si el solo reconocimiento de las facultades de dirección material del proceso no afectan al derecho de las partes a un juez imparcial, que forma parte del contenido de la garantía constitucional del derecho al debido proceso, ¿cuándo el ejercicio de esta facultad podría infringir la garantía en comento? La respuesta se debe estructurar sobre la base de la infracción del principio dispositivo a través de las facultades probatorias (principio de investigación de oficio) del órgano de adjudicación. En otras palabras, lo que se pretende responder es a la pregunta de ¿cuándo la incorporación de los hechos (vía prueba de oficio) lesionaría el principio dispositivo al excluir del dominio de las partes la determinación del objeto? Así las cosas, hay que distinguir entre hechos individualizadores de la pretensión y los hechos que motivan o justifican ésta, y en definitiva, el objeto del proceso, se puede concluir que sólo cuando se incorporan de oficio los elementos fácticos pertenecientes a la primera categoría se estaría produciendo la injerencia judicial en la tarea de las partes de configurar el objeto del proceso, pero no cuando la iniciativa judicial se centra en los hechos justificativos.
23. Respecto de las excepciones, se debe señalar que los hechos alegados por el demandado como fundamento de las excepciones materiales pueden ser de tres tipos: *impeditivos*, *extintivos* y *excluyentes*. Por tanto, las excepciones materiales que consisten en hechos *excluyentes* sólo podrán ser consideradas por el juez si existe alegación expresa del demandado y si han sido probadas por éste. En cuanto a las excepciones materiales correspondientes a las restantes categorías de hechos (*impeditivo/extintivos*), éstos han de ser alegados por las partes y probados, pero no necesariamente por el demandado, para que puedan ser considerados por el juzgador.
24. Por último, hechos secundarios, es decir, aquellos que en contraposición con los primarios permiten deducir directa o indirectamente la existencia o no de un determinado modo de ser de los hechos jurídicos, el juez tiene la posibilidad de individualizar hechos secundarios no alegados cuyo conocimiento puede

resultar útil para una verificación más completa de la existencia de los hechos jurídicos alegados.

25. El deber de **congruencia civil** encuentra su fundamento en el principio dispositivo, por ser éste, sin lugar a dudas, la traducción procesal en donde se refleja con mayor fidelidad el respeto a la naturaleza jurídico-disponible del derecho material deducido en el juicio. Así las cosas, es posible definir congruencia como *el deber judicial de respuesta y respeto en los pronunciamientos de la sentencia a las peticiones y alegaciones fundamentales oportunamente deducidas por ambas partes*.
26. Más allá de las distintas formulaciones con que se define la congruencia civil, el ámbito que, comúnmente aceptado, no puede rebasar el juzgador alcanza: a) a las partes del proceso; b) *el petitum*; y, c) a la *causa de pedir*; es decir, comete incongruencia el tribunal que dicta sentencia no respetando alguno de los tres elementos.
27. Cabe preguntarse ¿en qué elementos ha de existir correlación o adecuación para que se entienda cumplido el deber de congruencia civil? Lo primero es que la correlación ha de existir, en primer término, respecto de las partes en el proceso, en el sentido de que la sentencia ha de extender, pero también limitar, sus pronunciamientos a ellas.
28. En segundo término, la sentencia ha de pronunciarse respecto de la pretensión procesal interpuesta y sólo respecto de ella. Ello impone analizar la correlación con los llamados objeto inmediato y mediato de la pretensión y con la causa de pedir.
29. Respecto del objeto inmediato de la pretensión, la congruencia impone pronunciarse sobre la clase de tutela jurisdiccional (condena, mera declaración, constitutiva) pedida por el actor y no sobre otra.
30. En cuanto al objeto mediato de la pretensión, la congruencia impone ceñirse a los límites cualitativos y cuantitativos de dicho objeto: no cabe pronunciarse sobre otra prestación, sobre otra relación jurídica o sobre otro acto o negocio jurídico, que aquellos respecto de los cuales se ha reclamado pronunciamiento, ni tampoco (en caso de que la cantidad sea relevante) sobre mayor cantidad que la solicitada (y no sólo para concederla, sino también para denegarla).
31. Ha de existir, además, una correlación con el otro elemento de la pretensión, con la *causa de pedir*. Es sabido que la causa de pedir consiste en hechos, pero no todos los hechos constitutivos necesarios para estimar la pretensión, sino sólo aquellos la individualizan o identifican.
32. Debe haber correlación con las alegaciones de las partes y con las peticiones del demandado influyentes en la admisibilidad y en el sentido de los pronunciamientos. Así no puede emitirse de oficio un pronunciamiento de absolución de la instancia, salvo que el requisito condicionante del pronunciamiento de fondo tenga el tratamiento de presupuesto procesal en sentido estricto. Si su tratamiento es de impedimento procesal, aquel pronunciamiento sólo puede

emitirse, sin incurrir en incongruencia, si el demandado ha formulado la correspondiente alegación y petición.

33. Se infringe la congruencia, como ya se señaló, si se toma en consideración hechos constitutivos no alegados por el actor.
34. También, si se resuelve sobre la pretensión procesal en atención a hechos impositivos o extintivos no alegados por ninguna de las partes, salvo que excepcionalmente el juez deba tomarlos en cuenta de oficio, aunque no resulten de alegaciones de las partes. Igualmente si se resuelve en atención a hechos excluyentes que el demandado (precisamente él) no hubiera hecho valer.
35. Por fin, es también incongruente la sentencia que resuelve en contradicción con los hechos admitidos por las partes, siempre que estos hechos sean inmediatamente relevantes como constitutivos, impositivos, extintivos o excluyentes.
36. La **congruencia penal** es conocida también como principio de correlación entre acusación y sentencia. El objeto del proceso penal precisa los límites del conocimiento del tribunal y de la sentencia. Este principio implica que el tribunal no puede en su sentencia excederse de los términos en que fue formulada la acusación del Ministerio Público. En definitiva, opera como garantía para evitar que el imputado sea sorprendido por variaciones en la unidad temática del proceso, es decir, por modificaciones en el objeto del proceso penal.
37. En sentido estricto la congruencia se deriva del poder de disposición que las partes tienen sobre el objeto del proceso, y por eso la congruencia tiene pleno sentido en el proceso civil. Cuando se trata del proceso penal, del objeto del cual las partes no tienen (en principio) disposición, no se habla propiamente de congruencia, sino de correlación, que se asienta de modo principal en el principio de acusatorio.
38. Se entiende por la doctrina, que existe identidad del objeto del proceso cuando la declaración de las consecuencias penales respecto de la misma persona se basa en un mismo fenómeno vital. Surge así una identidad subjetiva y una objetiva.
39. La primera identidad es de la persona del imputado. Es decir, no puede existir ningún cambio, durante la pendencia del proceso, respecto a la persona del imputado. La segunda identidad apunta al hecho. Se trata de un concepto procesal de hecho. Él describe el acontecimiento histórico sometido al tribunal a través de la acusación en tanto una unidad según la concepción cultural. Forman parte de un hecho, en primer lugar, independientemente de toda calificación jurídica, todos los acontecimientos fácticamente inseparables y pertenecientes a él; pero, por ello, también acontecimientos independientes, separables en el sentido del concurso real, cuando ellos son comparables en su contenido de injusto y se hallan en una relación temporal y espacial estrecha uno con otro.
40. Pero ¿qué se debe entender por hecho procesalmente relevante? Para dar una respuesta a la pregunta es necesario dar un breve repaso a las teorías que permiten identificar los hechos integrantes del objeto procesal.

41. En primer lugar encontramos las *teorías naturalistas*. Estas teorías consideran que la identificación ha de hacerse con base en criterios puramente naturales, de los cuales habrá de surgir una unidad: la unidad de acción natural. Para ello se recurre a criterios históricos o naturales que permitan conseguir una cierta delimitación del hecho que sirva de medida con miras a conformar un objeto del proceso.
42. Dentro de estas teorías se puede distinguir la *teoría naturalista subjetiva* que parte de la consideración de que si la “voluntad es única; pluralidad de voluntades, por el contrario implica pluralidad de actos”. Es decir, la apreciación de los hechos jurídicamente relevantes debe hacerse atendiendo al elemento psicológico o volitivo de la persona a la que se le imputa la realización de esos hechos. Así se señala que siempre que un conjunto de hechos realizados por una misma persona estén inspirados por el mismo elemento volitivo, constituyen un conjunto, una unidad fáctica a efectos procesales.
43. Una segunda variante naturalista es la *versión objetiva* de la misma. Para esta teoría, lo que permite reducir a la unidad el conjunto de hechos en los que ha participado el acusado son aspectos objetivos tales como el tiempo y el lugar de su realización. De este modo, las circunstancias espacio-temporales adquieren relevancia esencial en la identificación de los hechos jurídicamente relevantes desde un punto de vista procesal y, por lo tanto, esos aspectos espacio-temporales son elementos de identificación del objeto procesal.
44. Frente a las teorías naturalistas se presentan las *teorías normativas*. Para las teorías normativas no se debe confundir el hecho jurídicamente relevante fundamentador de la acción y de la pretensión penal, con un determinado y concreto tipo penal. Como se sostiene por los defensores de esta teoría, el hecho procesal, pues no es un hecho entendido como delito o como crimen, sino como *factum* con individualidad propia.
45. Dentro estas teorías encontramos la primera variable que se denomina la *teoría del objeto normativo*. Este criterio fundamental para averiguar la identidad del hecho sostiene que lo importante para la permanencia inalterable de éste no es que permanezca invariable su unidad material, sino la subsistencia de su objeto normativo. Luego, los elementos accidentales del hecho de la acusación pueden ser modificados o introducidos o eliminados por el órgano jurisdiccional y ello no supone un cambio de objeto.
46. Finalmente, tenemos la *teoría del bien jurídico protegido*. Esta teoría atiende al bien jurídico lesionado. Así, se afirma que el objeto del proceso penal, además de un trozo de la vida de una persona, es un hecho contemplado en función del bien jurídico protegido, lesionado por él. Por tanto, es posible, en base a la teoría en comento, acusar como autor y condenar como cómplice, si bien las conductas atendiendo a los actos de ejecución no son las mismas, ambas se dirigen a lesionar un mismo bien jurídico. Lo que permite dotar de unidad o identidad a los hechos procesalmente relevantes es el bien jurídico lesionado con las conductas enjuiciadas.

47. En opinión de este informante no es suficiente la sola referencia a la acción típica, sino que además debe identificarse bien jurídico afectado, es decir, debe precisarse cuál es el objeto material de la tutela penal o, en otras palabras, el resultado lesivo de la acción delictiva (bien jurídico lesionado), de manera de dar un mayor grado de determinación al hecho.
48. En efecto, la aplicación copulativa es procedente en la mayoría de los casos en que se trata de hechos penales únicos, mientras que en el caso de pluralidad de hechos penales, como el concurso ideal, pareciera resolverse más bien bajo el criterio de la acción y, por el contrario, en el caso de las diversas formas de participación se resolvería de forma adecuada bajo el criterio del bien jurídico únicamente.
49. Por último, tiene razón el profesor Del Río Ferretti que en dos casos ni siquiera el criterio del bien jurídico sirve para explicar el posible enjuiciamiento único de hechos normativamente distintos. Nos referimos al caso del concurso real y al encubrimiento.
50. Más allá del hecho punible desde un punto de vista procesal normativo, es decir, más allá del objeto del proceso, se sitúa el problema del derecho de defensa y del principio de contradicción, los cuales alcanzan a todas las cuestiones fácticas y jurídicas del caso. En efecto, las partes tienen derecho a defenderse y a contradecir no sólo respecto del hecho sustancial de que trata el proceso, sino además respecto de todos los hechos y circunstancias fácticas tengan o no eficacia jurídicopenal, y además respecto de todos los aspectos referidos a la calificación jurídica y la consecuencia punitiva. Todos esos contenidos se aglutinan en el objeto del debate, el cual delimita el ámbito, la amplitud del derecho de defensa y la eficacia del principio de contradicción. Como se ve, su ámbito es mucho mayor al del objeto del proceso.
51. Después del breve repaso del estado de cuestión sobre el deber de congruencia civil y penal (correlación), cabe preguntarse: ¿En materia de libre competencia la congruencia (o correlación) se encuentra más cerca de la civil o de la penal? En este punto la respuesta sólo puede ser una, la congruencia (o correlación) del derecho de la competencia se encuentra más cerca de la correlación penal que la congruencia civil.
52. En efecto, no parece ser discutido que los ilícitos anticompetitivos contenidos en el artículo 3 del DL 211 son una manifestación del llamado derecho administrativo sancionador del Estado. Con todo, se debe dejar constancia que ello no significa que entre un ilícito penal y un ilícito administrativo no existan diferencias, como tampoco que el estatuto de garantías penales deba trasladarse íntegramente al ámbito del derecho administrativo sancionador.
53. Primero, los acuerdos colusorios horizontales sobre precios (cartel) se encuentran regulados con una particular técnica legislativa. Efectivamente, los tipos de ilícitos monopólicos los encontramos en el DL 211 en su artículo 3 inciso primero que consagra lo que la doctrina denomina como “tipo universal de ilícito monopólico”, en el cual cabe subsumir cualquier conducta humana relevante

que ponga en peligro o lesione el bien jurídico libre competencia.

54. Segundo, el objeto del proceso en el derecho de la competencia se encuentra constituido, al igual que el proceso penal, por la persona del requerido o demandado (identidad subjetiva) y por el hecho atentatorio a la libre competencia (identidad objetiva).
55. Frente a la pregunta qué debemos entender por hecho atentatorio a la libre competencia, como hecho procesalmente relevante, la respuesta se debe construir desde las teorías normativas del hecho. Así las cosas, los criterios que este informante considera para la identificación del hecho procesal son aquellos constituidos por la acción anticompetitiva descrita por el legislador en el supuesto normativo alegado como vulnerado (colusión), y el resultado de dicha actividad, entendiendo que resultado equivale a tanto como decir infracción al bien jurídico protegido por la norma (orden público económico).
56. Así pues, la correlación entre requerimiento y sentencia en el derecho procesal de la competencia es respetada por el TDLC en la medida en que exista una correlación (identidad objetiva) entre los hechos (esenciales) descritos en la misma y los contenidos en la sentencia.
57. Por tanto, el elemento objetivo del tipo infraccional de colusión del artículo 3 del DL 211 lo constituye el acuerdo entre competidores, que recae sobre un elemento relevante de competencia, y que tiene la aptitud de lesionar o poner en peligro la libre competencia.
58. Por otro lado, el requerimiento imputa a Cruz Verde, Salcobrand y Ahumada el alza coordinada de precio de venta de 222 medicamentos en período entre noviembre de 2007 y abril de 2008. El petitorio del requerimiento solicita que se declare que “las requeridas han acordado fijar al alza el precio de venta de medicamentos que comercializan, impidiendo, restringiendo y entorpeciendo la competencia, en los términos previstos en el artículo 3 del DL 211, en particular su letra a)”. Así, los hechos procesalmente relevantes para la configuración del tipo infraccional serían: el acuerdo entre competidores, el que éste recaiga sobre el precio de determinados bienes (222 medicamentos) con la aptitud de lesionar la libre competencia.
59. Finalmente, la sentencia dictada por el TDLC condena por esos mismos hechos, cuando en el petitorio señala que se acoge el requerimiento “declarando que éstas se coludieron para alzar los precios de al menos 206 medicamentos en el período comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008”.
60. Los supuestos cambios de versiones planteadas durante la discusión -en el caso de existir- no inciden en hechos procesalmente relevantes (hechos esenciales) que sirven para la definición del ilícito infraccional de colusión (en contraposición a los hechos accidentales). De esta forma es posible seguir afirmando que los hechos por los que se condenó son los mismos por los cuales se dedujo requerimiento en su momento por la FNE.

61. La demostración más clara de lo anterior es que las requeridas pudieron defenderse de la imputación del alza de precios de los 222 medicamentos por el periodo cuestionado. El que sus defensas se plantearan como un intento de explicar y de justificar el alza de precio de éstos evidencia que conocieron cabalmente la imputación y sus alcances. Con lo que, además, se puede agregar que incluso la garantía constitucional del derecho a la defensa procesal nunca se vio afectada por los cambios en los hechos accidentales.
62. Una solución diversa generaría mayores problemas que beneficios pues reduciría la operatividad de garantías fundamentales del requerido. Nótese que si se predica un concepto muy exigente de hecho procesal, pensando que con ello se garantiza los derechos del requerido se puede en realidad estar cometiendo un error fundamental, pues aquello podría suponer un efecto excluyente (del *ne bis in ídem*) muy limitado en su amplitud objetivo-subjetiva, al punto de que cualquier cambio fáctico insignificante introducido en el segundo requerimiento pueda dejarlo sin eficacia, puesto que habría que concluir de manera coherente con aquello de que cualquier cambio o alteración también afecta la identidad del hecho a efectos de cosa juzgada: el hecho ya no sería el mismo, sino justamente uno distinto, no quedando, por lo tanto cubierto por la mencionada garantía. Esta es la razón por la cual al tratar del hecho configurador del objeto del proceso que nos servirá para determinar el deber de correlación habrá que estar a la vez pensando en las consecuencias que ello puede acarrear para la cosa juzgada y la litispendencia.

RELEVANCIA Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA EN LIBRE COMPETENCIA

Andrés Fuchs Nissim*

I. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La FNE acusa a las cadenas requeridas de haber “participado de un acuerdo o práctica concertada destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados que fuera igual o superior a su precio de lista mayorista”.¹ Dicha imputación se divide en dos partes: La primera, hace referencia a un supuesto en que se funda la acusación, cual es la existencia de una regla entre supermercados y proveedores que habría impedido la venta de carne de pollo por debajo del precio de lista más IVA. La segunda, correspondiente a la acusación propiamente tal, señala que tanto la forma en que las cadenas requeridas habrían observado la regla vertical, como aquella en que habrían exigido la aplicación de la misma, constituiría un acuerdo o práctica concertada entre competidores.²

Para probar su acusación, la FNE acompañó a su requerimiento y con posterioridad al mismo, prueba directa de la existencia de la regla como del acuerdo o práctica concertada, consistente en correos electrónicos entre funcionarios de las cadenas requeridas y los proveedores comunes de carne de pollo. Por su parte, al contestar el requerimiento, las cadenas requeridas presentaron tesis alternativas sobre la lectura que debe hacerse de los correos enviados por funcionarios de tales cadenas a los proveedores comunes³.

Para reforzar su teoría del caso, la FNE ha acompañado al proceso una serie de correos entre funcionarios de las cadenas requeridas y proveedores comunes en mercados o productos distintos del requerido, que persiguen refutar las principales defensas planteadas por cada una de las cadenas requeridas, y exponer la poca plausibilidad de las tesis alternativas planteadas por éstas a la luz del contexto general de

* Profesor de Derecho Procesal, Máster en Derecho por la Universidad de Harvard (LL.M 16') y candidato a Máster en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona.

¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Requerimiento*, fojas 15, p. 2

² FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Requerimiento*, fojas 15, pp. 4 a la 8.

³ Al respecto, véase: WALMART, *Contesta requerimiento*, fojas 222, páginas 72 y ss.; y, SMU, *Contesta requerimiento*, fojas 582, páginas 27 y 28; página 31.

las comunicaciones de la industria durante el período de la acusación.⁴

Sin embargo, las cadenas requeridas han objetado que se introduzcan al juicio y valoren elementos de prueba que digan relación con mercados o productos distintos del requerido. De este modo, la interrogante jurídica que surge y que este Informe pretende responder es: ¿Puede el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia utilizar prueba referida a mercados distintos del de carne de pollo para ayudar a formar la convicción necesaria acerca de la efectividad de los hechos que configuran la conducta imputada en el requerimiento?

La pregunta, en términos procesales, plantea un problema relativo específicamente a la relevancia y admisibilidad de la prueba. Si la prueba es relevante y no existe ninguna norma que limite o excluya su admisibilidad, entonces, los correos electrónicos formarán parte del conjunto de elementos de juicio y deberán ser valorados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**Tribunal**” o “**TDLC**”) para decidir. Si por el contrario, la prueba es irrelevante o siendo relevante es inadmisibile, entonces, la prueba deberá ser excluida y no tomada en consideración por el tribunal.

Este Informe sostiene que: (i) los correos electrónicos enviados por funcionarios de las cadenas requeridas a los proveedores comunes son relevantes para adoptar una decisión en este caso, pues otorgan elementos de juicio que permiten obtener inferencias válidas respecto de los hechos que se juzga, haciendo la existencia del acuerdo o práctica concertada acusada más probable; (ii) no existe ninguna norma o principio legal que limite la admisibilidad de estos correos; y, (iii) en consecuencia, corresponde que los referidos correos sean valorados por el TDLC al momento de adoptar una decisión.

Para justificar tales conclusiones, el Informe sigue la siguiente estructura. Primero se trata someramente la función que cumple la prueba jurídica dentro de un sistema de justicia, haciendo especial mención al derecho a la prueba y el derecho de contradicción que tiene todo litigante (*Capítulo II*). Luego, se explican las distinciones que existen entre objeto del juicio de hecho y objeto de la prueba (*Capítulo III*), y entre prueba directa e indirecta (*Capítulo IV*). A continuación, en lo que constituye el núcleo de este Informe, se analizan los conceptos de relevancia y admisibilidad para comprobar si los correos electrónicos materia de este Informe cumplen o no con los requisitos necesarios para formar parte del conjunto de elementos de prueba en el proceso (*Capítulo V*). Finalmente, se presentan las conclusiones de este Informe (*Capítulo VI*).

⁴ En particular, las principales defensas y tesis alternativas levantadas por las partes que dicha prueba busca refutar son: (i) el supuesto de la FNE es erróneo, ya que no existía una regla que impidiese la venta de carne de pollo por debajo del precio de lista; (ii) de existir, dicha regla sería producto de la imposición unilateral de parte de los proveedores y no producto de un acuerdo vertical entre estos y los supermercados; (iii) no existirían incentivos, tanto para supermercados como para proveedores, para seguir este acuerdo o práctica concertada (iv) las comunicaciones entre proveedores y supermercados que sirven de sustento a la acusación tendrían una explicación pro-competitiva, o bien representarían actuaciones aisladas de parte de ciertos trabajadores que se habrían alejado de la política establecida por la empresa; y, (v) la estructura de funcionamiento interno del supermercado (separación del área comercial del área de *pricing*), así como los programas de *compliance* ejecutados por las requeridas, imposibilitan la materialización de un acuerdo como el descrito en el requerimiento.

II. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA PRUEBA JURÍDICA

De acuerdo con el profesor Mirjan Damaska, los sistemas de justicia tienen tres fines u objetivos diversos. El primero consiste en averiguar la verdad sobre los hechos para así evitar el pronunciamiento de veredictos falsos (objetivo de la *reducción del error*). El segundo, parte del reconocimiento que sin importar cuánto quieran evitarse los errores, estos de vez en cuando ocurrirán, y, por lo mismo, este fin se refiere a las reglas sobre la *distribución del error*. Finalmente, el tercer fin es uno misceláneo que no tiene que ver con las clases de error, sino que se enfoca en otros asuntos también considerados importantes en el desempeño del sistema de justicia (*valores de política pública-no epistémicos*).⁵ El más fundamental de esos valores es el primero, toda vez que existe una relación teleológica entre prueba y verdad.⁶ Sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados, podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios⁷. De este modo, la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental -pero no único- del proceso, y la prueba, en ese contexto, es el instrumento que se emplea para conseguir tal fin.⁸

Según la teoría racionalista de la prueba,⁹ es posible distinguir tres momentos o etapas de la actividad probatoria: (i) un primer momento destinado a la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; (ii) un segundo momento dedicado a valorar la prueba admitida; y, (iii) finalmente, un tercer y último momento destinado a adoptar una decisión sobre cuándo puede tenerse por probado un enunciado sobre los hechos.¹⁰ Este Informe dice relación con el primero de esos momentos.¹¹

⁵ DAMASKA, MIRJAN, *El Derecho Probatorio a la Deriva*, Marcial Pons, 2015, p. 22. Agrega el autor que la implementación del tercero de estos fines frecuentemente genera obstáculos para la búsqueda de la verdad (p. 22).

⁶ Un extenso desarrollo de la relación teológica que existe entre prueba y verdad puede verse en: FERRER, JORDI, *Prueba y Verdad*, Marcial Pons, 2002.

⁷ FERRER, JORDI, *La Valoración Racional de la prueba*, Marcial Pons, 2007, p. 31. La tesis de este autor consiste en que “sólo podrá influir en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho. El éxito de la institución probatoria se produce cuando los hechos que se declaran probados son verdaderos” (p. 30 y 31).

⁸ FERRER; 2007, p. 2.

⁹ Nadie duda hoy en día que para que un procedimiento pueda ser calificado de racional y justo, requiere de una teoría racional y no arbitraria de la prueba. Esto, que parece obvio, conlleva la defensa de algunas tesis centrales: (i) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial; (ii) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia; y, (iii) el recurso a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba (FERRER; 2007, p. 19). El TLDC ha seguido en sus sentencias esta forma de concebir la prueba (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Caso Buses Curacaví*, Sentencia N° 134, Considerando Sexagésimo tercero: “Las teorías racionales de la prueba distinguen tres momentos de la actividad probatoria”. Énfasis agregado).

¹⁰ FERRER; 2007, pp. 41 a 49. En este sentido, puede verse también: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Sentencia N° 134*, Considerando Sexagésimo tercero.

¹¹ Sin embargo, si la conclusión es que los correos objeto de este Informe forman parte del conjunto de elementos de juicio del caso, entonces, la consecuencia es que dichos correos necesariamente deberán ser valorados por el TLDC al adoptar una decisión (véase en este sentido: FERRER; 2007, p. 91).

En el proceso, el primer problema probatorio importante es establecer qué elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al mismo. Como punto de partida, existe un principio de libertad de prueba, en función del cual todo elemento de conocimiento que pueda ser útil para la determinación de un hecho puede ser usado.¹² Se trata de un principio de inclusión epistemológico que prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante de los hechos que se juzgan.¹³ Sin embargo, en ocasiones, los sistemas procesales incluyen reglas jurídicas que se superponen y hacen prevalecer otros valores por sobre el de la libertad de prueba.¹⁴

Este principio de inclusión recibe plena aplicación en el proceso contencioso ante el TDLC. El Decreto Ley N° 211 establece expresamente que:

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.¹⁵

En este contexto, el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos. Las garantías procesales de las partes serían meramente formales si a las partes se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio.¹⁶ Por consiguiente, se ha sostenido que el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso.¹⁷

De acuerdo con la literatura, el derecho a la prueba reconoce los siguientes elementos¹⁸: (i) derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; (ii) derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; (iii) derecho a una valoración racional de la prueba; y, (iv) la obligación de motivar las decisiones judiciales. Cualquier limitación a este dere-

¹² TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, 2002, p. 359.

¹³ Al respecto, el profesor Ferrer explica que “una prueba es relevante si aporta apoyo o refutación de alguna de las hipótesis fácticas del caso a la luz de los principios generales de la lógica y la ciencia. Se trata de un principio de inclusión que ordena la admisión de toda prueba relevante que no deba excluirse por aplicación de alguno de los filtros adicionales impuestos por las reglas jurídicas” (FERRER; 2007, pp. 42 y 43).

¹⁴ TARUFFO; 2002, p. 359.

¹⁵ DECRETO LEY N° 211, Artículo 21°, inciso tercero.

¹⁶ TARUFFO, MICHELE, *La Prueba*, Editorial Marcial Pons, 2008, p. 56.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ FERRER; 2007, p. 46.

cho tendrá que fundarse en la protección de otra garantía fundamental.¹⁹

Frente a este derecho a presentar toda la prueba relevante, los sistemas jurídicos contemplan dos controles procedimentales: (i) uno *ex ante*²⁰ mediante el reconocimiento del principio de contradicción²¹; y, (ii) otro *ex post* a través de la exigencia de motivación de la decisión judicial²².

El principio de contradicción opera, entonces, como un control *ex ante* para evitar que se presente prueba irrelevante o inadmisibles,²³ o bien, para defenderse de la prueba admisible presentada por la contra parte.²⁴ En este sentido, debe reconocerse el derecho de la FNE a contradecir las afirmaciones y pruebas presentadas por las cadenas requeridas. En consecuencia, los correos electrónicos materia de este Informe, que pretenden otorgar elementos de juicio para refutar tanto las tesis alternativas sobre los correos intercambiados por las requeridas y los proveedores comunes de carne de pollo, como el que esos hechos habrían sido realizados de manera aislada por dependientes no pertenecientes a los niveles superiores de la estructura empresarial, o que la existencia de programas de cumplimiento eficaces hayan obstado a la existencia de este tipo de conductas deben también ser considerados admisibles en virtud del principio contradictorio del que la Fiscalía goza como cualquier litigante.

La motivación de la decisión, por su parte, operará como control *ex post*. Jordi Ferrer explica que “en los ordenamientos de *civil law*, el control de la racionalidad de la decisión se realizaría *ex post* mediante el control de la motivación. Así, por ejemplo, ante una prueba o un tipo de prueba de muy baja fiabilidad, el control de ra-

¹⁹ Al respecto, el profesor Ferrer explica: “La exclusión de prueba relevante puede afectar el derecho a la prueba reconocido como derecho fundamental. Por ello, cualquier afectación de ese derecho deberá hacerse en nombre de algún otro valor u objetivo que tenga al menos el mismo rango que el derecho fundamental a la defensa y a la prueba” (FERRER; 2007, p. 83). Además, hace presente que “el valor o la finalidad de la averiguación de la verdad no tiene estructuralmente la misma posición que los demás, ya que opera como mecanismo de motivación de la conducta. Esta faceta estructural no es compartida por otros valores con los que la averiguación de la verdad puede entrar en conflicto. Un sistema jurídico puede funcionar perfectamente sin asumir el valor de la inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones, por ejemplo. Sería éste un sistema jurídico indeseable por otros motivos, pero no hay nada que impida que un sistema así sea perfectamente efectivo y eficiente en el cumplimiento de su función motivadora de la conducta. En cambio, el sistema no puede prescindir de la averiguación de la verdad como objetivo institucional del proceso, puesto que de otro modo el sistema colapsaría. Esto no le otorga un mayor valor moral a la averiguación de la verdad, pero muestra que el conflicto entre ese objetivo del derecho y otros posibles objetivos, el primero tiene una preferencia estructural que hace que no pueda ceder siempre, ni en la mayoría de las ocasiones (FERRER; 2007, pp. 82 y 83).

²⁰ Se trata de un control *ex ante*, “pues su función se explica como una garantía procedimental previa a la decisión, es decir, como posibilidad para las partes de intervenir y defenderse preventivamente sobre todos los aspectos de la controversia que resultan de alguna forma relevantes para la decisión” (TARUFFO; 2002, p. 431).

²¹ De acuerdo con Jorge Larroucau, cuando “hablamos del derecho a prueba bajo la regla de contradicción, aludimos al derecho que tienen los litigantes de introducir elementos de prueba al caso, lo cual permite al actor acreditar (y a las requeridas desmentir) la efectividad de su pretensión procesal” (LARROUCAU, JORGE, *La prueba en el proceso civil*, Tesis Doctoral, Universidad de Chile, 2010, p. 121).

²² TARUFFO; 2002, p. 435.

²³ Se trataría, de acuerdo con Taruffo: “De un control para asegurar que se apliquen correctamente las reglas lógicas (es decir, el criterio de relevancia) y jurídicas (reglas sobre admisibilidad) que regulan la admisión de pruebas al proceso” (TARUFFO; 2002, pp. 428 y 429).

²⁴ Nuevamente de acuerdo con Taruffo, se trataría “de un control frente a las pruebas admitidas, mediante la introducción de pruebas destinadas a confirmar una versión distinta o contraria del hecho” (TARUFFO; 2002, p. 428).

cionalidad podría funcionar a posteriori siempre que se exija al decisor de los hechos probados que justifique por qué ha declarado probado esos hechos y cuál ha sido el apoyo empírico en que ha basado su decisión. En cambio, si no se exige motivación de la decisión sobre los hechos, el único modo de asegurar normativamente que no se tome la decisión sobre la base de pruebas poco o nada fiables es, directamente, excluirlas del conjunto de elementos de juicio disponible”.²⁵

III. OBJETO DEL JUICIO DE HECHO Y OBJETO DE LA PRUEBA

Si bien los términos *objeto del juicio de hecho* y *objeto de la prueba* se vinculan, son, empero, conceptos distintos y, por lo mismo, es necesario precisar sus contornos de modo de evitar confusiones y equivocaciones.

El *objeto del juicio de hecho* dice relación con las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia jurídica.²⁶ En consecuencia, el objeto del juicio de hecho estará dado por probar los elementos de la norma que se considera idónea para decidir el caso. Así, por ejemplo, en un juicio de colusión el objeto del juicio de hecho recaerá en “acreditar la existencia de un acuerdo (i) sobre una variable relevante de competencia (tales como precio o cantidad, o reparto de mercado); (ii) entre competidores; y (iii) que ha otorgado poder de mercado a quienes han participado de él”.²⁷ De esta forma, la relevancia jurídica de un hecho va a estar dada por su adecuación con las normas que decidan el caso.²⁸

Por otra parte, el *objeto de la prueba* se refiere a cómo se pueden tener por acreditados los hechos. La respuesta, de acuerdo con Michele Taruffo, es mediante razonamientos inferenciales que se hagan a partir de hechos lógicamente relevantes.²⁹ Al respecto, explica que, por definición, es relevante la prueba que versa sobre un hecho jurídico, porque es obvio que cualquier prueba de este tipo resulta útil en el proceso; pero también es relevante, agrega, la prueba que versa sobre un hecho secundario del que puedan derivarse consecuencias probatorias respecto del hecho principal.

La prueba sobre el objeto del juicio de hecho, en consecuencia, formará parte siempre del objeto de la prueba; sin embargo, el objeto de la prueba no se agota únicamente en los hechos jurídicamente relevantes, puesto que, desde una perspectiva probatoria, también existen hechos secundarios que pueden ser relevantes para la

²⁵ FERRER; 2007, pp. 44 y 45

²⁶ TARUFFO; 2008 p. 91. RIVERA, RODRIGO, *La prueba: un análisis racional y práctico*, Marcial Pons, 2011, pp.43 a 46.

²⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Caso Asfaltos*, Sentencia N° 148, Considerando Vigésimo primero.

²⁸ RIVERA; 2011, p. 46.

²⁹ TARUFFO; 2008, p. 103.

toma de decisiones.³⁰ Por lo mismo, los ordenamientos procesales civiles modernos recogen una definición amplia de objeto de la prueba. Así, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 indica que serán objeto de la prueba “los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso” (281.1). La expresión “guardar relación” en este caso es aquella que permite que se pueda rendir prueba sobre hechos secundarios.

Lo anterior se encuentra especialmente consagrado respecto del proceso contencioso en materia de libre competencia y del proceso civil chileno. En ambos procesos deben probarse los hechos sustanciales y pertinentes que se encuentren controvertidos, entendiendo por sustanciales aquellos que integran de forma esencial el conflicto, y por pertinentes aquellos que, sin integrar esencialmente el conflicto, se vinculan a él y son necesarios para que el tribunal resuelva. De este modo, es el legislador el que reconoce que la prueba puede tener por objeto hechos que van más allá del hecho objeto del juicio, en la medida en que estos puedan ser relevantes para la decisión del asunto sometido a conocimiento del tribunal. Por ello es que en palabras del Decreto Ley N° 211, son admisibles “todo indicio o antecedente que, en concepto del tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”.³¹

En definitiva, entender esta distinción es la que permite comprender por qué el objeto de la prueba es más amplio que el objeto del juicio del hecho, y por qué, entonces, prueba sobre aspectos relativos al funcionamiento de la industria supermercadista o a la relación entre supermercados y proveedores de productos distintos del de la carne de pollo sí pueden ser relevantes para este juicio.

En efecto, en relación con lo anterior, no debe olvidarse que la industria supermercadista es una industria multiproducto que, como ha reconocido el TDLC, ha mostrado una evolución caracterizada por procesos de consolidación entre diversas áreas de negocios.³² Esta evolución ha llegado al nivel que el propio tribunal ha calificado esta industria como una que se ha convertido en una “industria de redes”.³³ Por lo mismo, es esperable que las políticas y formas de operar de los supermercados sean similares con los distintos proveedores, con independencia del mercado o producto específico de que se trate.

³⁰ Esta problemática sobre si se debe reducir el objeto de la prueba estrictamente al objeto del juicio de hecho, también ha sido abordada por Eduardo Couture. Este autor se pregunta si la prueba que no corresponde al objeto del juicio de hecho puede ser desechada *in limine*. En su opinión, si el juez rechaza de plano la prueba que considere innecesaria, se crean los graves riesgos de prejuzgamiento y de privar a una de las partes de demostrar la exactitud de sus afirmaciones (COUTURE, EDUARDO, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial Metropolitana, 2010, p. 195).

³¹ DECRETO LEY N° 211, Artículo 21°, inciso tercero.

³² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia N° 103, Considerando Vigésimo cuarto.

³³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Fusión SMU-SdS*, Resolución N° 43, § 8.5.

IV. PRUEBA DIRECTA E INDIRECTA

La prueba puede clasificarse como directa o indirecta³⁴ según la relación que exista entre el hecho a probar y el objeto de la prueba.³⁵ Tradicionalmente se ha pensado que esta distinción es importante por la diferente calidad epistemológica producto de cada uno de estos tipos de prueba.³⁶ Sin embargo, aquello es un error, pues, desde el punto de vista del razonamiento jurídico, no hay ninguna distinción esencial entre la prueba directa y la prueba indirecta, ya que en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase.³⁷ En consecuencia, no se debe creer que existe una supuesta prelación o preferencia por la prueba directa.³⁸

La distinción entre prueba directa e indirecta es importante, en cambio, porque los criterios para determinar si una prueba es relevante o no son distintos según sea la naturaleza de la prueba que se trate.³⁹

Se está ante una prueba directa cuando las dos enunciaciones tengan por objeto el mismo hecho, es decir, cuando la prueba versa directamente sobre el hecho principal a probar. En palabras de Charles McCormick, el profesor más importante de *evidence* en las últimas décadas en Estados Unidos, la prueba directa

³⁴ El origen esta distinción proviene de Francesco Carnelutti, quien ponía especial acento en la percepción del juez en relación con el hecho a probar, distinguiendo en función de que el juez perciba directamente ese hecho o perciba otro del que se pueda obtener el primero. Así, por ejemplo, serían pruebas directas la prueba testimonial o documental; mientras que las presunciones o indicios serían prueba indirecta. Sin embargo, como explica el profesor Taruffo: “Esta distinción es vaga y poco atendible: es vaga porque se basa en algo genérico e indeterminado como la percepción del juez; y es poco atendible porque no es verdad que el juez tenga la percepción directa del hecho a probar escuchando una declaración testifical o leyendo un documento” (TARUFFO; 2002, p. 454).

³⁵ TARUFFO; 2002, p. 455.

³⁶ Como explica Marina Gascón, existe una concepción tradicional que entiende que “la prueba directa, por versar directamente sobre el hecho que se quiere probar, lo probaría espontáneamente, sin necesidad de raciocinio”, mientras “que la prueba indirecta o indiciaria, en cambio, por no versar directamente sobre el hecho que se pretende probar sino sólo sobre un hecho secundario, para acreditar aquél necesitaría del razonamiento de la inferencia”. Sin embargo, como explica la autora, “esta distinción no resulta aceptable, pues se funda en una acritica percepción de la prueba directa. Analizada rigurosamente la declaración del testigo T: “Vi a A disparar a B y a éste caer muerto, lo único que prueba es que el testigo T dice que vio a A disparar a B y a éste caer muerto. La declaración de T probará que A mató a B sólo si T dice la verdad. Pero este dato (si T dice la verdad) es el resultado de una inferencia del mismo tipo que la que define la prueba indirecta” (GASCÓN, MARINA, *Cuestiones probatorias*, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 47 y 48).

³⁷ GASCÓN; 2012, p. 48. Agrega que, por lo mismo, los resultados de la prueba directa e indirecta han de ser evaluados siempre en términos de simple probabilidad” (p. 50).

³⁸ La literatura ha señalado que “no existe prelación alguna entre la denominada prueba directa, referida a aquella que versa concretamente sobre los hechos cuya verificación se persigue, y la prueba indiciaria, pues con auxilio en ambas puede alcanzarse legítimamente la convicción judicial acerca de los hechos de la causa, pudiendo operar la última mencionada en cualquier caso, siempre que se existan las condiciones para ello, es decir, siempre que exista un indicio que por encontrarse en relación lógica y directa con otro hecho necesitado de prueba, permita concluir en su constatación (CORDÓN, JULIO CÉSAR, *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2011, p. 350).

³⁹ En consecuencia, para que una prueba sea admitida en el proceso debe ser relevante, ya sea según los criterios de la prueba directa o bien según los criterios de la prueba indirecta. Puede verse en este sentido: TARUFFO; 2002, p. 365.

es prueba que, de ser creída, resuelve un asunto sometido a decisión del tribunal.⁴⁰ En la prueba directa el criterio de relevancia coincide con el de la relevancia jurídica del hecho a probar⁴¹ y, por consiguiente, este tipo de prueba nunca puede ser irrelevante.⁴²

En cambio, se está ante una prueba indirecta cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho distinto de aquel que debe ser probado pero que sirve para establecer, mediante un razonamiento inferencial, la verdad del hecho principal.⁴³ A diferencia de la prueba directa, aun si el juez cree en esta prueba, el asunto no quedará resuelto por ese solo hecho, requiriéndose un razonamiento adicional para ello.⁴⁴ Por lo mismo, su relevancia dependerá de si el hecho que se intenta probar justifica o no alguna inferencia razonable respecto de los hechos objeto del juicio.⁴⁵

⁴⁰ CHARLES McCORMICK, *Evidence*, West Academic Publishing, 2006, p. 397 (“*direct evidence is evidence that, if believed, resolves a matter in issue*”).

⁴¹ TARUFFO; 2002, p. 365.

⁴² TARUFFO; 2002, p. 455.

⁴³ TARUFFO; 2002, pp. 455 y 456. En otro de sus textos, el autor se explaya más sobre este respecto, indicando sobre la prueba indirecta que “se dispone de una prueba que demuestra la existencia de un hecho diverso de aquel que es afirmado en la hipótesis; sin embargo, a partir de la proposición que describe otro hecho, que los juristas denominan secundario, es posible extraer inferencias que afectan a la fundamentación de la hipótesis en cuestión. El grado de apoyo que la hipótesis sobre el hecho puede recibir de esa prueba depende, entonces, de dos tipos de factores: el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario y el grado de aceptabilidad de inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación (TARUFFO; 2008, pp. 265 y 266).

Por otra parte, la literatura procesal distingue la prueba indirecta en función que el hecho secundario que constituya el objeto de la prueba sea: (i) un evento que forma parte de la porción de realidad en la que está incluido también el hecho principal, y que se vincula con aquél mediante inferencias; o, (ii) una circunstancia que permite formular inferencias que no se refieren a la existencia del hecho a probar, sino a la credibilidad y aceptabilidad de la prueba (TARUFFO; 2002, p. 458). De acuerdo con este autor, el primer supuesto es el del indicio extraído de las circunstancias del hecho a probar, y el segundo es el referido, por ejemplo, a las relaciones entre un testigo y una parte. En materia de libre competencia, por ejemplo, prueba indirecta del primer tipo sería la prueba del paralelismo; mientras que prueba indirecta del segundo tipo sería acreditar la honradez del testigo que delata la colusión. En ambos casos la prueba es indirecta, pero en el primero de ellos se está ante una prueba que, aunque sea indirectamente, tiene como finalidad la demostración del hecho principal, mientras que en el segundo de los casos se está ante una prueba subsidiaria en la medida que pretende otorgar antecedentes que hagan creíble la prueba sobre el hecho principal. En nuestro ejemplo del párrafo nota anterior, la prueba del paralelismo tiene como finalidad la prueba del cartel; mientras que la prueba sobre la honradez del testigo no sirve de premisa para inferencias acerca del cartel, sino para inferencias de la credibilidad del testigo que delata la existencia del mismo.

⁴⁴ McCORMICK; 2006, p. 397 (“*in circumstantial evidence, even if the circumstances are accepted as true, additional reasoning is required to reach the desired conclusion*”).

⁴⁵ McCORMICK; 2006, p. 398. En el mismo sentido se inclina Taruffo, para quien “en el supuesto de la prueba indirecta, la relevancia de la prueba se establece según un criterio lógico que hace referencia a la posibilidad de formular inferencias probatorias desde el hecho secundario que versa sobre la prueba hasta el hecho jurídico que necesita ser probado” (TARUFFO; 2002, p. 365).

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de libre competencia, prueba directa de colusión es aquella que “muestra que claramente ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado”; vale decir, es aquella que recae sobre el objeto del juicio de hecho. La prueba indirecta, por su parte, es la que emplea el “comportamiento comercial de las firmas en el mercado” para hacer inferencias a partir del mismo.⁴⁶

Aplicando los conceptos anteriores, se puede concluir que los correos electrónicos materia de este Informe dan cuenta de una prueba indirecta, ya que su introducción no está destinada a servir de premisa acerca de los hechos de la causa, sino que su objetivo es acreditar el comportamiento comercial de las cadenas requeridas para que a partir de tal prueba se formulen inferencias sobre: (i) la interpretación que debe hacerse de los correos electrónicos intercambiados entre funcionarios de las cadenas requeridas y los proveedores comunes de carne de pollo; (ii) la veracidad o falsedad de que tales correos responden a interacciones aisladas en la relación entre supermercados y proveedores; y, (iii) la veracidad o falsedad de que los programas de cumplimiento serían eficaces para evitar la ocurrencia de conductas como la acusada por la FNE.⁴⁷

Atendido lo anterior, el siguiente capítulo analizará si esta prueba cumple con los criterios de relevancia aquí señalados para la prueba indirecta. Debe advertirse que dicho análisis no puede hacerse examinando de manera aislada cada medio probatorio, sino que, como ha dicho la Corte Suprema, la relevancia debe analizarse valorando estas pruebas en su conjunto⁴⁸.

⁴⁶ De manera bastante reiterada, la Corte Suprema ha establecido que “en doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión: la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos, que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos; por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial, en cambio, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume. A su vez, existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores de costo y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones” (EXCMA. CORTE SUPREMA, *Caso Farmacias*, Rol N° 2578-2012, *Caso Buses Caldera*, Rol N° 21536-2014, *Caso Pollos*, (Rol N° 27181-2014).

⁴⁷ En Estados Unidos, por ejemplo, se ha señalado que la prueba sobre comportamientos comerciales es admisible para inferir el acuerdo (*Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.*: “To be sure, business behavior is admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer the agreement”, p. 23). Adicionalmente, la prueba sobre comportamientos comerciales de las empresas acusadas, en mercados distintos del que se le acusa, ha sido también utilizada para tener por acreditados diversos casos de carteles. A modo ilustrativo puede consultarse: *Continental Co. V. Union Carbide Corp.*, admitió la prueba de carteles en los que habían participado las empresas acusadas en otros mercados o en otros productos; *United States v. Southwest Bus Sales Inc.*, permitió la prueba de otro acuerdo distinto del acusado para demostrar la causa o intención de conspirar que existía; o, *Charley’s Tour and Transport v. Intersland Resorts*, admitió la prueba sobre otros acuerdos para demostrar el esquema común que existía.

⁴⁸ EXCMA. CORTE SUPREMA, *Caso Buses Caldera*, Rol N° 21536-2014, Considerando Decimonoveno.

V. ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD Y RELEVANCIA

Resolver si los correos electrónicos materia de este Informe pueden ser utilizados en el proceso, se determina mediante la aplicación combinada de dos criterios: uno de carácter lógico sobre la relevancia de la prueba; y otro de carácter jurídico sobre su admisibilidad.⁴⁹ Entre esos dos criterios hay un orden según el cual la prioridad corresponde al de la relevancia: así, si una prueba es irrelevante no tiene sentido preguntarse si es o no jurídicamente admisible.⁵⁰ Como ya se ha adelantado, la relevancia de los medios probatorios se determina en atención a la utilidad de la información que contienen, mientras que su admisibilidad se establece en consideración a la idoneidad jurídico-procesal de la misma información.⁵¹ Veremos el detalle a continuación.

a) Relevancia.

Un argumento recurrente que ha existido en este proceso es aquél postulado por las cadenas requeridas, conforme con el cual los correos electrónicos materia de este Informe debiesen ser excluidos del proceso, al ser irrelevantes respecto de la acusación de la FNE. Así, por ejemplo, una de las cadenas requeridas objetó la introducción al juicio de estos correos electrónicos, pues al referirse a un mercado distinto del definido como relevante, serían impertinentes para imputar un acuerdo o práctica concertada.⁵²

Con el mismo objetivo, otra de las cadenas requeridas ha planteado que las versiones públicas de dichos correos debiesen encontrarse completamente tarjadas, “ya que es evidente que los antecedentes del Expediente de Investigación que son atingentes para la causa y que deberían ser puestos en conocimiento de las partes y terceros (...) son aquellos que estrictamente se relacionen con la comercialización de carne de pollo en supermercados a consumidores finales”.⁵³

⁴⁹ TARUFFO, 2002, p. 364.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ El profesor Ferrer explica lo anterior del siguiente modo: “Vale decir, lo primero que se necesita es el cumplimiento de una exigencia lógica y epistemológica (la relevancia), según la cual pueden ingresar a un juicio aquellos datos empíricos que presenten alguna utilidad para la prueba de los hechos, para luego de ello examinar el segundo requisito (la admisibilidad), que es una cuestión de índole legal referida a la definición que hace la ley del material probatorio que puede ser aportado a una causa con tal objetivo” (FERRER, 2007, p. 23 y 24).

⁵² CENCOSUD, *Objeta documentos*, foja 576. Más adelante, esta misma cadena requerida solicitó expresamente que se rechace la percepción documental de estos correos, ya que “exceden el criterio de relevancia que la misma FNE estableció, pues se trata de documentos que exceden de manera evidente el objeto del juicio, ya que no guardan relación directa con lo debatido en autos ni con el mercado relevante definido por la propia FNE, por lo que resultan del todo impertinentes en la presente causa” (*Solicita se rechace solitud de percepción documental de la FNE*, foja 835).

⁵³ WALMART, *Hace uso de citación*, foja 851.

Para analizar la efectividad de estas argumentaciones, a continuación se explicarán los conceptos fundamentales del requisito de la relevancia, para luego aplicarlos al caso concreto y resolver si, en definitiva, los correos electrónicos materia de este Informe son o no relevantes. Desde un punto de vista epistemológico y jurídico, este problema no es distinto a preguntarse si correos electrónicos referidos al mercado de carne de pollo pero anteriores al período imputado son o no relevantes⁵⁴; y así también lo han entendido las cadenas requeridas⁵⁵ y el tribunal.⁵⁶

Un elemento de prueba será relevante para la evaluación de cierta hipótesis sólo en el caso de que, siendo creíble dicha prueba, haga que la hipótesis en cuestión sea más o menos probable de lo que era con anterioridad.⁵⁷ Si un elemento de juicio, aunque sea creíble, no altera nuestra confianza en la hipótesis respectiva, de un modo u otro, será considerado irrelevante.⁵⁸

⁵⁴ Al respecto, es importante indicar que el TDLC ya se ha pronunciado sobre la validez de presentar pruebas que temporalmente no se encuentran comprendidas dentro del período acusado. Conforme con su jurisprudencia, el que un medio de prueba se refiera a un período temporal distinto del de la acusación, no obsta a que el mismo “sea considerado y ponderado para establecer las circunstancias, estructura, características y factores del mercado en que operó la requerida y demandada de autos, a fin de enmarcar así debidamente el análisis que sí corresponde efectuar respecto de las conductas o hechos cuyas acciones no se encuentran prescritas”. Entendemos que ese mismo razonamiento debe ser el aplicado en este caso (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *Caso Chiletobacos II*, Sentencia N° 115, Considerando Undécimo).

⁵⁵ De hecho, Cencosud también ha entendido así el problema, pues en su contestación, luego de objetar los correos materia de este informe (ver *supra* nota n° 53), agrega que el tribunal no debería atribuirles mérito probatorio a los correos electrónicos que exceden el período de tiempo imputado por la FNE en su requerimiento, esto es, de 2008 a 2011 (CENCOSUD, *Objeta documentos*, foja 576).

⁵⁶ Al rechazar la solicitud de una de las cadenas requeridas en cuanto a que las versiones públicas de los correos electrónicos materia de este Informe debían ser encontrarse absolutamente tarjados por ser información no relacionada con el ámbito material y temporal del procedimiento, el tribunal rechazó tal solicitud indicando que el ámbito material y temporal de un documento dice relación con su pertinencia (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Rol C 304-2016, resolución de fecha 21 de julio de 2016, fojas 920).

⁵⁷ Este test de relevancia, encuentra recepción expresa en las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos, las que luego de señalar que “toda la prueba relevante es admisible”, establecen que para determinar si un elemento de prueba es o no relevante, es necesario evaluar si el mismo “tiene alguna tendencia para hacer el hecho más o menos probable de lo que sería sin esa prueba”. De acuerdo con las explicaciones del profesor McCormick, un elemento de prueba puede ser relevante ya sea por razones de materialidad o de valor probatorio. La primera dice relación con el ajuste que existe entre el hecho a probar y la prueba, mientras que la segunda se refiere a la posibilidad de una prueba de hacer la existencia del hecho más probable a como lo sería sin la existencia de esa prueba. (“*There are two components to relevant evidence: materiality and probative value. Materiality concerns the fit between the evidence and the case. It looks the relationship between the propositions that the evidence is offered to prove and the issues in the case. What is an issue is determined mainly by the pleadings. In addition to evidence that bears directly on the issues, leeway is allowed even on direct examination for proof of facts that merely fill in the background of the narrative and give it interest, color and likeliness. The second aspect of relevance is probative value – the tendency of evidence to establish the proposition that it is offered to prove. Federal Rule of Evidence 401 incorporate these twin concepts of materiality and probative value: “relevant evidence means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence”*”). There are at least two ways to think about whether an item of evidence has probative value. First, one can simply ask does learning of this evidence make it either more or less likely that the disputed fact is true” (McCORMICK; 2006, pp. 395 y 396).

⁵⁸ LAUDAN, LARRY, *Verdad, Error y Proceso Penal*, Marcial Pons, 2006p. 44. Así, por ejemplo, desde el punto de vista lógico, entonces, se marginan del proceso civil los elementos: (i) manifiestamente impertinentes; (ii) que acreditan hechos notorios y públicos; (iii) sobreabundantes; (iv) que recaen sobre hechos no controvertidos.

Como se anticipó, la prueba directa será siempre relevante. La prueba indirecta, en cambio, lo será en la medida que su incorporación sea útil para la determinación de algún hecho en litigio.⁵⁹ La forma de resolver lo anterior es mediante un ejercicio hipotético sobre si el medio de prueba podría ofrecer información útil para establecer la verdad de un hecho o no. Si la conclusión es afirmativa, entonces el medio de prueba es relevante. En caso contrario, el medio de prueba no es relevante y no debe ser admitido. En esta misma línea, autores como Ferrer agregan que una prueba también es relevante cuando permita fundar (directa o indirectamente) inferencias sobre la fiabilidad de otra prueba que, a su vez, permita realizar inferencias sobre la verdad de los enunciados fácticos a probar. Se trataría, pues, de una suerte de relevancia indirecta.⁶⁰

Aplicados los conceptos anteriores al problema materia de este Informe, lo que corresponde en este caso es realizar el ejercicio hipotético explicado *supra*. En consecuencia, la pregunta sustantiva es si los correos electrónicos materia de este Informe ofrecen información útil para establecer la verdad de un hecho, esto es, si tienden o no a hacer más posible la existencia del acuerdo o la práctica concertada de lo que sería sin la existencia de estos correos. En tal evento, los correos electrónicos materia de este Informe sí otorgan elementos de juicio y resultarán útiles para resolver la acusación de la Fiscalía.

En definitiva, el argumento de las cadenas requeridas yerra porque, al estimar que los correos electrónicos materia de este Informe son irrelevantes, confunde el objeto del juicio del hecho con el objeto de la prueba. Al efecto, como se explicó latamente *supra*, el objeto del juicio de hecho no se agota en los hechos jurídicamente relevantes (el acuerdo o práctica concertada en el mercado de la carne de pollo), sino que también comprende la prueba de hechos secundarios de los que puedan derivarse consecuencias probatorias respecto del hecho principal.

Adicionalmente, los correos electrónicos materia de este Informe no sólo son elementos de prueba relevantes para probar la acusación de la Fiscalía, sino que también son manifestación del principio de contradicción que le permite a la Fiscalía, como a cualquier otro litigante, proponer pruebas contrarias a las ofrecidas por la otra parte procesal.⁶¹

b) Admisibilidad.

Las reglas jurídicas de admisibilidad establecen criterios jurídicos de selección de las pruebas. Estas reglas entran en juego una vez que se ha formulado el juicio de re-

⁵⁹ FERRER; 2007, p. 39.

⁶⁰ FERRER; 2007, p. 90.

⁶¹ Ver nota al pie N° 5.

levancia y su función específica es la de excluir o precluir la admisión de pruebas.⁶²

Como se explicó al inicio del Informe, la averiguación de la verdad es un fin prioritario del proceso, pero no el único. Por ello, para garantizar la obtención de otras finalidades no epistemológicas⁶³, los ordenamientos establecen reglas jurídicas procesales que funcionan como un filtro de admisibilidad adicional y posterior al juicio de relevancia. La racionalidad de esas reglas jurídicas, explica el profesor Taruffo, no puede ser evaluada teniendo en mente la finalidad de la averiguación de la verdad, sino la finalidad a la que en cada caso respondan.⁶⁴ De hecho, de estas reglas se derivan en ocasiones sacrificios epistemológicos contraproducentes para el objetivo de la averiguación de la verdad.⁶⁵

Por lo mismo, el verdadero criterio para la admisión de medios de prueba lo suministran las reglas de admisibilidad jurídica, más que el criterio de relevancia. De este modo, por ejemplo, pruebas que pudiesen ser muy relevantes no serán admitidas

62 Precisamente la exclusión de determinados elementos probatorios es lo que distingue a la prueba jurídica de cualquier otra categoría de pruebas. En palabras del profesor Ferrer, “esta es la clave de la especificidad jurídica. En todos los demás ámbitos del conocimiento, el conjunto de elementos de juicio que puede y debe ser analizado para adoptar una decisión racional es igual al total de las informaciones disponibles y relevantes para el caso. En el caso de la prueba jurídica, en cambio, el conjunto de elementos a valorar es un subconjunto del conjunto formado por la totalidad de los elementos disponibles: aquellos que han sido incorporados al expediente judicial (FERRER; 2007, p.40). Ilustra de manera clara lo anterior, las *Federal Rules of Evidence* que expresamente proveen que toda la prueba es relevante, *a menos que se establezca lo contrario* (“*all relevant evidence is admissible, except otherwise provided*”. *Federal Rule of Evidence*, N° 402).

63 Algunos sistemas, particularmente el angloamericano, también contienen una serie de normas de exclusión basadas en supuestos criterios epistemológicos. Serían normas que, en palabras de Marina Gascón, coayudarían a la función de averiguar la verdad (GASCÓN, MARINA, *La prueba de los hechos*, Marcial Pons, 2006). Se trata de reglas de exclusión intrínsecas al razonamiento probatorio. Ejemplo de estas últimas son la exclusión del testigo de referencia, la prohibición de que el jurado conozca los antecedentes penales del acusado en un procedimiento penal. Las razones que se dan generalmente para justificar tales reglas son la falta de confianza en jueces legos y el temor a que sobrevaloren determinados medios de prueba (FERRER; 2007, p. 85), o que al no existir obligación de motivar el juicio de hecho en esos sistemas, es necesario excluir elementos de juicio por considerar que aportan información poco fiable al proceso (DAMASKA; 2015, pp. 43 y 44). En cualquier caso, la literatura especializada tiende a ser muy crítica de la existencia de este tipo de normas (un interesante análisis puede verse en: LAUDAN; 2006).

Con todo, en este Informe no nos referiremos particularmente a este tipo de exclusiones por no ser propias del derecho procesal chileno en general, ni del derecho de la competencia en particular. No obstante lo anterior, debe advertirse que el hecho que nuestro ordenamiento jurídico no contenga este tipo de disposiciones, lejos de ser criticable, responde a una correcta aplicación de los principios epistemológicos. Como explica Larry Laudan: “Si el *fact finder* no puede otorgar el peso que genuinamente le corresponde a pruebas sensacionalistas o vívidas pero irrelevantes, entonces el sistema está podrido desde sus raíces. La actitud paternalista de cobijar al *fact finder* exceptuándolo de escuchar aquellas pruebas respecto de las cuales algún juez intuye que no podrán ser sopesadas racional y coherentemente, no es una receta prometedora de cómo averiguar la verdad. La exclusión de pruebas cuya relevancia se reconoce sobre la base de su naturaleza injustamente prejuiciosa está inspirada en instintos epistémicos encomiables” (LAUDAN; 2006, pp. 54 y 55).

64 TARUFFO; 2002, p. 363. Agrega Taruffo que “las reglas de exclusión pretenden tutelar valores distintos del de la racionalidad del juicio de hecho y están específicamente dirigidos a hacer prevalecer aquellos valores sobre la racionalidad. Son de este tipo las reglas de exclusión de pruebas que serían lógicamente relevantes pero que violarían reglas de defensa de secretos o la que impide usar la ciencia privada del juez para determinar los hechos” (p. 363).

65 Con todo, como explica Ferrer: “Esto no implica que sea imposible alcanzar una determinación verdadera de los hechos ocurridos, sino más modestamente que las probabilidades de que ello ocurra, dado que el conjunto de elementos de juicios será más pobre, serán también más bajas. Y siendo consciente de ese coste, el legislador deberá decidir en cada caso de conflicto entre la maximización de fines epistémicos y cualquier otro que se quiera proteger, en qué medida se sacrifican unos y otros” (FERRER; 2007, pp.77 y 78).

al juicio si fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales o como consecuencia de una violación al deber de guardar secreto propio de determinados oficios.

En materia de derecho de la competencia nacional, encontramos escasas normas que limiten la admisibilidad de un medio de prueba. La principal regla en este sentido es aquella que dispone que la prueba obtenida en virtud de las actuaciones establecidas en el párrafo primero del artículo 39º, letra n), del Decreto Ley N° 211, no podrá ser utilizada “cuando el desempeño o ejercicio de las actuaciones hubiera tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia”. Además de esta norma, se podría considerar como regla de admisibilidad aquella que obliga a presentar versiones públicas de la prueba que contenga información que pudiese afectar el desenvolvimiento competitivo de un agente económico, pues por esa vía se limita la posibilidad de presentar como prueba elementos que contengan información confidencial.⁶⁶

Por su parte, la normativa procesal civil, aplicable supletoriamente a este proceso, tampoco contiene normas de exclusión probatoria, sino únicamente de preclusión para presentar prueba, la cual no impacta en el asunto tratado en este Informe.

En consecuencia, no existiendo norma que impida la presentación de los correos electrónicos materia de este Informe, la conclusión es que los mismos deberán formar parte del material probatorio del juicio y deberán, por tanto, ser valorados conjuntamente con la demás prueba admisible.⁶⁷

No obstante lo anterior, las cadenas requeridas han intentado argumentar que la introducción o utilización con fines probatorios de los correos electrónicos materia de este Informe infringiría el principio de congruencia. Así lo expuso por primera vez una de las cadenas requeridas al observar que parte de los documentos que forman parte del expediente físico de la investigación de la FNE no tenían relación directa con la cuestión debatida, ya que se referirían a categorías de productos distintas de la carne de pollo. A juicio de dicha requerida, tal prueba “no tendría otro fin que obstaculizar el legítimo derecho de defensa de esta parte (...), y en miras a proteger el *principio de congruencia* (...)”⁶⁸ solicitaron que tales documentos “no sean considerados como prueba pertinente para acreditar la conducta imputada en autos”.^{69/70}

⁶⁶ Sin embargo, es discutible considerar esta regla como una verdadera exclusión, pues la misma ley indica que: “si la referida versión pública es insuficiente como antecedente válido para fallar la causa, el tribunal podrá decretar de oficio y por resolución fundada el término de la reserva o confidencialidad del instrumento, y ordenará ponerlo en conocimiento de las demás partes” (Decreto Ley N° 211, artículo 22º, inciso penúltimo).

⁶⁷ Señala Ferrer que “los elementos de juicio que deberán ser tenidos en cuenta para la adopción de la decisión sobre los hechos probados son sólo aquellos que han sido presentados y admitidos en el proceso. De este modo, la decisión del juez o tribunal estará basada en un conjunto de elementos o pruebas que es, a su vez, un subconjunto del conjunto de todos los elementos de juicio disponibles” (FERRER; 2007, p. 40).

⁶⁸ CENCOSUD, *Hace uso de citación*, foja 1032.

⁶⁹ *Ídem*.

⁷⁰ Este argumento fue reiterado por las cadenas requeridas en aquellas pruebas testimoniales en las que la Fiscalía solicitaba se exhibieran al testigo correos electrónicos referidos a mercados distintos del de la carne de pollo. En este sentido, ver alegación planteada por Walmart, en el marco de la audiencia testimonial de don Juan Carlos Gosen, fojas 3053 y ss.

De acuerdo con lo que se ha sostenido en este Informe, tal argumentación demuestra nuevamente el error de las cadenas requeridas en orden a no distinguir entre el objeto del juicio de hecho y el objeto de la prueba. En consecuencia, el que en un juicio se presente prueba para acreditar elementos distintos al objeto del juicio de hecho, no significa que se esté afectando la igualdad de armas ni infringiendo el principio de congruencia, sino únicamente que la prueba sobre esos otros elementos puede ser relevante para acreditar el objeto del juicio dadas las inferencias que se pueden hacer a partir de ella.⁷¹

Sobre el principio de congruencia en sede de libre competencia, la Excma. Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse de manera bastante intensa en los últimos años.⁷² En un considerando que ya se puede considerarse de estilo, la corte ha indicado que:

La congruencia es el principio conforme al cual debe existir conformidad entre todos los actos del procedimiento, aisladamente considerados, que componen el proceso. Si bien se pone énfasis por la doctrina en resaltar los nexos entre las pretensiones sostenidas por el actor -en la especie FNE- y la sentencia, no se puede desconocer que tiene igualmente aplicación en relación con la oposición, la prueba y los recursos.⁷³

Para determinar si es que existe alguna infracción al principio en comento, la Excma. Corte Suprema ha dicho que se debe comparar el requerimiento y la sentencia, y en tanto exista “armonía entre aquello que fue objeto de requerimiento y fallo por parte del TDLC”, no se infringe el principio de congruencia.⁷⁴ El límite está dado cuando “se castiga un acuerdo sin que éste hubiera sido acreditado en la forma en que fue expuesto en el requerimiento”.⁷⁵

En este caso, la admisión y posterior valoración de los correos electrónicos referidos a productos distintos del de la carne de pollo no puede significar *per se* una transgresión al principio de congruencia.⁷⁶ De hecho, como ha sostenido la Corte Suprema: “El establecimiento de ciertas circunstancias accidentales o secundarias en la sentencia en ningún caso podría constituir una vulneración al principio en co-

⁷¹ Para ponerlo con un ejemplo concreto: en un juicio sobre si Juan mató a Pedro disparándole desde 30 metros (*juicio sobre A*), la prueba sobre la ceguera de Juan (*prueba recae sobre B*), sí es prueba relevante, y su producción y admisión no infringe ninguna disposición.

⁷² EXCMA. CORTE SUPREMA, *Caso Farmacias*, Rol N° 2578-2012, *Caso Pollos*, (Rol N° 27181-2014), *Caso Asfaltos*, Rol N° 5128-2016.

⁷³ EXCMA. CORTE SUPREMA, *Caso Asfaltos*, Rol N° 5128-2016, Considerando Undécimo. Es precisamente a partir de esa referencia a la prueba que las cadenas requeridas estructuran su objeción. Sin embargo, hay que recordar que la Corte Suprema agrega, inmediatamente a continuación de la cita, que el principio de congruencia “encuentra su mayor limitación en los hechos”.

⁷⁴ EXCMA. CORTE SUPREMA, *Caso Asfaltos*, Rol N° 5128-2016, Considerando Vigésimo quinto.

⁷⁵ EXCMA. CORTE SUPREMA, *Caso Asfaltos*, Rol N° 5128-2016, Considerando Decimonoveno.

⁷⁶ En cambio, una negativa a admitir los correos electrónicos objeto de este Informe como elemento de prueba, sí significaría *per se* una infracción al derecho a la prueba de todo litigante, y al artículo 21° inciso tercero del Decreto Ley N° 211.

mento, pues el sustrato de la relación fáctica que configura el ilícito no fue alterado, según aparece de la relación del requerimiento, resolución que recibe la causa a prueba y la sentencia. Estas descripciones tienden a reflejar en mejor forma la manera como operó el acuerdo y la manera como las requeridas controlaban su desarrollo, sin que pueda argumentarse que ellas constituyen la conducta imputada, puesto que ésta podría haberse realizado mediante este procedimiento u otros que acordaran”.⁷⁷

Precisamente, en este caso, el objetivo de los correos electrónicos materia de este Informe no es que a las cadenas requeridas se les sancione por acuerdos o prácticas concertadas en productos distintos del de la carne de pollo, sino el de servir de relato para *reflejar en mejor forma la manera como operó el acuerdo y la manera como las requeridas controlaban su desarrollo*. Se trata, en consecuencia, de *ciertas circunstancias accidentales o secundarias* que, como reconoce la Corte Suprema, *en ningún caso podrían constituir una vulneración al principio de congruencia*.

No obstante lo anterior, una eventual infracción a dicho principio podría darse en la sentencia definitiva del TDLC, en la medida que dicha sentencia sancione a las cadenas requeridas por un acuerdo o práctica concertada en productos distintos del requerido, o modificando los hechos centrales que forman parte de la conducta requerida y sobre los cuales las cadenas requeridas se defendieron. En cualquier caso, la forma de evitar que eso llegue a suceder no es negando a la admisibilidad o valoración de tales correos, sino que mediante la interposición del correspondiente recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema que alegue tal infracción.

Finalmente, para confirmar que la sola incorporación de los correos electrónicos materia de este Informe no transgrede el principio de congruencia, es importante manifestar que la propia sentencia de la Excma. Corte Suprema en el caso “Asfaltos”, a pesar de haber revocado parcialmente la sentencia del TDLC por infringir el principio de congruencia, lejos de criticar la admisión o valoración de prueba indirecta, estableció que:

La importancia de la prueba indiciaria en materia de libre competencia es radical, toda vez que los acuerdos o conductas anticompetitivas siempre se revisten de apariencia de legalidad, se practican de forma oculta, procurando los agentes económicos no dejar huellas que permitan que éste sea descubierto.⁷⁸

77 EXCMA. CORTE SUPREMA, *Caso Farmacias*, Rol N° 2578-2012, Considerando Noveno.

78 EXCMA. CORTE SUPREMA, *Caso Asfaltos*, Rol N° 5128-2016, Considerando Vigésimo noveno.

VI. CONCLUSIONES

Este informe ha analizado si el TDLC puede utilizar en sus razonamientos los correos electrónicos acompañados por la Fiscalía referidos a mercados distintos del de la carne de pollo. Tal pregunta, en términos procesales, plantea un problema relativo específicamente a la relevancia y admisibilidad de la prueba. Al respecto, las principales conclusiones de este Informe son las siguientes:

1. Es posible distinguir tres momentos de la actividad probatoria. Este Informe dice relación con el primero de ellos, esto es, con aquel que está destinado a la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión. Este momento reconoce un principio de libertad de prueba, en función del cual todo elemento de conocimiento que pueda ser útil para la determinación del hecho puede ser incorporado, a menos que exista una norma expresa en contrario. La contrapartida del derecho a la prueba, está dada por el principio de contradicción que opera como un control *ex ante* para evitar que se presente prueba irrelevante o inadmisible, o bien, para defenderse de la prueba admisible presentada por la contraparte.
2. El proceso contencioso en materia de libre competencia reconoce expresamente el principio de inclusión en materia probatoria. El Decreto Ley N° 211 establece en su artículo 21°, inciso tercero, que serán admisibles todos 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.
3. El objeto del juicio de hecho estará dado por probar los elementos de la norma que se considera idónea para decidir el caso. El objeto de la prueba, en cambio, se refiere a cómo se pueden tener por acreditados los hechos. Por consiguiente, el objeto del juicio de hecho dice relación con el criterio de relevancia desde una perspectiva jurídica; mientras que el objeto de la prueba entiende el criterio de relevancia desde una perspectiva lógica y epistemológica, conforme con la cual es relevante tanto la prueba que versa sobre un hecho jurídico, como la que versa sobre un hecho secundario del que puedan derivarse consecuencias probatorias respecto del hecho principal.
4. La prueba sobre el objeto del juicio de hecho, en consecuencia, formará parte siempre del objeto de la prueba; sin embargo, el objeto de la prueba no se agota únicamente en los hechos jurídicamente relevantes, puesto que, desde una perspectiva probatoria, también existen hechos secundarios que pueden ser relevantes para la toma de decisiones.
5. La prueba puede clasificarse como directa o indirecta según la relación que exista entre el hecho a probar y el objeto de la prueba. Se está ante una prueba directa cuando las dos enunciaciones tienen por objeto el mismo hecho, es decir, cuando la prueba versa directamente sobre el objeto del juicio de hecho,

esto es, sobre el hecho principal a probar. La prueba directa es siempre relevante. En cambio, se está ante una prueba indirecta cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho distinto de aquel que debe ser probado pero que sirve para establecer, mediante un razonamiento inferencial, la verdad del hecho principal.

6. Los correos electrónicos materia de este Informe dan cuenta de una prueba indirecta, ya que su introducción no está destinada a servir de premisa acerca de los hechos de la causa, sino que su objetivo es permitir que se formulen inferencias razonables tanto sobre la interpretación que debe hacerse de los correos electrónicos intercambiados entre funcionarios de las cadenas requeridas y los proveedores comunes de carne de pollo, como de la veracidad o falsedad de que tales correos responden a interacciones aisladas en la relación entre supermercados y proveedores.
7. Resolver si los correos electrónicos materia de este Informe pueden ser utilizados en el proceso, se determina mediante la aplicación combinada de los criterios de relevancia y admisibilidad. En relación con el primero, un elemento de prueba será relevante para la evaluación de cierta hipótesis sólo en el caso de que, siendo creíble dicha prueba, haga que la hipótesis en cuestión sea más o menos probable de lo que era con anterioridad. Si un elemento de juicio, aunque sea creíble, no altera nuestra confianza en la hipótesis respectiva, de un modo u otro, será considerado irrelevante. Por su parte, las reglas jurídicas de admisibilidad establecen criterios jurídicos de selección de las pruebas. Estas reglas entran en juego una vez que se ha formulado el juicio de relevancia y su función específica es la de excluir o precluir la admisión de pruebas.
8. Estos correos electrónicos cumplen con el test de la relevancia establecido para las pruebas indirectas, ya que otorgan elementos de juicio que permiten obtener inferencias válidas respecto de los hechos que se juzga, haciendo que la teoría del caso de la Fiscalía sea más probable de lo que sería sin la existencia de estos correos, en relación a las defensas planteadas por las propias requeridas en el marco del juicio. Por su parte, en relación con la admisibilidad, no existe en el derecho de la competencia, ni en el proceso civil, norma alguna que limite de modo expreso la admisión de este medio de prueba.
9. Adicionalmente, la admisión y consecuente valoración de estos correos electrónicos no afecta el principio de congruencia, ya que, como ha explicado la Excma. Corte Suprema, en tanto exista armonía entre aquello que fue objeto de requerimiento y fallo por parte del TDLC no se infringe tal principio. El límite está dado cuando se castiga un acuerdo sin que éste hubiera sido acreditado en la forma en que fue expuesto en el requerimiento.
10. En definitiva, no existe texto legal expreso ni principio jurídico alguno que permita excluir los correos electrónicos materia de este Informe, e impedir por esa vía el derecho de la FNE a presentar como prueba estos correos electrónicos para, a partir de ellos, permitir que se extraigan conclusiones o inferencias que,

complementados por las pruebas directas presentadas, formen la convicción del TDLC respecto de los hechos acusados.

En suma: (i) los correos electrónicos enviados por funcionarios de las cadenas requeridas a sus proveedores comunes son relevantes para adoptar una decisión, pues otorgan elementos de juicio que permiten obtener inferencias válidas respecto de los hechos que se juzga, haciendo la existencia del acuerdo o práctica concertada acusada más probable de lo que sería sin estos correos; (ii) no existe ninguna norma o principio legal que limite la admisibilidad de estos correos; y, (iii) en consecuencia, corresponde que los referidos correos sean valorados por el TDLC al momento de adoptar una decisión.

LA PRUEBA DE LA COLUSIÓN

Jorge Grunberg Pilowsky*

Santiago Montt Oyarzún**

I. ANTECEDENTES***

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) ha solicitado al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom) un Informe en Derecho (el Informe) que analice la colusión y su prueba en juicio, incluyendo prueba directa e indirecta o indiciaria, y “teoría de los factores adicionales”, esto es, la prueba necesaria para acreditar colusión cuando los demandados alegan paralelismo consciente o interdependencia oligopolística.

A fin de facilitar la función jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en la determinación de reglas claras y apropiadas que definan la colusión y el paralelismo, la FNE ha solicitado a RegCom analizar en profundidad dos puntos del Derecho de la Competencia:

- Aspectos conceptuales de la colusión, en particular, qué nivel de coordinación constituye un acuerdo horizontal prohibido por el artículo 3 letra a) del DL 211.
- Aspectos probatorios de la colusión, en particular, estándar de prueba de la colusión y valoración de prueba indiciaria en un sistema de sana crítica como el chileno.

Este Informe analiza cada uno de estos puntos en las Secciones III y IV, respectivamente. Como cuestión previa, en la Sección II se explica la importancia que la lucha contra los carteles debe tener en un Derecho de la Competencia moderno, especialmente a efectos de justificar tanto la adopción de la regla *per se* o el análisis *quick look*, como la aplicación de un estándar de prueba menos demandante que la duda razonable penal.

* Abogado de la Universidad de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) Universidad de Harvard; Máster en Regulación del Comercio, Derecho y Política de Competencia (LL.M.) en la Universidad de Nueva York; Académico del Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

** Académico del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile. LLM, JSD por Yale University, MPP por Princeton University.

*** En la elaboración de este informe colaboraron la investigadora del Centro de Regulación y Competencia Daniela Martínez y los estudiantes investigadores Omar Vásquez y Tomás Kreft. Las traducciones fueron realizadas por los autores.

II. LA LUCHA CONTRA LOS CARTELES: EL DERECHO DE LA COMPETENCIA TOMADO EN SERIO

Los carteles producen un enorme daño a la economía -especialmente a su productividad¹-, al sistema político de la economía de mercado² y al patrimonio de los consumidores. Si bien en Chile no hay estimaciones conocidas, un meta-análisis mundial realizado por Connor y Bolotova muestra que los carteles, históricamente, han cobrado sobreprecios promedio de 29% por sobre la referencia competitiva, y sobreprecios con una mediana de 19% por sobre dicha referencia.³ El mismo estudio señala que los sobreprecios impuestos por los carteles en Latinoamérica son aún más gravosos que los registrados en Europa o Estados Unidos.⁴

Lamentablemente, los carteles abundan. Como dice Harrington -economista que se ha dedicado a estudiar la colusión-, “los carteles se encuentran entre nosotros”.⁵ Contrariamente a lo que piensan quienes tienen una visión naïve de la fuerza correctiva del proceso competitivo, el problema de acción colectiva que enfrentan los competidores en cada momento puede ser superado en virtud de la naturaleza repetida de sus encuentros en el mercado: la “sombra del futuro” -suma de los *payoffs* futuros-, puede dar sustentabilidad y *enforcement* natural a una asociación colusiva.⁶

Hasta ahora, en nuestro país no nos hemos tomado suficientemente en serio la lucha contra los carteles.⁷ Sólo recién en el año 2009 aprobamos la Ley 20.361, que introdujo las dos herramientas esenciales del *enforcement* anticarteles: el programa de clemencia y las facultades duras de investigación. Pero ello no es suficiente. Si de verdad queremos tener una economía libre y no cartelizada, debemos adoptar dos medidas adicionales: la regla *per se* o, al menos, la regla de la razón en su versión *quick look*, y

¹ La evidencia empírica indica que los países donde la intensidad de la competencia va en aumento muestran mejores tasas de crecimiento del PIB per cápita. Vid. Michael E. Porter, “The Current Competitiveness Index: Measuring the Microeconomic Foundations of Prosperity”, *The Global Competitiveness Report 2000* (World Economic Forum, Geneva 2000).

² Por ejemplo, frente a la acusación de carteles en el caso de las cadenas de farmacias, no era raro oír voces que llamaban a establecer una farmacia estatal.

³ Vid. John M. Connor y Yuliya Bolotova, “Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis”, 24 *International Journal of Industrial Organization* 1109, 1134-1135 (2006). Vid. también, John M. Connor y Robert H. Lande, “Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines”, en American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. III, p. 2203 y, Javier Tapia, “Carácter Anticompetitivo de los acuerdos restrictivos de la competencia en el sector *retail*”, en Paulo Montt y Nicole Nehme (eds), *Libre Competencia y Retail* (Editorial Legal Publishing, Santiago 2010).

⁴ Connor y Bolotova, n. 143, 1135.

⁵ Joseph E. Harrington Jr., “Detecting Cartels”, en Paolo Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008), p. 213 (“[c]artels are among us”).

⁶ *Id.* (“Their attempts to coordinate the prices they set and the quantities they produce are often effective”). Vid. también, C. Aubert, W. Kovacic y P. Rey, “The impact of leniency programs on cartels”, 24 *International Journal of Industrial Organization* 1241 (2006).

⁷ El año 2004, el informe de la OECD, *Competition Law and Policy in Chile* (OECD, 2004), p. 40, indicaba que “the Chilean public and policymakers have not yet accepted the view that hard core cartels are a serious crime”.

un estándar de prueba menos demandante que la “duda razonable” del Derecho Penal.⁸

A continuación explicamos el fundamento y necesidad de estas dos medidas. Para ello, partimos por afirmar que la eficiencia asignativa es “el” fin del Derecho y Política de la Competencia, y la prevención o disuasión “el” fundamento de la sanción regulatorio-competitiva. Tomando en consideración la eficiencia y la prevención, explicamos finalmente que las medidas propuestas se justifican conforme a una valoración balanceada de los errores tipo I y tipo II y a la consideración de los costos administrativos y judiciales del sistema.

a) La eficiencia como “el” fin del Derecho y Política de la Competencia

El Derecho de la Competencia ha sufrido profundas transformaciones en los últimos 30 años.⁹ El principal responsable de estas transformaciones ha sido, sin duda, la Escuela de Chicago, la que situó a la teoría económica y la eficiencia en el epicentro del Derecho y Política de la Competencia.¹⁰ De paso, desterró todo tipo de consideraciones de justicia distributiva, especialmente aquellas relativas a la protección de pequeños productores (que, según los orígenes populistas de la Sherman Act, fueron históricamente relevantes en USA).¹¹

Aunque actualmente vivimos en un mundo post-Chicago que no comparte ni el simplismo de los modelos ni la cerrada ideología conservadora pro-mercado de Chicago,¹² sí existe un relativo consenso respecto a que la política de la competencia debe orientarse a la “protección de la competencia y no de los competidores”.¹³ El objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia, ya sea entendida como bienestar total

⁸ Como señalan Connor y Bolotova, n. 143, 1135, “[t]o effectively deter international and especially global cartels... Latin American jurisdictions ought to become more active in prosecuting such cartels”.

⁹ Un recuento histórico de los objetivos de la competencia en Stephen Martin, “The Goals of Antitrust and Competition Policy”, en American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. I., p. 19. *Vid. también*, Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution* (Harvard University Press, Cambridge 2005), pp. 1-5.

¹⁰ *Vid.* Richard A. Posner, “The Chicago School of Antitrust Analysis”, 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925 (1979).

¹¹ *Vid.* Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2ª ed., University of Chicago Press, Chicago 2001), pp. 24-25 (“In any event -and this is the most important point- the wealth-distribution argument for antitrust has no implications for the content of antitrust policy”).

¹² Para una visión crítica general, *vid.* Robert Pitofsky (ed), *How the Chicago School Overshot the Mark* (Oxford University Press, New York 2008).

¹³ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488 (1977) (citando *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962)).

The antitrust laws, however, were enacted for “the protection of competition, not competitors”. It is inimical to the purposes of these laws to award damages for the type of injury claimed here.

o como excedente de los consumidores.¹⁴ Chile ciertamente comparte esta orientación, al menos en lo que puede observarse de la actividad del TDLC¹⁵, así como de lo expresado por nuestro país en tratados internacionales vigentes.¹⁶

Si bien las distintas sensibilidades al interior de la ciencia económica y, más aún, la ambigüedad propia de la eficiencia y sus distintas variantes (productiva, estática y dinámica), aún generan debate y divergencia entre los economistas,¹⁷ 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.¹⁸ Esta es la llamada “revolución en la competencia” (“*antitrust revolution*”) a la que se refieren Kwoka y White en los siguientes términos:

Esta revolución [en la política de la competencia] ha implicado el predominio de la economía de la organización industrial en el quehacer de la política de la competencia, con profundos efectos en las instituciones, interpretación y *enforcement* en materia de competencia¹⁹. (...) Tanto partidarios como críticos de temas de política debaten en términos de competencia y eficiencia, concediendo claramente el rol central que juega la economía.²⁰

¹⁴ Vid. Alison Jones & Brenda Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials* (3ª ed., Oxford University Press, New York 2008), p. 18 (“There seems to be a consensus at present that competition law should be adopted and applied in pursuit of economic efficiency”).

¹⁵ Recientemente, en *FNE contra Empresa Eléctrica Atacama S.A.*, Sentencia N° 93, Rol C 183-2008, de 6 de enero de 2010, C. 31°, el TDLC afirmó que:

[E]s función de este tribunal, al sancionar las prácticas restrictivas de la libre competencia, intentar mantener las condiciones mediante las cuales el libre mercado obligue a las empresas con poder de mercado a restringir los precios, de tal manera que cobren un precio lo más cercano posible al competitivo, e inducir a la producción óptima.

Por su parte, según Francisco Agüero Vargas, “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”, 19 *Boletín Latinoamericano de Competencia* 124, 132 (2004), “[l]a protección del consumidor y el rechazo a la ineficiencia han estampado los objetivos que persigue la legislación de la competencia en Chile. En la aplicación del DL 211, la jurisprudencia ha mostrado -con altibajos- una preocupación preferente por dichas finalidades. Por su parte, la doctrina no ha sido unívoca en definir que es la libre competencia como finalidad o bien jurídico”.

¹⁶ Vid. Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos de América, Artículo 16.1.1, disponible en http://rc.direcon.cl/sites/rc.direcon.cl/files/bibliotecas/EU_Texto_TN_0104.pdf (última visita, 11 de agosto de 2010):

Artículo 16.1: Prácticas de negocios anticompetitivas. 1. Cada parte adoptará o mantendrá leyes de competencia que proscriban las prácticas de negocios anticompetitivas, con el fin de promover la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, y adoptará las acciones adecuadas con respecto a dichas prácticas (énfasis agregado).

¹⁷ Como famosamente habría dicho el presidente Harry Truman, “Can’t somebody bring me a one-handed economist?”.

¹⁸ Como dice el legendario William F. Baxter, “Antitrust: A Policy in Search of Itself”, 54 *Antitrust Law Journal* 15, 16 (1985), “[a]ntitrust policy should be based on whatever it is we know about the economics of industrial organization”. Vid. también, Imelda Maher, “Regulating Competition”, en Christine Parker et al (eds), *Regulating Law* (Oxford University Press, New York 2004), p. 206 (“[c]ompetition law must necessarily engage with economic theory in order to make sense of the markets it regulates”).

¹⁹ John E. Kwoka y Lawrence J. White, *The Antitrust Revolution. Economics, Competition, and Policy* (5ª ed., OUP, New York 2009), p. 1 (“This revolution [in antitrust policy] has involved the ascendance of industrial organization economics in antitrust policy-making, with profound effects on the institutions, interpretation, and enforcement of antitrust”).

²⁰ *Id.*, p. 5 (“Supporters and critics of policy issues all now debate them in terms of competition and efficiency, clearly conceding the central role that economics plays”).

Contrariamente a lo que algunos pudieran pensar, la “revolución en la competencia” no es un fenómeno exclusivamente norteamericano. En Europa, la transformación del Derecho y Política de la Competencia conforme a un nuevo enfoque centrado en la eficiencia y protección al consumidor constituye un proceso que ha sido denominado “modernización de la competencia europea”.²¹ Como explican Jones y Sufrin:

Durante la década de 1990 la comisión comenzó a moverse hacia una realineación de los objetivos del Derecho de la Competencia en sintonía con el pensamiento económico moderno en la materia... El término “modernización” es utilizado con frecuencia en forma específica para referirse a la gran reforma del *enforcement* en el Derecho Europeo de la Competencia que tuvo lugar en el año 2004. No obstante, la modernización del Derecho Europeo de la Competencia va mucho más allá y abarca también la revolución gradual en la interpretación y aplicación del derecho sustantivo... El resultado de todo esto es poner el bienestar del consumidor directamente en el centro del discurso del Derecho Europeo de la Competencia.²²

Esto no significa que valores distintos a la eficiencia no sean importantes. Ciertamente lo son. Pero tales fines deben buscarse mediante regulación directa, esto es, intervención administrativa, y no “contaminando” el Derecho y Política de la Competencia con consideraciones de justicia distributiva.²³ En los sectores no regulados de la economía hemos tomado la decisión *a priori* de confiar en la mano invisible,²⁴ o si se quiere, en lo que podríamos llamar la “regulación” a través del mercado:²⁵ fuerte presión a la baja sobre los precios, variedad de productos

²¹ Vid. Jürgen Basedow, “The Modernization of European Competition Law: A Story of Unfinished Concepts”, 42 *Texas International Law Journal* 429, 433 (2007) (explicando que “[a] second distinctive feature of the modernization of EC competition law is the increased significance of economics”).

²² Jones y Sufrin, n. 154, p. 44 (“During the 1990s the Commission began to move towards a realignment of the goals of competition law in line with the modern economic thinking on competition... The term “modernization” is often used specifically to refer to the great reform of the enforcement of EC competition law which took place in 2004. However, the modernization of EC competition law goes much wider and deeper than that, and encompasses also the gradual revolution in the interpretation and application of the substantive law... The result of all this is to place the welfare of consumer squarely at the heart of EC competition law discourse”).

²³ Vid. Massimo Motta, *Competition Policy. Theory and Practice* (Cambridge University Press, New York 2004), p. 30, quien define la política de la competencia como “the set of policies and laws which ensure that competition in the marketplace is not restricted in such a way as to reduce economic welfare”, aclarando luego que “[t]his does not imply that objectives or public policy considerations other than economic efficiency are not important, but more simply that if a government wanted to achieve them, it should not use competition policy but resort to policy instruments that distort competition as little as possible”.

²⁴ W. Kip Viscusi et al, *Economics of Regulation and Antitrust* (4ª ed., MIT Press, Cambridge 2005) 61.

²⁵ Maher, n. 158, p. 187 ss (autora que enfatiza lo que denomina “the public ordering role of competition law”).

e, idealmente, innovación.²⁶ Si perdemos la confianza, debemos usar el Derecho Público; si no la hemos perdido, debemos dejar que las instituciones de la competencia “hagan su trabajo” conforme a la eficiencia.

b) La prevención como objetivo primordial de la sanción en el ámbito de la competencia

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.²⁷ En concreto, la sanción se justifica por sus efectos preventivos o disuasivos de aquellas actividades que reducen el bienestar.²⁸ Como explican en términos generales Kaplow y Shavell:

Desde la perspectiva de la economía de bienestar, el propósito central del cumplimiento forzado de la ley es reducir las actividades dañinas. Una manera de lograr este objetivo es mediante la prevención: reducir la realización de actos dañinos mediante la amenaza de sanciones.²⁹

Conforme a la teoría económica de la prevención -cuyo origen moderno se encuentra en los trabajos clásicos de Becker³⁰ y Landes³¹-, la pena óptima es aquella que desincentiva las actividades que reducen el bienestar. Los actores calculan racionalmente los costos y beneficios relativos de cumplir e incumplir la ley; el curso de acción adoptado corresponde a aquel que resulta más conveniente para cada actor. En términos simples, la pena óptima es aquella que, conforme a un análisis costo-be-

²⁶ William J. Baumol, *The Free Market Innovation Machine* (Princeton University Press, Princeton 2002), p. viii (“[The most critical attribute of the free-market economy is] its ability to produce a stream of applied innovations and a rate of growth in living standards far beyond anything that any other type of economy has ever been able to achieve for any protracted period”).

²⁷ 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”).

²⁸ De acuerdo a Wouter P.J. Wils, “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102 (última visita, 16 de abril de 2010), p. 5, los tres objetivos del *enforcement* del Derecho de la Competencia son los siguientes: “(1) clarifying the content of the prohibitions, (2) preventing violations of these prohibitions, and (3) dealing with the consequences when violations have nevertheless happened”. En este marco más amplio, la aplicación de multas y sanciones juega un rol crucial respecto al segundo de los objetivos señalados (*id.*, pp. 10-11).

²⁹ Louis Kaplow y Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* (Harvard University Press, Cambridge 2002), p. 292 (“From the perspective of welfare economics, the central purpose of law enforcement is to reduce harmful activity. One way to accomplish this goal is through deterrence: the reduction in the commission of harmful acts through the threat of sanctions”).

³⁰ Vid. Gary Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968).

³¹ Vid. William Landes, “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, 50 *University of Chicago Law Review* 652 (1983).

neficio, da lugar al escenario en el cual el beneficio social es máximo³².

La sanción es entonces un instrumento de política pública que permite cambiar los cursos de acción, a fin de que los actores, siguiendo su propio interés, adopten aquellos actos u omisiones que aumentan el bienestar. La justificación de la sanción es, en principio, consecuencialista y mira hacia el futuro (*forward-looking*) y no hacia consideraciones previas relativas a los imputados.³³

En la libre competencia, la teoría de la prevención resulta especialmente apropiada porque los actores -habitualmente grandes compañías y sus funcionarios- son racionales y altamente sofisticados.³⁴ En palabras de Spagnolo:

El análisis de la “elección racional” es particularmente preciso para analizar carteles y las políticas que pueden usarse contra ellos. Los eventuales culpables son gerentes de empresas con buena educación y entrenados tanto en evaluar los costos y beneficios de las elecciones que enfrentan como en reaccionar a incentivos.³⁵

En definitiva, dado que la eficiencia constituye “el” fin de la libre competencia -cuyo objetivo último es modificar la conducta y no meramente castigar-, el modelo de la prevención debe constituir la guía central que anime la política de la competencia en general y la fijación de multas en particular. Así, en Estados Unidos, la Sección de Antitrust de la American Bar Association (ABA) afirma que “en gran medida, los castigos a los crímenes en el ámbito de los negocios están diseñados para hacer que los delitos empresariales constituyan una proposición no lucrativa”.³⁶

Por su parte, las Directrices del Derecho Europeo sobre la materia son igualmente claras al respecto:

La facultad de la comisión de imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia, infrinjan las disposiciones del artículo 81 [101] o del artículo 82 [102] del Trata-

³² Esto sin considerar las distintas posiciones respecto a si se debe o no considerar el beneficio del infractor de la ley. Quienes estiman que sí debe considerarse dicho beneficio proponen el modelo de *optimal deterrence*, y quienes estiman que no debe considerarse, el *absolute deterrence*.

³³ El castigo reforzado en el caso de los reincidentes puede explicarse no sólo por razones de justicia retributiva, sino también de eficiencia. Hechos ilícitos cometidos en el pasado indican que las conductas en cuestión son factibles de ser realizadas exitosamente en el futuro; el temor del juzgador de cometer un error tipo I, esto es, de condenar al inocente, disminuye. Además, el hecho de la reincidencia indica que el sistema de incentivos de la pena original puede no estar operando de manera eficaz, lo que constituye un llamado a aumentar la pena.

³⁴ Como explica Yeung, n. 167, p. 64 “[The deterrence model] depends crucially on the assumption that individuals and firms are rational actors who act in the pursuit of self-interest in order to maximise their welfare”.

³⁵ Giancarlo Spagnolo, “Leniency and Whistleblowers in Antitrust”, en Paolo Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008) 258, 271 (“Rational choice analysis is particularly well suited to analyze cartels and policies against them. The wrongdoers are well-educated, calculating firm-managers, trained in evaluating costs and benefits of choices and to react to incentives”).

³⁶ American Bar Association, *Antitrust Compliance: Perspectives and resources for Corporate Counselors* (ABA, Chicago 2005), p. 30 (“[I]n large part, sentences for business crimes are designed to make corporate crimes an unprofitable proposition”).

do constituye uno de los medios de que dispone la comisión para poder cumplir la misión de vigilancia que le confiere el Tratado. Esta misión no comprende únicamente la tarea de proceder a la instrucción y de reprimir las infracciones individuales, sino que incluye también el deber de proseguir una política general dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas. *A tal efecto, la comisión debe velar por el carácter disuasorio de su actuación... Procede fijar las multas en un nivel suficientemente disuasorio, no sólo para sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio específico), sino también para disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos 81 [101] y 82 [102] del Tratado (efecto disuasorio general).*³⁷

En nuestro país, el TDLC ha reconocido también que la dimensión disuasiva debe ser considerada al momento de fijar las multas:

Que también se considerará, para determinar el monto de la multa, *la efectiva disuasión que ésta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión general*. Lo anterior implica que el monto de la multa, en términos de su valor esperado por parte de quien decide ejecutar la conducta ilícita, debiera ser al menos equivalente al beneficio económico obtenido mediante las conductas que este tribunal ha calificado como contrarias a la libre competencia.³⁸

La Corte Suprema se ha sumado a esta aproximación de la sanción en el ámbito de la libre competencia:

Que en lo referente a la determinación de la multa -objeto de impugnación de los tres recursos de reclamación- este tribunal, coincidente con lo razonado por la sentencia recurrida, *considera que la multa debe implicar a CCF al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber establecido las barreras artificiales al mercado acreditadas en esta sentencia*.³⁹

Ahora bien, por razones de Derecho Constitucional, el uso de la sanción como instrumento regulatorio exige tener presente algunas de las consideraciones de justicia retributiva que han sido elaboradas en el ámbito del Derecho Penal. La tensión que existe entre la vocación consecuencialista de la regulación económica

³⁷ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, Diario Oficial núm. C.210, de 1 de septiembre de 2006, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):ES:HTML) (última visita, 20 de abril de 2010) (énfasis agregado).

³⁸ TDLC, *FNE contra Empresas Sanitarias*, Sentencia N° 85, Rol C-85-2009, de 2 de julio de 2009, C. 193° (énfasis agregado).

³⁹ Corte Suprema, *FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.*, Rol 277-2010, Sentencia de 2 de junio de 2010, C. 22° (énfasis agregado).

-incluida la libre competencia- y las restricciones de justicia retributiva que demanda el uso del castigo es explicada muy certeramente por Yeung:

Por una parte, el foco del Derecho Regulatorio sobre ciertas conductas que se consideran como de “valor para la comunidad”, derecho que primariamente busca modificar la conducta y no censurar, parece sugerir que la búsqueda de guías en la teoría penal es simplemente equivocada. No obstante, si la regulación incluye también el uso de sanciones ante el incumplimiento de las normas legales, con el respaldo del poder coercitivo del Estado, ello parece sugerir que la teoría penal puede ser una fuente fértil y útil de guía en nuestra búsqueda de principios.⁴⁰

En otras palabras, si bien la teoría de la prevención constituye la principal justificación para el diseño y aplicación de sanciones en el ámbito de la competencia, la visión retributiva no deja por ello de establecer algunos *límites externos* a la imputación de infracciones.⁴¹ Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, la sanción administrativa o infraccional constituyen “manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.⁴²

Si bien la formulación es algo críptica⁴³, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la sanción administrativa es una forma de represión estatal sujeta a cumplir -en principio y *con matices importantes*- con las consideraciones de *justicia retributiva*, de naturaleza *garantista*, que han sido desarrolladas y maduras en el ámbito del Derecho Penal. Tal como lo indica nuestro Tribunal Constitucional:

[L]os principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado.⁴⁴

⁴⁰ Yeung, n. 167, p. 78 (“On the one hand, the focus of regulatory law on conduct considered to be of “value to the community”, which primarily seeks to modify behaviour, rather than censure, may suggest that searching for guidance within penal theory is simply wrongheaded. Yet if regulation encompasses the use of sanctions for failure to comply with legal rules, backed by the coercive power of the state, this suggests that penal theory may be a fertile and fruitful source of guidance in our quest for principles”).

⁴¹ Como indica Yeung, *id.* p. 86, una cosa es *por qué* imponemos sanciones y otra distinta es *a quién* se las imputamos:

[D]eterrence may provide the primary explanation of *why* we punish regulatory offences, but retributivist concerns must be relied on to explain *whom* we punish. It is the retributive constraints on punishment, limiting its imposition to the guilty offender, which distinguishes the criminal justice system from other social harm reduction systems (énfasis en el original).

Vid. id., p. 87 (“While deterrence theory provides the primary justification, in seeking to deter others from offending, desert theory constrains the pursuit of the consequence-based goals of deterrence by restricting punishment to the guilty offender”).

⁴² Tribunal Constitucional (TC), Rol 244, C. 9°. *Vid. también*, TC, Rol 480, C. 5°; y, Contraloría General de la República (CGR), D. 14.571 de 2005, D. 31.239 de 2005, D. 34.407 de 2008, D. 49.968 de 2008.

⁴³ *Vid.* Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador* (2ª ed., Tecnos, Madrid 1994), p. 88, quien, en el contexto de las “manifestaciones del *ius puniendi*” califica a este último de “metanormativo” y de “un tanto mítico”.

⁴⁴ TC, Rol 244, C. 9°.

En todo caso, el orden o prelación de valores es claro y no debe ser subvertido: la sanción en el Derecho de la Competencia tiene un fin preventivo orientado a maximizar el bienestar, que sólo cede en los *extremos* a las limitaciones impuestas constitucionalmente por razones de justicia retributiva (la lógica del *ius puniendi*). El Derecho de la Competencia no es Derecho Penal ni debe guiarse por los principios del mismo, por la sencilla razón (entre otras) que no involucra penas corporales ni privativas de libertad.

En las secciones que siguen analizaremos en detalle dos instituciones cruciales en la lucha contra los *hard core cartels* o carteles duros (también llamados, *naked agreements* o acuerdos desnudos): la regla *per se* y los estándares de prueba de naturaleza civil que permiten lograr convicción en el juzgador con grados de certeza menores a la duda razonable. Argumentaremos en favor de confirmar la adopción de tales instituciones en nuestro sistema legal, enfrentando y superando algunos temores y ambigüedades que a veces se presentan en nuestra jurisprudencia y doctrina.

Antes de realizar dicho análisis y argumentación, consideramos necesario aclarar que estas dos instituciones no están reñidas con los principios inspiradores del orden penal en general, ni con el principio de culpabilidad en particular. A nuestro juicio, quienes plantean lo contrario se basan en una concepción equivocada de los principios penales y, además, no consideran que los mismos pueden y deben ser *matizados* en su aplicación al orden infraccional.⁴⁵ Las siguientes razones así lo demuestran.

En primer lugar, la figura de la colusión exige indudablemente acciones positivas de parte de los miembros del cartel: un grado de coordinación que trascienda la mera interdependencia oligopolística, esto en los términos analizados en la Sección III.a. de este Informe. Por ende, no cabe ninguna duda que el artículo 3 inciso 2° letra a) del DL 211 exige dolo en el sentido penal moderno de la expresión: saber y querer (conocimiento y voluntad) de las *circunstancias del tipo legal*,⁴⁶ sin necesidad de acreditar una intención positiva de causar daño o un cierto resultado posible, como en el Derecho Civil.⁴⁷

⁴⁵ *Vid.*, en esta línea, a Ángeles de Palma del Teso, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador* (Tecnos, Madrid 1996).

⁴⁶ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General* (Civitas, Madrid 1997), p. 415. Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal* (Temis, Bogotá 1996), p. 103, da una clara definición de dolo:

La realización del tipo objetivo es *dolosa* cuando el autor ha *sabido* de ella y la ha *querido*. El dolo, por tanto, es el *conocimiento y la voluntad de la realización del tipo*. En otras palabras, el dolo es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico, es decir, una acción que realiza un tipo penal (énfasis en el original).

⁴⁷ Artículo 44 inciso final del Código Civil: “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. *Vid.* Roxin, n. 186, pp. 414-424.

Por lo demás, contrariamente a lo sostenido por los defensores del principio de culpabilidad a ultranza, la definición penal de dolo se cumple fácilmente tratándose de *naked agreements* o *hard core cartels* (acuerdos que, *por definición*, tienen aptitud para producir un efecto anticompetitivo). Las firmas que se cartelizan tienen claro conocimiento y una manifiesta voluntad de estar realizando un acuerdo o acción concertada que busca reducir la rivalidad. Como dijera el juez Hand en el famoso caso *Alcoa*, “ningún monopolista monopoliza sin tener conciencia de lo que está haciendo”.⁴⁸ Por lo demás, nuestra Corte Suprema ha reconocido expresamente que el elemento dolo se cumple en casos de colusión con la dimensión de “voluntariedad”.⁴⁹

En segundo lugar, las características centrales de las infracciones *per se* -esto es, la liberación del demandante de probar poder de mercado y la presunción de derecho de un *resultado* anticompetitivo- tampoco vulneran el principio de culpabilidad. Si el Derecho Penal no considera constitucionalmente⁵⁰ problemático *privar de libertad* a las personas conforme a la teoría de los delitos de peligro abstracto -que, en resumen, sólo suponen la comisión de una conducta, sin requerir un resultado lesivo ni permitir prueba en contrario⁵¹-, entonces la sanción infraccional

⁴⁸ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 432 (2d Cir. 1945) (“[N]o monopolist monopolizes unconscious of what he is doing”).

⁴⁹ *Vid.* Corte Suprema, *FNE contra AM Patagonia S.A.*, Rol 5937-2008, Sentencia de 29 de diciembre de 2008, C. 5° y 6°:

Quinto: Que la reclamación se sustenta, en primer lugar, en que el arancel de AM Patagonia no tuvo ni pudo tener la aptitud objetiva de afectar la libre competencia. Explica la parte reclamante que las infracciones al artículo 3° del Decreto Ley 211 requieren necesariamente de la concurrencia del elemento subjetivo, es decir, de la voluntad de afectar la libre competencia, lo que en la especie no concurre. Insiste, en este punto, en que la constitución de la sociedad, sus operaciones y la elaboración del arancel sólo tuvieron por finalidad la de resguardar sanamente y de buena fe los legítimos intereses de los médicos a fin de lograr condiciones justas, equitativas y de mercado en los convenios que celebran con las Instituciones de Salud Previsional. Sostienen, también, que la ausencia de este elemento volitivo queda de manifiesto con la colaboración prestada a la Fiscalía requirente, todo lo cual fue reconocido por el sentenciador;

Sexto: ***Que la alegación de la reclamante sobre este particular debe ser desestimada, porque la voluntariedad de la conducta -en lo que se refiere a la suscripción del acuerdo y elaboración del arancel cuestionado- aparece demostrada en la causa sin que se hayan cuestionado, por la presente vía, los presupuestos fácticos en que ella se apoya...*** (énfasis agregado).

⁵⁰ El principio de culpabilidad constitucional está consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución como una prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.

⁵¹ Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte general* (3ª ed., Editorial Jurídica, Santiago 1998), T. I, p. 227 (“En los delitos de peligro, como la denominación indica, basta para sancionar que dicho bien jurídico haya corrido un riesgo... [En los] delitos de peligro abstracto o presunto... la ley presume, por el solo hecho de realizar determinada acción, que se ha puesto en peligro un bien jurídico”). *Vid. también*, Roxin, n. 186, p. 336 (“[E]n los delitos de peligro abstracto... la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”). *Id.*, p. 407 (“[En los delitos de peligro abstracto] la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo”), Bacigalupo, n. 186, p. 102 (“[E]n los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo los delitos de peligro abstracto *no se diferencian*, en realidad, de los delitos de pura actividad”), y Tatiana Vargas Pinto, *Delitos de peligro abstracto y de resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante* (Thomson Aranzadi, Navarra 2007), p. 269 (“[L]os intentos por explicar o justificar estos tipos [peligro abstracto] no logran zafarse de las conclusiones obtenidas por sus postulados más tradicionales (presunción de derecho y peligrosidad general)”).

de ciertas conductas conforme a la regla *per se* no debería despertar ningún reparo de justicia retributiva de rango constitucional.⁵² Como dice el aforismo, “quien puede lo más, puede lo menos”; los principios penales se aplican con menos y no más intensidad al ámbito infraccional.⁵³

Cabe notar, asimismo, que la sanción de los carteles conforme a la regla *per se* no se asemeja a los delitos de mera prohibición. Los *naked agreements* o *hard core cartels* se explican empíricamente en función del poder de mercado que ellos otorgan a los miembros del cartel y, de igual modo, *en la inmensa mayoría de los casos dan lugar a los resultados lesivos que se presumen de derecho*. Por ende, no hay infracción a los principios de lesividad o proporcionalidad al sancionar conductas tan dañinas como los carteles conforme a la regla *per se*.⁵⁴

En tercer lugar, el concepto de *culpabilidad* penal moderno (que no incluye el dolo, pues éste forma parte de la tipicidad), entendido como “reprochabilidad”, específicamente como “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa”⁵⁵ u “obrar contra derecho ‘*pudiendo hacerlo en forma adecuada al derecho*’”⁵⁶ no constituye ningún obstáculo constitucional para la sanción de infracciones mediante la regla *per se*. Los empresarios personas naturales y jurídicas son sujetos que tienen plena capacidad para comportarse conforme a las normas. De hecho, los sujetos que logran tener poder de mercado individual o concertadamente son siempre individuos u organizaciones de alta capacidad racional y conductual, que han siempre, en todo momento, podido actuar de conformidad a la ley.

El concepto de culpabilidad del Derecho Penal moderno no puede sino tener un rol marginal en el Derecho Sancionatorio Económico.⁵⁷ Esta conclusión, por lo demás, se sigue de los principios fundamentales de la estructura tripartita del delito: las defensas de culpabilidad no eliminan el disvalor de la conducta y su resultado. El hecho no reprochable sigue siendo antijurídico y, consecuentemente,

⁵² Vid. OECD, *Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean* (OECD, s/f), p. 10, disponible en www.oecd.org/dataoecd/41/26/38835329.pdf (última visita, 2 de agosto de 2010).

⁵³ En contra, Domingo Valdés Prieto, “Tipicidad y regla *per se* en las colusiones monopólicas horizontales”, 4 *Revista Anales Derecho UC. Temas de Libre Competencia* 81, 112 (2008), quien parece considerar que los delitos de peligro abstracto son siempre inconstitucionales, posición por cierto minoritaria entre los penalistas nacionales.

⁵⁴ No puede olvidarse que, como explicara en 1952 el Premio Nobel de Economía de Chicago, George J. Stigler, “The case against big business”, *Fortune Magazine*, May (1952), citado por Michael D. Whinston, *Lectures on Antitrust Economics* (MIT Press, Massachusetts 2006), p. 18:

Las políticas públicas económicas deben ser ideadas teniendo presente los hechos más usuales y no los hechos excepcionales, al igual como ocurre en el ámbito de otras políticas públicas. El hecho que algunos conductores puedan manejar seguramente a 80 millas por hora [equivalentes, dada la tecnología de los autos y carreteras de hoy, digamos, a 150 km/hora] no es objeción a que establezcamos límites de velocidad (“Economic policy must be contrived with a view to the typical rather than the exceptional, just as all other policies are contrived. That some drivers can safely proceed at eighty miles per hour is no objection to a maximum-speed law”).

⁵⁵ Roxin, n. 186, p. 807.

⁵⁶ Bacigalupo, n. 186, p. 151.

⁵⁷ Por ejemplo, los principios de justicia retributiva sí permitirían exculpar a una empresa cuando ha hecho todos los esfuerzos organizacionales razonablemente posibles para cumplir con la norma, e igualmente algún funcionario contumaz insiste en comportarse ilegítimamente. Se trata de la defensa de los programas de *compliance*.

no debe ser soportado por todos: “La conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida (...). [P]or regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica”.⁵⁸

En cuarto y último lugar, la reducción del estándar de prueba corresponde a una de las *matizaciones* de los principios inspiradores del orden penal que se permite en el orden infraccional. Según se explicará más adelante, poderosas razones de eficiencia justifican proceder de este modo. Asimismo, tratándose de partes sofisticadas que anticipan los efectos de las normas, una regla semejante no es contradictoria con los principios de justicia retributiva. El efecto final -que pudiera resultar cuestionable- no es el castigo de firmas inocentes, sino la disuasión de conductas que pudieran no ser anticompetitivas (el denominado *chilling effect* o *efecto de enfriamiento*). Por último, en la medida en que estándares de prueba de este tipo no ofenden nuestro sentido de justicia de adjudicación civil, tampoco debieran ofenderlo tratándose de la aplicación de multas y otras sanciones no privativas de libertad en un ámbito ajeno al Derecho Penal como es el de la Competencia.

En definitiva, si -como afirma Roxin- el principio de culpabilidad opera como un límite al uso preventivo de la sanción derivado del concepto de Estado de Derecho,⁵⁹ consideramos que el mismo no debe ser motivo de preocupación excesiva en el Derecho Infraccional o Sancionatorio de empresas y sujetos sofisticados. Por lo demás, cabe constatar que la mayor parte de los países del mundo occidental han adoptado la regla *per se* y estándares de prueba menos exigentes que la duda razonable. Una multiplicidad de naciones ha llegado a la conclusión que el uso de tales herramientas no se contradice con el Estado de Derecho.

⁵⁸ Roxin, n. 186, p. 195.

⁵⁹ *Vid. id.*, p. 415:

[L]a culpabilidad sigue siendo el presupuesto decisivo (aunque no el único) de la responsabilidad jurídico-penal. El hacer depender la punibilidad del sujeto tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado (en particular: a las necesidades públicas de prevención). Por qué se ha de preferir esta limitación, por razones derivadas del Estado de Derecho, a una concepción que atienda a la pura finalidad preventiva ha sido expuesto al examinar la teoría de la pena.

c) El uso de la regla *per se* o el análisis *quick look* y de un estándar de prueba menos exigente que la *duda razonable*

Desde el punto de vista del diseño y aplicación de las prohibiciones, es posible que el legislador y/o juez cometan dos tipos de errores: error tipo I o falso positivo, y error tipo II o falso negativo. En el primer caso, se prohíbe una conducta que en realidad es pro-competitiva, y en el segundo caso, se permite una conducta que en realidad es anticompetitiva (considerando que la hipótesis nula es “conducta pro-competitiva”).

Un Derecho y Política Pública basados en la eficiencia exigen una aproximación balanceada a los dos tipos de errores.⁶⁰ Por una parte, a nivel de prohibición, la preocupación por los errores tipo I busca evitar la pérdida de bienestar que se produce como *chilling effect* o efecto disuasivo respecto de conductas que se prohíben, pero que en realidad son pro-competitivas. Se suma a ello, a nivel de aplicación de la norma, la objeción que la justicia retributiva formula a la condena de inocentes. Por otra parte, la necesidad de minimizar los errores tipo II es evidente: cada cartel o “abusador” que queda sin cobertura en una prohibición legal y sin sanción efectiva opera en el mercado produciendo un daño cierto a los consumidores.

Según veremos a continuación, desde una perspectiva de eficiencia, resulta necesario tomar distancia de la preocupación tradicional del Derecho Penal por los errores tipo I. Los costos administrativos y judiciales que se consumen en el proceso de aplicación de la ley introducen la necesidad de balancear los errores. En ciertas circunstancias, como es precisamente el caso de la regla *per se* o el *quick look*, resulta más conveniente tener reglas simples y fáciles de administrar,⁶¹ incluso aunque su aplicación en los márgenes genere errores desde una perspectiva económica estricta. Como explica el juez Breyer de la Corte Suprema norteamericana (voto de minoría en *Leegin*):

⁶⁰ Vid. Louis Kaplow y Carl Shapiro, “Antitrust” en A. Mitchell Polinsky y Steven Shavell, *2 Handbook of Law and Economics* (Elsevier, Amsterdam 2007) 1073, 1199 (quienes recalcan la necesidad de establecer un “overall balance between false positive and false negatives (and corresponding *ex ante* effects of each)”). Vid. también, Alvin K. Klevorick e Issa B. Kohler-Hausmann, “The Plausibility of *Twombly*: Proving Horizontal Agreements After *Twombly*”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1571632 (última visita, 5 de agosto de 2010), pp. 2-3, quienes explican la necesidad de este balance con gran precisión:

Two important and yet conflicting policy imperatives fuel the debate over standards of proof in § 1 cases [collusion]. On one hand, courts recognize the difficulty (or, in some cases, the impossibility) of obtaining direct evidence of an explicit unlawful antitrust conspiracy. Accordingly, they seek to fashion sufficiently permissive evidentiary requirements so that savvy conspirators who successfully conceal traces of explicit unlawful agreements do not go unpunished. That is, the courts are concerned about the likelihood and social cost of false negative errors, of not punishing illegal behavior. On the other hand, courts are concerned that excessively permissive evidentiary standards risk punishing or chilling legitimate business activity that is merely interdependent. Here they worry about the probability and social cost of making false positive errors.

⁶¹ Facilidad de la que se benefician no sólo los tribunales, sino también los abogados y los empresarios.

El Derecho de la Competencia no puede ni debe intentar replicar con precisión las (a veces contradictorias) opiniones de los economistas. Esto, debido a que el derecho, a diferencia de la economía, es un sistema administrativo cuyos efectos dependen del contenido de reglas y precedentes sólo según son aplicados por jueces y jurados en los tribunales y por abogados que asesoran a sus clientes.⁶²

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 minimización de errores tipo I como lo exigen los principios de justicia retributiva del Derecho Penal. El costo de la certeza probatoria es la obligación de absolver a demasiados acusados que sí han participado en esquemas colusivos.

i. La regla per se o, en subsidio, el análisis quick look

En principio y por regla general, las infracciones al Derecho de la Competencia deben analizarse conforme al sistema denominado “regla de la razón”.⁶³ De acuerdo a dicha regla, el demandante debe probar que existe un efecto anticompetitivo en un mercado relevante. Al mismo tiempo, una firma no puede ser condenada si es que la conducta cuestionada es explicable desde una perspectiva de bienestar (esto es, “razón” en “regla de la razón” se refiere a defensas de eficiencia y no de interés público

⁶² *Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 914-15 (2007) (“[A]ntitrust law cannot, and should not, precisely replicate economists’ (sometimes conflicting) views. That is because law, unlike economics, is an administrative system the effects of which depend upon the content of rules and precedents only as they are applied by judges and juries in courts and by lawyers advising their clients”). Cuando era Juez de Corte de Apelaciones, Breyer también señaló lo siguiente: “Rules that seek to embody every economic complexity and qualification may well, through the vagaries of administration, prove counter-productive, undercutting the very economic ends they seek to serve” (*Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 234 (1983)). *Vid. también*, William J. Kolasky, *What is Competition* (28 Octubre 2002) pp. 10-11, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200440.pdf> (última visita, 7 de agosto de 2010):

As we design the analytical frameworks and decision rules we will use to apply our competition laws, and especially as we try to incorporate the best economic learning into our decision-making, it is also important to remember that while technical economic discussion helps inform antitrust laws, those laws cannot precisely replicate the economists’ views. Unlike economics, law is an administrative system. Rules that embody every economic complexity and qualification may well prove counter-productive by, for example, discouraging legitimate price competition.

⁶³ Esta es la regla en el Derecho Norteamericano. *Vid. Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 3 (2006) (“[This Court presumptively applies rule of reason analysis, under which antitrust plaintiffs must demonstrate that a particular contract or combination is in fact unreasonable and anticompetitive before it will be found unlawful”), y *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 10 (1997) (“Most antitrust cases are analyzed under a ‘rule of reason’, according to which the finder of fact must decide whether the questioned practice imposes an unreasonable restraint on competition, taking into account a variety of factors, including specific information about the relevant business, its condition before and after the restraint was imposed, and the restraint’s history, nature and effect”).

en general⁶⁴). En esencia, la regla de la razón supone el examen de las circunstancias económicas que rodean la práctica empresarial, debiendo el sentenciador analizar la totalidad de factores y circunstancias del caso concreto.⁶⁵

Dado que el análisis de las infracciones conforme a la “regla de la razón” tiene altos costos de administración (incluyendo los costos judiciales),⁶⁶ el Derecho de la Competencia norteamericano desarrolló tempranamente⁶⁷ un sistema alternativo más simple y directo para aquellas prácticas de negocios que se sabe a ciencia cierta que son manifiestamente anticompetitivas: la denominada regla *per se*⁶⁸.

El significado de la regla *per se* es relativamente simple: tratándose de conductas que *a priori* se sabe son manifiestamente anticompetitivas -como lo es la colusión, “el mal supremo de la libre competencia”⁶⁹-, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en las mismas sin necesidad que el demandante realice un completo análisis de mercado relevante y efecto anticompetitivo, y restringiendo la facultad del demandado de invocar defensas de eficiencia.⁷⁰ Según la Corte Suprema norteamericana:

[*Per se* corresponde] a aquella categoría de acuerdos o prácticas que, debido a sus perniciosos efectos para la competencia y a la falta de

⁶⁴ Vid. *National Society of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679, 688 (1978)

Contrary to its name, the Rule does not open the field of antitrust inquiry to any argument in favor of a challenged restraint that may fall within the realm of reason. Instead, it focuses directly on the challenged restraint’s impact on competitive conditions.

⁶⁵ Vid. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 411 (2004) (“[A] ntitrust analysis must always be attuned to the particular structure and circumstances of the industry at issue”).

⁶⁶ Como explica Albert A. Foer, “Prosthetics after California Dental Association”, American Antitrust Institute, 1999, disponible en <http://www.antitrustinstitute.org/archives/31.ashx>, (última visita, 1º de agosto de 2010):

Rule of reason entails massive discovery, lengthy trial, and ample expert testimony that what the defendant did had or did not have legitimate business purposes that do or do not outweigh the anticompetitive effects. Rule of reason means the government must spend more resources per case, hence can bring fewer cases.

⁶⁷ Según explica Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself* (2ª ed., Free Press, New York 1993), p. 67, “[t]he *per se* rule against naked price fixing and similar agreements not to compete is the oldest and clearest of antitrust doctrines, and its existence can be explained only by a preference for consumer welfare as the exclusive goal of antitrust”.

⁶⁸ Vid. *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 723 (1988) (“[P]er se rules are appropriate only for ‘conduct that is manifestly anticompetitive’”); *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 295 (1985) (“[per se rule] permits categorical judgments with respect to certain business practices that have proved to be predominantly anticompetitive”).

⁶⁹ Vid. *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 US 398, 405 (2004), donde Justice Scalia califica la colusión como el “supreme evil of antitrust”. Nuestro TDLC, en *FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros*, Sentencia N° 94, Rol C-149-07, de 7 de enero de 2010, C. 98º, también ha señalado que “la colusión es de aquellas [infracciones] que merece el mayor reproche para el Derecho de la Competencia”.

⁷⁰ Vid. *Northern Pacific Railway Co. v. U.S.*, 356 U.S. 1, 5 (1958) (bajo la regla *per se*, la conducta se presume irrazonable de derecho, “without elaborate inquiry as to the precise harm [it has] caused or the business excuse [for its use]”). Vid. también, Carmen Herrero Saez, “Per Se Rule”, en Luis Antonio Velasco San Pedro (Dir.), *Diccionario de Derecho de la Competencia* (Iustel, Madrid 2006), p. 531, quien explica que de acuerdo a la regla *per se*, “basta con probar la existencia de un acuerdo y de los elementos integrantes de la conducta para que se concluya automáticamente su carácter lesivo, sin entrar a valorar las circunstancias reales en las que la práctica ha desplegado sus efectos y sin posibilidad de ponderar eventuales justificaciones a la conducta”.

virtudes que los justifiquen, son presumidas concluyentemente como irrazonables y por lo tanto ilegales, sin que sea necesario efectuar una indagación elaborada en cuanto al daño preciso que han causado ni a las excusas de negocios que motivan su uso.⁷¹

En los términos ya adelantados, el uso de la regla *per se* se justifica en aquellas situaciones en las que los costos asociados a los *chilling effects* -efectos disuasivos de conductas procompetitivas (errores tipo I) que surgen como consecuencia de relevar al demandante de tener que probar mercado relevante/poder de mercado/efecto anticompetitivos y de impedir al demandado interponer defensas de eficiencia⁷²-, son menores a los beneficios y/o ahorros en los costos derivados de la aplicación de una regla fácil de administrar, más el aumento del bienestar social a consecuencia de la disminución de conductas anticompetitivas que quedan sin sanción (errores tipo II). Como indica el juez Thurgood Marshall en su voto de minoría en la sentencia *United States v. Container Corporation of America*:

Las reglas *per se* siempre contienen un grado de arbitrariedad. Se encuentran justificadas bajo el supuesto de que las ganancias derivadas de la imposición de la regla superarán con creces las pérdidas y que de ellas resultarán significativas ventajas administrativas. En otras palabras, el daño competitivo potencial más los costos administrativos de determinar en qué situaciones particulares la práctica puede ser perjudicial deben superar con creces los beneficios que puedan producirse. Si los beneficios potenciales agregados son superados en esta medida, de ello se sigue que simplemente no vale la pena identificarlos en casos individuales.⁷³

⁷¹ *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationary & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 289 (1985), citando el caso *Northern Pacific Railway Co. v. U.S.*, 356 U.S. 1, 5 (1958) (“[Per se corresponds] to the category of agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use”).

⁷² Costos siempre muy bajos, pues la probabilidad de incurrir en errores tipo I es reducida tratándose de conductas que se sabe *a priori* que son manifestamente anticompetitivas. Los *chilling effects* pueden apreciarse en las siguientes consideraciones de la Corte Suprema norteamericana: i) *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 768 (1984) (“Judging unilateral conduct in this manner [i.e. rule of reason] reduces the risk that the antitrust laws will dampen the competitive zeal of a single aggressive competitor”); ii) *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 441 (1978) (“[S]alutary and procompetitive conduct . . . might be shunned by businessmen who chose to be excessively cautious in the face of uncertainty”).

⁷³ *United States v. Container Corporation of America*, 393 U.S. 333, 341 (1969) (“Per se rules always contain a degree of arbitrariness. They are justified on the assumption that the gains from imposition of the rule will far outweigh the losses and that significant administrative advantages will result. In other words, the potential competitive harm plus the administrative costs of determining in what particular situations the practice may be harmful must far outweigh the benefits that may result. If the potential benefits in the aggregate are outweighed to this degree, then they are simply not worth identifying in individual cases”).

Recientemente, en la sentencia *American Needle, Inc. v. National Football League*, de 24 de mayo de 2010, la Corte Suprema norteamericana insistió en este punto:

En el §1 [de la Sherman Act] el Congreso “trató el comportamiento concertado en forma más estricta que el comportamiento unilateral.” Esto es así porque, a diferencia de la acción independiente, “la actividad concertada está plagada de riesgo anticompetitivo” en la medida que “priva al mercado de centros de decisión independientes que la competencia asume y demanda”. Y debido a que la acción concertada es diferenciada y marcada, un límite a dicha actividad no afecta a una gran cantidad de conductas empresariales. *Como resultado, existe un menor riesgo de disuadir conductas necesarias de una firma; los tribunales sólo deben examinar acuerdos diferenciados; y tales conductas deben ser simplemente remediadas a través de una prohibición.*⁷⁴

Otra razón significativa que explica el uso de la regla *per se* es la certeza jurídica. Contrariamente a la regla de la razón -conforme a la cual las sanciones terminan siempre dependiendo de los efectos y circunstancias propios del caso-, la regla *per se* entrega una clara señal a los actores económicos sobre qué conductas *no* pueden realizar. Así lo ha reconocido expresamente la Corte Suprema norteamericana:

Los tribunales de ese modo pueden evitar los “costos significativos” que una investigación en base a una regla de la razón hecha y derecha implica para “la certeza en los negocios y la eficiencia en la litigación”.⁷⁵

Es importante insistir sobre el hecho que la regla *per se* es aplicada a un conjunto muy reducido de infracciones. Dado que la regla *per se* no permite hacer distinciones de eficiencia con base en las circunstancias del caso, la misma sólo puede utilizarse para ilícitos cuyo carácter anticompetitivo genérico y en abstracto está archiprobado. Así, en el caso de la colusión, la aplicación de la regla *per se* es fruto del convencimiento judicial repetido, basado en la experiencia, y refrendado por la opinión dominante de la doctrina económica, de que un cartel de fijación de precios es socialmente ineficiente en la inmensa mayoría de

⁷⁴ *American Needle, Inc. v. National Football League*, 130 S.Ct. 2201, 2209 (2010) (énfasis agregado) (“[I]n §1 [of the Sherman Act] Congress ‘treated concerted behavior more strictly than unilateral behavior.’ This is so because unlike independent action, ‘[c]oncerted activity inherently is fraught with anticompetitive risk’ insofar as it ‘deprives the marketplace of independent centers of decision making that competition assumes and demands.’ And because concerted action is discrete and distinct, a limit on such activity leaves untouched a vast amount of business conduct. As a result, there is less risk of deterring a firm’s necessary conduct; courts need only examine discrete agreements; and such conduct may be remedied simply through prohibition”).

⁷⁵ *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 289 (1985) (“‘Courts can thereby avoid the ‘significant costs’ in ‘business certainty and litigation efficiency’ that a full-fledged rule-of-reason inquiry entails”).

los casos (por no decir, derechamente, *siempre*).⁷⁶

Una mirada a otros sistemas jurídicos muestra que la experiencia norteamericana -país líder en libre competencia- no es excepcional. El Derecho Europeo de la Competencia -también líder en la materia- contempla las denominadas “restricciones por el objeto”, contrapuestas a las “restricciones por efecto”. Se trata de aquellas prácticas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia, sin necesidad de indagar en sus efectos.⁷⁷ Como explica la propia comisión:

[Las restricciones por objeto]... presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 [101] para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios.⁷⁸

De modo que, los acuerdos horizontales de precios se juzgan en el Derecho Europeo conforme a la regla *per se* o *cuasi per se*.⁷⁹ Lo de *cuasi* se debe a la aplicación de las excepciones del artículo 101(3), ex 81(3), norma excepcional del

⁷⁶ Vid. *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 607-608 (1972) (“It is only after considerable experience with certain business relationships that courts classify them as per se violations of the Sherman Act”), *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411, 432-33 (1990) (“[The per se rule] reflects a longstanding judgment that the prohibited practices by their nature have ‘a substantial potential for impact on competition’”), y recientemente, *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *28 (2010) (“Judicial experience has shown that some classes of restraints have redeeming competitive benefits so rarely that their condemnation does not require application of the full-fledged rule of reason”).

⁷⁷ Como explican Jonathan Faull y Ali Nikpay, *The EC Law of Competition* (2ª ed., Oxford University Press, New York 2007), pp. 222-223, “[i]f an agreement restricts competition by object, it is not necessary to show that it is also restrictive by effect or vice versa... The ECJ has stated clearly on several occasions that, once an anti-competitive object has been shown, ‘there is no need to take account of the concrete effect of an agreement’”.

⁷⁸ Comunicación de la Comisión - *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, § 21, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004X-C0427%2807%29:ES:HTML> (última visita, 2 de agosto de 2010).

⁷⁹ Vid. Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge University Press, New York 2007), p. 155 (“In EC competition law, something resembling the per se rule can be seen when the Commission penalises agreements whose ‘object’ is the restriction of competition. The Court has held that if an agreement is designed with the intention to restrict competition, or if the restriction is foreseeable, or ‘obviously capable’ of restricting competition, then the agreement is unlawful for the purposes of Article 81(1) [101(1)] without market analysis (except perhaps if the market share is ‘very low’...)”).

Derecho Europeo que puede morigerar en ciertos casos la estrictez de la regla *per se*. Lo importante es que se trata de una infracción que no requiere probar ni mercado relevante,⁸⁰ ni efectos anticompetitivos ni admite una defensa de eficiencia. Como señalan Faull y Nikpay:

Por eso, si el objeto de un acuerdo es fijar precios, no será necesario demostrar que los precios reales fueron de hecho afectados. Asimismo, argumentos que tienen como propósito demostrar que dichos acuerdos pueden también tener efectos pro-competitivos no serán considerados bajo el artículo 81(1) [101(1)].⁸¹

Por lo demás, esto fue establecido desde antiguo por la Corte Europea de Justicia (CEJ) en su sentencia *Consten y Grundig* en los siguientes términos: “No es necesario tener en cuenta los efectos concretos de un acuerdo cuando es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia”.⁸² El principio se mantiene hasta la fecha, como se puede apreciar en un reciente fallo de la CEJ, que señaló que “[n]o hay necesidad de considerar los efectos de una práctica concertada en aquellas situaciones en la que se establece que su objeto es anticompetitivo”.⁸³

Enseguida, la experiencia en el Derecho Latinoamericano también contempla casos de legislaciones que sancionan la colusión como una práctica *per se*. Colombia, Panamá y Costa Rica establecen el uso de la regla *per se* para combatir carteles.⁸⁴ México también lo hace en su Ley Federal de Competencia Económica, distinguiendo entre prácticas cuya prohibición es *abso-*

⁸⁰ Faull y Nikpay, n. 217, p. 967 y 969 (“[C]artels are not circumscribed by reference to a market definition and, unlike for instance, competition proceedings under Article 82 [102] of the Treaty, the Commission is not required to define ‘relevant product market’ in order to find an infringement... [T]he Commission is not obliged to define the relevant market in a decision applying Article 81 [101] of the Treaty”).

⁸¹ Faull y Nikpay, n. 217, p. 223 (“Thus if the object of an agreement is to fix prices it will not be necessary to show that the actual prices were in fact affected. Similarly, arguments which purport to show that such agreements may also have pro-competitive effects will not be considered under Article 81(1) [101(1)]”). En el mismo sentido, *vid.* Luis Ortiz Blanco et al, *Manual de Derecho de la Competencia* (Tecnos, Madrid 2008), p. 87 (“De este modo, si el objeto del acuerdo es fijar precios, para que exista una prohibición no es necesario demostrar que la competencia en los precios ha sido afectada de hecho”).

⁸² *Consten y Grundig v. Commission*, Casos 56/64 y 58/64, ¶ 342. Esta afirmación se repite en *BNIC v. Guy Clair*, Caso 123/83, ¶ 423 y en *Commission v. Anic Participazioni SpA.*, Caso 49/92, ¶¶ 122-125.

⁸³ *T-Mobile Netherlands BV and Others v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Caso C-8/08, ¶ 30 (“[T]here is no need to consider the effects of a concerted practice where its anti-competitive object is established”).

⁸⁴ *Vid.* OECD, n. 192, ¶ 44. Perú, por su parte, de un esquema de regla *per se*, respecto de los acuerdos horizontales, habría pasado a un sistema de *quick-look* el año 2003, *id.* ¶ 47.

luta y conductas sujetas a un reproche *relativo*.⁸⁵ Las *prácticas monopólicas absolutas*, que incluyen los acuerdos horizontales de precios, son sancionadas conforme a la regla *per se*.⁸⁶ Por el contrario, las prácticas monopólicas relativas “están sujetas a un análisis orientado a determinar su efecto competitivo”,⁸⁷ en términos equivalentes a la regla de la razón.

Volviendo ahora a nuestro país, podemos señalar categóricamente que no existe ningún obstáculo para que los acuerdos horizontales en materia de precios sean juzgados conforme a la regla *per se*.⁸⁸ Los beneficios que se derivan de esta regla no implican incurrir en ningún tipo de infracciones constitucionales o legales.⁸⁹ Se trata de *naked agreements* o *hard core cartels*, esto es, acuerdos cuyo único objeto es obtener poder de mercado y aumentar los precios en desmedro de los consumidores.⁹⁰

Ciertamente, no existe problema constitucional alguno en establecer dicha regla, cuestión que ya tratamos anteriormente.⁹¹

Enseguida, cabe analizar el problema desde una perspectiva de interpretación legal. A este respecto, la frase “que les confieran poder de mercado” del artículo 3 inciso 2º letra a) del DL 211 pudiera parecer problemática.

⁸⁵ El artículo 9º de la Ley Federal de Competencia Económica de México (1992), dispone que:

Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

I.- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

II.- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;

III.- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o

IV.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas. Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese resultar.

⁸⁶ Vid. González de Cossio, Francisco, *Competencia Económica. Aspectos Jurídicos y Económicos*, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 68.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ El único que parece rechazar esta proposición en nuestro país es Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio* (Editorial Jurídica, Santiago 2006), p. 529 (“Es fundamental esta exigencia de que las prácticas colusivas tengan aptitud para conferir poder monopólico, puesto que no caben en nuestro derecho de la libre competencia las colusiones o conspiraciones ilícitas ‘per se’, esto es, punibles con abstracción o prescindencia de su aptitud para proporcionar poder de mercado”).

⁸⁹ Como dice Monti, n. 219, p. 155, “[t]he per se rule is one of administrative convenience”.

⁹⁰ Sin perjuicio de la hipótesis de disminución de precios como estrategia predatoria del cartel.

⁹¹ Vid. *supra* ¶¶ 0-0.

No obstante, en nuestra opinión, el artículo 3° inciso 2° letra a), incluyendo la citada frase, no representa ningún obstáculo “literal” a la adopción de la regla *per se*,⁹² esto por las razones que se indican a continuación.

Primero, porque el encabezado del inciso 2° señala expresamente que se incluyen los acuerdos que “tienden a producir dichos efectos [anti-competitivos]”. Esta formulación, introducida por la Ley 20.361, permite sostener que nuestro derecho no exige prueba de “efectos” en casos de colusión. Esta reforma introdujo, además, armonía en el artículo 3°, pues ya la Ley 19.911 había definido el inciso 1° del mismo artículo de modo de incluir todo acto “que tienda a producir dichos efectos”.⁹³

Segundo, porque la mejor interpretación de la letra a) es precisamente una corroboración de la regla *per se*: la norma se refiere a los acuerdos colusivos “desnudos” que son por definición aquellos que son celebrados porque “confieren poder de mercado”. La frase “confieren poder de mercado” de la letra a) da cuenta de una definición de objeto y no de efecto,⁹⁴ o si se quiere, de una presunción de efectos anticompetitivos que deriva de su propia naturaleza.⁹⁵ Por el contrario, sería absurdo interpretar que dicha frase restringe la formulación amplia “tienda/tienden a producir dichos efectos” del inciso 1° y del encabezado del propio inciso 2°, del cual la letra a) es un mero ejemplo.

⁹² En todo caso, no es una buena idea interpretar el Derecho de la Competencia conforme al criterio literal. *Vid. Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 5 (2006), donde la Corte Suprema norteamericana lo dijo expresamente: “This Court has not taken a literal approach to this language [Sherman Act, Section 1]”. Tampoco es buena idea seguir criterios formalistas, *vid. United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218, 227 (1947) (“[The Sherman Act] is aimed at substance rather than form”).

⁹³ Esto es sin perjuicio de la consideración de los “efectos” para la determinación de la multa conforme a lo dispuesto en el artículo 26 inciso final del DL 211, y para el cómputo de la prescripción conforme al artículo 20 inciso 5° del DL 211.

⁹⁴ Como dice la Corte Suprema norteamericana, *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85, 109 (1984), “when there is an agreement not to compete in terms of price or output, ‘no elaborate industry analysis is required to demonstrate the anticompetitive character of such an agreement’”.

⁹⁵ Esto es, ciertamente, sin perjuicio de aplicar una regla *de minimis* para exceptuar a todos los acuerdos que tienen “un poder de mercado insignificante”. *Vid. TDLC, FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 30°.

Tercero, porque con la reforma de la Ley 20.361 de 2009 se modificó la letra a) del inciso 2° del artículo 3° del DL 211, eliminando la única frase que hacía pensar que la regla *per se* no era aplicable en Chile:⁹⁶ “Abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.⁹⁷

Cuarto, porque conforme a una interpretación teleológica, que tome en serio la política de la competencia y su objetivo de lucha contra los carteles, no cabe ninguna duda que nuestra legislación admite la regla *per se*. Así lo ha recomendado la OCDE en sus *peer reviews* a Chile,⁹⁸ y en igual sentido se pronuncia Javier Tapia en su completo y agudo estudio sobre la colusión:

[E]l efecto no siempre debiera ser probado, pues la ilegalidad también alcanza a los acuerdos que sólo tengan por objeto distorsionar la competencia. Otra interpretación constituiría una limitación adicional a la persecución de las conductas colusorias, pues la prueba de los efectos del acuerdo implicaría una tarea mucho más compleja para la FNE. Esta prueba es económica y requiere de un amplio análisis del acuerdo en el contexto del mercado relevante, incluyendo el efecto en la competencia potencial. Además, el análisis de los efectos requiere del planteamiento hipotético de qué hubiera sucedido en el mercado en ausencia del acuerdo. Finalmente, este análisis admite prueba en contra de la colusión: el acuerdo puede tener un propósito comercial legítimo; esto es, puede demostrarse que el acuerdo era necesario para facilitar una práctica comercial. Todas estas características afectan la persecución efectiva de carteles.⁹⁹

⁹⁶ Juan José Romero Guzmán, *Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?*, Documento de Trabajo del Centro de Libre Competencia UC, febrero 2007, p. 47, explicaba el año 2007, bajo la vigencia de la redacción previa del artículo 3° inciso 2° letra a), cómo la frase final ahora derogada era el principal fundamento de quienes se oponían en Chile a la regla *per se*:

Quienes consideran que es indispensable la acreditación de un resultado o efecto perjudicial para el mercado se asilan en la frase final de la infracción aludida en la letra a) del inciso segundo, la cual utiliza la expresión “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Esta frase, la cual no estaba contemplada en el proyecto original del Ejecutivo que dio lugar a la reforma del año 2003, validaría una óptica basada más en la *rule of reason* (o ponderación caso a caso de las consecuencias de la acción en el mercado) que en la sanción *per se* de los carteles (interpretación que podría haberse dado de haber permanecido inalterada la propuesta del Ejecutivo).

⁹⁷ La norma vigente antes de la Ley 20.361 establecía que: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, **abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran**”. Valdés Prieto, n. 193, 105, por razones constitucionales y otras, no creía que hubiera regla *per se* en Chile al año 2008, pues esta frase habría constituido una confirmación de la exigencia de resultado lesivo: “La aptitud o nexo causal no constituye una innovación o incremento de requisitos por parte del ejemplo contenido en la letra a) respecto de la primera parte del tipo infraccional, sino que antes bien la explicitación del nexo causal que ha de vincular la CH [colusión horizontal] con alguno de los resultados típicos”.

⁹⁸ Vid. OECD, *Competition Law and Policy in Latin America. Peer Reviews of Argentina, Brazil, Chile, Mexico and Peru* (OECD, 2006), p. 219 (“[T]he competition institutions should clarify that hard core cartels are illegal *per se* or consider the desirability of reinstating the *per se* rule. Many countries take an essentially *per se* approach, which has obvious enforcement benefits”).

⁹⁹ Tapia, n. 143, pp. 151-152.

La aplicación de la regla *per se* no constituye ni una audacia ni una innovación jurídica en nuestro ordenamiento.¹⁰⁰ Aunque con un texto legal distinto al actual, las antiguas Comisión Preventiva y Comisión Resolutiva afirmaron la vigencia en Chile de la regla *per se*.¹⁰¹ Por su parte, recientemente, el TDLC, en la Sentencia 43 (*Oxígeno Medicinal*) se ha manifestado en el mismo sentido:

[R]esulta imprescindible señalar que, en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas serían restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son *per se*... Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en los casos de abuso de posición dominante o en los de procedimientos de control de operaciones de concentración entre empresas. En efecto, en estos dos últimos casos es conveniente delimitar el mercado relevante, a fin de medir, respectivamente, si existe una posición de dominio susceptible de abuso o si las empresas que pretendan concentrarse alcanzarán o no tal posición.¹⁰²

En todo caso, si se insistiera en interpretar el DL 211 en el sentido que todas sus infracciones deben ser calificadas conforme a la regla de la razón, es indispensable notar que dicha regla no debe operar siempre en el sentido de entregar toda la carga argumentativa y probatoria al demandante. Por el contrario, en el Derecho Comparado la regla de la razón se aplica también conforme a versiones matizadas como el *quick look analysis* que la acercan a la regla *per se*, evitando que el demandante deba realizar un análisis completo del mercado relevante y que deba argumentar y probar efectos anti-competitivos.

¹⁰⁰ En la doctrina, el profesor Enrique Barros Bourie, “La prueba en los casos de libre competencia”, presentación efectuada en el Día de la Competencia, 2004, ¶ 3, disponible en http://www.fne.cl/descargas/dia_competencia/data/2004/disc_ddlc_2004_eb.pdf (última visita, 3 de agosto de 2010), no se manifiesta en contra de la regla *per se*: “Los hechos relevantes en materia de libre competencia apuntan, por lo general, hacia el futuro. La excepción está dada por hipótesis de ilícitos *per se*, como los acuerdos de precios entre competidores y, en general, con los carteles (artículo 3° del DL N° 211) y, en general, con los ilícitos monopólicos ya incurridos”.

¹⁰¹ *Vid.* Comisión Resolutiva, Resolución N° 67 de 1979, C. IV, y Resolución N° 620 de 2001, C 16°. Especialmente relevante es el Dictamen de la Comisión Preventiva Central N° 1138 de 2000, ¶ 16:

[L]os acuerdos para limitar la producción constituyen un atentado típico a la libre competencia. Normalmente serán atentados *per se*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2°, letra a), del Decreto Ley N°211, de 1973... El objetivo de este tipo de acuerdos, desde un punto de vista económico, es gozar de las rentas monopolísticas que se producirán como consecuencia de la limitación de la producción. Respecto de la entidad o características que debe tener un hecho, acto o convención relativo a la limitación de la producción de un determinado bien, ***no es exigible ningún requisito en particular, en tanto se pruebe su existencia*** (énfasis agregado).

¹⁰² TDLC, *FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 44°.

Al igual que la regla *per se*, el análisis *quick look* también intenta establecer un balance, aunque menos estricto, entre errores tipo I y costos administrativos.¹⁰³ La mayor flexibilidad de este método se debe a que su aplicación se centra en conductas que, si bien son casi siempre anticompetitivas, pueden, bajo ciertas circunstancias, llegar a tener una explicación basada en la eficiencia.¹⁰⁴ Como explica la Corte Suprema norteamericana, este análisis debe aplicarse si “un observador con aún un entendimiento rudimentario de economía podría concluir que los acuerdos en cuestión tendrían un efecto anticompetitivo en clientes y mercados”.¹⁰⁵

Enseguida, al igual que la regla *per se*, el análisis *quick look* no obliga al demandante a realizar un análisis completo de mercado relevante;¹⁰⁶ el poder de mercado se presume a partir de la propia conducta.¹⁰⁷ La principal diferencia con la regla *per se* es que bajo el análisis *quick look* el o los demandados sí pueden argumentar y acreditar que existen razones legítimas de negocios y de eficiencia que excusan la conducta *prima facie* ilegítima.¹⁰⁸ En términos procesales de nuestra tradición, la presunción de derecho de anticompetitividad de la regla *per se* se transforma en una presunción simplemente legal en el análisis *quick look*.

¹⁰³ Vid. Jonathan M. Jacobson, *Antitrust Law Developments* (6ª ed., ABA, Chicago 2007), pp. 59-60 (“‘Quick look’ analysis reflects judicial attempts to strike the appropriate balance between accurately determining competitive effects in particular cases and the substantial administrative costs of full rule of reason analysis”).

¹⁰⁴ Vid. *California Dental Association v. Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756, 770 (1999) (quick look analysis is appropriate “when the great likelihood of anticompetitive effects can easily be ascertained”).

¹⁰⁵ *Id.* (“An observer with even a rudimentary understanding of economics could conclude that the arrangements in question would have an anticompetitive effect on customers and markets”).

¹⁰⁶ Vid. *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 460-464 (1986). En términos generales, *id.* p. 460, “[a]s a matter of law, the absence of proof of market power does not justify a naked restriction on price or output,” and that such a restriction “requires some competitive justification even in the absence of a detailed market analysis.” Moreover, even if the restriction imposed by the Federation is not sufficiently “naked” to call this principle into play, the Commission’s failure to engage in detailed market analysis is not fatal to its finding of a violation of the Rule of Reason.”

¹⁰⁷ Como explica el *Federal Trade Commission*, “The Truncated or ‘Quick Look’ Rule of Reason”, disponible en <http://www.ftc.gov/opp/jointvent/3Persepap.shtm> (última visita, 4 de agosto de 2010), “theses cases [concerning quick look analysis] establish that, when dealing with a ‘naked restriction on price or output,’ plaintiff’s prima facie burden may be satisfied by a presumption of competitive harm from the very nature of the challenged conduct, even when *per se* analysis ought not to be applied”.

¹⁰⁸ Vid. *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85, 110 (1984) (“This naked restraint on price and output requires some competitive justification even in the absence of a detailed market analysis”).

De modo que, de rechazarse la aplicación de la regla *per se* -que es la solución correcta en nuestra opinión-, es todavía posible y razonable calificar jurídicamente los acuerdos horizontales de precios conforme a la regla de la razón en su versión *quick look*. Probado el acuerdo anticompetitivo, el demandante no se ve en la obligación de demostrar poder de mercado, y el demandado tiene la carga de argumentar y probar que la conducta se justifica conforme a razones legítimas de negocios (eficiencia).¹⁰⁹

ii. *Estándar de prueba menos demandante que la duda razonable del Derecho Penal*

Otra dimensión en la cual el Derecho de la Competencia debe adoptar una posición balanceada respecto de los errores tipo I y tipo II es en el denominado “estándar de prueba”. En este caso, los errores dicen relación con el proceso de convicción del sentenciador: el error tipo I o falso positivo corresponde a la situación en la que se condena a quien era en realidad inocente, y el error tipo II o falso negativo a la situación en la que se absuelve a quien era en realidad culpable.

La justicia retributiva tiene una preocupación acentuada por los errores tipo I. Especialmente cuando se trata de penas privativas de libertad, la justicia exige minimizar la probabilidad de que pueda condenarse a un acusado que en realidad es inocente. La orientación garantista del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal -derechos que se caracterizan por regular uno de los poderes más extremos del Estado, como es aquel dirigido a privar de libertad a los ciudadanos- se explica, en parte, por esta motivación.

Sin embargo, el Derecho y Política de la Competencia no tiene ni la misma naturaleza ni la misma vocación que el Derecho Penal. Como hemos visto, en este ámbito la preocupación principal es la eficiencia y la disuasión, por lo que necesariamente debe adoptarse un estándar de prueba con mayor tolerancia a los errores

¹⁰⁹ Cabe notar que nuestra jurisprudencia ya ha asentado el buen criterio que, conforme a la regla de la razón, es carga de la prueba del demandado probar defensas de eficiencia en los casos en que la conducta es *prima facie* anticompetitiva. Vid. Corte Suprema, *FNE contra Compañía Chilena de Fósforos*, Rol 277-2010, Sentencia de fecha 2 de junio de 2010, C. 21°.

Que no es correcto el planteamiento de la reclamante Compañía Chilena de Fósforos en orden a que se haya incurrido por la sentencia impugnada en alteración del peso de la prueba, pues la justificación de una conducta infraccional corresponde acreditarla a quien la alega. Por ello, tiene razón el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al señalar que no se han comprobado motivaciones de eficiencia, de economía de escala o de costo -invocadas por la demandada desde el escrito de contestación al requerimiento- para estimar que tales figuras contractuales se encuentren justificadas por el ordenamiento de libre competencia. Por consiguiente, no es efectivo que el fallo mencionado obligue al denunciado a probar la licitud de su conducta, sino que es él mismo quien por alegar una causal de justificación de una conducta en principio ilícita -por haberse así demostrado- se coloca en la posición jurídica de probar la excusa invocada.

Vid., en nuestra doctrina, Juan José Romero Guzmán, “Colusión en Chile: el caso del oxígeno y repercusiones posteriores”, 4 *Revista de Derecho de la Competencia* 41, 85 (2008) (Revista colombiana).

tipo I. Nuestro TDLC no es un castigador penal, sino un regulador del comercio.¹¹⁰

Ahora bien, ¿por qué hay que balancear y no simplemente minimizar los errores tipo I y tipo II en toda su extensión? La razón es estadística: porque, a nivel probatorio, existe un *trade-off* entre errores tipo I y tipo II. A un mismo tamaño muestral -esto es, a una misma cantidad de prueba en el expediente-, mientras más estricto el nivel de tolerancia respecto de los errores tipo I, más errores tipo II se cometerán y viceversa. Esto nos recuerda que el garantismo viene dado a un costo: dejar libres a algunos que son culpables.

Este *trade-off* se hace particularmente agudo cuando las conductas lícitas e ilícitas se parecen mucho unas a otras. Como señaló uno de nosotros en un trabajo anterior, “una de las grandes dificultades de la libre competencia es que el bien y el mal se parecen mucho y que, por ello, resulta difícil establecer su línea divisoria, tanto probatoria como conceptualmente”.¹¹¹ Y este es precisamente el caso de la colusión y el paralelismo consciente: para el observador externo, las conductas lícita e ilícita son muy difíciles de distinguir.¹¹²

El resultado es que, mientras más estricto el estándar de prueba, más veces concluiremos que los acusados son inocentes cuando en realidad son culpables, con nefastos resultados en términos de eficiencia y protección del consumidor (errores tipo II). En jerga estadística, mientras más estricto el estándar de prueba, más bajo será el “poder” de nuestros tests procesales.¹¹³ Esto con el agravamiento antes notado: el “poder” de un test para rechazar la hipótesis nula tiende a ser bajo cuando la hipótesis nula y la hipótesis que se busca acreditar se encuentran muy próximas (esto es, cuando la conducta lícita e ilícita se parecen mucho).

Ahora bien, la estadística nos enseña que las alternativas para aumentar el “poder” de un test son esencialmente dos: a) aumentar el tamaño muestral (incluyendo la alternativa de disminuir la desviación de la muestra); b) aumentar el nivel de significancia (aumentar el α), es decir, aumentar la tolerancia para con los errores tipo I (esto es, adoptar un estándar de prueba menos exigente). Ambas soluciones pueden y deben adoptarse conjuntamente, pues *no son excluyentes*.

La alternativa de aumentar el “tamaño muestral” tuvo un importante progreso en nuestro país con la incorporación al DL 211 de las facultades duras de investigación de la FNE.¹¹⁴ En nuestra opinión, todavía puede avanzarse más en esta

¹¹⁰ Vid. Santiago Montt Oyarzún, “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un Ente Regulador del Comercio”, RegCom, Documento de Trabajo #1, disponible en <http://www.regcom.uchile.cl/inicio/trabajos/documentos-de-trabajo/documento-de-trabajo-1-el-tdlc-como-ente-regulador-del-comercio> (última vista, 5 de agosto de 2010).

¹¹¹ *Id.*, p. 15.

¹¹² Vid. Robert H. Porter y J. Douglas Zona, “Collusion” en American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), Vol. II, pp. 1069, 1071 (“As a matter of economics, it is difficult or perhaps impossible to distinguish between these types of behavior on the basis of outcome alone”).

¹¹³ El “poder” de un test es la probabilidad que, dado un nivel de significancia (el α), se rechace la hipótesis nula, cuando la hipótesis alternativa es efectivamente verdadera. En concreto, el poder es la probabilidad de que se rechace la hipótesis de inocencia cuando el acusado en realidad es culpable (dado un cierto nivel de significancia).

¹¹⁴ Ver los actuales artículos 39 letras f) y n), y 39 bis del DL 211, introducidos por la Ley 20.361 de 2009.

dirección, sin llegar a afectar los derechos de las firmas investigadas. Consideramos que la exhibición de documentos y la absolución de posiciones pueden ser utilizadas mucho más provechosamente de lo que se suele permitir en nuestro país.

Es importante destacar aquí que bajo ninguna circunstancia puede pensarse o concluirse que la existencia y/o uso de las nuevas facultades duras eleva el estándar de prueba que debe regir en estos casos (y que se analiza a continuación). Como señalamos, se trata de soluciones que deben adoptarse conjuntamente dada su naturaleza no excluyente. La lucha contra los carteles es una tarea que demanda una completa atención y capacidad de la autoridad, la que debe emplear todos los medios disponibles para lograr su cometido. Sería completamente absurdo plantear que las estrategias en esta lucha no son complementarias, y que la incorporación de una herramienta nueva debe ser compensada por la vía de la elevación del estándar de prueba.

La segunda alternativa es igualmente importante. En la medida en que se utilice un estándar de prueba como el penal de duda razonable, entonces 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*.

Por la misma razón, un sistema de prueba de mayor tolerancia con los errores tipo I tampoco viola los principios de justicia retributiva. 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. Insistimos en éste, que constituye uno de los puntos centrales del Derecho de la Competencia: se trata de un ámbito de actores racionales y con orientación al lucro, donde los tribunales no son castigadores sino reguladores del comercio.

Conforme a las razones teóricas explicadas, en el Derecho Comparado el estándar de prueba rara vez es tan demandante como la duda razonable penal.¹¹⁵ Esta es, por cierto, la situación en los Estados Unidos, donde los casos de libre competencia que se siguen por la vía civil quedan sometidos a la regla general probatoria que se denomina “*preponderance of the evidence*” (también denominado en otros países anglosajones como “*balance of probabilities*”), y que se define como “el peso (comparativo) más grande de la evidencia”:

Este mayor peso, si bien no es suficiente para liberar la mente de toda duda razonable, es suficiente para inclinar a una mente justa e imparcial hacia un lado de la cuestión más que al otro. Esta es la carga de la prueba en la mayoría de los juicios civiles, en los cuales el jurado es instruido

¹¹⁵ Vid. OECD, n. 224, ¶ 42 (notando que en “civil or administrative cases... the applicable standard of proof requires something along the lines of showing that it is “more likely than not” that there was an agreement).

para fallar en favor de la parte que, en su totalidad, tiene una prueba más fuerte, no obstante que el límite pueda ser muy fino.¹¹⁶

Esta regla general, en materia civil, se aplica en el ámbito de la competencia¹¹⁷. Tratándose del ilícito específico de colusión, la Corte Suprema norteamericana, en *Monsanto*, precisó que este estándar se traduce en la necesidad de contar con indicios que, considerados en su totalidad,¹¹⁸ “tiendan a excluir la posibilidad de actuación independiente”.¹¹⁹ Como la propia Corte Suprema aclaró posteriormente en el caso *Matsushita*, los demandantes deben probar que la inferencia de colusión es *razonable* al compararla con la inferencia alternativa de acción independiente.¹²⁰

En la Unión Europea, la CEJ ha señalado que la comisión debe probar un incumplimiento mediante “prueba suficientemente precisa y coherente”.¹²¹ De ello, Jones y Sufrin deducen que “la comisión debe establecer el incumplimiento de las reglas de la competencia sólo a través de un *balance of probabilities* y no en forma más

¹¹⁶ Bryan A. Garner (ed), *Black's Law Dictionary* (2nd Pocket ed., West Group, St. Paul 2001), p. 547 (“The greater the weight of the evidence; superior evidentiary weight that, though not sufficient to free the mind from all reasonable doubt, is still sufficient to incline a fair and impartial mind to one side of the issue rather than the other. This is the burden of proof in most civil trials, in which the jury is instructed to find for the party that, on the whole, has the stronger evidence, however slight the edge may be”). El mismo estándar, conocido como “balance of probabilities”, es explicado en Inglaterra por Lord Nicholls, *Re H and Others* [1996] AC 563, 586:

The balance of probability standard means that a court is satisfied an event occurred if the court considers that, on the evidence, the occurrence of the event was more likely than not. When assessing the probabilities the court will have in mind as a factor, to whatever extent is appropriate in the particular case, that the more serious the allegation the less likely is that the event occurred and, hence, the stronger should be the evidence before the court concludes that the allegation is established on the balance of probability... Built into the preponderance of probability standard is a generous degree of flexibility in respect of the seriousness of the allegation.

¹¹⁷ *Vid.* Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 200, p. 32 (“[T]he general civil standard requires the trier of fact to find for a party if and only if there is a preponderance of evidence in that party’s favor. Hence, *Matsushita* requires that to defeat a motion for summary judgment in an antitrust conspiracy case the plaintiff must establish that there is a positive probability that the evidence adduced yields a probability of non-independent action that exceeds one-half”).

¹¹⁸ *Vid. Id.*, p. 39 (“[T]he *Matsushita/Monsanto* ‘tends to exclude’ metric operates as the final standard by which the entirety of the evidence is evaluated”).

¹¹⁹ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984) (“[E]vidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]”).

¹²⁰ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588 (1986) (“[T]he inference of conspiracy is [must be] reasonable in light of the competing inferences of independent action or collusive action that could not have harmed respondents”). Por el contrario, “conduct as consistent with permissible competition as with illegal conspiracy does not, standing alone, support an inference of antitrust conspiracy” (*id.*).

¹²¹ CFI, 8 julio 2004, caso T-67, 68/00, T-71/00 y 78/00, *JFE Engineering and others v. Commission*, ECR (2004) p.II- 2501 (“[The Commission must produce]: sufficiently precise and consistent evidence to support the firm conviction that the alleged infringement took place”). Así lo resumen también, Rafael Allendesalazar et al, “Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation”, en Claus-Dieter Ehlermann e Isabela Atanasiu, *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels* (Hart, Oxford, 2007), pp. 119, 125 (“According to the case law of the ECJ, in order to establish that parallel behaviour is the result of concerted action, the evidence must be ‘sufficiently precise and coherent’”).

concluyente”.¹²² Sin embargo, otros creen que la CEJ ha impuesto un estándar de prueba más alto, conforme al cual el sentenciador debe llegar a una “convicción firme”.¹²³

En el Reino Unido, el Competition Appeal Tribunal (CAT) ha establecido que el regulador -el Office of Fair Trading (OFT)- puede imponer multas conforme al estándar civil *balance of probabilities*, y no conforme al estándar criminal de la duda razonable.¹²⁴ Como indicó el CAT en el caso *JJB Sports*, el estándar es el civil, aunque la prueba debe ser “fuerte y convincente”:

También se sigue que la referencia dada por el tribunal [el CAT, en un caso anterior] a la expresión prueba ‘fuerte y convincente’... no debe ser interpretada como que algo semejante al estándar penal resulta aplicable a este tipo de procedimientos. El estándar sigue siendo uno de carácter civil. La prueba debe, no obstante, ser suficiente para convencer al tribunal conforme las circunstancias del caso particular, y debe ser suficiente para superar la presunción de inocencia a la cual la empresa tiene derecho.¹²⁵

En Nueva Zelanda, los tribunales han señalado que los incumplimientos a la competencia -en el caso en concreto, colusión-, “deben ser probados conforme al estándar civil que aplica en relación con dichos incumplimientos. Esto es, ellos deben ser probados conforme al *balance of probabilities*, que significa que no es necesario alcanzar el estándar penal de ‘más allá de la duda razonable’”.¹²⁶

¹²² Jones y Sufrin, n. 154, p. 127 (“[T]he Commission must establish breach of competition rules only on the balance of probabilities and not more conclusively”).

¹²³ *Id.* Laura Parret, “Sense and nonsense of rules on proof in cartel cases”, TILEC Discussion Paper, DP 2008-004, p. 21, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088959 (última visita, 5 de agosto de 2010), p. 21.

¹²⁴ *Id.* Caso 1022/1/1/03, *JJB Sports plc v. Office of Fair Trading* [2004] CAT 17, *aff'd* [2006] EWCA Civ 1318, disponible en <http://www.catribunal.org.uk/237-586/1022-1-1-03-JJB-Sports-PLC.html> (última visita, 6 de agosto de 2010).

¹²⁵ *Id.*, ¶ 204 (“It also follows that the reference by the Tribunal [CAT in a previous case] to ‘strong and compelling’ evidence... should not be interpreted as meaning that something akin to the criminal standard is applicable to these proceedings. The standard remains the civil standard. The evidence must however be sufficient to convince the Tribunal in the circumstances of the particular case, and to overcome the presumption of innocence to which the undertaking concerned is entitled”). Como puede verse *supra* en la n. 256, el estándar es dinámico, y depende de la gravedad de la infracción y de la baja probabilidad de ocurrencia *a priori*, *id.* ¶ 202:

In other words, the Tribunal will not apply what Lord Bingham described in *B v Chief Constable* at [31] as a “bare balance of probabilities” but will direct itself in accordance with the speech of Lord Nicholls in *Re H* at p. 586, that “...even in civil proceedings a court should be more sure before finding serious allegations proved than when deciding less serious or trivial matters”. We take the reference to “more sure” in the speech of Lord Nicholls to be a reference to the quality and weight of the evidence to which the test is to be applied: the more serious the allegation, the more cogent should be the evidence before the court concludes that the allegation is established on the preponderance of probabilities.

¹²⁶ High Court of New Zealand, *Meat Case*, sentencia de fecha 20 de agosto de 1998, disponible en [http://www.comcom.govt.nz/media-releases/detail/1998/meatcase\\$55millionp/](http://www.comcom.govt.nz/media-releases/detail/1998/meatcase$55millionp/) (última visita, 6 de agosto de 2010) (“In addition to those specific criteria any other relevant circumstances are to be taken into account. I observe also, in passing that pursuant to s.80(3) of the Act the civil standard of proof applies in respect of such breaches. That is, they must be proved on the balance of probabilities which means that it is not necessary to reach the criminal standard of beyond reasonable doubt”).

En Australia, el estándar de prueba en materia de colusión (civil)¹²⁷ es superior al tradicional que aplica en materia civil conocido como “*balance of probabilities*”, pero inferior al estándar criminal de duda razonable. El estándar es más exigente, pues toma en consideración que el tribunal conoce de acusaciones que corresponden a hechos o conductas graves.¹²⁸

En nuestra opinión, el estándar de prueba en Chile es uno intermedio, aunque más próximo a “más probable que no” que a “duda razonable”. Esto significa que la prueba existente en el expediente debe ser razonable y “concluyente” -como ha exigido nuestra Corte Suprema¹²⁹-, en el sentido de que la hipótesis de colusión debe resultar más factible que la hipótesis de paralelismo consciente.¹³⁰ Si bien en ausencia de reglas y limitaciones especiales deben regir las reglas generales en materia procesal civil,¹³¹ compartimos con Romero Guzmán la necesidad de aumentar el nivel de convicción por razones de justicia retributiva.¹³² Insistimos que este aumento debe ser prudente y moderado, dando lugar a un estándar final de “evidencia clara y convincente” de naturaleza civil y no penal.

¹²⁷ En Australia la reciente reforma de 2009 criminalizó la colusión. *Vid.* la *Trade Practices Amendment (Cartel Conduct and Other Measures) Act 2009*, disponible en [http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/legislation/act1.nsf/0/BF85AF568EC41235CA2575EC0017F479/\\$file/0592009.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/legislation/act1.nsf/0/BF85AF568EC41235CA2575EC0017F479/$file/0592009.pdf) (última visita, 7 de agosto de 2010).

¹²⁸ *Vid.* Graeme Samuel (ACCC Chairman), “Cracking Cartels. International and Australian Developments”, 24 de noviembre de 2004, p. 3, disponible en <http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=607077&nodeId=cb8046d66aea2c2d7f49a1e1022dca68&fn=20041124%20Cracking%20Cartels.pdf> (última visita, 7 de agosto de 2010), quien explica que:

Like any other litigant, we must prove our case to the Court. Because of the seriousness of the allegations, the standard of proof required is higher than the traditional civil ‘balance of probabilities’ standard – but lower than the usual criminal ‘beyond reasonable doubt’ standard.

¹²⁹ Entendemos la voz “concluyente” en su aceptación “que concluye” y no en su aceptación “irrebatible”. *Vid.* Corte Suprema, *Asoex A.G. contra Ultramar Agencias Marítimas S.A. y otros*, Rol 3395-2006, Sentencia de 28 de diciembre de 2006, C. 10°, y Corte Suprema, *FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros*, Rol 5057-2006, Sentencia de 22 de enero de 2007, C. 12°.

¹³⁰ Conforme a una mirada bayesiana, el estándar debe ser dinámico y tomar en consideración la probabilidad *a priori* de la conducta imputada. Como dice el juez Posner en *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 661 (7th Cir. 2002), “[m]ore evidence is required the less plausible the charge of collusive conduct”. Esta aproximación está presente en el estándar australiano y británico.

¹³¹ Esta conclusión se refuerza con el artículo 29 del DL 211: “Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él”.

¹³² *Vid.* Romero Guzmán, n. 236, p. 39, quien señala que se exige un estándar intermedio entre “más probable que no” y “duda razonable”, que denomina “evidencia clara y convincente”.

Para terminar, cabe notar que la pregunta relativa al estándar de prueba no se responde con referencia al concepto de sana crítica (en libre competencia, siguiendo la tendencia general de nuestro ordenamiento,¹³³ el artículo 22 inciso final del DL 211 establece que “[e]l tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”). En efecto, el sistema de la sana crítica es compatible con distintos estándares de prueba -en lo penal, con el estándar de duda razonable¹³⁴, y en lo civil, con el de “más probable que no”¹³⁵-, por lo que dicho sistema no contiene en sí la respuesta que buscamos.

En cambio, el sistema de la sana crítica sí implica que el estándar de control que aplique la Corte Suprema para revisar los hechos dados por probados por el TDLC deba ser deferente.¹³⁶ El recurso de reclamación no está definido en el artículo 27 del DL 211 como un recurso de apelación, donde el tribunal de alzada revisa los hechos y el derecho completamente *de novo*.¹³⁷ Si la sana crítica implica una amplia libertad para el sentenciador, aunque sujeto a los límites de “las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos suficientemente afianzados”,¹³⁸ entonces las conclusiones de un tribunal especializado como el TDLC -conformado por abogados y economistas con experiencia y conocimiento científico-económico que la Corte Suprema no dispone- no pueden ser revocadas salvo error o abuso manifiesto, o conforme a algún test no-intrusivo

¹³³ La sana crítica ha sido establecida como sistema de valoración de la prueba en el artículo 297 del Código Procesal Penal, artículo 32 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, artículo 14 inciso 2° de la Ley 18.287 que establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local y artículo 456 del Código del Trabajo.

¹³⁴ *Vid.* Artículo 340 del Código Procesal Penal: “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 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. / No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”.

¹³⁵ Este es el caso en Derecho Civil (incluyendo Familia), Comercial y Laboral.

¹³⁶ Lo que señalamos no resulta para nada novedoso, en tanto la Corte Suprema ya ha observado un estándar de control deferente en relación con decisiones adoptadas por el TDLC, basada en el carácter técnico de este último órgano jurisdiccional. En este sentido, *vid.* Corte Suprema, *Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A.*, Rol 396-2004, Sentencia de 15 de julio de 2005, C. 30°: “... El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene facultades para imponer las condiciones de la operación consultada y *parece ser la instancia adecuada para ello*. En el presente caso, se advierte que lo hizo de un modo muy prudente, tomando diversas prevenciones para precaver posibles efectos futuros” (énfasis agregado).

¹³⁷ De hecho, consta de la *Historia de la Ley 19.911*, que se intentó modificar el “recurso de reclamación” tradicional del DL 211, por un recurso de apelación, pero que ello no prosperó en definitiva. En la Comisión de Hacienda del Senado (Primer Trámite Constitucional), p. 191, los representantes del Ejecutivo hicieron la siguiente defensa del recurso de reclamación contra el intento de cambiarlo por apelación:

Los señores representantes del Ejecutivo manifestaron que, en la actualidad, sólo existe un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, lo que se mantiene en la norma propuesta. *Consideraron que, en la medida en que el recurso siga siendo conocido por la Corte Suprema, debería presentar una lógica distinta del de apelación, en el sentido de revisar sólo el derecho aplicable, y no los hechos* (énfasis agregado).

¹³⁸ Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 32°. Así se recoge en el artículo 297 del Código Procesal Penal: “Artículo 297. Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

semejante.¹³⁹ En síntesis, el recurso de reclamación tiene más naturaleza de recurso de queja o casación que de apelación.¹⁴⁰

III. LA DIMENSIÓN CONCEPTUAL DE LA COLUSIÓN: LA “INTERDEPENDENCIA OLIGOPOLÍSTICA” Y LA PRUEBA DE MERO PARALELISMO

En nuestro país, la colusión está definida en el artículo 3 inciso 2º letra a) del DL 211 como “acuerdo expreso”, “acuerdo tácito” o “práctica concertada” entre competidores. A diferencia de las letras b) y c) de la citada norma, que proscriben conductas unilaterales, la letra a) demanda alguna forma de coordinación entre competidores.¹⁴¹ La pregunta conceptual central que corresponde tratar en esta sección -a diferencia de las preguntas probatorias, que se tratan en la sección siguiente¹⁴²- es cuánta coordinación se exige para establecer un acuerdo expreso o tácito o práctica concertada en los términos de la letra a).

a) Concepto de acuerdo y/o prácticas concertadas

No cabe duda que un acuerdo de voluntades formal y por escrito, que contenga una regulación detallada y específica de un cartel, constituye un acuerdo expreso para

¹³⁹ No puede pasarse por alto que el artículo 26 del DL 211 establece que “[l]a sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia”.

¹⁴⁰ En la fase final de la tramitación del proyecto, tal como se aprecia en su *Historia de la Ley 19.911*, luego de haberse introducido un recurso de apelación, cambiado luego a nulidad, y restablecido finalmente el de reclamación, el diputado Bustos, p. 572, señaló en sala que:

Con el recurso de nulidad, que es muy estricto del punto de vista jurídico, del derecho, parece que dentro de la resolución queda excluida toda consideración de los aspectos económicos básicos. En ese sentido, es mejor dejar un recurso de reclamación *un poco más amplio*, para que la Corte Suprema tenga la posibilidad de analizar y revisar la sentencia de primera instancia, sin que haya propiamente una apelación. (énfasis agregado).

¹⁴¹ Vid. Joaquín Garrigues, “La Defensa de la Competencia Mercantil”, en *Temas de Derecho Vivo* (Tecnos, Madrid 1978), p. 180 (“¿Con qué criterio podemos distinguir los casos de abusos de dominio de los casos de práctica colusoria? Por el carácter unilateral o bilateral de la conducta. Cuando la conducta es bilateral estamos ante una práctica colusoria”).

¹⁴² Vid. Darryl Snider y Irving Scher, “Conscious Parallelism or Conspiracy?”, American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. II, p. 1143, distinguen entre la dimensión conceptual y la probatoria:

Consideration of whether there is an actionable horizontal price-fixing ‘agreement’ under Section 1 has two aspects that are at times conflated in scholarship and judicial decisions. The first might be termed the existential dimension of agreement: what level of coordination of pricing conduct constitutes an agreement? The second dimension is evidentiary: assuming that the level of coordination of which there is ‘direct evidence’ falls short of what constitutes an agreement, do the known facts give rise to a legitimate inference that other conduct (not directly observed) took place that meets the definition?

los efectos del artículo 3 inciso 2° letra a) del DL 211. Por su parte, el concepto de acuerdo tácito y/o práctica concertada es amplísimo y basta cualquier entendimiento cooperativo o de coordinación¹⁴³ entre firmas competidoras dirigido a reducir la rivalidad existente o potencial entre ellas para estar frente a un acuerdo o práctica concertada (siendo irrelevante distinguir formalmente entre estos dos últimos conceptos¹⁴⁴)¹⁴⁵. Se trata de un concepto indudablemente menos demandante que el tradicional acuerdo de voluntades del Derecho Civil.¹⁴⁶

En el Derecho Comparado el concepto de acuerdo tampoco es exigente ni formal ni sustantivamente. En Estados Unidos, la concepción moderna de colusión exige únicamente un “compromiso consciente relativo a un esquema común”,¹⁴⁷ compromiso que exige alguna forma de comunicación entre las partes. En Australia, la colusión incluye no sólo contratos, sino “arreglos” o “entendimientos”¹⁴⁸. En Canadá, la prohibición legal hace referencia a los verbos rectores “conspirar”, “acordar” o “arreglar”.¹⁴⁹

Mención especial requiere la Unión Europea, pues nuestros conceptos de “acuerdos” y “prácticas concertadas” fueron tomados de lo que hoy es el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).¹⁵⁰ Como cuestión previa, cabe notar que la distinción formal entre “acuerdos” y “prácticas concertadas” no es relevante. Así lo reconoció recientemente la CEJ:

¹⁴³ Distinto a la mera coordinación relativa a los precios propia del paralelismo consciente, según se analiza más abajo.

¹⁴⁴ Vid. Tapia, n. 143, pp. 143-144. Vid. también, Valdés Prieto, n. 193, 97 (“[J]urisprudencialmente los acuerdos tácitos y las prácticas concertadas han devenido sinónimos”).

¹⁴⁵ Una excelente síntesis sobre el concepto de acuerdo en Javier Tapia, “La Prohibición de Colusión en el Derecho Chileno y Comparado”, pp. 12-16, disponible en <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1759&GUID=> (última visita, 7 de agosto de 2010).

¹⁴⁶ Vid. Valdés, n. 228, p. 528. En Europa, vid. Faull y Nikpay, n. 217, p. 195 (“A ‘concurrence of wills’ does not have to take the form of a legally binding contract for an agreement to exist under Article 81(1) [101(1)]—in fact its form is almost entirely irrelevant”).

¹⁴⁷ *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768 (1984) (“conscious commitment to a common scheme”). Vid., a nivel de Corte de Apelaciones Federales, *Apex Oil Co. v. DiMauro*, 822 F.2d 246, 252 (2d Cir. 1987) (“[A]t a minimum [a jury must be able to decide that] the conspirators had a unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement”). Vid. American Bar Association, *Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws* (ABA, Chicago 2010), p. 20 (“Modern case law simply asks whether there is a conscious commitment to a common scheme”).

¹⁴⁸ Vid. Caron Beaton-Wells y Brent Fisse, “Broadening the Definition of Collusion? A Call for Caution”, 38 *Federal Law Review* 71, 74 (2010) (“The concepts ‘contract’, ‘arrangement’ and ‘understanding’ have been interpreted in the case law as reflecting a ‘spectrum’ of dealings. Thus, the concepts are seen as being related and overlapping, while at the same time falling within a range or sequence. Further, as would be expected, the series is treated as descending, with ‘contract’ at the one end, ‘understanding’ at the other, and ‘arrangement’ at some point in between”).

¹⁴⁹ Vid. Competition Act (2009), S. 45(1), disponible en <http://laws.justice.gc.ca/en/C-34/> (última visita, 7 de agosto de 2010).

¹⁵⁰ El actual artículo 101 del TFUE dispone que: “Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior...”.

Si bien esa disposición distingue entre “prácticas concertadas”, “acuerdos entre empresas” y “decisiones de asociaciones de empresas”, el objetivo es que las prohibiciones de dicho artículo cubran las distintas formas de coordinación y de colusión entre empresas... Por consiguiente, en el presente caso, una caracterización precisa de la naturaleza de la cooperación en discusión en el proceso principal, no es apta para alterar el análisis legal que debe ser llevado a cabo bajo el artículo 81 [101] del TFUE.¹⁵¹

En todo caso, la forma más tenue de cooperación prohibida, la práctica concertada, constituye, según Faull y Nikpay, “una forma de coordinación donde las firmas, sin concluir ninguna forma de acuerdo o sin establecer un plan de acción, ‘sustituyen, a sabiendas, los riesgos de la competencia por cooperación práctica’”.¹⁵² Los requisitos, todos de fácil cumplimiento en los hechos, son los siguientes: 1) alguna forma de contacto entre las partes, incluyendo contactos indirectos o débiles; 2) consenso cooperativo, que puede construirse incluso a partir del mero hecho de recibir información; 3) conducta subsecuente en el mercado, requisito que se satisface sin dificultad, especialmente si se ha recibido información, la que invariablemente se introduce al proceso de toma de decisiones de la firma.¹⁵³

b) “Paralelismo consciente” y prueba de mero paralelismo

Ahora bien, cualquiera sea la definición que se siga de acuerdo o práctica concertada, no cabe duda que ella no abarca el *mero* paralelismo que caracteriza a ciertos mercados oligopólicos (y también a los mercados casi-perfectos).¹⁵⁴ Como es sabido, en mercados con pocos competidores, las empresas actúan estratégicamente tomando en consideración las acciones y conductas de sus adversarios. La “interdependencia” entre los agentes económicos puede ser mayor o menor según las características propias del mercado respectivo.¹⁵⁵

¹⁵¹ Caso C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, [2006] ECR I-11125, ¶ 32 (“[W]hile the provision distinguishes between ‘concerted practices’, ‘agreements between undertakings’ and ‘decisions by associations of undertakings’, the aim is to have the prohibitions of that article catch different forms of coordination and collusion between undertakings... Accordingly, in the present case, a precise characterisation of the nature of the cooperation at issue in the main proceedings is not liable to alter the legal analysis to be carried out under Article 81 [101] EC”).

¹⁵² Faull y Nikpay, n. 217, p. 210 (“A concerted practice is a form of co-ordination where undertakings, without concluding any sort of agreement or establishing a plan of action, ‘knowingly substitute practical cooperation between them for the risks of competition’”).

¹⁵³ *Id.*, p. 212.

¹⁵⁴ Como explican Peter Roth y Vivien Rose, *Bellamy & Child. European Community Law of Competition* (6ª ed., Oxford University Press, New York 2008), p. 120 (“[T]he importance of the concept of a concerted practice is not its distinction from an agreement but from parallel behaviour which does not infringe the competition rules”).

¹⁵⁵ *Vid.* Carl Shapiro, “Theories of Oligopoly Behavior”, en Richard Schmalensee y Robert D. Willig, *Handbook of Industrial Organization* (North-Holland, 1989), Vol. I, p. 329.

El concepto de “paralelismo consciente”¹⁵⁶ da cuenta de este fenómeno de interdependencia oligopolística.¹⁵⁷ Los competidores actúan, a sabiendas, en forma similar o coincidente, lo que es el resultado de la estructura y características propias del mercado relevante. El paralelismo se acentúa cuando, además de pocos competidores, los bienes son homogéneos y las firmas enfrentan una estructura de costos equivalente.¹⁵⁸

En ausencia de acuerdo o práctica concertada, el paralelismo consciente no es ni debe ser sancionado. Así lo ha afirmado categóricamente la Corte Suprema norteamericana:

La colusión tácita [en nomenclatura de economistas¹⁵⁹], a veces llamada coordinación oligopolística de precios o paralelismo consciente, describe el proceso, en sí mismo no ilegal, por el cual las firmas en un mercado concentrado pueden en efecto compartir poder monopólico, estableciendo sus precios en un nivel maximizador de utilidades, supracompetitivo, por la vía de reconocer sus intereses económicos compartidos y su interdependencia con respecto a las decisiones de precio y producción.¹⁶⁰

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro TDLC:

[A] juicio de este tribunal las características de la industria hacían factible en el año 2002 -y aun hoy- la celebración de un acuerdo colusivo con el objeto de reducir la cobertura de carátula, *pero el mero hecho que todas las empresas hayan efectuado tal reducción no basta para acreditarlo*.¹⁶¹

¹⁵⁶ Que se opone al denominado “paralelismo inconsciente o casual”, que corresponde a una coincidencia de conductas fruto del azar.

¹⁵⁷ Vid. Michal S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies* (Harvard University Press, Cambridge 2003), pp. 164-165 (“Conscious parallelism can best be described as actions of rivals that are based on the tendency inherent in oligopolistic markets, to coordinate policies spontaneously and not as part of an agreement, and without the need for facilitating practices. Parallelism is reached when each oligopolist only assesses its rivals’ behavior and reacts with a recognition of interdependence”).

¹⁵⁸ La literatura sobre este punto es extensa: vid. entre otros, Sigrid Stroux, *US and EC Oligopoly Control* (Kluwer Law, The Hague 2004); Gregory J. Werden, “Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory”, 71 *Antitrust Law Journal* 719 (2004); Thomas A. Piraino Jr., “Regulating Oligopoly Conduct Under the Antitrust Laws”, 89 *Minnesota Law Review* 9 (2004), y Jonathan B. Baker, “Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the oligopoly problem, and contemporary economic theory”, 38 *Antitrust Bulletin* 143 (1993).

¹⁵⁹ Cabe precisar que aquí la Corte Suprema norteamericana utiliza la expresión “colusión tácita” (“*tacit collusion*”) en el sentido en el que tradicionalmente la emplean los economistas, esto es, como equivalente a la interdependencia oligopolística o al paralelismo consciente. Nosotros en este Informe le otorgamos a la expresión “colusión tácita” un significado propiamente jurídico, consistente en una conducta ilícita cometida por la vía de un acuerdo tácito o práctica concertada.

¹⁶⁰ *Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Co.*, 509 U.S. 209, 227 (1993) (“Tacit collusion, sometimes called oligopolistic price coordination or conscious parallelism, describes the process, not in itself unlawful, by which firms in a concentrated market might in effect share monopoly power, setting their prices at a profit-maximizing, supracompetitive level by recognizing their shared economic interests and their interdependence with respect to price and output decisions”).

¹⁶¹ TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 80°.

El fundamento de la licitud de esta conducta no es otro que la imposibilidad de establecer remedios judiciales que puedan obligar a las firmas a adoptar cursos de acción distintos a los que son más convenientes.¹⁶² En otras palabras, si bien el resultado del paralelismo es un aumento indeseable de precios semejante al de la colusión, el mismo corresponde al resultado racional de las firmas actuando en su propio beneficio, racionalidad que no puede serles negada a los actores económicos. El entonces juez (hoy ministro de la Corte Suprema) Breyer explicó este punto con claridad:

Los tribunales han notado que la Sherman Act prohíbe los acuerdos, y han sostenido casi uniformemente, al menos en el área de los precios, que decisiones individuales de los precios (aun cuando cada firma base su propia decisión en la creencia de que sus competidores harán lo mismo) no constituyen un acuerdo ilegal bajo el artículo 1 de la Sherman Act. Esto no es debido a que dichas decisiones de precios sean deseables (no lo son), pero sí debido a que es cercano a lo imposible concebir un remedio judicial eficaz para la “interdependencia” en materia de precios. ¿Cómo uno ordena a una firma establecer sus precios sin consideración a las reacciones probables de sus competidores?¹⁶³

Tocamos ahora el punto crucial. Si el paralelismo consciente es una conducta legítima ante el Derecho de la Competencia, entonces la mera evidencia de paralelismo no es suficiente para acreditar la colusión.¹⁶⁴ En otras palabras, el mero paralelismo es una prueba ambigua, pues constituye un hecho compatible tanto con la hipótesis ilícita de colusión como con la hipótesis lícita de paralelismo consciente.

¹⁶² *Vid.* Casos 40-8, 50, 54-6, 111 y 113-4/73, *Cooperatiëve Vereniging 'Suiker Unie' UA v. Commission* [1975] ECR 1663, donde la CEJ reconoció que el Derecho de la Competencia no impide que las empresas puedan adaptarse inteligentemente al comportamiento real o previsto de sus competidores. *Vid. también*, Casos C-89, 104, 114, 116-117 y 125-9/85, *Ahlström Oy v. Commission* [1993] ECR I-1307.

¹⁶³ *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F.2d 478, 484 (1st Cir. 1988), cert. denied, 488 U.S. 1007 (1989) (“Courts have noted that the Sherman Act prohibits agreements, and they have almost uniformly held, at least in the pricing area, that such individual pricing decisions (even when each firm rests its own decision upon its belief that competitors will do the same) do not constitute an unlawful agreement under section 1 of the Sherman Act. That is not because such pricing is desirable (it is not), but because it is close to impossible to devise a judicially enforceable remedy for “interdependent” pricing. How does one order a firm to set its prices without regard to the likely reactions of its competitors?”).

¹⁶⁴ *Vid.* American Bar Association, n. 287, p. 67 (“[C]onsciously parallel activity is not sufficient to support an inference of concerted action”); William C. Holmes, *Antitrust Law Handbook* (ABA, Chicago 2007), pp. 113-114 (“Merely coincidental behavior that can be explained on legitimate business grounds does not, however, in itself establish a conspiracy if it is equally indicative of a series of unilateral actions. For example, parallel pricing behavior by firms in a concentrated, oligopolistic market need not indicate an actual agreement to fix prices; the firms may instead be responding unilaterally to the price changes of their competitors”); y, George A. Hay, “Horizontal agreements: Concept and proof”, 51 *Antitrust Bulletin* 877, 884 (2006) (“[M]ere parallel pricing (e.g., all firms increase prices by roughly the same amount in roughly the same time period) is normally not, by itself, enough to allow the inference of an agreement”).

Así lo señaló tempranamente la Corte Suprema norteamericana:

La conducta en los negocios es admisible como prueba circunstancial de la cual se puede inferir la existencia de un acuerdo... Pero, esta corte nunca ha sostenido que la prueba del comportamiento paralelo en los negocios sea concluyente para establecer que se está en presencia de un acuerdo o, dicho de otra manera, que ese comportamiento paralelo constituya en sí mismo una violación de la Sherman Act.¹⁶⁵

Este punto ha sido destacado recientemente por el mismo tribunal en *Twombly*¹⁶⁶. En dicho caso, la Corte Suprema decidió rechazar la demanda *in limine litis*¹⁶⁷ por no haberse indicado en su texto hechos distintos al mero paralelismo y la mera aseveración de colusión:

La insuficiencia de demostrar sólo una conducta paralela o interdependencia, sin más, refleja la ambigüedad del comportamiento: tanto consistente con la colusión, como consistente con una amplia franja de estrategias comerciales racionales y competitivas provocadas unilateralmente por percepciones comunes del mercado. Por consiguiente, nos hemos protegido de cometer falsas inferencias a partir de comportamientos paralelos en diversos momentos en la secuencia de un juicio¹⁶⁸... Hace sentido señalar, por tanto, que una alegación de conducta paralela y una escueta afirmación de colusión no bastarán. Sin más, la conducta paralela no sugiere colusión, y una afirmación infundada relativa a la existencia de un acuerdo no provee de los hechos adecuados para demostrar una ilegalidad. Por lo tanto, cuando alegaciones de conducta paralela son expuestas con el objeto de levantar un reclamo de conformidad al §1 [de la Sherman Act], ellas deben tener lugar en un

¹⁶⁵ *Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537, 540 (1954) (“To be sure, business behavior is admissible circumstantial evidence from which the fact finder may infer agreement... But this Court has never held that proof of parallel business behavior conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense”). En Europa, *vid.* Casos C-89, 104, 114, 116-117 y 125-9/85, *Ahlström Oy v. Commission* (Wood Pulp II) [1993] ECR I-1307, ¶¶ 61-72 (“It must be noted that parallel conduct cannot be regarded as furnishing proof of concertation unless concertation constitutes the only plausible explanation for such conduct”).

¹⁶⁶ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

¹⁶⁷ Esto es, la Corte acogió un *motion to dismiss for failure to state a cause of action* conforme a la Regla 12(b)(6) de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP). Lo normal es que los tribunales se pronuncien sobre esta cuestión al resolver el *motion for summary judgement* que presentan los demandados conforme a la Regla 56(c) de las FRCP, lo que ocurre al final de la etapa de *discovery* y antes de ir a juicio (*trial*). *Vid. e.g.*, los siguientes pronunciamientos de Cortes de Apelaciones en dicha fase en el sentido que el mero paralelismo no basta: *Williamson Oil Co., Inc. v. Philip Morris USA*, 346 F.3d 1287, 1301 (11th Cir. 2003), *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. Of Saskatchewan*, 203 F.3d 1028, 1032 (8th Cir. 2000), *In re Citric Acid Litigation*, 191 F.3d 1090, 1102 (9th Cir. 1999), *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F.3d 112 (3d Cir. 1999).

¹⁶⁸ 550 U.S. 545 (“The inadequacy of showing parallel conduct or interdependence, without more, mirrors the ambiguity of the behavior: consistent with conspiracy, but just as much in line with a wide swath of rational and competitive business strategy unilaterally prompted by common perceptions of the market. Accordingly, we have previously hedged against false inferences from identical behavior at a number of points in the trial sequence”).

contexto en que se establecen sugerencias de un acuerdo precedente, y no meramente una conducta paralela que pudiera ser igualmente una acción independiente¹⁶⁹.

En nuestro país, el TDLC ha afirmado también que el mero paralelismo no permite inferir la existencia de colusión:

[N]o es suficiente dar por acreditado el paralelismo para establecer que hubo colusión. En efecto, tal como ha reconocido la doctrina, el comportamiento paralelo, si se demuestra, es uno de los factores a considerar, con el resto de las pruebas, para llegar a la conclusión que ha habido un acuerdo entre los demandados, pero el paralelismo no es en sí mismo un sustitutivo del acuerdo¹⁷⁰.

Y en igual sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema:

[E]n concepto de esta corte no existe prueba concluyente de la supuesta colusión que se les atribuye a las denunciadas, puesto que los únicos indicios que consideran los sentenciadores son dos: a) la supuesta simultaneidad en el cobro; b) la similitud de precios cobrados por las distintas agencias requeridas. Sin embargo, el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa, condiciones ambas cuya existencia no puede tenerse por demostrada por la simple concurrencia de las circunstancias ya señaladas (simultaneidad y homogeneidad de precios).¹⁷¹

¿Cómo se prueba entonces la existencia de un acuerdo o práctica concertada en ausencia de prueba directa? ¿Qué prueba debe presentarse para que el sentenciador pueda razonablemente inferir la existencia de un acuerdo o práctica concertada?

¹⁶⁹ *Id.*, 556-557 (“It makes sense to say, therefore, that an allegation of parallel conduct and a bare assertion of conspiracy will not suffice. Without more, parallel conduct does not suggest conspiracy, and a conclusory allegation of agreement at some unidentified point does not supply facts adequate to show illegality. Hence, when allegations of parallel conduct are set out in order to make a §1 claim, they must be placed in a context that raises a suggestion of a preceding agreement, not merely parallel conduct that could just as well be independent action”). Para comprender el contexto procesal de *Twombly*, es necesario tener en consideración las declaraciones anteriores de los Tribunales de primera y segunda instancia: *Twombly v. Bell Atl. Corp.*, 313 F. Supp. 2d 174, 180 (S.D.N.Y. 2003) (“The plus factors pleading requirement is... an expression of the longstanding rule that ‘a bare bones statement of conspiracy or of injury under the antitrust laws without any supporting facts permits dismissal’ of a complaint”) y *Twombly v. Bell Atl. Corp.*, 425 F.3d 99, 114 (2d Cir. 2005) (“[P]lus factors are not required to be pleaded to permit an antitrust claim based on parallel conduct to survive dismissal”).

¹⁷⁰ TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 75°.

¹⁷¹ Corte Suprema, *Asoex A.G. contra Ultramar Agencias Marítimas S.A. y otros*, Rol 3395-2006, Sentencia de fecha 28 de diciembre de 2006, C. 10°.

Como el mero paralelismo no basta, es necesario acreditar “más cosas”.¹⁷² De ahí surge la teoría de los *plus factors*, esto es, factores adicionales o añadidos al mero paralelismo que “tiendan a excluir” la posibilidad de un paralelismo consciente.¹⁷³ Ahora bien, esta teoría dice relación con las preguntas probatorias que se responden en la siguiente sección.

c) Colusión y firmas multiproducto

Según hemos visto, los carteles son una realidad en el mundo occidental. La naturaleza repetida del juego que enfrentan a diario los competidores genera incentivos suficientemente fuertes como para superar el problema de acción colectiva que define el proceso competitivo. Repitiendo lo ya dicho, la “sombra del futuro” (suma de los *payoffs* futuros), puede dar sustentabilidad y *enforcement* natural a una asociación colusiva¹⁷⁴.

En todo caso, la realidad que enfrentan quienes pretenden cartelizarse no es simple. En primer lugar, es necesario definir un acuerdo colusivo, incluyendo reglas de repartición de las rentas y participaciones de mercado, así como normas para enfrentar los distintos *shocks* estocásticos que puedan afectar a las firmas asociadas. Dicho acuerdo debe ser lo suficientemente simple como para poder superar en su implementación los cinco problemas básicos que identifica Porter¹⁷⁵:

- Detección del acuerdo por parte de las autoridades de la competencia o de las víctimas;
- Disminuciones secretas en los precios (traición unilateral del acuerdo por una o más firmas);
- Entrada de nuevos actores al mercado que pueda ser disruptiva para la operatividad del cartel;
- Reconciliación de intereses dispares de los miembros del cartel (distintas tecnologías, costos, necesidad de ingresos inmediatos, ventajas idiosincráticas, gustos por riesgo, clientes heterogéneos, etc.); y
- Generación de respuestas para nuevas circunstancias, tanto por el lado de la demanda como por el de los costos.

¹⁷² Como explica Holmes, n. 304, p. 109, se requiere demostrar “parallel behavior that goes beyond what would be expected absent an agreement”.

¹⁷³ *Vid. supra* n. 259, 114. *Vid. TDLC, FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 81°, donde el Tribunal se refiere a los “*plus factors*” como “factores adicionales”.

¹⁷⁴ *Vid. Jean Tirole, The Theory of Industrial Organization* (MIT Press, Cambridge 1988), pp. 239 et seq.

¹⁷⁵ Robert H. Porter, “Detecting Collusion”, 26 *Review of Industrial Organization* 147 (2005).

En segundo lugar, las partes deben poder establecer mecanismos efectivos de monitoreo y *enforcement* del acuerdo, que permitan detectar traiciones y dar cumplimiento al acuerdo¹⁷⁶. Esto es, el acuerdo debe ser autoejecutable (*self-enforcing agreement*)¹⁷⁷. Mientras más opaco el mercado y más complejo y asimétrico el proceso de marketing y venta de el o los productos, incluyendo la heterogeneidad de los mismos, más difícil se hará dicho proceso de monitoreo (la lista de factores es más larga)¹⁷⁸. Enseguida, comprobada una traición, las partes deben disponer de mecanismos de castigo, siendo la guerra de precios uno de los métodos estándares para tales efectos¹⁷⁹.

Dado que un acuerdo es autoejecutable únicamente cuando sus beneficios en el tiempo son mayores a sus costos (incluyendo las fases de fijación de reglas, monitoreo y *enforcement*), resulta teóricamente posible que firmas multiproducto se coludan no respecto al total de bienes y servicios que comercializan, sino sólo respecto a un subconjunto de ellos. Esto resulta especialmente cierto tratándose de firmas de *retail*, que ofrecen cientos o miles de productos distintos: un acuerdo de colusión total o absoluto parece inviable desde la perspectiva de su monitoreo y *enforcement*.

En el margen, los costos de negociación, monitoreo y *enforcement* de un número excesivo de bienes y servicios ofrecidos no aporta beneficios netos al acuerdo. Además, un acuerdo colusivo total o absoluto parece una mala estrategia desde la perspectiva ilícita de sus miembros. Un acuerdo parcial, conjuntamente con asegurar rentas económicas en la venta de un subconjunto reducido de productos con baja elasticidad de demanda, mantiene simultáneamente una apariencia real de competencia que aleja toda sospecha de colusión por parte de las autoridades de la competencia.

En el caso específico del *retail*, cabe mencionar que la preocupación por las colusiones parciales es conocida en el Derecho de la Competencia. Esta preocupación se ha centrado en el efecto poco probable pero no imposible que ciertas restricciones verticales —en particular, los precios máximos o *RPM* (*resale price*

¹⁷⁶ Vid. Porter y Zona, n. 252, pp. 1072-1084.

¹⁷⁷ Vid. en general, Avinash K. Dixit, *Lawlessness and Economics. Alternative Modes of Governance* (Princeton University Press, Princeton, 2004).

¹⁷⁸ Según Paul A. Grout y Silvia Sonderegger, *Predicting cartels. Economic discussion paper* (OFT, 2005), p. 2, disponible en http://www.ofi.gov.uk/shared_ofi/reports/comp_policy/ofi773.pdf (última visita, 14 de agosto de 2010), debe incluirse en el análisis al menos los siguientes factores:

- a smaller number of firms in the market facilitates collusion;
- higher entry barriers facilitate collusion;
- excess capacity and stocks are important variables and are generally thought to help sustain collusion;
- persistent demand instability in a market is thought to hinder collusion;
- demand growth facilitates collusion;
- frequency of interaction favours collusion;
- market transparency favours collusion;
- private information limits collusion;
- cost asymmetries and quality differences restrict collusion;
- horizontal product differentiation is important but its effect on collusion is ambiguous; and
- large, powerful buyers make collusion harder to sustain.

¹⁷⁹ El trabajo clásico en esta materia es Edward Green y Robert H. Porter, “Non-cooperative Collusion under Imperfect Price Information”, 52 *Econometrica* 87 (1984). Vid. Tirole, n. 314, pp. 262-264.

maintenance)—, pueden llegar a tener a nivel del *retail*. Así lo reconoció la Corte Suprema norteamericana en el caso *Business Electronics*¹⁸⁰ y más recientemente en el famoso caso *Leegin*¹⁸¹, explicando el riesgo de colusión parcial articulada a través de RPM:

Las restricciones verticales de precios también “pueden ser usadas para organizar carteles al nivel del *retailer*”. Un grupo de *retailers* puede coludirse para fijar precios a consumidores y luego obligar a un fabricante a ayudar al acuerdo ilegal a través de RPM. En esa instancia el fabricante no establece la práctica para estimular servicios o para promover su marca, sino que para otorgarle utilidades más altas a los *retailers* ineficientes. *Retailers* con mejores sistemas de distribución y más bajas estructuras de costo estarían impedidos de cobrar precios más bajos en virtud del acuerdo¹⁸².

Por último, la realidad demuestra lo que aquí afirmamos. No son pocos los casos de colusión que han sido descubiertos y condenados en distintas jurisdicciones, incluyendo la nuestra —como en el caso *Guerra del Plasma*¹⁸³—, que dicen relación con firmas multiproductos o del sector *retail*, y donde el acuerdo o práctica sólo involucraba un subconjunto limitado de productos.

Tal vez el caso más impresionante es el denominado *Vitaminas*, donde Hoffmann-La Roche (HLR) y BASF, los dos productores de vitaminas más grandes del mundo —también productores de un sinnúmero de productos farmacéuticos—, articularon una colusión parcial de efectos mundiales¹⁸⁴. Inicialmente, en 1989, HLR, BASF y Rhône-Poulenc (Aventis) instigaron el primer cartel en los mercados de las vitaminas A y E. El éxito inicial de dicha colusión parcial los llevó a ampliar sus vínculos ilícitos hacia otros mercados conexos. La sucesiva entrada en vigencia de cada uno de estos carteles y su distinta duración puede apreciarse en el siguiente cuadro elaborado por la Comisión Europea¹⁸⁵:

¹⁸⁰ *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U. S. 717, 725-726 (1988).

¹⁸¹ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

¹⁸² *Id.*, p. 889 (“Vertical price restraints also ‘might be used to organize cartels at the retailer level.’ A group of retailers might collude to fix prices to consumers and then compel a manufacturer to aid the unlawful arrangement with resale price maintenance. In that instance the manufacturer does not establish the practice to stimulate services or to promote its brand but to give inefficient retailers higher profits. Retailers with better distribution systems and lower cost structures would be prevented from charging lower prices by the agreement”).

¹⁸³ TDLC, *FNE contra Falabella y otro*, Sentencia N° 63, Rol C-103-2006, de 10 de abril de 2008, confirmada en Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008.

¹⁸⁴ *Id.* Harry First, “The Vitamins Case: Cartel Prosecutions and the Coming of International Competition Law”, 68 *Antitrust Law Journal* 711, 712 (2001), quien entonces calificaba a este cartel como “probably the most economically damaging cartel ever prosecuted under U.S. antitrust law”.

¹⁸⁵ Comisión Europea, Caso COMP/E-1/37.352, decisión de fecha 21 de noviembre 2001.

Vitamin	Participants	Duration (*)	
		from	to
Vitamin A	Roche, BASF, Rhône-Poulenc (Aventis)	September 1989	February 1999
Vitamin E	Roche, BASF, Rhône-Poulenc (Aventis), Eisai	September 1989	February 1999
Vitamin B1 (thiamine)	Roche, Takeda, BASF	January 1991	June 1994
Vitamin B2 (riboflavin)	Roche, BASF, Takeda	January 1991	September 1995
Vitamin B5 (calpan)	Roche, BASF, Daiichi	January 1991	February 1999
Vitamin B6	Roche, Takeda, Daiichi	January 1991	June 1994
Folic acid (B)	Roche, Takeda, Kongo, Sumika	January 1991	June 1994
Vitamin C	Roche, BASF, Takeda, Merck	January 1991	August 1995
Vitamin D3	Roche, BASF, Solvay Pharm, Rhône-Poulenc (Aventis)	January 1994	June 1998
Vitamin H (biotin)	Roche, Merck, Lonza, Sumitomo, Tanabe, BASF	October 1991	April 1994
Beta-carotene	Roche, BASF	September 1992	December 1998
Carotinoids	Roche, BASF	May 1993	December 1998

(*) The duration is not necessarily the same for all participants.

En definitiva, la colusión parcial en firmas multiproducto es perfectamente factible desde una perspectiva teórica y la realidad así lo confirma. Por ende, no debe partirse de la base de que la colusión es un fenómeno del tipo todo-o-nada que necesariamente involucra el *pool* completo de productos de los involucrados¹⁸⁶.

IV. LA DIMENSIÓN PROBATORIA DE LA COLUSIÓN: SANA CRÍTICA Y PRUEBA INDIRECTA CONFORME A LA TEORÍA DE LOS FACTORES ADICIONALES

Como cualquier otro hecho, la existencia de un acuerdo o práctica concertada puede ser probada mediante uno o más medios de prueba. Ahora bien, la tarea se

¹⁸⁶ Cabe señalar que el TDLC ha reconocido que la colusión puede darse en una dimensión de un producto, manteniéndose las firmas compitiendo en las demás dimensiones del mismo. *Vid.* TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 33°:

Que en efecto, si bien se acreditó en autos que la cobertura de carátula es sólo uno de los elementos que componen el producto que ofrecen las Isapres y el requerimiento de autos no se refiere a una eventual colusión entre las requeridas en los restantes elementos que configuran la cobertura efectiva del plan -ni tampoco respecto de la cotización de salud-, ***ello no impide que las Isapres requeridas hubieran podido coludirse en sólo uno de dichos elementos, manteniéndose compitiendo en todos los demás, si ello le fuere mutuamente conveniente.*** Dicha conducta, si se acreditare, sería contraria a la libre competencia y podría ser sancionada por este tribunal (énfasis agregado).

En el Derecho Comparado, *vid.* *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 U.S. 643 (1980), cartel de vendedores mayoristas de cerveza, donde el acuerdo se limitó únicamente a eliminar la venta a crédito. *Vid. también* el reciente caso europeo citado, *infra*, en la n. 411.

vuelve más compleja cuando el demandante no cuenta con prueba directa, sino sólo prueba indiciaria de la colusión. En tales casos, el sentenciador se enfrenta a una de las preguntas más difíciles en materia de acuerdos horizontales ilegítimos: cuánta prueba indiciaria es suficiente para acreditar que los demandados efectivamente incurrieron en una conducta cooperativa sancionada por el artículo 3 inciso 2° letra a) del DL 211.

Dado que las firmas que se coluden son entidades altamente sofisticadas, rara vez es posible aportar prueba directa de los acuerdos o prácticas concertadas. En los casos clásicos de colusión que son llevados ante los Tribunales de Justicia no hay “pistolas calientes” (*smoking guns*) o “salas llenas de humo” (*smoke-filled rooms*), sino un complejo conjunto de indicios que el sentenciador debe sopesar para concluir si la hipótesis de colusión es más probable que la hipótesis de paralelismo en los términos exigidos por el estándar de prueba aplicable.

Dado que los casos en los que el demandante alega colusión y el demandado paralelismo consciente constituyen un escenario procesal típico, hoy en día es posible encontrar en el Derecho Comparado un marco conceptual y operativo maduro para enfrentar y dar solución a dichas disputas. El marco en cuestión no hace sino entregar un referente para responder la pregunta clave que hemos notado: cuánta prueba indiciaria es suficiente para dar por acreditada la hipótesis colusiva por sobre la hipótesis de paralelismo consciente.

a) “Sana crítica” y prueba de la colusión

El Derecho Procesal contempla distintos modos de apreciar la prueba, entendiéndose por apreciación el proceso intelectual por el que el juez otorga valor a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él¹⁸⁷.

En materia de la competencia, el artículo 22 inciso final del DL 211 establece que el TDLC debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la “sana crítica”, pudiendo además considerar “todo indicio o antecedente que, en concepto del tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes”. Corresponde analizar aquí el concepto de “sana crítica” y determinar las consecuencias que de él se siguen en materia de prueba de carteles.

i. Valoración de la prueba y carga de aportar prueba durante el proceso

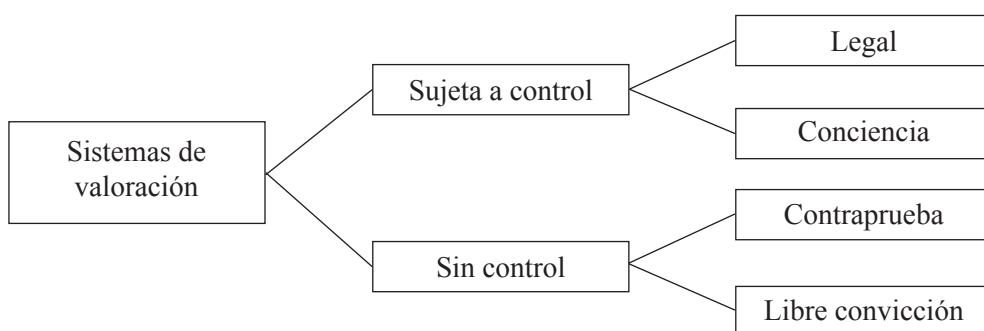
Dadas las recientes reformas en materia penal, laboral y de familia, la sana crítica puede ser considerada como el régimen dominante en nuestro sistema legal¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Raúl Tavorlari, *El Proceso en Acción* (Editorial Libromar, Santiago 2000), p. 282.

¹⁸⁸ *Vid. supra*, n. 273.

La sana crítica es un régimen que se ubica entre la prueba legal o tasada, en la que la ley confiere el valor a los distintos medios de prueba, y la prueba libre o sistema de íntima convicción, en la que la valoración queda completamente entregada al proceso interior de convicción del sentenciador¹⁸⁹.

Tradicionalmente, aunque no sin discusión¹⁹⁰, en nuestro sistema legal se agrupa a la sana crítica dentro de los medios de prueba sujetos a control legal. Así se aprecia en el siguiente cuadro¹⁹¹:



Ahora bien, ¿qué significa exactamente que la prueba deba valorarse conforme a las reglas de la sana crítica? Como reconoce Tavolari, “nadie ha podido establecer cuántas ni cuáles son las reglas de la sana crítica, ni mucho menos... quién las ha dictado”¹⁹². Esto se debe a que, por definición, la sana crítica no es susceptible de ser reducida a reglas. Recientemente, Laso ha señalado certeramente que la sana

¹⁸⁹ Vid. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (4ª ed., Editorial BdeF, Buenos Aires 2002), p. 221 (“Este concepto [sana crítica] configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción”). En el mismo sentido, vid. Tavolari, n. 327, p. 291.

¹⁹⁰ Según se indicó en la nota anterior, Couture estima que existen tres sistemas de prueba. Por su parte, Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial* (4ª ed., Editorial Diké, Medellín 1993), Vol. I., p. 95, estima que sólo hay dos sistemas: la prueba tasada y la prueba de libre apreciación; sana crítica sería parte del segundo grupo.

¹⁹¹ Sergio Dunlop, *Nuevas Orientaciones de la Prueba* (Editorial Jurídica, Santiago 1981), p. 158.

¹⁹² Tavolari, n. 327, p. 291.

crítica, en tanto sistema de valoración de la prueba, “no es más que la formalización en el ámbito legal del razonamiento del sentido común”¹⁹³.

Como punto de partida, entonces, debe señalarse que la sana crítica supone un importante grado de libertad o discreción del juzgador. No por casualidad autores como Devis Echandía la asocian con la prueba libre.¹⁹⁴ Entre nosotros, Rodríguez Papic también destaca su naturaleza discrecional:

[La sana crítica es] [a]quel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medio de información susceptible de ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos.¹⁹⁵

No obstante lo anterior, el sistema de la sana crítica cuenta con elementos de control que limitan la discrecionalidad del juez. Como estableciera la Corte Suprema en una antigua decisión, en este sistema “el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio y la sana crítica”.¹⁹⁶

Con todo, los límites son tenues, porque, como explica Laso Cordero:

Nada de especial hay en exigir a los jueces que fundamenten sus decisiones en base a la lógica y la experiencia, desde que eso es lo que se espera que toda persona racional haga día a día en las más variadas circunstancias de su vida.¹⁹⁷

Actualmente existe una relativa unanimidad en la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de que la sana crítica supone al menos tres limitaciones a la libertad del sentenciador: la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos afianzados. No sólo lo ha señalado expresamente el artículo 297 del Código Procesal Penal,¹⁹⁸ sino que así lo ha establecido la Corte Suprema en el ámbito de la competencia:

¹⁹³ Jaime Laso Cordero, “Lógica y Sana Crítica”, 36 *Revista Chilena de Derecho* 143, 162 (2009). *Vid. también*, Couture, n. 329, p. 221 (“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano”).

¹⁹⁴ Devis Echandía, n. 330, Vol. I., p. 95. *Id.*, p. 99 (“[S]ana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso”).

¹⁹⁵ Ignacio Rodríguez Papic, *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía* (Editorial Jurídica, Santiago 1995), p. 106.

¹⁹⁶ Corte Suprema, *Peretta con Simunovic*, RDJ 68, Sección 1ª, Sentencia de 1º de abril de 1971, p. 76.

¹⁹⁷ Laso Cordero, n. 333, p. 162.

¹⁹⁸ *Vid. supra*, n. 278.

Que tampoco se advierte en la especie, como aduce esta reclamante, que los jueces hayan incurrido en violación de las leyes reguladoras de la prueba, desde que la misma ha sido apreciada conforme a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos suficientemente afianzados, señalándose expresamente cuáles eran los indicios que los llevaron a asentar los hechos que luego calificaron como ilícitos.¹⁹⁹

La utilización del régimen de la sana crítica en el Derecho de la Competencia tiene dos importantes consecuencias que resulta necesario destacar aquí. La primera dice relación con el reparto de competencias entre el TDLC y la Corte Suprema en lo que se refiere a la valoración de la prueba. Tratándose de un ámbito de alto contenido científico o técnico, como lo es el del DL 211, el sistema de sana crítica sitúa al TDLC como el órgano mejor preparado para valorar la prueba. El TDLC es un tribunal especial integrado por dos profesionales licenciados o con posgrados en ciencias económicas y por tres abogados expertos en libre competencia.²⁰⁰

Insistimos de este modo en lo ya señalado anteriormente en este Informe²⁰¹. La Corte Suprema debe controlar los hechos establecidos por el TDLC de manera deferente, más al modo de una queja o casación que de una apelación. El régimen de la sana crítica y su énfasis en los conocimientos científicos, sumado a la existencia de un recurso procesal de reclamación recogido en la historia de la ley como distinto al de apelación, confirman que en el reparto de competencia, en cuanto a la valoración de la prueba, el TDLC debe tener un rol prevalente.

La segunda de estas consecuencias dice relación con la distinción entre dos conceptos distintos: la carga (estática) de la prueba y la carga (dinámica) de aportar prueba durante el proceso (o que también puede denominarse la carga de desvirtuar la prueba presentada por la contraparte).

Según vimos más arriba, el régimen jurídico de la sana crítica es compatible con distintos estándares de prueba. Así, en materia procesal penal rige el estándar de la duda razonable, y en materia no-penal rige, en principio, el estándar conocido como “más probable que no”. Según ya vimos, el estándar en materia de libre competencia es uno intermedio, aunque más próximo a “más probable que no” que a “duda razonable”.²⁰²

Cuando el estándar de prueba que rige es el de “más probable que no” o uno próximo a él, se torna necesario distinguir entre la carga de la prueba y lo

¹⁹⁹ Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 32°. *Vid. también*, Corte Suprema, *FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus*, Rol 1856-2009, Sentencia de 28 de junio de 2009, C. 10° (“[D]ebe recordarse que en esta materia la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, que no es otra que ponderar los distintos medios de prueba de acuerdo a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia”).

²⁰⁰ Artículo 6 letras a) y b) del DL 211. El presidente del tribunal puede, alternativamente, ser experto en Derecho Comercial o Económico.

²⁰¹ *Vid. supra*, ¶ 0.

²⁰² *Vid. supra*, ¶ 0.

que aquí denominamos la carga de aportar prueba durante el proceso. Esta última hace referencia a la carga que tiene una parte de aportar pruebas suficientes para contrarrestar las pruebas introducidas por la contraria. Mientras la carga de la prueba no cambia, la carga de aportar prueba durante el proceso sí cambia, por la simple razón de que el juez deberá fallar en favor de quien haya demostrado que un hecho o conclusión es más probable que no (o algo más, dependiendo del estándar de prueba).

Para aclarar esta distinción es necesario recurrir al concepto procesal clásico de carga de la prueba. Según Devis Echandía, se trata “esencialmente [de] una *regla de juicio* dirigida al juez, que le señala el modo de decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamenta las pretensiones y excepciones en cada proceso.”²⁰³ La carga de la prueba así definida no cambia durante el proceso, y simplemente señala que en *ausencia de prueba*, el juez no puede recurrir al *non liquet*, sino que debe dar por no probado el hecho alegado por quien tenía la carga.²⁰⁴ Como explica el mismo Devis Echandía:

[Se habla de] regla objetiva para el juez, cuya función es impedirle y prohibirle el *non liquet*, y permitirle decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos en que debe basar su sentencia e inclusive muchas providencias interlocutorias; es decir, regula la decisión sobre el hecho incierto o desconocido, por lo cual se la considera como sucedánea de la prueba en general, y como cuestión de derecho (no de hecho) para distribuir la falta de certeza o convencimiento del juez respecto del material de hecho.²⁰⁵

Ahora bien, cuando quien tiene la carga de la prueba aporta antecedentes probatorios que superen el estándar de prueba, el juez debe dar por acreditado el hecho debatido. Pero si al mismo tiempo la contraparte aporta antecedentes que acrediten la tesis contraria, la prueba originalmente aportada por la parte que tiene la carga de la prueba puede volverse insuficiente para acreditar el hecho conforme lo exige el estándar de prueba. Esto genera una realidad procesal dinámica, en donde la cantidad de prueba que las partes deben aportar se define en función no sólo de la carga (estática) de la prueba -que rige, según vimos, en la hipótesis de falta de prueba-, sino también de la prueba aportada por la contraria.

La distinción anterior no supone alterar la carga (estática) de la prueba. Por el contrario, se trata simplemente de una consecuencia de la regla de prueba básica establecida en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil: “Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales

²⁰³ Devis Echandía, n. 330, Vol. I., p. 425.

²⁰⁴ *Vid.* Couture, n. 329, pp. 198-199 (“La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley señala”).

²⁰⁵ *Id.*, p. 429.

preferirán la que crean conforme con la verdad”. Por lo demás, en el ámbito de la competencia y tratándose de presunciones, así lo declaró la Corte Suprema en el caso de la *Guerra del Plasma*:

Que esta presunción a la que han arribado los jueces [colusión por parte de las demandadas] *no logró ser desvirtuada por otra en contrario* ni ella pierde su mérito por las argumentaciones de la reclamante, desde que éstas sólo constituyen una distinta interpretación que se hace de la prueba rendida.²⁰⁶

ii. *La colusión puede ser probada mediante prueba directa o indirecta*

La colusión puede ser probada mediante cualquier medio de prueba, incluyendo “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*” (artículo 22 inciso 2° del DL 211) (énfasis agregado)²⁰⁷.

La prueba de la colusión se divide en prueba directa e indirecta o circunstancial. De acuerdo a los tribunales norteamericanos, “la prueba directa de la colusión corresponde a toda clase de antecedentes que sean explícitos y que no requieran de inferencias para establecer la proposición o conclusión que se sostiene”.²⁰⁸ Prueba directa es, entonces, aquella que torna indudable la existencia de la conducta prohibida.²⁰⁹ Este es el caso de una copia del acuerdo o de documentos donde consten las comunicaciones de los integrantes del mismo, algunos tipos de declaraciones testimoniales, así como también la confesión de uno de los integrantes del cartel (este último caso es tratado con más detalle más adelante).

Por su parte, la prueba indirecta es aquella con la que se llega a la conclusión del hecho colusivo mediante inferencias. La prueba indirecta coincide así,

²⁰⁶ Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 23° (énfasis agregado).

²⁰⁷ Vid. Artículo 341 del Código de Procedimiento Civil: “Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones”.

²⁰⁸ *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F.3d 112, 118 (3d Cir. 1999) (“[D]irect evidence in a Section 1 conspiracy must be evidence that is explicit and requires no inferences to establish the proposition or conclusion being asserted”). Vid. también, *Rossi v. Standard Roofing*, 156 F.3d 452, 465 (3d Cir. 1998).

²⁰⁹ Vid. Lluís Cases Pallares, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia* (Editorial Marcial Pons, Madrid 1995), p. 393.

en términos generales, con nuestra prueba de presunciones o indiciaria.²¹⁰ El juez Posner, aunque no se declara muy entusiasta del uso de la clasificación de la prueba en directa e indirecta, señala que la prueba indirecta “es todo lo demás [aparte de la prueba directa] incluyendo las afirmaciones ambiguas”.²¹¹

Si bien tanto la prueba directa como la indirecta permiten acreditar la colusión,²¹² la prueba directa es siempre inexistente o escasa. Esto se debe a que “por su propia naturaleza, la colusión es concebida y llevada a cabo en forma clandestina”.²¹³ Los miembros de un cartel evitarán, por todos los medios, dejar rastros o evidencia directa de su existencia.²¹⁴ Los agentes empresariales que deciden cartelizarse son partes sofisticadas que anticipan la acción fiscalizadora de la autoridad y las eventuales sanciones del Derecho de la Competencia.²¹⁵

La historia de la competencia en Chile demuestra que, con prueba directa, sólo se ha podido condenar por colusión a carteles menores -29 sentencias condenatorias hasta la creación del TDLC.²¹⁶ La hipótesis fáctica de estos casos corresponde típicamente a un conjunto de miembros de una asociación gremial, que,

²¹⁰ De hecho, de acuerdo a la Corte Suprema, 29 de enero de 1970, RDJ 47, 4ª Sección, p. 12, C. 3º, las presunciones se definen como un medio de prueba indirecta:

[Las presunciones son] **un medio indirecto de prueba**, que consiste en las consecuencias que de hechos conocidos o manifestados en el proceso deduce el tribunal, para dar por establecidos los hechos que se propone comprobar (énfasis agregado).

²¹¹ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) (“[Circumstantial evidence] is everything else including ambiguous statements. These are not to be disregarded because of their ambiguity; most cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence, since an outright confession will ordinarily obviate the need for a trial”). *Vid. también, City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998):

[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behavior of the alleged conspirators... and from other circumstantial evidence (economic and otherwise), such as barriers to entry and other market conditions.

²¹² *Vid. American Bar Association*, n. 287, p. 51 (“[T]he existence of the agreement, just like any fact in a case, can be proven by any relevant evidence, whether direct or circumstantial... Either direct or circumstantial evidence can be used to prove the ‘concerted action’ necessary to establish a violation of Section 1 of the Sherman Act”).

²¹³ *United States v. Washington*, 586 F.2d 1147, 1153 (7th Cir., 1978) (“By its nature conspiracy is conceived and carried out clandestinely, and direct evidence of the crime is rarely available”).

²¹⁴ *Vid. American Bar Association*, n. 287, p. 53 (“As a number of courts have noted, however, direct evidence rarely exists in litigated cases and is ‘frequently difficult for antitrust plaintiffs to come by.’ In purposeful and hardcore price-fixing conspiracies, it is understandable that coconspirators would avoid creating paper trails or other direct evidence of their illegal conduct”). Entre nosotros, esto lo reconocen Cristóbal Eyzaguirre B. y Jorge Grunberg P., “Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos”, 4 *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia* 57, 65-66 (2008): “La gran mayoría de las veces, los conspiradores o colusores se conciertan de manera clandestina sin dejar rastro material accesible del acuerdo”.

²¹⁵ Resolución de 18 de mayo de 1992, *BOMEH*, p. 4631, del Tribunal de Defensa de la Competencia (España).

²¹⁶ En el mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, en *Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 13 de julio, 2009, p. 7, se menciona que uno de los ejes centrales de dicha reforma legislativa tomaba como base la experiencia nacional e internacional en cuanto a lo complejo de obtener pruebas de carteles *duros*, junto a los pobres resultados. Lo anterior, fundamentalmente por “la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo”.

probablemente sin conocer los alcances del Derecho de la Competencia, acuerdan fijar precios, dejando incluso constancia en actas. El único caso de cartel duro o *hard core cartel* integrado por partes sofisticadas que ha sido castigado fue el de las cadenas farmacéuticas en 1995, lo que fue posible gracias a la prueba directa constituida por la confesión de uno de los miembros del cartel.²¹⁷

De lo anterior se sigue que en todas las jurisdicciones sea posible acreditar la colusión valiéndose únicamente de prueba de presunciones. En Europa, Faull y Nikpay también señalan que “bajo ciertas circunstancias, una práctica concertada puede ser inferida sólo a partir de evidencia circunstancial”.²¹⁸

En Estados Unidos, al menos desde 1939 que los tribunales han condenado por colusión sobre la base de prueba indirecta.²¹⁹ Como señala Scher, “puesto que los tribunales reconocen que rara vez se cuenta con evidencia directa de un acuerdo de colusión, la prueba circunstancial se permite y puede ser decisiva/resolutiva”.²²⁰ En igual sentido se pronuncia el juez Posner al señalar que “la mayoría de los casos son contruidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial”.²²¹

Entre nosotros, el entonces Presidente del TDLC, Eduardo Jara, reconoció también la importancia de la prueba indirecta:

Como sabemos, la ley nos faculta para apreciar la prueba según las reglas de la sana crítica. Ahora bien, existen conductas ilícitas cuya comprobación, en muchas ocasiones, no puede realizarse por medio de la obtención y apreciación de pruebas directas. En estos casos, necesariamente debe recurrirse a medios probatorios indirectos como la prueba conjetural o circunstancial como es conocida en el mundo anglosajón. El Decreto Ley 211 nos permite inferir, a partir de hechos comprobados en la causa por prueba directa, la efectividad de otros hechos, que resultan relevantes para la decisión final. Así, las presun-

²¹⁷ Los datos fueron entregados por el Fiscal Nacional Económico Enrique Vergara, durante la discusión en el Congreso Nacional de la Ley 20.361. *Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 13 de julio, 2009, p. 314.

²¹⁸ Faull y Nikpay, n. 217, p. 213.

²¹⁹ *Vid. Interstate Circuit, Inc., v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

²²⁰ Irving Scher (ed), *Antitrust Adviser* (4th ed., Thomson-West, 11/2007), p. 1.17 (“Because courts recognize that there rarely is direct evidence of an express agreement to conspire, circumstantial evidence is admissible and can be dispositive”). *Vid. también*, Holmes, n. 304, p. 109 (“More typically, the existence of a contract, combination or conspiracy must be inferred from circumstantial evidence”).

²²¹ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) (“[Circumstantial evidence] is everything else including ambiguous statements. These are not to be disregarded because of their ambiguity; most cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence, since an outright confession will ordinarily obviate the need for a trial”). *Vid. también*, *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998):

[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behavior of the alleged conspirators’... and from other circumstantial evidence (economic and otherwise), such as barriers to entry and other market conditions.

ciones deducidas válidamente son determinantes medios probatorios en estos casos.²²²

Juan José Romero se ha pronunciado en términos equivalentes en su comentario a la sentencia *Oxígeno Medicinal*:

Para probar la existencia de una acción concertada entre las empresas de oxígeno para repartirse el mercado, la FNE no utiliza evidencia directa, sino circunstancial. Esto no quiere decir que la segunda sea de menor valor que la primera. De hecho, lo normal en este tipo de casos es que no exista una prueba directa de un acuerdo o colusión. Lo que ocurre es que para probar una práctica concertada a través de evidencia circunstancial se requiere encadenar una serie de hechos de forma tal que, en su conjunto, permitan acreditar lo que se quiere probar.²²³

Nuestra jurisprudencia se ha mostrado vacilante, pero atribuimos esto a un problema de nomenclatura y no de concepto. En el caso *Isapres*, aunque la Corte Suprema no revocó sino que confirmó la sentencia del TDLC,²²⁴ formuló la siguiente declaración a lo que ahí denominó “prueba directa”:

[D]e esta manera, aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones. Sin embargo, para que la probanza en cuestión pueda producir pleno valor probatorio, es menester que reúna la indicada exigencia de ser directa, y como ello no sucede en la especie, forzoso es concluir que resulta inhábil para demostrar la mentada concertación.²²⁵

De dicho considerando parece apreciarse que, según el Máximo Tribunal, lo “directo” diría relación con la existencia o no de otras posibles razones o explicaciones del hecho colusivo que se intenta demostrar. Ahora bien, como siempre hay

²²² Eduardo Jara Miranda, “Apertura de las Segundas Jornadas de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Católica de Chile”, 31 de agosto de 2007, disponible en http://www2.tdlc.cl/db_images/noticias/46d-c4f82a999c_Lea%20la%20intervencion%20completa%20del%20Presidente%20del%20TDLc.doc (última visita, 20 de agosto de 2010).

²²³ Romero Guzmán, Juan José “Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?”, 2007, p. 20. Disponible en: http://www.lcuc.cl/documentos_down/ColusiondeEmpresasdeOxigeno.pdf [Última revisión, 20 de agosto de 2010]

²²⁴ El voto de mayoría de dicho fallo -TDLc, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 80°, reconoce la posibilidad de lograr convicción únicamente en base a prueba indirecta:

Por ello, habrá de establecerse a continuación si, en los hechos, dicho acuerdo existió o no. Para tal efecto, y a falta de evidencia directa de la existencia del mismo, será preciso constatar si puede presumirse legalmente la existencia de un acuerdo entre las requeridas a partir de los hechos acreditados en el proceso.

²²⁵ Corte Suprema, *FNE con Isapre ING S.A. y otras*, Rol 4052-2007, Sentencia de 28 de enero de 2008, C. 15°.

otras razones o explicaciones formuladas por los demandados como justificación, en definitiva, lo que parece sugerir este considerando es que la prueba de presunciones aportada por la FNE, en su totalidad, no fue suficiente para superar el estándar de prueba intermedio propio del Derecho de la Competencia. Así aparece de manifiesto en el considerando 8° de esa misma sentencia:

[Esta corte deja] establecido, con claridad y certeza, que los medios de prueba agregados al proceso son insuficientes para demostrar la existencia de la colusión imputada por la Fiscalía Nacional Económica a las Isapres requeridas.²²⁶

En el voto de minoría -que estuvo por condenar a las Isapres por colusión-, los ministros Oyarzún y Pierry utilizaron el concepto de “prueba directa” conforme a su correcta definición procesal. Los citados ministros precisaron correctamente que el artículo 22 inciso 2° del DL 211 no deja ninguna duda de que la prueba de presunciones sí puede llevar a una condena por colusión:

[E]l requisito de acuerdo o prácticas concertadas entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del Decreto Ley N° 211, todo lo cual guarda relación con la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica establecido en el inciso final del artículo mencionado.²²⁷

Por lo demás, así había sido sostenido en el TDLC por los ministros Butelmann y Depolo, quienes también estuvieron por acoger el requerimiento de la FNE. En este aspecto procesal puntual, ambos ministros destacaron certeramente que

... la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta, e incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia.²²⁸

En cualquier caso, resulta crucial no confundir los conceptos de estándar de prueba con el de prueba por presunciones. De no formularse esta distinción, se corre el riesgo de hacer el proceso de prueba de la colusión doblemente difícil. No corresponde elevar *de facto* el estándar de prueba en el ámbito de la competencia por la vía de restringir el uso de un medio de prueba que la ley permite expresamente.

²²⁶ *Id.*, C. 8°.

²²⁷ *Id.*, C. 8° del voto de minoría.

²²⁸ TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 5° del voto de minoría.

iii. *La confesión de un miembro del cartel como prueba directa de la colusión*

La confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo. Ahora bien, es necesario notar que, desde un punto de vista procesal, la confesión, cuando es usada contra los demás demandados, es prueba testimonial. Como explican los procesalistas Maturana y Montero, en el ámbito procesal penal -que, al igual que la competencia, también debe resolver problemas probatorios asociados a ilícitos cometidos colectivamente-, “sólo reviste el carácter de confesión la declaración del imputado que le perjudique, y sólo debe ser considerada como prueba testimonial a las declaraciones que se presten por otros coimputados”.²²⁹

Tratándose de prueba testimonial, en principio, las confesiones de un demandado de colusión que perjudican a los demás codemandados deben ser ponderadas por el sentenciador conforme a la amplia discreción que le reconoce el sistema de la sana crítica. Esta amplia discreción del sentenciador es, por lo demás, la regla general en materia procesal civil, tanto para otorgar como para restar valor a uno o más testimonios. En palabras de la Corte Suprema:

[El] Art. 384 N° 1° [del Código de Procedimiento Civil] determina que la declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio debe ser apreciado en conformidad al Art. 426, y [si] se considera que este artículo establece por su parte que una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, “a juicio del tribunal”, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes “para formar su convencimiento”, habrá de convenirse necesariamente que no hay transgresión alguna cuando los jueces de la instancia asignan mérito de prueba plena a una presunción constituida por la declaración de un testigo, si en uso de las facultades privativas que se les acuerda, conceptúan que ella está revestida de caracteres de gravedad y precisión tales que bastan para formar su propia convicción.²³⁰

[De la] historia fidedigna del establecimiento del citado artículo 384 [del Código de Procedimiento Civil], aparece que, como se dejó constancia en las actas de la comisión a petición de los señores Ballesteros y Vergara, los tribunales tenían amplia libertad para apreciar el mérito probatorio de las declaraciones de testigos, de manera que quedaban facultados para desestimar, no sólo el dicho de uno, sino que cualquier número de testigos, cuando, en su concepto, no fuere digno de fe su testimonio.²³¹

²²⁹ Vid. Cristián Maturana y Raúl Montero, *Derecho Procesal Penal* (Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago 2010), Vol. II, p. 979. Por su parte, María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Editorial Jurídica, Santiago 2005), Vol. II, p. 315, consideran que, en términos estrictos, no se trataría de prueba testimonial.

²³⁰ Corte Suprema, *contra Durán Ferraz de Andrade*, Casación en el Fondo, sentencia de 12 de septiembre de 1977, RDJ T. 74, Sección 4ª, C. 10ª, pp. 289, 292.

²³¹ Corte Suprema, *contra Gula Arévalo*, Casación en el Fondo, sentencia de 29 de noviembre de 1976, RDJ T. 73, Sección 4ª, C. 9ª, pp. 247, 249.

Conforme a lo anterior, tanto en el Derecho Comparado como en el Nacional, la prueba de la colusión mediante la confesión de uno o más de los codemandados es admitida y valorada. Por ejemplo, en Estados Unidos, en el caso *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito Federal consideró la declaración de uno de los co-conspiradores como un factor relevante para que la colusión pudiera ser establecida por el jurado (rechazó dar un fallo favorable a favor de los demandados en *summary judgment* que habría evitado enviar la decisión fáctica del caso al jurado).²³²

En Chile, en un reciente caso de colusión, el TDLC otorgó valor a la confesión de uno de los involucrados en el cartel, declarando que la misma constituye prueba directa de la colusión.²³³

Anteriormente, la Comisión Resolutiva, conociendo del requerimiento por colusión presentado por la FNE en contra de las cadenas farmacéuticas el año 1994, otorgó valor a la confesión de Cruz Verde y sus funcionarios.²³⁴ En dicha ocasión, la Sociedad Farmacéutica Cruz Verde Limitada, al contestar el requerimiento, relató los hechos constitutivos de la colusión,²³⁵ hechos que fueron luego corroborados mediante el testimonio de algunos ejecutivos. La comisión concluyó que las partes habían participado de un acuerdo ilegal.²³⁶

Ahora bien, la confesión de un co-conspirador presenta dos problemas probatorios complejos que deben ser considerados aquí con más cuidado: primero, si el hecho de que dicha declaración haya sido prestada en el marco de un programa de clemencia le resta o no valor probatorio; y, segundo, si el sentenciador puede o no llegar a la conclusión de colusión a partir de la sola declaración testimonial de un co-conspirador.

En nuestra opinión, si bien la confesión prestada en un programa de clemen-

²³² *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F. 3d 350, 368 (3d Cir. 2004).

²³³ TDLC, *FNE contra Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros*, Rol C-165-2008, Sentencia 94 de 7 de enero de 2010, C. 55°.

Que confirma la presunción anterior **la prueba directa** constituida por los dichos de doña Aurora del Carmen Benavides Silva, representante de las líneas de taxis colectivos 17 y 17-A en la absolución de posiciones cuya acta corre a fojas 925 y siguientes. La Sra. Benavides confesó que antes del paro de conductores hubo reuniones entre empresarios del transporte público de la ciudad de Osorno con el objetivo de acordar tarifas. Posteriormente reconoce que en la reunión del 27 de noviembre de 2007, celebrada en la sede del gobierno regional, tanto los empresarios de microbuses como los de taxis colectivos acordaron firmar notarialmente un alza de tarifas, aunque estos últimos no llegaron a hacerlo. Este hecho fue confirmado por los dichos de don Alfredo Haase Rosas, representante de la requerida Transportes Frankol, en su absolución de posiciones de fojas 968 y siguientes (énfasis agregado).

²³⁴ Cabe notar que, desde el año 1979 (DL 2760), que el artículo 18 del DL 211 disponía, al igual que el actual artículo 22 inciso 2°, que: “F.- Serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto de la comisión, sean idóneos para establecer los hechos pertinentes”.

²³⁵ Comisión Resolutiva, *FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Resolución 432 de 16 de mayo de 1995, Vistos 12°.

²³⁶ Comisión Resolutiva, *FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, Resolución 432 de 16 de mayo de 1995, Considerandos 12° y 13°, y Resueltos 2° y 3°.

cia puede comprometer la credibilidad de la declaración, se trata de un medio de prueba cuyo valor debe ser apreciado discrecionalmente, *ex post*, por el sentenciador. Por su parte, la confesión de un sólo co-conspirador puede llegar a ser suficiente evidencia para acreditar la colusión, si es que la misma tiene la necesaria gravedad y precisión para producir convicción en el juzgador en los términos exigidos por el estándar de prueba intermedio propio del Derecho de la Competencia.

Varias razones demuestran nuestras afirmaciones. En primer término, en cuanto a admisibilidad, la declaración otorgada en el contexto de un programa de clemencia es una prueba que no puede ser excluida *a priori*.²³⁷ Con anterioridad a la reforma que la Ley 20.361 de 2009 introdujo al DL 211, los testigos podían ser tachados por razones de parcialidad. Después de su vigencia, las tachas del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil ya no son aplicables al proceso establecido en el DL 211.²³⁸

Consiguientemente, el actual texto del artículo 22 inciso 3° del DL 211 permite concluir que el legislador no ha considerado la eventual parcialidad del declarante como un elemento que impida que una cierta prueba testimonial pueda ser ponderada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica. El TDLC debe siempre considerar la prueba, y asignarle el valor específico que le corresponde, descontado proporcionalmente conforme a su falta de fiabilidad. Así se dejó constancia en la historia de la Ley 20.361:

En cuanto a la consulta del diputado señor Cardemil respecto de la indicación del Ejecutivo, en el sentido de saber por qué se suprimían las inhabilidades y causales de tacha respecto de los testigos, los representantes del Ejecutivo explicaron que ***el criterio regulador de la prueba era la sana crítica, sistema en que lo que realmente importaba era si el testimonio servía o no para formar la convicción del tribunal, sin importar mayormente la calidad del testigo.***²³⁹ (énfasis agregado).

²³⁷ La solución no es distinta en el ámbito procesal penal. En España, así lo explica el Tribunal Constitucional, en sus sentencias SSTC 98/1990, fundamento jurídico 2.; SSTC 50/1992, fundamento jurídico 3 y SSTC 51/1995, fundamento jurídico 4:

[L]as manifestaciones incriminatorias procedentes de quienes también tienen la condición de acusados pueden tener valor de tales, pues la circunstancia de la coparticipación no supone necesariamente la tacha o irrelevancia del testimonio, sino que constituye simplemente un dato a tener en cuenta por el tribunal penal al ponderar su credibilidad en función de los factores particulares concurrentes en cada caso. (Citado por Ignacio Sánchez Yllera, “Dudas razonables: la declaración de los coimputados”, 50 *Revista Jurídica Galega* 13, 16-17 (2006).

²³⁸ El artículo 358 del C.P.C. establece las inhabilidades para declarar como testigo, cuando se duda de la parcialidad del mismo. En efecto, dicho artículo señala que:

Serán inhábiles para declarar: (...) 6° Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto; y 7° Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quienes declaren. La amistad o enemistad deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias.

²³⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Cámara de Diputados, en *Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, 13 de julio, 2009, p. 157.

En segundo término, en cuanto al valor de la prueba, las razones que se esgrimen en el Derecho Procesal Penal para que el juzgador no se forme convicción sobre la base del testimonio del coimputado -especialmente si fue entregado conforme a un programa de delación compensada o arrepentimiento eficaz-, no son aplicables al Derecho de la Competencia.

En el proceso penal rige el estándar de prueba de la duda razonable, y ciertamente una declaración semejante no será por sí sola suficiente para vencer dicho elevado estándar de prueba. El grado de desconfianza institucional que existe hacia este medio de prueba, dado su riesgo de falta de credibilidad, es suficiente para introducir una duda razonable. En palabras de Sánchez Yllera, “no es razonable no tener duda razonable acerca de la culpabilidad cuando la única prueba es la manifestación inculpativa de un coimputado.”²⁴⁰ Por ello, según explican Horvitz y López, en el ámbito procesal penal será necesario que la declaración inculpativa del coacusado, especialmente si se otorgó conforme a un programa de delación compensada o arrepentimiento eficaz, sea corroborada por otras pruebas rendidas en el juicio.²⁴¹

Ahora bien, si el estándar de prueba es menos demandante que el de duda razonable -como es el caso en el Derecho de la Competencia-, entonces no puede sostenerse que un testimonio dado por un codemandado, sea o no la única prueba en el expediente y sea que se haya otorgado o no en el contexto de un programa de clemencia, no pueda *nunca* llegar a acreditar el hecho ilícito de que conoce el juez.

Procesalmente, corresponde al juez darle valor a dicho testimonio conforme a las normas generales, debiendo en todo caso exigir un grado importante de gravedad y precisión, especialmente tratándose de un testimonio dado en un programa de clemencia. Ahora bien, no debe olvidarse que en este último caso, dicha declaración siempre llegará al TDLC acompañada de otras pruebas que la corroboren, por cuanto el artículo 39 bis del DL 211 señala expresamente que para acceder al beneficio de la clemencia es necesario aportar a la FNE antecedentes que sean “precisos, veraces y comprobables”.

De modo que, en lo que se refiere al *proceso interno de convicción* del TDLC conforme a las reglas de la sana crítica, las declaraciones de un codemandado, especialmente en el contexto de un programa de clemencia, enfrentan el *riesgo* de ser poco creíbles. Corresponde entonces al TDLC, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, realizar un chequeo de “fiabilidad” del codemandado y de su declaración *en el caso concreto*. Para ello, el TDLC debe atender a las circunstancias especiales del codemandado y su declaración, incluyendo la “personalidad del delator, las relaciones previas entre coimputado delator y acusado, la posible presencia de móviles espurios en el delator, el ánimo de autoexculpación, entre otros”.²⁴² Tampoco puede pasarse por alto que, de acuerdo al artículo 39 bis

²⁴⁰ Sánchez Yllera, n. 377, pp. 16-17.

²⁴¹ *Vid.* Horvitz y López, n. 369, pp. 316-318.

²⁴² *Id.*, p. 316.

inciso final, quien miente o hace un uso espurio de la delación se expone a sanciones penales.²⁴³

b) La prueba indirecta de la colusión conforme a la teoría de los factores adicionales

Como indicamos anteriormente, en los casos más complejos de colusión no hay prueba directa, o la que existe no es suficiente para acreditar la existencia de un acuerdo conforme al grado de convicción exigido por el estándar de prueba. Los sentenciadores se encuentran por ello en la necesidad de valorar la prueba indirecta o indiciaria rendida por las partes.

Dado que el conflicto entre un demandante que alega colusión y un demandado que alega paralelismo es una situación que ocurre en forma reiterada en el tiempo y en el espacio, el Derecho Comparado de la competencia ha desarrollado un extenso marco conceptual que facilita la labor de apreciación de la prueba indirecta o indiciaria. A continuación presentamos la teoría que permite probar la colusión mediante prueba indiciaria, teoría que se conoce bajo el nombre de “factores adicionales” (o “factores añadidos”).

i. Clasificación de la prueba indirecta y apreciación holística de los indicios

Como cuestión previa al análisis de la teoría de los factores adicionales, es necesario explicar la manera en la que se clasifica la prueba indirecta, y la forma como se valoran los indicios aportados por las partes.

En un fallo que se ha transformado en una referencia ineludible en la materia, *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, el juez Posner señaló que la prueba indiciaria en los casos de colusión es de dos tipos: económica (*economic*) y no-económica (*non-economic*).²⁴⁴ En términos generales, la prueba es útil al demandante si “tiende a excluir” la posibilidad de

²⁴³ Artículo 39 bis inciso final del DL 211: “Quien alegue la existencia de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3º, fundado a sabiendas en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos acogiéndose a los beneficios de este artículo, será sancionado conforme a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal”.

²⁴⁴ Vid. *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002):

The evidence upon which a plaintiff will rely will usually be and in this case is of two types-economic evidence suggesting that the defendants were not in fact competing, and noneconomic evidence suggesting that they were not competing because they had agreed not to compete.

La distinción es seguida, entre otros, por Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 200, p. 25.

acción independiente de parte de los demandados (*Matsushita/Monsanto*).²⁴⁵

En la prueba económica, el conocimiento científico permite inferir que el nivel de competencia o rivalidad entre los demandados es bajo o nulo. La prueba económica puede ser de dos tipos: (a) prueba relativa a la estructura del mercado; y (b) prueba relativa a ciertas conductas o comportamientos que no parecen compatibles con la competencia.²⁴⁶

En cuanto a su valor probatorio, en la mayoría de los casos la prueba económica, en particular la estructural, no es suficiente para lograr la convicción del juzgador conforme al estándar de prueba aplicable.²⁴⁷ Pero, según veremos, esto no debe llevar a su exclusión o no valoración, porque tales indicios sí permitirán al juez, *al ponderar todos los indicios en conjunto*, concluir que la colusión es “calificadamente”²⁴⁸ más probable que el fenómeno del paralelismo consciente.

Por su parte, la prueba no-económica es aquella que permite inferir que la falta de competencia entre los demandados es consecuencia causal de un acuerdo de no-competir.²⁴⁹ Esta prueba no-económica es la que habitualmente permite a un tribunal completar el proceso de convicción en el sentido de que los demandados acordaron reducir la rivalidad en términos prohibidos por el Derecho de la Competencia.

Enseguida, en cuanto a la forma de apreciación de la prueba indirecta, el Derecho Comparado muestra que los acusados de colusión frecuentemente argumentan que los tribunales deben evaluar los indicios uno a uno, de forma que si alguno, varios o todos ellos no permiten concluir la existencia de colusión,

²⁴⁵ *Vid. supra*, n. 259.

²⁴⁶ *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002). La OECD, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence* (2006), p. 9, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf> (última visita, 20 de agosto de 2010), explica la diferencia entre estos dos tipos de evidencia y el valor de cada uno:

Economic evidence can be categorized as either conduct or structural evidence. The former includes, most importantly, evidence of parallel conduct by suspected cartel members, e.g., simultaneous and identical price increases or suspicious bidding patterns in public tenders. It can also include evidence of facilitating practices, though that conduct could also be characterised as “quasi-communication evidence.” Structural economic evidence includes evidence of such factors as high market concentration and homogeneous products. *Of these two types of economic evidence, conduct evidence is considered the more important. Economic evidence must be carefully evaluated.* The evidence should be inconsistent with the hypothesis that the market participants are acting unilaterally in their self interest. Economics, including the use of game theory, can be instructive on how to make this judgment. It appears that in most countries, however, that kind of analysis is not yet employed. (énfasis agregado).

²⁴⁷ *Vid. John Fingleton, Marie-Barbe Girard y Simon Williams*, “The fight against cartels: is a mixed approach to enforcement the answer?”, en *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute* (Juris Publishing, Inc., Nueva York 2007), p. 10 (“Ultimately, economic analysis alone can only give hints as to which industries might be prone to cartelisation, and this will rarely pass the threshold for opening a formal investigation”).

²⁴⁸ Conforme al estándar de prueba que se exija en el Derecho de la Competencia.

²⁴⁹ *Vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 655 (7th Cir. 2002).

entonces el tribunal debiera rechazar la demanda o requerimiento de colusión.

Sin embargo, tal argumento ha sido rechazado en distintas latitudes, y hoy existe un relativo consenso respecto a que la prueba indirecta debe analizarse “colectiva y holísticamente”.²⁵⁰ Como explica la OCDE, “la mejor práctica es usar la evidencia circunstancial holísticamente, otorgándole un efecto acumulativo, y no sobre la base del sistema antecedente-por-antecedente”²⁵¹.

En efecto, en la Unión Europea, la Corte Europea de Justicia, en el reciente caso *Nederlandse Federatieve*, sostuvo que los indicios deben ser “tomados en conjunto” (*taken together*).²⁵² Antes, en el caso *Dyestuffs*, la corte ya había señalado también que:

La pregunta de si hubo una acción concertada en este caso sólo puede ser correctamente determinada si la prueba en la que la decisión recurrida se basa no es considerada en forma aislada, *sino que como un todo*, siendo tomadas en cuenta las características específicas de los productos en cuestión.²⁵³

En Estados Unidos, la valoración de la prueba indirecta en su conjunto, y no una a una, es un tema que no merece duda. En *Matsushita*, la Corte Suprema estableció que los tribunales deben considerar el “expediente en su totalidad” (*the record taken as a whole*).²⁵⁴ Klevorick y Kohler-Hausmann resumen el estándar norteamericano establecido por la Corte Suprema en *Matsushita*:

²⁵⁰ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 368 (3d Cir. 2004) (“And viewed collectively and holistically, there is evidence tending to show that PPG was a party to an agreement to raise the price of flat glass on three occasions”).

²⁵¹ OECD, n. 386, p. 9. La explicación completa, según la OCDE, *id.*, es la siguiente:

One delegate described the methodology for evaluating circumstantial evidence as like an impressionist painting, comprising many dots or brush strokes which together form an image. Another likened the process to a jig-saw puzzle. In this way, circumstantial evidence, which by definition does not describe the specific terms of an agreement, can be better understood... *On balance, the holistic approach is much preferable to a requirement that each item of circumstantial [evidence, sic] be linked directly to a specific agreement* (énfasis agregado).

²⁵² *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Commission*, Caso C-105/04 P, ¶ 94 (“The Court has already held that in most cases the existence of an anti-competitive practice or agreement must be inferred from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules”). *Vid. también*, *Aalborg Portland A/S v. Commission*, Casos C-204, 205, 211, 213, 217, y 219/00 P, ¶ 57.

²⁵³ *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, Caso 48/69 [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557, ¶ 68 (“[T]he question whether there was a concerted action in this case can only be correctly determined if the evidence upon which the contested decision is based is considered, not in isolation, *but as a whole*, account being taken of the specific features of the products in question”).

²⁵⁴ *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 587 (1986). El contexto procesal es *summary judgement*. Como explicamos, en Estados Unidos el evaluador de los hechos es el jurado. Pero el tribunal, si la evidencia no permite que personas razonables puedan concluir que hay colusión, falla el caso de plano, sin enviarlo al jurado, en favor de los demandados. Dicha evaluación del tribunal debe hacerse considerando el expediente en su totalidad. Si pasa al jurado, este es soberano para decidir los hechos sobre los cuales se forme convicción.

La prueba debe ser evaluada como un todo y el tribunal debe considerar todas las posibles inferencias razonables que puedan ser derivadas de dicha prueba. El tribunal debe sopesar en forma comparativa las inferencias propuestas por el demandante que indican colusión y las inferencias ofrecidas por los demandados que indican una conducta legal e independiente. Finalmente, el tribunal debe determinar cuál es la versión más probable.²⁵⁵

El juez Posner, en el ya citado caso *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, señaló que la prueba indiciaria debe ser calificada en su conjunto.²⁵⁶ Más aún, se pronunció enfáticamente -calificando la posición contraria como una *trampa*- en el sentido de que es perfectamente posible concluir *holísticamente* que hay colusión cuando los indicios separadamente no son concluyentes:

La segunda trampa a ser evitada cuando se evalúa la prueba relativa a colusión al momento de resolver un incidente *cuasi-liminar* presentado por los demandados [*motion for summary judgment*] es suponer que si ninguna de las pruebas presentadas por el demandante conduce inequívocamente a una colusión, entonces la prueba en su conjunto no es susceptible para superar la etapa del incidente cuasi-liminar [*summary judgment*]... La pregunta para el jurado en un caso como este es simplemente si, al ser considerada la prueba en su conjunto, resulta más probable que los demandados se hubiesen coludido para fijar precios que lo contrario.²⁵⁷

En nuestro país, la buena doctrina que hemos expuesto en esta subsección aparece con toda claridad en los votos de minoría del fallo *Isapres* de la Corte Suprema. Aunque el fallo de mayoría de la Corte Suprema no hace referencia a la manera

²⁵⁵ Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 200, p. 31 (“[T]he evidence must be evaluated as a whole, and the court must consider all possible reasonable inferences that could be drawn from such evidence. The court must comparatively weigh the competing inferences proposed by the plaintiff indicating conspiracy and the reasonable inferences offered by defendants indicating lawful, independent conduct, and the court must determine which is the more likely account”). A nivel de Cortes de Apelaciones Federales, *vid. por ejemplo, Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask.*, 203 F.3d 1028, 1033 (8th Cir. 2000) (“all evidence”), *Merck-Medco Managed Care, LLC v. Rite Aid Corp.*, 201 F.3d 436, 1999 U.S. App. LEXIS 21487 (4th Cir. 1999) (“[a]ll of the evidence viewed together”).

²⁵⁶ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 661 (7th Cir. 2002):

[N]o single piece of the evidence that we’re about to summarize is sufficient in itself to prove a price-fixing conspiracy. **But that is not the question. The question is simply whether this evidence, considered as a whole and in combination with the economic evidence**, is sufficient to defeat summary judgment (énfasis agregado).

²⁵⁷ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 655-656 (7th Cir. 2002) (“The second trap to be avoided in evaluating evidence of an antitrust conspiracy for purposes of ruling on the defendants’ motion for summary judgment is to suppose that if no single item of evidence presented by the plaintiff points unequivocally to conspiracy, the evidence as a whole cannot defeat summary judgment... The question for the jury in a case such as this would simply be whether, when the evidence was considered as a whole, it was more likely that the defendants had conspired to fix prices than that they had not conspired to fix prices”). *Vid. también, In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F. 3d 350, 368 (3d Cir. 2004).

conforme a la cual se debe valorar la prueba indiciaria, los ministros Oyarzún y Pierry afirmaron en su voto disidente:

Que estiman comprobado que se produjo entre Isapre ING S.A.; Isapre Vida Tres S.A.; Isapre Colmena Golden Cross S.A. e Isapre Banmédica S.A. una simultaneidad en el comienzo de la sustitución de planes, con un evidente paralelismo en el ritmo del reemplazo de dichos planes, unido a una notoria disminución en la intensidad de la competencia entre los actores, reflejado en la reducción de los gastos de publicidad y fuerza de ventas; **hechos que, considerados en conjunto**, sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las cuatro Isapres requeridas mencionadas.²⁵⁸

Por su parte, el TDLC, tanto en el voto de mayoría como en el de minoría del mismo caso, se pronunció en favor de la tesis de la valoración *holística*. En el considerando 135°, el tribunal cierra su análisis señalando que ha “ponderado en conjunto todos los antecedentes analizados precedentemente”.²⁵⁹ Por su parte, los disidentes, ministros Butelmann y Depolo, expresaron que:

[E]n la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, *considerados en su conjunto*, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia.²⁶⁰

En definitiva, la prueba indirecta, incluyendo los antecedentes económicos y no-económicos existentes en el proceso, debe ser calificada en su totalidad y no conforme a la trampa del “antecedente-por-antecedente”. Siguiendo la experiencia acumulada por la OCDE, proceder de otra manera es dar garantía a los carteles que no habrá manera de lograr convicción contra ellos.²⁶¹ El TDLC debe evaluar colectiva y holísticamente la prueba indiciaria, y debe determinar así qué hipótesis es más factible (calificadamente, conforme al estándar de prueba adoptado): si la colusión o el paralelismo consciente.

ii. *Los factores adicionales que permiten inferir colusión*

Cuando no existe prueba directa de la colusión, los tribunales enfrentan la difícil tarea de inferir, a partir del conjunto de indicios existentes en el expediente, si la

²⁵⁸ Corte Suprema, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Rol 4052-2007, Sentencia de 28 de enero de 2008, voto de minoría, C. 4° (énfasis agregado).

²⁵⁹ TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 135°.

²⁶⁰ *Id.*, voto de minoría, C. 5° (énfasis agregado).

²⁶¹ OECD, n. 386, p. 9:

The materials submitted for the roundtable described a few cases in which courts declined to use this holistic approach, requiring instead that each item of evidence be linked directly to a specific agreement. The result was that the cases failed.

colusión es “calificadamente” más probable que el paralelismo. La sola prueba del paralelismo no es suficiente, porque dicho paralelismo es consistente tanto con la hipótesis de colusión como con la de interdependencia oligopolística o incluso de competencia “perfecta”.²⁶²

Dado este escenario, el Derecho Comparado ha desarrollado la teoría de los factores adicionales.²⁶³ Conforme a esta teoría, los demandantes deben ofrecer factores de hecho “adicionales” al mero paralelismo, que tiendan a excluir la posibilidad de actuación no-colusiva.²⁶⁴ En nomenclatura probabilística, Klevorick y Kohler-Hausmann, explican el significado preciso de *cada factor adicional individualmente considerado* en los siguientes términos:

Denote la probabilidad basal de colusión (C) dada sólo la prueba de una mera conducta paralela (PC) como $P(C | PC)$. El demandante debe afirmar al menos un factor adicional (PF) tal que la probabilidad de colusión dada la conducta paralela y el factor adicional sean mayores que la probabilidad de dicha colusión dada la mera conducta paralela: $P(C|PC\&PF) > P(C|PC)$. *Esto es, el factor adicional es cualquier prueba que haría a un verificador racional de los hechos revisar al alza su probabilidad estimada de que los demandados participaron de una acción concertada o colusiva.*²⁶⁵

Nótese que cualquier elemento probatorio que aumente la probabilidad basal (o de partida) de colusión constituye un factor agregado, sin que se le exija a cada uno de estos antecedentes que generen convicción en el juzgador. Para que un factor califique como adicional, basta que la hipótesis de paralelismo no-colusivo se haga

²⁶² *Vid. In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *54-55 (2010) (“Plaintiffs relying on circumstantial evidence of an agreement must make a showing at both stages (with well-pled allegations and evidence of record, respectively) of ‘something more than merely parallel behavior’”).

²⁶³ La teoría es un desarrollo jurisprudencial norteamericano que tiene su origen en el caso de 1952, *C-O-Two Fire Equip. Co. v. United States*, 197 F.2d 489, 493 (9th Cir. 1952).

²⁶⁴ *Vid.* Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 200, p. 45 (“[Plaintiffs] must come forward with plus factors that raise the probability of an inference of conspiracy above the likelihood implied by evidence of mere parallel behavior by defendants”). *Vid. Apex Oil Co. v. Di Mauro*, 822 F.2d 246, 253-254 (2d Cir. 1987) (“Since mere parallel behavior can be consistent with independent conduct, courts have held that a plaintiff must show the existence of additional circumstances, often referred to as ‘plus’ factors, which, when viewed in conjunction with the parallel acts, can serve to allow a fact-finder to infer a conspiracy”). *Vid. también*, Keith Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution* (Cambridge University Press, Cambridge 2003), p. 141 (“Generally, the plus factor is some set of facts or circumstances that suggests that the defendants were not acting independently”). En forma algo circular, Phillip Areeda, Louis Kaplow y Aaron Edlin, *Antitrust Analysis. Problems, Text and Cases*, (6ª ed., Aspen Publishers, New York 2004), p. 227, definen los factores adicionales en los siguientes términos: “The other facts that serve to transform parallelism into conspiracy (or that allow a jury to do so) are often characterized as «plus factors»”.

²⁶⁵ Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 200, p. 39 (énfasis agregado). (“Denote the baseline probability of conspiracy (C) given only evidence of mere parallel conduct (PC) as $P(C | PC)$. A plaintiff must assert at least one plus factor (PF) such that the probability of conspiracy given the parallel conduct and the plus factor is greater than the probability of such conspiracy given the parallel conduct alone: $P(C|PC\&PF) > P(C|PC)$. That is, the plus factor is any evidence that would make a rational trier of fact revise upward her estimated probability that the defendants engaged in concerted, conspiratorial action”).

“menos atractiva”²⁶⁶. Esta observación es particularmente válida para la prueba económica, especialmente la estructural, que por sí sola no permite concluir la colusión, pero sí aporta a la valoración conjunta de la evidencia.

Los demandados pueden también rebatir las inferencias que los demandantes intentan realizar sobre la base de los factores adicionales, ofreciendo, por su parte, explicaciones e indicios que se refieran a razones legítimas de negocios.²⁶⁷ Así, por lo demás, lo ha reconocido implícitamente el propio TDLC.²⁶⁸

Al final del día, los tribunales deben evaluar *holísticamente*²⁶⁹ todos estos argumentos y probanzas -en los términos indicados anteriormente en este Informe- y deben determinar si se forman o no la convicción de haber existido colusión entre los demandados. Nuevamente, como explican Klevorick y Kohler-Hausmann:

El tribunal debe llevar a cabo una evaluación comparativa de la prueba para determinar si ella es más consistente con una acción independiente o con una colusiva, y debe aplicar un estándar sustantivo particular. Específicamente, dadas las versiones del demandante y del demandado, el tribunal debe determinar, como una cuestión de derecho, si los factores adicionales más la conducta paralela son hechos más probables de ser hallados cuando los demandados actúan independientemente o más probables de ser hallados cuando lo hacen conforme a una colusión. El tribunal debe determinar si la totalidad de la prueba del demandante relativa tanto a conducta paralela como a factores adicionales, es más consistente con una colusión que con una conducta independiente, esto es si $P(C|PC \& PF)$ es mayor que un $\frac{1}{2}$.²⁷⁰

²⁶⁶ Vid. *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *55 (2010), y *Lum v. Bank of Am.*, 361 F.3d 217, 230 (3d Cir. 2004) (ambos casos describen los factores adicionales como “circumstances under which... the inference of rational independent choice [is] less attractive than that of concerted action”).

²⁶⁷ Vid. American Bar Association, n. 287, p. 60. Vid. también, *Richards v. Neilsen Freight Lines*, 810 F.2d 898, 902 (9th Cir. 1987) (“[Defendants can] rebut an allegation of conspiracy by showing a plausible and justifiable reason for its conduct that is consistent with proper business practice”), y también, *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F.3d 112, 122 (3d Cir. 1999) (“[N]o conspiracy should be inferred from ambiguous evidence or from mere parallelism when defendants’ conduct can be explained by independent business reasons”).

²⁶⁸ Vid. TDLC, *FNE contra MK Asfaltos Moldeables Chile S.A.*, Rol C-132-2007, Sentencia N° 79 de 10 de diciembre de 2008, C. 40°.

²⁶⁹ Vid. *Merck-Medco Managed Care, LLC v. Rite Aid Corp.*, 201 F.3d 436, 1999 WL 691840, *9 (4th Cir. 1999) (“Viewing all the evidence and taking the plus factors into consideration, the court must then determine if the evidence tends to exclude the possibility that the alleged coconspirators acted independently or based upon legitimate business purposes”) (énfasis agregado), y *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask.*, 203 F.3d 1028, 1033 (8th Cir. 2000) (“[The Court must] find, based upon all the evidence before it, that the plaintiff’s evidence tends to exclude the possibility of independent action”) (énfasis agregado).

²⁷⁰ Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 200, pp. 45-46 (“[T]he court must undertake a comparative evaluation of that proof to determine if it is more consistent with independent or conspiratorial action, and it must apply a particular substantive standard. Specifically, considering the accounts of both the plaintiff and defendant, a court must as a matter of law determine whether the proffered plus factors cum parallel conduct are more likely to be found where defendants are acting independently or more likely to be found where defendants are acting pursuant to a conspiracy. The court must determine if the totality of the plaintiff’s evidence of parallel behavior and evidence of plus factors is more consistent with conspiracy or with independent conduct, that is whether $P(C|PC \& PF)$ is greater than one-half”).

Si bien en nuestro país rige un estándar de prueba más exigente que “más probable que no” (esto es, un simple “> 50%”), la metodología a emplear es la misma. Sólo habría que modificar la frase final de la cita anterior y sostener que $P(C|PC \& PF)$ debe ser mayor que, a modo referencial, 0.6 - 0.7 (60 - 70%). En términos simples, esto quiere decir que si los argumentos e indicios, considerados en su totalidad, llevan a concluir que la hipótesis de colusión es más probable que no (calificadamente), entonces el juez debe condenar por colusión. El test *no debe ser* entonces que no haya otra explicación posible, porque usualmente la habrá.

De la anterior formulación se sigue que es posible concluir que un solo factor agregado, en caso de revestir la gravedad y precisión necesarias, puede ser suficiente evidencia para que el tribunal logre convicción. El Derecho Comparado así lo confirma. Por ejemplo, en el reciente caso *T-Mobile Netherlands BV*, la Corte Europea de Justicia señaló que una sola reunión podía ser un factor adicional suficiente.²⁷¹ Así lo han señalado la doctrina norteamericana²⁷² y también los tribunales del mismo país:

Los demandantes que se basan en una conducta paralela deben alegar hechos que, de ser verdaderos, *establecerían por lo menos un “factor adicional”*, ya que los factores adicionales son, por definición, hechos que “tienden a asegurar que los tribunales castiguen una acción concertada -un acuerdo real- en vez de una conducta unilateral e independiente de los competidores.”²⁷³

Ahora bien, no existe un catálogo exhaustivo de los factores adicionales²⁷⁴. Cada caso presentará hechos y circunstancias particulares que, tanto desde un punto de

²⁷¹ ECJ, *T-Mobile Netherlands BV and Others v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Caso T-08/08, ¶ 60:

As the Netherlands Government correctly pointed out, together with the Advocate General at points 104 and 105 of her Opinion, the number, frequency, and form of meetings between competitors needed to concert their market conduct depend on both the subject-matter of that concerted action and the particular market conditions. If the undertakings concerned establish a cartel with a complex system of concerted actions in relation to a multiplicity of aspects of their market conduct, regular meetings over a long period may be necessary. If, on the other hand, as in the main proceedings, the objective of the exercise is only to concert action on a selective basis in relation to a one-off alteration in market conduct with reference simply to one parameter of competition, *a single meeting between competitors may constitute a sufficient basis on which to implement the anti-competitive object which the participating undertakings aim to achieve* (énfasis agregado).

²⁷² *Vid.* Klevorick y Kohler-Hausmann, n. 200, p. 39 (“A plaintiff must assert *at least one plus factor* (PF) such that the probability of conspiracy given the parallel conduct and the plus factor is greater than the probability of such conspiracy given the parallel conduct alone: $P(C|PC \& PF) > P(C|PC)$ ”) (énfasis agregado).

²⁷³ *In re Insurance Brokerage Antitrust Litigation*, 2010 U.S. App. LEXIS 17107 *55 (2010) (“[P]laintiffs relying on parallel conduct must allege facts that, if true, would *establish at least one “plus factor,”* since plus factors are, by definition, facts that “tend[] to ensure that courts punish concerted action--an actual agreement--instead of the unilateral, independent conduct of competitors”). *Vid. también, Gainesville Utilities Dep’t v. Florida Power & Light Co.*, 573 F.2d 292, 301 (5th Cir. 1978).

²⁷⁴ Como afirma el Tribunal en *Williamson Oil Company Inc v. Philip Morris Usa Rj*, 346 F.3d 1287, 1301 (11th Cir. 2003) (“Although our case law has identified some specific factors... any showing by appellants that ‘tend[s] to exclude the possibility of independent action’ can qualify as a ‘plus factor’”).

vista económico como no-económico, podrán o no ser consideradas por los tribunales como factores adicionales. En las líneas que siguen, nos referiremos a algunos de los antecedentes que han sido recurrentemente considerados como factores adicionales por los tribunales de la competencia, tanto en el extranjero como en Chile.²⁷⁵

Acciones en contra del propio interés independiente del demandado

Cuando los agentes económicos compiten en mercados perfectos o casi perfectos, toman sus acciones en forma independiente y en beneficio de intereses que también son independientes. Los sujetos económicos son racionales y sus acciones pretenden ser eficientes, por lo que puede asumirse judicialmente, con plena confianza, que en situación de competencia sus acciones favorecen sus intereses y no se autoperjudican.²⁷⁶

Por ello, como señalan Snider y Scher, “una conducta que sería irracional si fuera realizada por un actor individual no cartelizado, y que hace sentido económico únicamente si fuera adoptada en el caso de existir un acuerdo, puede constituir un factor adicional”.²⁷⁷ O, como explica una Corte de Apelaciones Federal norteamericana:

Prueba de que el demandado actuó en forma contraria a sus intereses significa prueba de una conducta que sería irracional asumiendo que el demandado operaba en un mercado competitivo. En una industria competitiva, por ejemplo, una firma bajaría su precio con la expectativa de aumentar su participación de mercado si sus competidores hubieran establecido sus precios por sobre los costos marginales.²⁷⁸

Este tipo de evidencia -particularmente, cuando va más allá de la mera

²⁷⁵ Existen diversas formas de clasificar o enumerar los factores agregados. Seguimos aquí la lista y orden propuesto por American Bar Association, n. 287, pp. 69-91. Otros autores, como Snider y Scher, n. 282, p. 1155, clasifican los “plus factors” en sólo tres grupos:

(1) actions by the defendant contrary to its individual economic interests; (2) meetings or exchanges of information concerning the challenged conduct in advance of, and sufficiently close in time to, the parallel behavior; and (3) evidence that the defendant had a motive to enter into a conspiracy.

²⁷⁶ Este supuesto dio lugar a la famosa “mano invisible” planteada por Adam Smith.

²⁷⁷ Snider y Scher, n. 282, p. 1156 (“Courts have declared that conduct that would be irrational if engaged in by a nonconspiring individual actor, and that would make economic sense only if engaged in on a joint basis, can constitute a plus factor”).

²⁷⁸ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 360-361 (3d Cir.2004) (“Evidence that the defendant acted contrary to its interests means evidence of conduct that would be irrational assuming that the defendant operated in a competitive market. In a competitive industry, for example, a firm would cut its price with the hope of increasing its market share if its competitors were setting prices above marginal costs”).

interdependencia oligopolística²⁷⁹- es, de hecho, uno de los factores adicionales más persuasivos.²⁸⁰

Un ejemplo típico de este factor adicional en la jurisprudencia estadounidense ha sido el caso en que el demandado ha fallado en responder racionalmente a un cambio en las condiciones de la demanda, llevando a cabo un alza en los precios frente a una demanda lenta o a la baja.²⁸¹ Otro ejemplo destacado ocurrió en un caso en el que, en una industria con capacidad ociosa, productores-competidores se compraban el producto entre ellos con el objeto de proveer a sus respectivos clientes en lugar de aumentar su propia producción (y adquirir el producto a un costo comparativamente inferior).²⁸²

La existencia de un motivo racional para coludirse

Bajo el mismo supuesto de que los agentes actúan en los mercados favoreciendo su propio interés, puede ocurrir que les resulte beneficioso actuar en forma coordinada. Dicha coordinación puede ser tanto en la forma de interdependencia oligopolística o de colusión.

Tratándose de un mercado con pocos actores, siempre hay un motivo racional para coludirse: obtener rentas supracompetitivas. Este requisito suele aportar

²⁷⁹ Muchas veces no pasa de ese nivel. Así lo reconoció la corte en *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 360 (3d Cir.2004) (“In the context of parallel pricing, the first two factors [(1) evidence that the defendant had a motive to enter into a price fixing conspiracy; (2) evidence that the defendant acted contrary to its interests] largely restate the phenomenon of interdependence”).

²⁸⁰ *Vid.* American Bar Association, n. 287, p. 70 (“Such evidence has been described as perhaps the «strongest plus factor indicative of a conspiracy»”).

²⁸¹ *Vid.* *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 804-805 (1946):

The following record of price changes is circumstantial evidence of the existence of a conspiracy and of a power and intent to exclude competition coming from cheaper grade cigarettes. During the two years preceding June, 1931, the petitioners produced 90% of the total cigarette production in the United States. In that month tobacco farmers were receiving the lowest prices for their crops since 1905. The costs to the petitioners for tobacco leaf, therefore, were lower than usual during the past 25 years, and their manufacturing costs had been declining. It was one of the worst years of financial and economic depression in the history of the country. On June 23, 1931, Reynolds, without previous notification or warning to the trade or public, raised the list price of Camel cigarettes, constituting its leading cigarette brand, from \$6.40 to \$6.85 a thousand. The same day, American increased the list price for Lucky Strike cigarettes, its leading brand, and Liggett the price for Chesterfield cigarettes, its leading brand, to the identical price of \$6.85 a thousand. No economic justification for this raise was demonstrated.

²⁸² *Vid.* *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 659 (7th Cir. 2002):

There is evidence that defendants bought HFCS [high fructose corn syrup] from one another even when the defendant doing the buying could have produced the amount bought at a lower cost than the purchase price. There is nothing suspicious about a firm’s occasionally buying from a competitor to supply a customer whom the firm for one reason or another can’t at the moment supply. The firm would rather buy from a competitor to supply its customer than tell the customer to buy from the competitor, lest the customer never return. But if the firm *could* supply its customer (remember there was a lot of excess capacity in the HFCS industry during the period of the alleged conspiracy) *and* at a lower cost than its competitor would charge, why would it buy from the competitor rather than expanding its own production?

más ayuda al proceso de adjudicación tratándose de esquemas complejos tipo *hub-and-spoke*, o esquemas que incluyen elementos verticales.

Por lo anterior, se ha señalado que la existencia de un motivo racional para actuar coordinada o colusivamente no es constitutivo de un factor adicional idóneo por sí solo para dar por acreditado un acuerdo colusorio. En realidad, el rol que cumpliría este factor es el servir de un elemento para testear la plausibilidad de la alegación de colusión.²⁸³

Cabe señalar que, en la jurisprudencia nacional, el TDLC consideró esta situación como un factor adicional en el caso *Oxígeno Medicinal* (posteriormente revocado por la Corte Suprema):

Que, en síntesis, dado lo expuesto y habiéndose acreditado que el éxito de la licitación de Cenabast implicaba transparentar un mercado sumamente opaco, como en definitiva ocurrió, los incentivos reales de Indura, y también los de AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara... En consecuencia, si bien es cierto que la licitación abarcaba un pequeño porcentaje del mercado, una licitación exitosa amenazaba la política de precios para una parte importante del mercado del oxígeno, lo que constituye otro indicio apto para establecer la existencia de una práctica concertada entre las requeridas.²⁸⁴

La oportunidad para coludirse

Otro elemento que usualmente es planteado como un factor adicional por los demandantes en casos de colusión es la oportunidad para coludirse, lo cual, normalmente, se traduce en reuniones o conversaciones entre los supuestos conspiradores.

No cualquier reunión o conversación que tenga lugar entre competidores o sus representantes es considerada un factor adicional idóneo. Un criterio que ha sido considerado como relevante en la jurisprudencia estadounidense es que en las reuniones o conversaciones intervengan personas con autoridad para negociar precios.²⁸⁵

²⁸³ Vid. William E. Kovacic, "The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws", 38 *Antitrust Bull.* 5, 37 (1993) ("The combination of parallel behavior and a motive to conspire ordinarily is insufficient, without more, to support an inference of agreement. The motive-to-conspire chiefly has served an important screening function"). En el mismo sentido, vid. American Bar Association, n. 287, p. 74 ("This factor is another way of testing the plausibility of the plaintiffs' conspiracy allegations and is rarely the sole plus factor supporting a finding of conspiracy").

²⁸⁴ FNE contra *Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 86-87°. En el C. 76°, el TDLC señala correctamente que "es pertinente dilucidar entonces las razones que motivaron el actuar de las empresas durante la licitación en análisis, para después evaluar estos comportamientos a la luz del derecho de la competencia".

²⁸⁵ Vid. American Bar Association, n. 287, p. 85 ("Courts have been reluctant to find that exchanges among sales representatives and employees without authority to make pricing decisions constitute evidence tending to exclude independent pricing decisions. [...] On the other hand, where exchanges of information occur at higher levels in a defendant's organization, they may constitute sufficient evidence of a plus factor, particularly if there is other evidence tending to show conspiracy"). En este sentido, vid. *In re Baby Food Antitrust Litigation*, 166 F. 3d 112, 133 (3d Cir. 1999).

En este punto resulta relevante hacer referencia a las reuniones y conversaciones que tienen lugar con motivo de la participación de competidores en asociaciones gremiales, las cuales frecuentemente son planteadas como el contexto en el cual ocurre la colusión. En principio, las asociaciones gremiales persiguen fines lícitos que pueden generar beneficios procompetitivos para la industria respectiva. Sin embargo, como señalan Scherer y Ross:

Las asociaciones gremiales frecuentemente han cumplido funciones que contravienen las leyes de competencia. Sus reuniones constituyen espléndidos vehículos para juntarse y acordar precios, producciones, participaciones de mercado y otras condiciones por el estilo.²⁸⁶

Para que las reuniones y conversaciones sostenidas en el marco de una asociación gremial puedan ser constitutivas de un factor adicional, será determinante contar con evidencia concreta de que a través de ellas se llevaron a cabo acuerdos colusivos.²⁸⁷ La ausencia de actas u otra prueba que explique el contenido de las reuniones puede, en ciertos casos, constituir un factor adicional.

En el derecho europeo, se ha señalado que “si todas (o una vasta mayoría de) las empresas investigadas son miembros de una asociación de empresas, este puede ser un elemento que fundamente una acusación de colusión por una autoridad de competencia”.²⁸⁸ Especialmente determinante será el caso en que los competidores se reúnan para discutir precios. De ahí el consejo tajante de Whish: “El mensaje difícilmente puede ser más claro: no permanezca en una reunión en la cual los competidores discuten precios”.²⁸⁹

²⁸⁶ Frederic M. Scherer y David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (3a ed., Houghton-Mifflin, Boston 1990), p. 347 (“Trade associations have often performed functions that run afoul of the antitrust laws. Their meetings are superb vehicles for getting together and agreeing on prices, outputs, market shares, and the like”).

²⁸⁷ *Vid.* American Bar Association, n. 287, p. 77 (“Courts are generally skeptical of plaintiffs’ claims that industry participants engaged in collusion at trade association meetings in the absence of concrete evidence that collusion actually occurred”).

²⁸⁸ Rafael Allendesalazar et al, “Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation”, en Claus-Dieter Ehlermann y Isabela Atanasiu, *European Competition Law Annual: 2006. Enforcement of Prohibition of Cartels* (Hart, Oxford 2007), p. 129 (“If all (or a vast majority) of the undertakings investigated are members of an association of enterprises, this can be an element supporting an accusation of concertation by a competition authority”).

²⁸⁹ Richard Whish, *Competition Law* (6ª ed., Oxford University Press, Nueva York 2009), p. 525 (“The message could hardly be clearer: do not remain at a meeting at which competitors discuss prices”).

En la jurisprudencia chilena encontramos algunos casos en que los competidores se reunían en asociaciones gremiales, lo cual fue considerado por los órganos encargados de velar por la competencia como un factor para inferir la existencia de una colusión.²⁹⁰

Concentración y estructura del mercado

Según el grado de concentración que exista en un determinado mercado²⁹¹ y dada la presencia o ausencia de ciertos elementos estructurales, tales como barreras a la entrada²⁹², bienes homogéneos²⁹³, bienes con demanda inelástica²⁹⁴, estabilidad en las participaciones de mercado de los competidores²⁹⁵ o capacidad ociosa²⁹⁶, es posible afirmar que un

²⁹⁰ Vid. TDLC, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N° 57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, voto de minoría, C. 16°:

[E]ntre las requeridas existen intercambios de información frecuentes y formalizados por medio de la asociación gremial que las reúne y en la que adoptan con regularidad decisiones acerca de componentes de la oferta de las isapres que, en un contexto de competencia, deberían ser tomadas en forma individual por cada una de ellas.

Vid. también, Comisión Resolutiva, Resolución N° 67 de 1979; y, Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 807/401 de 1992.

²⁹¹ Vid. TDLC, *FNE contra Nestlé Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 7, Rol C 01-2004, de 5 de agosto de 2004, C 46°:

Que, no obstante lo anterior, como ya se dijo, si bien en el mercado de la leche no hay barreras de entrada o salida, la escasez de oferta compradora, representada por solo cuatro o cinco empresas procesadoras, obliga a precaver que estas empresas -que en conjunto tienen una posición dominante en el mercado- celebren convenios expresos o tácitos para coordinar sus políticas de precios.

²⁹² Vid. *id.*, C. 35°:

La otra hipótesis, esto es que las plantas se coludieron para mantener las rentas monopsonías que tenían con anterioridad al ingreso de Parmalat, al no haberse acreditado directamente, debería verse respaldada desde una perspectiva económica, al menos con evidencia de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores y de la obtención de altas rentabilidades en las empresas dueñas de plantas procesadoras, antecedentes éstos que podrían ser un indicio de colusión. La existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, unida a la colusión, habría permitido a las empresas establecidas tener utilidades anormalmente altas.

²⁹³ En Estados Unidos, *vid. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 656 (7th Cir. 2002); cert denied 123 S Ct 1251 (2003) (“[T]he product, HFCS, is highly standardized... So colluding sellers would not have to agree not only on price but also on quality, design, post-sale services, and the like. This is another reason why a successful conspiracy would not require such frequent communications as to make prompt detection likely”). En Europa, *vid. Whish*, n. 429, p. 527 (“The greater the degree of product differentiation and the more atomistic the structure of competition, the more difficult and expensive it will be to align prices and to prevent other firms from cheating”).

²⁹⁴ Vid. *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 208 (2d Cir. 2001) (“Susceptible markets tend to be highly concentrated - that is, oligopolistic - and to have fungible products subject to inelastic demand”).

²⁹⁵ Vid. Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2ª ed., University of Chicago Press, Chicago 2001), p. 79 (“If the major firms in a market have maintained identical or nearly identical market shares relative to each other for a substantial period of time, this is a clue that they have divided the market (whether by fixing geographical zones or sales quotas or by an assignment of customers), and thereby eliminated competition among themselves”).

²⁹⁶ Vid. *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 657 (7th Cir. 2002) (“[T]he defendants had a lot of excess capacity, a condition that makes price competition more than usually risky and collusion more than usually attractive”).

mercado será más o menos propenso a la celebración de acuerdos colusorios.

El grado de concentración existente en un mercado y sus características estructurales no han sido considerados en principio aptos para constituir por sí mismos factores adicionales idóneos para probar una colusión. Sin embargo, en conjunto con otros factores adicionales, pueden constituir evidencia útil para probar una colusión.²⁹⁷ Como dice el juez Posner, la concentración en una industria puede involucrar “una estructura que es auspiciosa para fijar precios”.²⁹⁸

Explicaciones artificiosas de conductas anticompetitivas

Otro factor que aparece considerado en una gran variedad de casos es el hecho consistente en que los demandados formulen explicaciones artificiosas en relación con las alzas de precios o restricciones en la producción materia de la acusación.

Como señalan Areeda y Hovenkamp:

El carácter falso o incompleto en la explicación que acompaña al acto arriesga dos inferencias adversas. Primero, puede sugerir que una razón “independiente” o no colusiva fue una fabricación tardía o una motivación verdadera pero insignificante del acto reprochado. Segundo, puede sugerir que el imputado deseó ocultar su verdadera motivación: tal vez una colusión.²⁹⁹

Ahora bien, la jurisprudencia estadounidense ha señalado que este factor no es usualmente apto para inferir por sí solo un acuerdo colusorio, pero que en conjunto con otra evidencia tal como conductas paralelas o comunicaciones inapropiadas puede constituir un factor añadido relevante.³⁰⁰

Intercambio de información relativa a precios o a otras condiciones de competencia relevantes

El status del intercambio de información entre competidores ha sido un factor ampliamente considerado por los tribunales encargados de aplicar el Derecho de la

²⁹⁷ Esta es la aproximación que han seguido los tribunales en EE.UU. *Vid.* American Bar Association, n. 287, p. 78 (“Courts are unlikely to find that market structure, by itself, is a sufficient plus factor to prove conspiracy. In combination with evidence of other plus factors, however, market structure can constitute probative evidence of conspiracy”).

²⁹⁸ *Vid.* *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 650, 661 (7th Cir. 2002).

²⁹⁹ Phillip Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (3ª ed., Aspen Publishers, New York 2010), Vol. VI, p. 126 (“Falsity or incompleteness in the explanation accompanying an act risks two adverse inferences. First, it may suggest that a different ‘independent’ and nonconspiratorial reason was either a later fabrication or a true but insignificant motivation for the challenged act. Second, it may suggest that the actor wished to conceal his true motivation - perhaps a conspiracy”).

³⁰⁰ *Vid.* *In re Linerboard Antitrust Litigation*, 504 F.Supp. 2d 38 (E.D. Pa. 2007), *Dimidovich v. Bell & Howell*, 803 F.2d 1473 (9th Cir. 1986) y American Bar Association, n. 287, pp. 81-82.

Competencia. Si bien el intercambio de información no es *per se* malo, sí puede dar lugar fácilmente a una práctica facilitadora que haga posible o mejore el funcionamiento de un cartel.³⁰¹ En palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

El intercambio entre competidores de información relativa a precios y de otro tipo de información no tiene invariablemente efectos anticompetitivos; en verdad, tales prácticas pueden en ciertas circunstancias aumentar la eficiencia económica y hacer que los mercados sean más competitivos. Por esta razón, hemos sostenido que dichos intercambios de información no constituyen una violación *per se* de la Sherman Act... Un número de factores, incluyendo de manera más destacada la estructura de la industria involucrada y la naturaleza de la información intercambiada, son generalmente considerados para dilucidar los efectos procompetitivos o anticompetitivos de este tipo de comunicación entre vendedores... Los intercambios de información de precios actuales, por supuesto, tienen el mayor potencial de generar efectos anticompetitivos y, aun cuando no sean *per se* ilegales, han sido consistentemente señalados como infracciones de la Sherman Act.³⁰²

Conforme a lo señalado, en Estados Unidos, el intercambio de información entre competidores relativo a precios de los bienes y servicios o a otras condiciones de competencia puede ser considerado como un factor adicional, constitutivo de prueba circunstancial de un acuerdo colusorio de fijación de precios.³⁰³ En el análisis, los tribunales de dicho país también consideran si hubo o no una legítima y genuina razón de negocios en el intercambio de información.³⁰⁴

En Europa, en tanto, la toma de contacto entre competidores parece ser reprochada en forma más categórica que en los Estados Unidos. La CEJ en un fallo señero en la materia expresó:

³⁰¹ Sobre el problema del intercambio de información, *vid.* Per Baltzer Overgaard y H. Peter Møllgaard, "Information exchange, market transparency, and dynamic oligopoly", en American Bar Association, *Issues in Competition Law and Policy* (ABA, Chicago 2008), T. II, p. 1241, Kai-Uwe Kühn, "Fighting collusion by regulating communication between firms", 32 *Economic Policy* 169 (2001), Paolo Buccirossi, "Facilitating Practices", en Paolo Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008), pp. 305, 317-239, y Matthew Bennett y Philip Collins, "The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad, and the Ugly", 6 *European Competition Journal* 311 (2010).

³⁰² *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 441 n. 16 (1978) ("The exchange of price data and other information among competitors does not invariably have anticompetitive effects; indeed such practices can in certain circumstances increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive. For this reason, we have held that such exchanges of information do not constitute a *per se* violation of the Sherman Act. [...] A number of factors, including most prominently the structure of the industry involved and the nature of the information exchanged, are generally considered in divining the procompetitive or anticompetitive effects of this type of interseller communication. [...] Exchanges of current price information, of course, have the greatest potential for generating anticompetitive effects and, although not *per se* unlawful, have consistently been held to violate the Sherman Act").

³⁰³ *Id.* American Bar Association, n. 287, p. 83. *Id.* *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 198 92d Cir. 2001) ("Information exchange is an example of a facilitating practice that can help support an inference of a price-fixing agreement").

³⁰⁴ *Id.* American Bar Association, n. 287, p. 85.

Aun cuando sea correcto decir que este requisito de independencia no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y prevista de sus competidores, sí excluye en forma estricta cualquier contacto directo o indirecto entre dichos operadores, cuyo objeto o efecto sea influenciar la conducta en el mercado de un competidor real o potencial, o revelar a tal competidor el curso de la conducta que ellos mismos han decidido adoptar o contemplan adoptar en el mercado.³⁰⁵

Cuando el intercambio de información se refiere a precios de bienes o servicios, los tribunales europeos han sido especialmente claros en cuanto a la altísima probabilidad de inferir una colusión de precios. Como expresa Whish:

La jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios ha establecido que cualquier discusión entre competidores acerca de sus precios actuales o futuros es probable que sea considerada para dar lugar a un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios, cuyo objeto es restringir la competencia. No es necesario que A y B hayan explícitamente acordado que ellos incrementarán sus precios: el mero hecho de proveerse información recíprocamente el uno al otro acerca de su comportamiento relativo a los precios -o aun el proveer sólo uno a otro de dicha información- es probable que sea suficiente para acreditar un acuerdo de precios.³⁰⁶

³⁰⁵ Vid. Casos 40-8, 50, 54-6, 111 y 113-4/73, *Cooperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA v. Commission*, [1975] ECR 1663, ¶ 174 (“Although it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market”). En el mismo sentido, *vid.* Caso 49/92, *Commission v. Anic Partecipazioni SpA*, ¶ 117 (“According to that case-law, although that requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors, it does however strictly preclude any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market, where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question”).

³⁰⁶ Whish, n. 429, pp. 524-525 (“[T]he case law of the Community Courts has established that any discussion among competitors about their current and future prices is likely to be regarded as giving rise to an anti-competitive price-fixing agreement, the object of which is to restrict competition. It is not necessary for A and B to have explicitly *agreed* that they will increase their prices: the mere fact of providing information to one another about pricing behaviour-or even for one to provide such information to the other-is likely to be sufficient for a finding of an agreement on prices”). *Vid. también*, Allendesalazar et al, n. 428, p. 128:

In its landmark *Sugar* case, the ECJ held that Article 81 [101] EC strictly precludes any direct or indirect contact between operators that can influence the conduct on the market of an actual or potential competitor. In such a case, the defendants cannot explain the existence of the parallel conduct by the fact that they have adapted intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors. Such contacts remove in advance the uncertainty as to the future conduct of the competitors, and thus protect the undertakings from the risks of competition.

En nuestro país, el intercambio de información entre competidores jugó un rol relevante para acreditar un acuerdo colusorio entre tres cadenas farmacéuticas.³⁰⁷ También se trató de un elemento crucial que permitió a la Corte Suprema confirmar la convicción de colusión en el caso *Guerra del Plasma*.³⁰⁸

Por último, cabe notar que el intercambio de información no debe necesariamente producirse directamente entre competidores, sino que puede involucrar a terceros, incluyendo proveedores³⁰⁹. Recientemente, en Inglaterra, la Corte de Apelaciones precisó que sí existe colusión cuando los hechos corresponden al siguiente esquema denominado *hub-and-spoke* o A-B-C: (i) el retailer A entrega información sobre precios futuros a su proveedor B, sabiendo que este último la entregará a otros retailers; (ii) el proveedor B pasa la información al retailer C, sabiendo que este último conoce el esquema e intenciones del retailer A; (iii) el retailer C usa esa in-

³⁰⁷ Vid. Comisión Resolutiva, Resolución N° 432 de 1995, C 13°:

A todos estos antecedentes, que por sí solos bastarían, debe agregarse para formar la convicción del Tribunal, la plena prueba que constituyen las listas de precios a que debían someterse las farmacias en cumplimiento del acuerdo, acompañadas a los autos, a las que se han referido, también, los testigos.

³⁰⁸ Vid. Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008, C. 22°:

Que sobre la base de estos hechos –ya asentados de alguna manera en los fundamentos nonagésimo séptimo y centésimo séptimo– y de considerar como indicios relevantes el hecho de que el tráfico y duración de las llamadas en los días 3 y 4 de abril de 2006 era claramente superior al promedio de llamadas entre Falabella, Paris y estos proveedores en los meses previos; que el señor Fernando Casado, gerente de Línea Electrohogar de Falabella, el señor Héctor Rodríguez, gerente de División Comercial de Paris, y el señor Pablo Méndez, gerente de División Electro-Tecno de Paris, quienes no se comunican habitualmente con los ejecutivos de estos proveedores, según se acreditó con los registros telefónicos respectivos, lo hayan hecho de manera tan intensa a partir del mediodía del lunes 3 de abril de 2006, esto es, inmediatamente después de registrarse llamados recíprocos entre Paris y Falabella; y que el referido señor Fernando Casado se comunicara telefónicamente con el gerente de División Electrohogar de Ripley, don Javier Pérez Rodríguez, con la ya señalada finalidad, los sentenciadores llegaron a presumir que las comunicaciones entre los ejecutivos de Falabella y Paris tuvieron por objeto acordar la forma como reaccionarían ante el anuncio de la Feria, coludiéndose en definitiva para llamar a sus proveedores y hacerlos desistir de concurrir a la misma (motivo centésimo vigésimo tercero del fallo reclamado).

³⁰⁹ Vid. Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (División Civil), *Argos Ltd and another v Office of Fair Trading, JJB Sports plc v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318, caso en el que se condenó por colusión a dos retailers de juguetes, Argos y Littlewoods, sin que hubiese habido contacto directo entre las partes:

There was no evidence of direct contact between Argos and Littlewoods. But there was, thereafter, an assimilation of the prices in the Argos' catalogues and the Littlewood's catalogues for the products subject to the pricing initiative. (*id.*, ¶ 115).

formación para determinar sus precios.³¹⁰ A partir de ese caso, el regulador (OFT) ha detectado y sancionado a varios esquemas colusivos semejantes.³¹¹

Comunicación por medio de señales

Otro factor usualmente invocado en casos de colusión es la comunicación por medio de señales, también conocida como “*signaling*”. Esta se refiere a la transmisión por parte de los agentes económicos de información relativa a precios o a otras condiciones de competencia a través de los medios de comunicación o de terceras personas.³¹²

En la jurisprudencia estadounidense, una legítima razón de negocios para comunicar precios ha sido considerada como una defensa efectiva frente a una alegación de “*signaling*”.³¹³ Siguiendo esta línea, en nuestro país, en un caso en el que el presidente de la Federación Gremial Chilena de Industriales Panaderos vaticinó reiteradamente, a través de diversos medios de comunicación social, alzas en el precio del pan, la Comisión Resolutiva consideró inocuas tales declaraciones por cuanto las alzas en el precio del pan tuvieron como causa objetiva el alza en el precio de la harina; a mayor abundamiento, la Comisión Resolutiva señaló que el mercado era competitivo.³¹⁴

³¹⁰ *Vid. id.*, ¶141, donde la Corte de Apelaciones inglesa describió este esquema colusivo en los siguientes términos:

The proposition which, in our view, falls squarely within the *Bayer* judgment in the ECJ and which is sufficient to dispose of the point in the present appeal can be stated in more restricted terms: if (i) retailer A discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where A may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to other retailers (of whom C is or may be one), (ii) B does, in fact, pass that information to C in circumstances where C may be taken to know the circumstances in which the information was disclosed by A to B and (iii) C does, in fact, use the information in determining its own future pricing intentions, then A, B and C are all to be regarded as parties to a concerted practice having as its object the restriction or distortion of competition. The case is all the stronger where there is reciprocity: in the sense that C discloses to supplier B its future pricing intentions in circumstances where C may be taken to intend that B will make use of that information to influence market conditions by passing that information to (amongst others) A, and B does so.

Vid. también, Peter Whelan, “Trading Negotiations Between Retailers and Suppliers: A Fertile Ground for Anti-Competitive Horizontal Information Exchanges”, 5 *European Competition Journal* 823 (2009).

³¹¹ Se trata de al menos dos casos: (i) retailers de productos lácteos (<http://www.oft.gov.uk/news/press/2007/170-07>, y <http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/22-08>), y (ii) retailers de tabaco <http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/82-08>) (última visita, 28 de octubre de 2010).

³¹² *Vid. American Bar Association*, n. 287, p. 87 (“«Signaling» refers to the transmission by coconspirators of pricing or other competitive intentions via the media or third parties”).

³¹³ *Vid. Wallace v. Bank of Bartlett*, 55 F. 3d 1166, 1169 (6th Cir. 1995).

³¹⁴ *Vid. Comisión Resolutiva*, Resolución N° 362 de 1991.

Participación en otros carteles

La participación de los demandados en otros carteles, anteriores o contemporáneos, ha sido objeto de discusión en varios casos en cuanto a su consideración como factor adicional.³¹⁵ En Estados Unidos, los tribunales han sido más bien escépticos cuando la colusión adicional que se invoca se refiere a un mercado no conexo al que se investiga en el caso concreto.³¹⁶

Algunos de los criterios que emanan de la jurisprudencia estadounidense parecieran indicar que los tribunales exigen los siguientes elementos en los casos anteriores o contemporáneos para efectos de poder considerarlos como un factor relevante: que la violación anterior o contemporánea sea indicativa de la actual;³¹⁷ que en el otro caso exista evidencia de conductas anticompetitivas y no se trate de una mera investigación;³¹⁸ y que exista un nexo suficiente entre los respectivos mercados.³¹⁹

Dos casos recientes de tribunales federales norteamericanos de distrito (primera instancia) demuestran que la colusión previa o anterior puede constituir un factor adicional: *In re Flash Memory Antitrust Litigation*³²⁰ y *In re Static Random Access memory Antitrust Litigation*.³²¹

³¹⁵ Esto es sin perjuicio de que, en nuestro país, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211, la reincidencia debe ser considerada por el TDLC como una circunstancia relevante para determinar el monto de la multa. Para una aplicación de la reincidencia en casos de colusión en Chile véase TDLC, *FNE contra Falabella y otro*, Sentencia N° 63, Rol C-103-2006, de 10 de abril de 2008, C. 157° y 158°, confirmada en Corte Suprema, *FNE contra Falabella y otro*, Rol 2339-2008, Sentencia de 13 de agosto de 2008.

³¹⁶ *Vid.* American Bar Association, n. 287, p. 89.

³¹⁷ *Vid.* *Williamson Oil Company Inc v. Philip Morris Usa Rf*, 346 F.3d 1287, 1318 (11th Cir. 2003).

³¹⁸ *Vid.* *In re Digital Music Antitrust Litigation*, 592 F. Supp2d 435, 444 (S.D.N.Y. 2008), *rev'd sub nom.* *Starr v. Sony BMG Music Entm't*, No. 08-5637-cv, 2010 WL 99346 (2d Cir. 2010)

³¹⁹ *Vid.* *In re Hawaiian & Guamanian Cabotage Antitrust Litigation*, 647 F. Supp. 2d 1250, 1258-1259 (W.D. Wash 2009).

³²⁰ 643 F. Supp. 2d 1133 (N.D. Cal. 2009).

³²¹ 580 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2008).

Conforme a lo señalado, consideramos que la existencia de una colusión anterior *entre las mismas partes y en el mismo mercado relevante* sí constituye un factor adicional a ser considerado por el tribunal. Su valor probatorio específico estará ciertamente determinado por los hechos concretos del caso.³²²

Indicios no-económicos de cartelización

Por último, cabe mencionar los indicios “tradicionales” o no-económicos de cartelización. Como indica una corte de apelaciones federal norteamericana, esta prueba indirecta sigue siendo una de la más relevantes para que el tribunal pueda formarse convicción:

La prueba más importante será generalmente la prueba no-económica de “que había un acuerdo real, manifiesto de no competir”. Esa prueba puede involucrar “indicios tradicionales de colusión típica”, o “prueba de que los demandados se reunieron e intercambiaron garantías recíprocas de acción conjunta o que de otra manera adoptaron un plan común, aun cuando no pueda mostrarse la existencia de reuniones, conversaciones o intercambio de documentos”.³²³

Un indicio no-económico de alto valor probatorio es la explicación racional insuficiente por parte de los acusados de colusión relativa a la mecánica del proceso de paralelismo consciente. Si los acusados no son coherentes respecto de quién es el

³²² Aunque la redacción no es concluyente, el TDLC parece haber considerado como factor adicional la colusión previa entre los demandados en *FNE con Air Liquide Chile S.A. y otros*, Sentencia N° 43, Rol C 74-2005, de 7 de septiembre de 2006, C. 69°:

Lo anterior, como se verá, es un elemento de juicio importante para el análisis del segundo grupo de conductas imputadas a las requeridas, esto es, la circunstancia de haberse coludido con el propósito de hacer fracasar, en su propio beneficio, la licitación convocada por Cenabast para, precisamente, poner término a las asimetrías de información que afectaban a los hospitales. Adicionalmente, debe tenerse también en cuenta que, tal como consta de los documentos que rolan a fs. 188 y 189 del cuaderno de documentos que contiene los antecedentes remitido a este tribunal por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina, existen indicios de contactos e intercambios de información entre las empresas oferentes en estos mercados, orientados a aprovechar, con algún grado de coordinación, las ventajas que el referido contexto de opacidad les proporcionaba. Esta modalidad de coordinación, por lo demás, presenta cierto arraigo en la industria, tal como se evidencia de la jurisprudencia europea de defensa de la competencia, que ha fallado en el pasado casos similares, sancionando conductas coordinadas de empresas relacionadas con las requeridas de autos.

En TDLC, *FNE con Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital*, Sentencia N° 102, Rol C-191-2009, de 11 de agosto de 2010, C. 49°, el tribunal también afirmó que ilicitudes pasadas constituyen elementos que pueden ser considerados en la valoración de los hechos: “Es dable inferir una intención exclusoria por parte de los asociados de Agmital si se atiende a sus conductas pasadas y a los efectos de las mismas”.

³²³ *In re Flat Glass Antitrust Litigation*, 385 F.3d 350, 361 (3d Cir. 2004) (“The most important evidence will generally be non-economic evidence ‘that there was an actual, manifest agreement not to compete.’ That evidence may involve ‘customary indications of traditional conspiracy,’ or ‘proof that the defendants got together and exchanged assurances of common action or otherwise adopted a common plan even though no meetings, conversations, or exchanged documents are shown’”) (citas internas omitidas).

líder y quién es el seguidor, y si la logística invocada por los acusados en respaldo de su proceso de seguimiento no es consistente con los tiempos de respuesta que muestran los datos, el sentenciador podrá realizar importantes inferencias tendientes a dar por probada la colusión.

V. CONCLUSIONES

Como dice Lipsky, “la economía de libre mercado no puede existir sin un control disuasivo efectivo de los carteles”.³²⁴ A nivel comparado, las principales jurisdicciones del mundo han “modernizado” su Derecho de la Competencia y han adoptado una lucha seria y activa contra los carteles. La recientemente aprobada Ley 20.361 ha seguido esta misma línea, correspondiendo ahora aplicar el DL 211 bajo la perspectiva anticarteles aportada por dicha reforma legal.

Conforme a esta nueva política pública implementada en nuestro país, este Informe ha presentado una visión moderna de la manera en la que se trata la colusión en el Derecho Comparado y en el chileno. El objeto general de estudio ha sido la colusión y su prueba, tanto mediante prueba directa como indirecta o indiciaria, especialmente conforme a la teoría de los factores adicionales.

Ahora bien, para abordar tales temas en profundidad ha sido necesario presentar un conjunto mayor de materias que dan el contexto de la lucha anticarteles. Así, en este Informe se trataron detalladamente las siguientes cuestiones:

- La eficiencia como fin del Derecho de la Competencia, y la prevención como el objetivo esencial de la sanción en dicho ámbito.
- El uso de la regla *per se* o el análisis *quick-look* en la lucha anticarteles, y cómo dichas metodologías no pugnan con el Derecho Público chileno.
- El problema del estándar de prueba en materia de carteles, desde una perspectiva de eficiencia, en el contexto de los errores tipo I y II que se cometen en la adjudicación de casos.
- El concepto de acuerdo colusivo y su diferencia con el paralelismo consciente, incluyendo una referencia especial a la posibilidad cierta de colusión parcial tratándose de firmas multiproducto.
- La prueba de la colusión mediante prueba directa e indirecta, especialmente esta última en el contexto de la teoría de los factores adicionales.

³²⁴ Abbott B. Lipsky, Jr., “Deterring Cartel Behavior: Harmonies and Disharmonies, Problems and Solutions”, 60 *Antitrust Law Journal* 563, 563 (1992).

En definitiva, tratándose de un litigio donde el demandante alega colusión y los demandados paralelismo consciente, consideramos fundamental que el sentenciador tome seriamente en consideración los siguientes puntos expuestos en este Informe:

- El estándar de prueba a utilizarse en el Derecho de la Competencia debe ser uno intermedio entre duda razonable y “más probable que no”, debiendo ser más próximo a este último que al primero.
- Ante falta de prueba directa, el TDLC debe evaluar holísticamente todos los antecedentes y la prueba indiciaria a fin de formar su convicción. El análisis no debe hacerse antecedente-por-antecedente.
- El TDLC, después de considerar todos los factores adicionales esgrimidos por la FNE y toda la argumentación y prueba ofrecida por los demandados para desvirtuar tales factores agregados, debe determinar si logra convicción del hecho de la colusión en los términos exigidos por el estándar de prueba.
- El recurso de reclamación debe ser asimilado jurídicamente más a una queja o casación que a una apelación, por lo que la Corte Suprema debe utilizar un estándar de revisión deferente al evaluar las conclusiones de hecho establecidas por el TDLC en su sentencia, especialmente el hecho mismo de la colusión.

Principios que ordenan el procedimiento

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ESTÁNDAR O CRITERIO JURÍDICO QUE CONDICIONA LA POTESTAD DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA PARA IMPONER SANCIONES EN EL MARCO DEL DECRETO LEY N° 211

Juan Carlos Ferrada Bórquez*

I. INFORME SOLICITADO Y ESTRUCTURA DEL INFORME

El señor Fiscal Nacional Económico, don Felipe Irrázabal Philippi, me ha formulado como interrogante general para ser contestada a través de este informe en derecho, la aplicación que tiene el “principio de proporcionalidad” en la determinación de las sanciones que impone el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, en el marco de la regulación dispuesta en el Decreto Ley N° 211. Dicha interrogante se plantea a propósito de un asunto judicial concreto que se ventiló ante el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa rol C N° 236-11, y que actualmente se encuentra pendiente de fallo ante la Excm. Corte Suprema de Justicia.

Dicha interrogante general se puede descomponer, para efectos del análisis jurídico, en cinco preguntas específicas, que apuntan a las cuestiones esenciales del problema y que motivan el encargo profesional que se desarrolla en las páginas que siguen. A saber:

- ¿Qué alcances tiene el “principio de proporcionalidad” como criterio de validez de las actuaciones de los órganos públicos?
- ¿Cómo opera el “principio de proporcionalidad” en el caso del ejercicio de potestades sancionadoras por los órganos estatales?
- ¿En qué términos está recogido este “principio de proporcionalidad” en el ordenamiento jurídico chileno y cómo ello se expresa en la potestad sancionadora que tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia?
- ¿Qué elementos o criterios jurídicos ha tenido especialmente en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema al momento de utilizar este principio jurídico en el ejercicio de la potestad sancionadora que le atribuye la ley al primero?
- ¿Cómo se aplicó el “principio de proporcionalidad” por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2014, Rol C-236-11, y cómo ello se relaciona con los principios y reglas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico sobre la materia?

* Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso.

Para dar respuesta a estas interrogantes, este profesional considera necesario abordar en el Informe los siguientes puntos, los que se expondrán en el mismo orden que se enuncian:

- Antecedentes generales del caso.
- Marco jurídico aplicable.
- El principio de proporcionalidad como criterio de validez de las actuaciones estatales.
- Los fundamentos del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico.
- El “principio de proporcionalidad” como criterio específico para el ejercicio regular de la potestad sancionadora por un órgano administrativo o jurisdiccional.
- Los elementos o estándares que establece el Decreto Ley N° 211 para el ejercicio de la potestad sancionadora conforme al principio de proporcionalidad.
- La aplicación de los estándares que establece el Decreto Ley N° 211 en el caso de referencia.
- Conclusiones finales.

II. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

Con fecha 30 de noviembre de 2011 la Fiscalía Nacional Económica, en adelante FNE, dedujo un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante TDLC, en contra de Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. El motivo de dicho requerimiento fue, a juicio de la FNE, que dichas entidades, mediante la celebración y ejecución de un acuerdo entre estas empresas competidoras, limitaron la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y se asignaron cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto. Este acuerdo se realizó entre las empresas antes señaladas al menos desde 1994, mediante un intercambio permanente de información sensible y estratégica, utilizando la asociación gremial como la instancia de coordinación de la operación.

Este comportamiento de las empresas avícolas antes individualizadas configuraría una infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en adelante DL 211, que establece 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 pue-

dan disponerse en cada caso”. En particular, la conducta atribuida a estas empresas es la establecida en la letra a) del artículo 3º que señala: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”.

La FNE, atendida la gravedad de las conductas imputadas, solicitó al tribunal, la disolución de la asociación gremial señalada y una sanción de 30.000 Unidades Tributarias Anuales para cada una de las tres empresas requeridas y una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales a la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. Los fundamentos para solicitar tan graves sanciones fueron, en primer lugar, el gran disvalor que tiene la conducta colusoria practicada por la empresa y la asociación gremial en el ordenamiento jurídico chileno; en segundo lugar, el impacto que ella tuvo en un bien de consumo que forma parte de la canasta básica de los chilenos, y, por último, el alto monto del beneficio económico obtenido por las empresas por esta práctica colusoria durante el prolongado tiempo en que fue practicada.

Las empresas Agrícola Agrosuper S.A., Ariztía S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada, y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. rechazaron estas acusaciones, contestando el requerimiento y aportando los antecedentes probatorios que han considerado oportuno. Estas alegaciones y probanzas estuvieron encaminadas tanto a negar la veracidad de los hechos que le imputa la FNE, como a plantear diversas excepciones que harían improcedente, desde la perspectiva jurídica, el requerimiento de la FNE y una eventual condena por parte del TDLC.

Con fecha 25 de septiembre de 2014, el TDLC, por la unanimidad de sus miembros, dictó sentencia definitiva en esta causa, disponiendo, en lo resolutivo, rechazar las excepciones opuestas por los requeridos, Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., acoger el requerimiento interpuesto por la FNE, dando por establecida la colusión entre aquellas y, en consecuencia, condenarlas al pago de multas a beneficio fiscal y otras medidas sancionatorias. En particular, la sentencia dispuso la condena a Agrícola Agrosuper S.A. al pago de una multa de 30.000 Unidades Tributarias Anuales, más una medida preventiva de consulta previa al TDLC de cualquier operación de concentración en el mercado avícola que desee realizar en el futuro; a Empresas Ariztía S.A. a una multa también de 30.000 Unidades Tributarias Anuales; a Agrícola Don Pollo Limitada a una multa de 12.000 Unidades Tributarias Anuales, y a la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. con su disolución.

El TDLC tuvo como fundamento para la determinación de las multas, acorde con lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211, “entre otras circunstancias, la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido con la infracción y la calidad de reincidente del infractor” (considerando 346º de la sentencia). Ello se concreta, y así lo desarrolla el tribunal específicamente en los considerandos 347º a 362º del fallo -sin perjuicio de la enunciación a lo largo del mismo de todos los elementos que concurren en la especie- atendida la gravedad de la infracción denunciada y el

beneficio económico obtenido por cada una de las empresas requeridas, criterio este último que se afirma sobre la base de los antecedentes económicos que tiene el tribunal a la vista, particularmente, los niveles totales de ingresos de aquellas, lo que determinaría la capacidad de pago de cada una de las empresas, permitiendo definir la multa específica a imponer en cada caso. Precisamente, el juego de estos últimos elementos son los que, a juicio del TDLC, implicarían la utilización del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción a imponer, criterio que aparentemente el tribunal valora y considera a la hora de emitir su resolución.

Esta última circunstancia es muy relevante, ya que precisamente las empresas condenadas en estos autos han impugnado en sus recursos de reclamación interpuestos para ante la Excm. Corte Suprema, entre otras cuestiones, la utilización correcta del “principio de proporcionalidad” por parte del TDLC. En efecto, la empresa Agrosuper S.A., a través de su representante judicial, imputa al fallo una “pobre fundamentación” para los efectos de “determinar el monto de la multa”, cuestionando principalmente los elementos considerados por el tribunal para establecer el supuesto beneficio económico obtenido por esta empresa con su actividad colusoria.

Por su parte, Empresas Ariztía, en su recurso de reclamación señala en este punto, que la sentencia del TDLC “incurre en graves errores y arbitrariedades al momento de calcular el monto de la multa”, no teniendo bases sólidas, ni elementos probatorios suficientes para establecer fehacientemente el beneficio económico imputado a la empresa. Además se señala que la sentencia del TDLC incurre en “manifiestos errores” a la hora de determinar la multa, lo que supone establecer una multa “desproporcionada e injusta” no consistente con el “principio de proporcionalidad” que el mismo fallo enuncia como fundamento.

Por último, Agrícola Don Pollo Limitada también imputa a la sentencia del TDLC, entre otros yerros, una infracción al “principio de proporcionalidad” de las penas, fundando su reclamo en la evidente disparidad de esta empresa con las otras sancionadas. Así señala que la multa dispuesta para esta empresa equivale a un 10% de sus ingresos totales del año 2010, mientras que para otra de las empresas sancionadas es un 1,5 % aproximadamente, lo que deja en evidencia la “discriminación odiosa” que realiza el TDLC en su sentencia.

Como se puede observar fácilmente, tanto para el TDLC, como para las empresas sancionadas con multa por el fallo de este tribunal, a saber Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada, reclamantes ante la Excm. Corte Suprema, el “principio de proporcionalidad” es un elemento relevante para la determinación de las sanciones específicas que deben aplicarse a los infractores de la disposición legal ya citada, cuestión que viene determinada, según el texto del fallo y los recursos de reclamación interpuestos por los sancionados, por la propia regulación aplicable en la materia. Así, las referencias que hace el artículo 26 del DL 211 al beneficio económico obtenido por la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del sancionado, como circunstancias relevantes para la determinación de la multa, junto a otros elementos esenciales, son criterios jurídicos que el órgano resolutor debe tener en cuenta en esta materia, teniendo como telón de fondo el “principio de proporcionalidad”.

En este marco, un elemento capital para definir la correcta determinación de

las multas a aplicar a las empresas, en este caso, Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada, y su exención a la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., es evaluar si el “principio de proporcionalidad” se utilizó adecuadamente por el TDLC en la sentencia de referencia, sobre todo teniendo en cuenta que las empresas sancionadas han planteado, entre otras alegaciones, la vulneración de dicho principio por el tribunal al emitir el fallo del 25 de septiembre de 2014. Así, el contenido de dicho principio y su aplicación en estas materias es el tema central al que se dedica el informe en las páginas que siguen.

III. MARCO JURÍDICO APLICABLE

Como ya se adelantó, las disposiciones legales claves aplicables en la materia de que trata este informe son los artículos 3º y 26 del DL 211, ya que ellas establecen las conductas ilícitas que pueden realizar las personas y las medidas que puede adoptar el TDLC en su contra cuando han cometido alguna de las infracciones establecidas en el artículo 3º del mismo cuerpo legal. Así estas normas establecen:

“Artículo 3º.- 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 expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.
- b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

“Artículo 26.- La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de 45, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo.

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

- a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;
- b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;
- c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 20 mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a 30 mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

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

Como se puede observar, estas dos disposiciones establecen una descripción de las conductas ilícitas atentatorias contra la libre competencia y las medidas sancionatorias que puede establecer el TDLC frente a aquellas, las que tienen una distinta gradación e intensidad.¹ Su interpretación y aplicación quedan entregada al TDLC, señalando la ley algunos criterios generales y de aplicación obligatoria para el tribunal en la determinación de las multas, pero sin que ellas supongan reglas estrictas que permitan una definición *a priori* de la medida correspondiente.² Esto implica, como ya lo veremos más adelante, otorgar al TDLC una amplia discrecionalidad en esta materia, la que deberá ejercerse, como corresponde en un Estado de Derecho, con estricto apego a los principios y reglas que establece el propio ordenamiento jurídico.

¹ Romero, 2011, pp. 517-518.

² Tapia, 2013, p. 75.

Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional al señalar recientemente que las sentencias del TDLC “deben ser especialmente motivadas, puesto que deben enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos que les sirven de sostén”. Agregando que “en el supuesto de aplicar multas, debe atender a ciertos criterios inexcusables de ponderación, como son el beneficio económico obtenido con la infracción, la reincidencia y la gravedad de la conducta, entre otros”.³ Este criterio ha sido recogido también por la Excma. Corte Suprema, al señalar que el TDLC debe hacer un esfuerzo argumentativo al determinar las medidas a imponer a los particulares en un caso concreto, no bastando el mero ejercicio de la potestad o la enunciación general de los criterios objetivos establecidos por la ley.⁴

En este contexto, pareciera necesario para el ejercicio de este poder discrecional por parte del tribunal tener en consideración, al menos, cuatro disposiciones constitucionales relevantes en esta materia, las que se refieren a derechos constitucionales o fundamentales y que de alguna manera limitan o condicionan el ejercicio de este poder por cualquier autoridad u órgano estatal. Así, la Constitución Política de 1980 reconoce y asegura:

“Artículo 19 N° 2: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

“Artículo 19 N° 3: La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitraré los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en

³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2658-14, de 9 de octubre de 2014.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 2578-2012, de 7 de septiembre de 2012.

un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

“Artículo 19 N° 22: La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.

“Artículo 19 N° 26: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Estas normas constitucionales, desde luego, no señalan con precisión como debe ejercerse un poder discrecional por parte de un órgano estatal, pero definen algunos criterios que pueden ser muy relevantes en un caso determinado. Así, el principio de interdicción de la arbitrariedad, en los amplios términos como lo ha entendido la jurisprudencia nacional, la garantía de un procedimiento racional y justo o el respeto al contenido esencial de los derechos constitucionales son elementos que indudablemente afectan el ejercicio de las potestades públicas, por lo que, como se verá, ello incide en la determinación de los criterios de validez de la actuación discrecional del TDLC.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO JURÍDICO DE VALIDEZ DE LAS ACTUACIONES ESTATALES

El principio de proporcionalidad puede ser conceptualizado, siguiendo al Tribunal Constitucional Alemán, como la prohibición que pesa sobre los poderes públicos de cometer excesos, estableciéndose la obligación de que sus actuaciones estén contenidas dentro de los límites generales que señala el ordenamiento jurídico.⁵ Este principio

⁵ Zúñiga, Martínez y Arnold, 2012, p. 68.

se conecta entonces directamente con la “prohibición de exceso” y se configura como un criterio delimitador de la actuación estatal, incluso más allá del texto literal de las normas que habilitan la actividad del órgano.

En nuestro derecho, Nogueira se refiere al mismo señalando que “el principio o postulado de proporcionalidad instituye una relación de fin a medio, como asimismo de utilidad de un acto, confrontando el fin de una intervención con los efectos de ésta, posibilitando el control del exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedades del poder estatal, sin perjuicio de constituir un principio de interpretación en que se apoya el operador jurídico, en especial el juez, cuando necesita resolver problemas de compatibilidad o de conformidad en la tarea de concretización de las normas constitucionales en relación con las normas legales y administrativas”.⁶

El origen de este principio se puede encontrar en el derecho prusiano de policía, en donde la proporcionalidad cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual.⁷ Ello se formuló en un principio general del Derecho Público que señalaba, en los términos de C.G. Suárez, en que el “Estado sólo está legitimado para limitar la libertad individual en la medida en que es necesario para asegurar la libertad y seguridad de todos”.⁸ En este sentido Otto Mayer señala, en su clásico tratado de Derecho Administrativo alemán, que el “fundamento del poder de policía en el derecho natural exige que la defensa esté en *proporción* con la perturbación; de este modo se fija la *medida* de la potestad de la policía. No cabe presumir que la ley, mediante las autorizaciones generales en virtud de las cuales procede la autoridad policial, haya querido permitir una defensa que exceda a esta medida natural. Así, pues, esta medida natural adquiere la importancia de un límite jurídico serio”.⁹

No obstante lo anterior, algunos autores consideran que este principio de proporcionalidad, en su dimensión más general de “prohibición de exceso”, tiene fundamentos anteriores, vinculados más a la filosofía práctica griega,¹⁰ aunque con expresiones en la justicia distributiva, la justicia retributiva propia del Derecho Penal y la configuración de la relación proporcional general entre medios y fines.¹¹ Estas ideas fueron desarrolladas en la Edad Antigua y Edad Media, las que fueron adaptadas por el Derecho Natural, generándose un criterio general de control de la actuación estatal que pone en estrecha relación a los fines con los medios destinados a satisfacerlos.¹²

Esta perspectiva va a tener un especial desarrollo en el ámbito del Derecho Penal, en que la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecerá una garantía de racionalidad de los ciudadanos frente al poder

⁶ Nogueira, 2011, p. 120.

⁷ Zúñiga, Martínez y Arnold, 2012, p. 67.

⁸ Kluth, 1998, p. 221.

⁹ Mayer, 1982, tomo II, p. 31.

¹⁰ Kluth, 1998, p. 220.

¹¹ Kluth, 1998, pp. 220-221.

¹² Kluth, 1998, p. 221.

punitivo del Estado, disponiendo una necesaria correlación entre la gravedad de las conductas y las penas asignadas.¹³ Así, el artículo 8º de esta declaración francesa señalará, en lo pertinente, que “la ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias...”, norma que viene a recoger criterios de humanidad y racionalidad largamente construidas desde Beccaria en adelante.¹⁴ Desde esa formulación clásica, la doctrina penal ha ido avanzando progresivamente, incorporando al criterio de gravedad otros elementos que permitan entender de una manera más integral la racionalidad de la respuesta punitiva en un Estado de Derecho, incorporando para ello juicios fácticos o empíricos sobre los costes y beneficios de la medida.¹⁵

De este modo, el principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Penal implicará modernamente incorporar un elemento de racionalidad en la determinación de las conductas punibles y en las sanciones unidas a ellas, operando como un límite al legislador y al juez en la creación de la norma y en su aplicación. Así, el *ius puniendi* del Estado adquirirá, por influencia de este principio, un nuevo criterio sistematizador, quedando aglutinados bajo su ámbito gran parte de los principios y límites clásicos formulados en esta materia.¹⁶

Este enfoque, como se verá más adelante, será muy relevante para el Derecho Administrativo sancionador, ya que al construirse doctrinariamente al hilo de los principios del Derecho Penal, bajo la fórmula del *ius puniendi* único del Estado, las formulaciones de este último impactarán muy fuertemente en el primero.¹⁷ Así, las reglas de moderación y funcionalidad, por un lado, y de discrecionalidad limitada y controlada, por otro, como expresiones propias del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, se mirarán como manifestaciones más actuales del postulado clásico de este principio en el ámbito penal, lo que unido a las formulaciones provenientes del Derecho Administrativo relacionadas con la actividad de policía, le darán una gran impronta y relevancia a este principio en este ámbito.

Sin perjuicio de lo anterior, después de la II Guerra Mundial este principio adquirirá una dimensión remozada, pasando a utilizarse también como un mecanismo general de control de constitucionalidad de las leyes, sobre la base del principio de sujeción de todos los poderes públicos, incluidos el legislador, a los derechos fundamentales.¹⁸ Esta nueva aproximación del principio de proporcionalidad implicó una reconstrucción del mismo, alejándolo de la dimensión original vinculada a las actividades estatales limitadoras de la libertad individual, para pasar a formularlo como un criterio de legitimidad general de cualquier intervención estatal, con anclaje directo en la Constitución. Así, autores alemanes como Krüger, Von Krauss y Lerche se preocupan de establecer esta conexión directa entre la Constitución y la prohibición de exce-

¹³ Santamará Pastor, 2005, tomo II, pp. 394-395.

¹⁴ Bordali, 2003, p. 64.

¹⁵ Fernández, 2010, p. 52.

¹⁶ Fernández, 2010, p. 66.

¹⁷ Santamaría Pastor, 2005, tomo II, p. 395.

¹⁸ Zúñiga 2010, p. 260.

so, desplegando su poder especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales.¹⁹

En este sentido, Villaverde señala que el principio de proporcionalidad así concebido se identificaría con “la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco. A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedo de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo”.²⁰

Esta última dimensión del “principio de proporcionalidad”, como criterio constitucional de validez de las actuaciones estatales a la luz de los derechos fundamentales, es el que, desde luego, ha tenido mayor desarrollo en la doctrina y jurisprudencia europea continental y, por influjo de ella, en nuestro derecho. Así es habitual encontrar en nuestra jurisprudencia constitucional referencias a este principio, como un parámetro de validez de la intervención legislativa o administrativa de los poderes públicos, contrastando éstas con los derechos fundamentales afectados.²¹ De este modo, sólo en la medida en que la actividad estatal satisface ese principio de proporcionalidad será válida aquella, más allá del respeto inicial al contenido formal de la norma constitucional y el derecho afectado.

Ahora bien, para determinar en cada caso si la intervención estatal se ajusta a este principio de proporcionalidad, como es bien conocido, la doctrina y la jurisprudencia comparada y nacional han formulado una triada de elementos,²² subprincipios,²³ requisitos²⁴ o reglas²⁵ que es preciso satisfacer, los que se identifican, en general, con la idoneidad o adecuación, la necesidad y la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.²⁶ Así, una actuación estatal será conforme con el principio de proporcionalidad en la medida en que cumpla con estas tres condiciones, las que se relacionan con la persecución de una finalidad legítima, de la inexistencia de un medio menos gravoso para satisfacer ésta y de un balance adecuado entre medios y fines, respectivamente.

En este sentido, Barnes señalará que el principio de proporcionalidad, de acuerdo a estos criterios, permitiría evaluar *la licitud de todo tipo de límites normativos de las libertades*, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio. De este modo, si aque-

¹⁹ Kluth, 1998, p. 222.

²⁰ Villaverde, 2008, p. 182.

²¹ Ver, por todos, Zúñiga, Martínez y Arnold, 2012.

²² Villaverde, 2008, p. 183.

²³ Nogueira, 2011, pp. 120-121.

²⁴ Zúñiga, Martínez y Arnold, 2012.

²⁵ Díaz, 2011, p. 174.

²⁶ Aldunate, 2008, pp. 264-265.

llos resultan, *a priori*, *inútiles* para satisfacer el fin que dice perseguir, innecesario, por existir claramente otras alternativas más moderadas, que permitan alcanzar el mismo fin *con igual eficacia*, o desproporcionado en sentido estricto, por provocar *evidentemente* más perjuicios que beneficios. Este test permitirá entonces controlar aquellas medidas que no satisfagan estas exigencias, en términos evidentes y manifiestos, ya que sólo la desproporción extrema y objetivable habilitará al juez para anular las medidas adoptadas por la autoridad política,²⁷ más aún cuando ésta tenga una legitimación democrática.²⁸

Esta perspectiva, sobre la base de los elementos o reglas antes señaladas, desde luego afectará la interpretación y aplicación que se hace del principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo en general y en el Derecho Penal, condicionando la configuración normativa de las potestades públicas y su aplicación en un caso concreto, sobre todo cuando se afecten derechos fundamentales. Así los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto serán usualmente utilizados en el ámbito penal, debiendo satisfacer dicho estándar para conformarse con la Constitución.²⁹

Como se puede observar, el principio de proporcionalidad tiene una amplia operatividad en el derecho contemporáneo, ya que, por un lado actúa como un criterio de validez para las medidas administrativas limitativas de la libertad de los ciudadanos, por otro, como parámetro de racionalidad de la sanción o pena y, en fin, en un tercer ámbito, como regla de ponderación de las decisiones legislativas en relación a los derechos fundamentales. Todas ellas comportan una exigencia de racionalidad en la interpretación y aplicación del derecho, en que la autoridad o el operador jurídico deben analizar, en el caso concreto, si la medida adoptada es consistente con el estatus de libertad y titular de derechos que poseen las personas en un Estado de Derecho, exigiendo así de aquella una justificación suficiente que fundamente la restricción o limitación impuesta a éstas. En este contexto, el principio de proporcionalidad impondrá a los autores de estas medidas cargas de argumentación, que justifiquen razonablemente la medida adoptada y la afectación necesaria de los derechos y libertades involucrados, sin que aquellas pueden ser tachadas de arbitrarias o excesivas.

Nuestro Excmo. Tribunal Constitucional ha reconocido al principio de proporcionalidad como parámetro de validez de las actuaciones estatales en esta triple dimensión, operando tanto como un límite material a las medidas restrictivas de libertades o derechos que imponga la autoridad,³⁰ como en la evaluación de la debida correspondencia entre conductas infractoras y sanciones o penas³¹ y, en fin, como criterio de balanceo o ponderación entre una norma legal y un derecho fundamental.³² En este sentido, de acuerdo a lo sostenido por el Tribunal Constitucional, el

²⁷ Barnes, 1998, p. 16.

²⁸ Kluth, 1998, p. 225.

²⁹ Fernández, 2010, pp. 74-87.

³⁰ Entre otras, sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2437-13, de 14 de enero de 2014.

³¹ Entre otras, sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2658-14, de 9 de octubre de 2014

³² Entre otras, sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2071-11, de 19 de junio de 2012.

principio de proporcionalidad tiene una amplia operatividad en nuestro derecho, utilizándose por esta jurisdicción como un test de racionalidad de la actuación estatal, especialmente en el ámbito de la afectación de derechos fundamentales.³³

V. LOS FUNDAMENTOS DEL “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El principio de proporcionalidad, por regla general, no está reconocido en los textos constitucionales. De hecho en Alemania, que como ya vimos, es donde surge este principio, no existe una norma constitucional específica que consagre su existencia. De ahí que la doctrina germana realice un esfuerzo interpretativo para encontrar el anclaje de este principio en su Carta Fundamental, derivándolo, en general, de los derechos fundamentales. Así se señala que “la dogmática general de los derechos fundamentales contempla la <prohibición de exceso> como un límite de límites”, lo que lleva a sostener que “los derechos fundamentales relativos a la libertad sólo pueden ser limitados en que tal limitación es necesaria para la consecución de un interés público legítimo, que motiva la intervención estatal”.³⁴

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina mas citada sostiene que es en el propio Estado de Derecho donde el principio de proporcionalidad encuentra su fundamento último y más integral,³⁵ ya que de él se infiere la obligación de los poderes públicos de actuar conforme a criterios de racionalidad y justicia y respetando la regla general de prohibición de exceso.³⁶ Es en este mismo sentido que se pronunció el Tribunal Constitucional alemán en una famosa sentencia de 1968, reconociendo la prohibición de exceso y el principio de proporcionalidad como manifestaciones del principio constitucional más amplio configurador del Estado de Derecho.³⁷

En el caso de España, que recogió en lo medular la doctrina constitucional alemana en esta materia, fue su Tribunal Constitucional quien dio carta de nacimiento a este principio de proporcionalidad, señalando que el ordenamiento jurídico español lo reconoce *implícitamente* en tres preceptos constitucionales: el primero en el que afirma que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho y propugna valores superiores de su ordenamiento de justicia y libertad (artículo 1.1); el segundo en el que contempla el principio de prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3), y, finalmente, el tercero en que proclama la dignidad de la persona (artículo 10.1).³⁸ De esta forma, el principio de proporcionalidad

³³ García y Contreras, 2014, p. 752.

³⁴ Kluth, 1998, p. 223.

³⁵ Maurer, 2011, p. 274.

³⁶ Kluth, 1998, p. 225.

³⁷ Kluth, 1998, pp. 219-220.

³⁸ Muñoz Machado, 2006, tomo I, p. 590.

se construye como un principio general vinculado con el ejercicio no abusivo del poder público, que no sólo afecta a la Administración del Estado, sino que a todas las autoridades y órganos del Estado que desarrollan una potestad pública.

En el caso francés, el principio de proporcionalidad ha surgido de la jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia “Ville nouvelle Est”, 28 de mayo de 1971), reconociendo la “teoría del balance” como un técnica idónea para controlar la razonabilidad de una medida administrativa.³⁹ Es cierto que con anterioridad la misma jurisprudencia había ya hecho aplicación de este principio, a propósito de las medidas de policía (sentencia “Benjamín”, 19 de mayo de 1933),⁴⁰ sin embargo, con la sentencia de 1971 el consejo avanza más en la ponderación de los inconvenientes y ventajas de una medida, su utilidad o inutilidad, fortaleciendo su poder de control sobre la actividad administrativa. De esta forma, a la luz de este fallo, los costos y las ventajas son elementos que la autoridad administrativa primero, y el juez después, deberá considerar a la hora de evaluar la regularidad de la medida, no conformándose con un análisis de la legalidad formal relacionada con la materia.

En este contexto, es evidente que para la doctrina y jurisprudencia francesa la proporcionalidad es una técnica de control de la actividad administrativa -especialmente la actividad substancial de policía-, la que mira a evaluar la idoneidad de ésta, desde la perspectiva de las libertades de los ciudadanos y los poderes de policía de la administración del Estado. Así, este principio modera y modula las potestades administrativas, complementando el control clásico a través del error manifiesto de apreciación, poniendo ahora más atención en la gravedad de la medida y sus fines. Ello será particularmente relevante en materia de sanciones administrativas, ya que la intensidad y gravedad de las medidas que se puedan imponer en esta materia deberán estar en concordancia con la finalidad de interés público que pretende proteger la norma y la gravedad del perjuicio asociado a la sanción.⁴¹

No obstante lo anterior, el Consejo Constitucional francés más recientemente también ha recogido el principio de proporcionalidad como una herramienta de control de juridicidad de la actividad estatal, particularmente de la potestad sancionadora de la administración.⁴² Así este consejo, en su Decisión N° 87-237 DC, de 30 de diciembre de 1987, señaló la necesidad de analizar el carácter desproporcionado o no de una pena impuesta en un caso determinado, puntualizando en una sentencia posterior (Decisión N° 88-248 DC, de 17 de enero de 1989), que “el montante de la sanción pecuniaria debe estar en función de la gravedad de los incumplimientos cometidos y en relación con las ventajas obtenidas del incumplimiento por el servicio autorizado”.

En el derecho norteamericano, el principio de proporcionalidad tiene otra fundamentación y otros alcances, relacionados más con el derecho penal y no con la actividad de policía, ni con el control constitucional de las leyes en relación con los

³⁹ Morand-Deville, 2010, pp. 313-315.

⁴⁰ Morand-Deville, 2010, pp. 639-640.

⁴¹ Morand-Deville, 2010, pp. 316-317.

⁴² Fernández, 2009, p. 16.

derechos fundamentales. En efecto, se considera por la doctrina que este principio arranca, en el derecho norteamericano, de la Enmienda VIII que establece que “no se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas”.⁴³

En este contexto, la discusión en este país ha estado centrada sobre la existencia o no en el ordenamiento jurídico norteamericano de una prohibición constitucional de imponer penas de prisión desproporcionada, alusión que también debe extenderse a otro tipo de penas y sanciones administrativas. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos no ha sido clara en esta materia, ya que ha oscilado entre reconocer esta prohibición en algunos casos, restringiendo así el poder normativo de los estados federados en esta materia, a desconocer derechamente ésta, al menos en los términos amplios en que formula la doctrina contraria el principio⁴⁴. De esta forma, la discrecionalidad del legislador en esta materia no tiene límites precisos, afirmando la mayoría del tribunal en el último fallo en esta materia que esta prohibición constitucional señalada en la VIII Enmienda no impone ninguna finalidad específica de la pena, cuestión que es competencia exclusiva del legislador estatal.⁴⁵

En el caso chileno, la doctrina nacional, siguiendo muy de cerca a la doctrina y jurisprudencia hispana y germana, parece estar conteste en que el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido o integrado en nuestro ordenamiento jurídico constitucional en la regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad (artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República), así como las normas que establece la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad y que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7° de la misma Carta) y la garantía del contenido esencial de los derechos (artículo 19 N°26 de la Constitución).⁴⁶ En este mismo sentido Nogueira, entre otros, sostiene que el principio de proporcionalidad se encuentra integrado constitucionalmente en la prohibición general de la arbitrariedad, así como en las garantías establecidas en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos.⁴⁷

No obstante, para Cárcamo⁴⁸ lo medular del principio de proporcionalidad es la exigencia de razonabilidad en la actuación del órgano estatal, lo que implica rechazar los actos arbitrarios o discriminatorios. En este contexto, las normas constitucionales que establecen principios o reglas que proclaman la igualdad y rechazan la arbitrariedad, como sería el caso de los artículos 19 numerales 2, 3, 16, 20 y 22, serían el fundamento directo del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, habilitando a la jurisdicción constitucional u ordinaria, según el

⁴³ Castiñeira y Ragués, 2010, pp. 257 y ss.

⁴⁴ Castiñeira y Ragués, 2010, pp. 257 y ss.

⁴⁵ Castiñeira y Ragués, 2010, pp. 378-379.

⁴⁶ Fuentes, 2008, pp. 21-29.

⁴⁷ Fuentes, 2008, p. 25.

⁴⁸ Cárcamo, 2014, pp. 154-155.

caso, para controlar la conformidad de la actuación estatal con este principio.

Por su parte, nuestro Excmo. Tribunal Constitucional, en los términos amplios en que ha reconocido al principio de proporcionalidad, lo ha fundamentado en dos disposiciones constitucionales especialmente: por un lado, en el artículo 19 N° 2, en la medida en que establece el derecho a la igualdad ante la ley y la proscripción de la arbitrariedad como un elemento central del ordenamiento jurídico; por otro, en el artículo 19 N° 3, en particular en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, en cuanto exige un procedimiento racional y justo para el ejercicio de las potestades sancionatorias.⁴⁹

Como se puede observar, el principio de proporcionalidad en nuestro derecho tiene un fundamento muy amplio, que se relaciona con la exigencia de razonabilidad de la actuación de los poderes públicos o la interdicción de la arbitrariedad. En este sentido, en el derecho chileno el principio de proporcionalidad tiene una vis expansiva, que le permite jugar como parámetro de validez de la actividad estatal, ya sea ésta legislativa, ejecutiva o judicial, y que le impone un deber de racionalidad en la adopción de las decisiones públicas.

De lo antes expuesto queda en evidencia que los fundamentos jurídicos del principio de proporcionalidad varían en cada ordenamiento, dependiendo de los alcances que se le otorga al principio en cada derecho. No obstante existe un mínimo común en todos estos casos: la implícita prohibición de exceso a los poderes públicos, lo que impone un ejercicio ponderado y razonable de sus potestades. De este modo la proporcionalidad se vincula jurídicamente con el ejercicio racional del poder, lo que exigirá siempre la existencia de un fundamento o motivación intersubjetiva aceptable que justifique la decisión adoptada.

VI. EL “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD” COMO CRITERIO ESPECÍFICO PARA EL EJERCICIO REGULAR DE LA POTESTAD SANCIONADORA POR UN ÓRGANO ADMINISTRATIVO O JURISDICCIONAL

Hasta lo aquí expuesto se ha situado el principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico, correspondiendo ahora definir su aplicación, en concreto, en el ámbito de las sanciones administrativas. Para ello el punto de partida no puede ser otro que reafirmar que para la amplia mayoría de la doctrina y la jurisprudencia el principio de proporcionalidad es un instrumento de control de la actividad estatal, que actúa, entre otros ámbitos, en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo sancionador. Ello deriva, como ya se señaló, de la consideración del principio de proporcionalidad como un instrumento idóneo para analizar la racionalidad de la actuación estatal, evitando el exceso en la aplicación de medidas punitivas para reprimir ciertas conductas ilícitas.

⁴⁹ Entre otras, sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2658-14, de 9 de octubre de 2014.

Así, como señala Fernández,⁵⁰ el principio de proporcionalidad interviene en el Derecho Penal, como un principio constitucional que exige a los órganos estatales ponderar, más aún cuando se ven afectados derechos fundamentales, interviniendo tanto en las fases de creación normativa, como en la aplicación y en el control de constitucionalidad posterior. Sin embargo, este principio también opera en este campo como un método de interpretación, que se identifica con la razonabilidad de la actuación estatal, así como un verdadero test de constitucionalidad que permite establecer la validez de aquella, en relación a los derechos fundamentales que reconoce el ordenamiento jurídico para todas las personas.

En este marco, uno de los aspectos más debatidos por la doctrina es si el principio de proporcionalidad puede también operar como instrumento de control en el momento de la individualización judicial de la pena, considerando el amplio campo de acción que el propio ordenamiento establece para los jueces penales. Sin duda esta es una cuestión compleja, ya que se ponen en juego dos principios antagónicos: por un lado, la seguridad jurídica y, por otro, la justicia material en el caso concreto. En este sentido, Fernández sostiene que, no obstante las objeciones planteadas, existen poderosos argumentos en favor de permitir un juicio constitucional de proporcionalidad en materia penal, lo que se asociaría estrechamente con una evaluación sistemática de los principios y límites de *ius puniendi* desde la perspectiva de los derechos fundamentales.⁵¹

En este contexto, Fuentes Cubillos⁵² establece algunos criterios que podrían operativizar el principio de proporcionalidad en este ámbito, tratando de establecer una relación jurídica entre la gravedad del hecho punible y la pena a aplicar. Para ello, según este autor, es necesario atender a criterios objetivos y subjetivos, integrándose dentro de los primeros la entidad de la lesión o el grado de peligro al cual fue expuesto el bien jurídico, la densidad del daño efectivamente causado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y las modalidades de comisión; entre los segundos, los criterios subjetivos, se considerarían los motivos determinantes de la actuación ilícita, el valor o disvalor ético de los motivos de actuación del infractor, las condiciones personales del sujeto o de la víctima, si han influido directamente en la comisión del delito, y la conducta del agente posterior al delito o bien durante el proceso penal mismo.

En la jurisprudencia norteamericana también se han planteado algunos criterios que pretenden actualizar el principio de proporcionalidad en el Derecho Penal, los que han servido para evaluar la constitucionalidad de leyes estatales que establecen penas para ciertos tipos de ilícitos, a partir de lo dispuesto en la Enmienda VIII. Así, la Corte Suprema de Estados Unidos (caso “Solem v. Helm”, de 1983) ha señalado que son criterios idóneos para juzgar la constitucionalidad de una norma punitiva, en primer lugar, el análisis concreto de la gravedad de la infracción en relación a la severidad de la pena impuesta; en segundo lugar, la comparación de ésta con otras penas impues-

⁵⁰ Fernández, 2010, p. 54.

⁵¹ Fernández, 2010, p. 66.

⁵² Fuentes, 2008, pp. 38-39.

tas por delitos de igual o mayor gravedad; y en tercer lugar, el estudio comparativo de las penas impuestas por el mismo ilícito en otras jurisdicciones estatales.⁵³

No obstante debe tenerse presente que la jurisprudencia más actual y posterior de la misma corte ha mediatizado estos criterios, dando una interpretación más restrictiva a la Enmienda VIII, concluyendo que sólo se produciría una infracción al principio de proporcionalidad en casos extremos, sin que se puedan definir *a priori* los criterios objetivos que permitan evaluar la infracción a dicho principio. Así, en dos casos relevantes del año 2003 (casos “Ewing v. California” y “Lockyer, Attorney General of California v. Andrade”), el Tribunal Supremo rechazó impugnaciones a leyes estatales sobre la base del principio de proporcionalidad, resolviendo que ello tiene un carácter excepcional, siendo la regla general un respeto irrestricto a la decisión legislativa estatal.⁵⁴

Como se puede observar, el principio de proporcionalidad puede ser un elemento relevante para determinar la sanción que corresponde aplicar frente a una conducta ilícita, actuando tanto en la fase de configuración normativa del ilícito y de la pena, como en la aplicación judicial que se haga de ésta. En este sentido, el principio de proporcionalidad opera en dos estadios distintos, siendo en el primero de ellos -en la fase legislativa-, mucho más controvertido, atendido la relevancia que tiene el principio de libertad de configuración normativa que tiene el legislador en un Estado democrático,⁵⁵ lo que se contrapondría con un poder anulatorio amplio de la jurisdicción constitucional.⁵⁶ Ello es muy claro en la jurisprudencia norteamericana, como se acaba de ver, pero también en la jurisprudencia constitucional chilena, donde el Tribunal Constitucional, atendiendo al mismo principio, ha sido especialmente cuidadoso con el respeto de las potestades normativas del legislador nacional.⁵⁷

Pues bien, muchas de estas reflexiones propias del Derecho Penal pueden ser recibidas, *matizadamente* en el Derecho Administrativo sancionador, ya que más allá de las objeciones teóricas que podrían plantearse -algunas de las cuales comparto⁵⁸-, la amplia doctrina y jurisprudencia nacional, siguiendo en ello muy de cerca a la doctrina y jurisprudencia española, afirma categóricamente la aplicación de los principios de aquel en éste, *con matices*.⁵⁹ Así, en este ámbito, dirá repetidamente nuestro Excmo. Tribunal Constitucional, que “los principios inspiradores del orden penal deben aplicarse, por regla general y con matices, al Derecho Administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”.⁶⁰

⁵³ Castiñeira y Ragués, 2010, p. 268.

⁵⁴ Castiñeira y Ragués, 2010, pp. 274 y ss.

⁵⁵ García de Enterría y Fernández, 1996, tomo I, p. 117.

⁵⁶ Fernández, 2010, pp. 60-61.

⁵⁷ Entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1683-10, de 4 de enero de 2011.

⁵⁸ En este sentido, puede verse Parejo, 2014, pp. 12-15.

⁵⁹ Cordero, 2014, pp. 89-97.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2682-14, de 30 de octubre de 2014.

En este contexto, y ahora en el ámbito propiamente del Derecho Administrativo sancionador, es evidente que el principio de proporcionalidad también juega un rol clave en la configuración normativa de la potestad sancionadora, del ilícito y de la sanción, extendiéndose también, como en el Derecho Penal, a la aplicación que haga el órgano administrativo o judicial de la norma habilitante. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado recientemente, reiterando una jurisprudencia ya bastante asentada, que él “se ha pronunciado en numerosas oportunidades a favor del principio de proporcionalidad, especialmente en materia de sanciones o penas. Indicando que esa relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2°), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional (artículo 19, N° 3°)”.⁶¹

Ahora bien, lo anterior impone que el legislador nacional, al momento de regular unas sanciones administrativas, señale algunos criterios de gradación de éstas, haciendo efectiva la prohibición de exceso que está detrás del principio de proporcionalidad. Así el legislador podrá considerar la intencionalidad del infractor, la reiteración de la conducta irregular, los perjuicios causados o la reincidencia en la misma infracción, por nombrar algunos,⁶² para determinar la sanción correspondiente, siendo competencia del órgano administrativo o judicial precisar cada uno de ellos. Nuestro Tribunal Constitucional, precisamente, ha recogido este criterio doctrinal, señalando que “este tribunal asimismo ha valorado la garantía de que una ley clasifique las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos, además de establecer aquellos criterios o factores que la autoridad debe considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida (Rol N° 2264, considerandos 18° y 19°)”.⁶³ Esto no significa, evidentemente, que este tribunal imponga una obligación de gradación legal de las infracciones en cada materia, sino que reconoce al legislador esa opción u otras que impliquen una regulación de la potestad sancionadora que limite la natural discrecional que posee en este ámbito.

En este sentido, el legislador nacional, a menudo, incorpora en la regulación algunos elementos que permiten calificar la gravedad de la infracción administrativa, asignando sanciones distintas a conductas de distinta entidad, considerando también la concurrencia de distintas agravantes y atenuantes. Así ocurre, por ejemplo, en materia eléctrica, donde la Ley N° 18410, *que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (artículo 16), establece una gradación de las sanciones a imponer por la autoridad administrativa, sobre la base de una serie de circunstancias que permiten determinar la gravedad de la conducta irregular. De esta manera, la importancia del daño causado, el porcentaje de usuarios afectados, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción o la intencionalidad en la comisión de la infracción son

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2658-14, de 9 de octubre de 2014.

⁶² Vergara, 2004, p. 144.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2658-14, de 9 de octubre de 2014.

algunos de los elementos que el legislador incorpora en la regulación de la potestad sancionadora en este ámbito, haciendo efectivo el principio de proporcionalidad en la configuración normativa de ésta.

Ahora bien, como es evidente, en la mayoría de los casos, como el utilizado como ejemplo en el párrafo anterior, el legislador nacional no ha incorporado criterios estrictos para calificar unívocamente la gravedad de la conducta infractora y, por tanto, asignar la sanción correspondiente, sino que establece criterios generales que puedan recoger las distintas hipótesis que pudieran presentarse, dando un amplio campo de acción al órgano sancionador para calificar la conducta e imponer la sanción. Así será frecuente la utilización por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados de contenido variable, lo que exigirá una tarea de interpretación y aplicación por el órgano sancionador, lo que se concretará en la motivación o fundamentación de la decisión sancionadora. Precisamente, en este sentido, Cordero⁶⁴ señala que el principio de proporcionalidad cumplirá una función muy relevante, ya que actuará como un mecanismo de control de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos para estos efectos, ya que impondrá a éstos un deber de fundamentación de la decisión que excluya la arbitrariedad de la decisión adoptada.

En este marco, la Contraloría General de la República, por ejemplo, en varios de sus dictámenes⁶⁵ -principalmente en materia de responsabilidad disciplinaria- ha sostenido que la ponderación de los hechos y la determinación de la gravedad y grado de responsabilidad que en ellos cabe a los inculpados, son materias cuyo conocimiento corresponde primariamente a los órganos de la administración activa. Sin embargo, esta entidad de control podrá controlar la juridicidad de esta actividad administrativa, si del examen de los antecedentes revisados se aprecia alguna infracción al debido proceso, a la normativa legal o reglamentaria que regula la materia, o bien, si se observa la existencia de alguna decisión de carácter arbitrario. Es en este último punto donde aparece la proporcionalidad con el objeto de encauzar el ejercicio de la potestad sancionadora dentro de los márgenes de razonabilidad, impidiendo la arbitrariedad de la actuación administrativa.

En suma, como se puede observar, el principio de proporcionalidad en el ámbito sancionatorio opera -sin perjuicio de lo ya expuesto para la fase de configuración normativa de la conducta infractora y la sanción- con particular intensidad en la interpretación y aplicación de la norma sancionatoria, imponiendo al órgano sancionador un deber de fundamentación suficiente que descarte un uso arbitrario del poder sancionador, haciendo efectiva la prohibición de exceso que está detrás del principio en comento. Esto último será particularmente relevante en sectores con baja densidad normativa o escasa regulación legal, ya que la discrecionalidad atribuida al órgano decisor, junto con permitir un amplio campo de acción, le impondrá un mayor nivel de argumentación de la corrección de la decisión.

En este contexto, el principio de proporcionalidad en materia sancionadora

⁶⁴ Cordero, 2014, pp. 255-256.

⁶⁵ Ejemplos de ellos pueden citarse los Dictámenes N° 4767 y N° 65855, ambos de 2012.

opera como un instrumento muy útil para controlar la discrecionalidad de la potestad atribuida al órgano sancionador, evitando la arbitrariedad en el ejercicio de ésta. Así, proporcionalidad y razonabilidad se vincularán estrechamente, en la medida en que la aplicación de la regla de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto es finalmente un control de la motivación de la actuación administrativa, que impide las resoluciones arbitrarias o carentes de razón.

Lo anterior no implica, desde luego, suprimir o negar las potestades discrecionales que el ordenamiento jurídico atribuye al órgano sancionador, sino exigir la utilización correcta de éstas. Ello implica que el tribunal u órgano encargado de controlar el ejercicio de estas potestades, teniendo como uno de los instrumentos el principio de proporcionalidad, deberá analizar el razonamiento empleado por el órgano sancionador, evaluando su corrección, pero sin llegar a sustituirlo, ya que el ordenamiento precisamente asignó a éste la potestad sancionadora y no al órgano revisor. En otras palabras, el órgano revisor -que normalmente será un tribunal en nuestro derecho- tendrá facultades más limitadas para controlar la decisión sancionadora, no estando habilitado para aplicar la sanción que crea más conveniente, sino para evaluar la corrección del razonamiento seguido por el órgano sancionador en la resolución que impone la sanción.

Esto es consecuencia natural también de la atribución de potestades sancionadoras a órganos especializados, en los que precisamente el legislador valora los conocimientos técnicos y la experiencia regulatoria del órgano habilitado para calificar jurídicamente los hechos y aplicar las sanciones, dejando al tribunal un rol revisor que controle la utilización racional de las potestades asignadas. De este modo no parece razonable reconocer al órgano revisor la misma potestad que el órgano sancionador, ya que con ello se estaría vaciando de contenido la potestad discrecional de este último, opción que precisamente el legislador no adoptó.

VII. LOS ELEMENTOS O ESTÁNDARES QUE ESTABLECE EL DECRETO LEY N° 211 PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL TDLC CONFORME AL “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”

En el contexto descrito en el apartado anterior, es evidente que el ejercicio de toda potestad sancionadora debe ajustarse a los criterios ya revisados, en particular, a los estándares generales de proporcionalidad establecidos en el ordenamiento jurídico chileno. En este marco, la potestad establecida para el TDLC en los artículos 3° y 26 del DL 211 para imponer “medidas” también debe ajustarse a dichos parámetros, ya que si bien no es una potestad administrativa sancionadora clásica, en cuanto la ejerce un órgano que no forma parte de la administración del Estado,⁶⁶ su poder sancionador está

⁶⁶ En este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2381-12, de 20 de agosto de 2013.

configurado con similares características, pero bajo un modelo institucional diferente.

En efecto, como se sabe, la regla general en nuestro derecho es que la potestad sancionadora sea asignada a órganos que forman parte de la administración del Estado, siendo excepcional su atribución a un órgano judicial.⁶⁷ En este caso, como también en otros que contempla nuestro ordenamiento jurídico, el legislador optó por atribuir esta potestad sancionadora a este órgano judicial especial -con características, por cierto, más propias de una agencia estatal o una administración independiente-, el que actúa previo requerimiento de la FNE. Así la potestad sancionadora del TDLC se construye como una especie de contencioso administrativo de represión -en la terminología francesa⁶⁸-, que rodeada de garantías procedimentales más exigentes, junto con resolver la controversia jurídica sometida a su decisión, puede imponer sanciones o “medidas” a las personas que han participado en una conducta antijurídica.

En este marco, una primera cuestión a dilucidar es si la configuración normativa de la potestad sancionadora, en este caso en concreto, satisface las exigencias que impone el principio de proporcionalidad en este estadio, es decir si éste cumple con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que proclama la doctrina como elementos que integran este principio.

Para ello es necesario analizar lo dispuesto en los artículos 3° y 26 del DL 211, los que precisamente establecen las conductas ilícitas y las medidas que puede imponer el TDLC, disponiendo para el caso de las multas algunos parámetros inexcusables de considerar para el ejercicio de la potestad sancionadora por el tribunal, como son, el beneficio económico obtenido por el infractor, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación. Estos criterios o elementos deben ser considerados obligatoriamente por el TDLC a la hora de definir las medidas precisas aplicables en la especie, sin perjuicio de poder considerar otros, como lo sugiere el tenor literal del inciso final del artículo 26 ya citado, pero en tal caso el tribunal deberá explicitar éstos y justificarlos razonablemente, ya que no aparecen enunciados expresamente por el legislador. En todo caso, estos nuevos criterios o elementos que considere el tribunal en un caso concreto, no pueden sustituir ni eliminar los establecidos por el legislador, ya que éste los enuncia como elementos adicionales y no reemplazables por decisión del TDLC.

Pues bien, la regulación así establecida debe ser contrastada con las reglas o elementos que la doctrina y jurisprudencia más citada señala como propios del principio de proporcionalidad. Es decir, se debe evaluar la finalidad legítima de la regulación legal, su idoneidad para satisfacer aquella, la necesidad de establecer estas medidas sancionatorias para cumplir los objetivos que dispone la ley y que no hay otras medidas menos gravosas o restrictivas de los derechos de las personas y, en fin, que exista un adecuado balance o ponderación entre medios y fines, sin que el sacrificio de ciertos derechos sea extremadamente desequilibrado en relación a aquellos.

⁶⁷ Cordero, 2014, pp. 26-27.

⁶⁸ Chapus, 2001, pp. 236-237.

Como bien señala la doctrina, el análisis constitucional en abstracto de los dos primeros elementos o criterios, idoneidad y necesidad, en general carecen de relevancia jurídica en el test constitucional que se genera con la aplicación del principio de proporcionalidad.⁶⁹ Ello es así, por un lado, porque la evaluación en abstracto impide conocer los elementos empíricos que se requieren para un análisis de este tipo. Por otro lado, hay que tener presente que el examen constitucional de la idoneidad y necesidad es realizado, al momento de la elaboración de la norma, por el legislador, siendo muy difícil que éste señale expresamente una finalidad ilegítima al momento de crear la norma o que considere otros medios distintos para cumplirla, operación esta última, en todo caso, que descansa fundamentalmente en el legislador. De este modo, el análisis de la constitucionalidad de la norma legal, a la luz del principio de proporcionalidad, deberá centrarse en la ponderación o balance que realiza el legislador, lo que en este caso se realiza revisando la entidad y gravedad de las conductas y las sanciones establecidas para su represión.

En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre esta materia, señalando la plena constitucionalidad de la normativa dispuesta en el DL 211 en relación a la sanción de las conductas anticompetitivas, centrando su análisis precisamente en la configuración de las sanciones a aplicar por el TDLC. En efecto, el alto tribunal ha señalado “que, ciertamente, el principio de proporcionalidad encuentra espacio y recibe atención en el Decreto Ley N° 211, en lo relativo a la punición de las conductas anticompetitivas”; añadiendo posteriormente que “...al dictarse el Decreto Ley N° 211 y sus modificaciones no fue exigible, ni actualmente aparece como absolutamente necesario, que el legislador divida las sanciones según se trate de ilícitos que ponen en riesgo o de ilícitos que quebrantan la libre competencia, para asignarle a cada categoría una escala específica con diferente cuantía o severidad. Menos cuando no está demostrado que ambos injustos envuelvan de suyo una distinta gravedad”. Además, como señala el Tribunal Constitucional, “aparece suficiente que el citado Decreto Ley N° 211 garantice que la aplicación de las sanciones le corresponde a un órgano jurisdiccional, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (artículo 5°), que además reviste las características de ser colegiado, de excelencia y especializado (artículo 6°). A lo que se suma que a los sancionados por dicho tribunal se les abre la posibilidad de entablar un recurso de reclamación para ante la misma Corte Suprema (artículo 27)”,⁷⁰

Como se puede observar, para el Tribunal Constitucional, la consideración de criterios objetivos y subjetivos en la determinación de las “medidas” o sanciones que puede aplicar el TDLC en el caso de infracciones a la legislación antimonopolios implica una utilización razonable del principio de proporcionalidad en la configuración normativa del ilícito y sus sanciones, lo que impide tachar de arbitraria o excesiva esta opción legislativa. Además, a ello se suma la existencia de una serie de garantías orgánicas y procedimentales para la aplicación de las sanciones, en particu-

⁶⁹ Fernández, 2010, p. 85.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2658-14, de 9 de octubre de 2014.

lar, que la sanción sea producto de un proceso judicial ante un tribunal independiente e imparcial, lo que implica una protección reforzada de los derechos particulares frente a la actividad estatal.

Este criterio jurisprudencial es consistente con lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia comparada, en que, como ya se revisó, se reconoce una amplia libertad de configuración normativa al legislador democrático, imponiéndole sólo algunas restricciones específicas que impiden calificar de excesiva la opción normativa seguida. De este modo, la inexistencia de una vulneración del principio de igualdad ante la ley, la consideración de elementos objetivos y subjetivos que califiquen y determinen la gravedad de la conducta y la existencia de una gradación en las conductas infractoras y las sanciones, son elementos relevantes para declarar la conformidad constitucional de la disposición legislativa en comento.

Cuestión distinta, y ya en un plano judicial, es si el TDLC en la aplicación del referido precepto legal, actúa conforme al principio de proporcionalidad en la calificación de la conducta y en la determinación y aplicación de la sanción específica. Así lo medular en este estadio es determinar en abstracto, sin entrar aún en el caso concreto, si los criterios que debe seguir el TDLC en esta materia son consistentes con el ordenamiento jurídico, sobre la base de los principios y reglas constitucionales generales establecidos.

En este sentido, y haciendo una primera aproximación al tema, parece claro que el respeto del principio de proporcionalidad por el órgano sancionador debe partir por seguir las pautas establecidas en la propia ley, ya que ellas contienen el principio en comento, además de la obligación de sujeción al principio de juridicidad. Así, las sentencias del TDLC deberán contener una enunciación clara de cada uno de los elementos o criterios establecidos por el legislador en esta materia, ya que ellos condicionan o determinan el contenido mismo de la sanción.⁷¹ De este modo, no bastará con una cita o enunciación general de los criterios contenidos en la ley, sino una evaluación de ellos, ya que sólo ello dejará en evidencia la utilización de los mismos por el tribunal.

Ahora bien, para hacer efectivo lo señalado en el párrafo anterior, es indudable que es necesario exigir al TDLC una motivación suficiente que dé cuenta precisamente de la utilización de los criterios legales expuestos, ya que ello dará una respuesta razonada en el caso sometido a su decisión, excluyendo una posible arbitrariedad en ésta. Además, dicha motivación cumplirá con la carga de argumentación que implica la utilización del principio⁷², justificando el contenido de lo resuelto en el desarrollo de las consideraciones de hecho, derecho y económicas en que se funda la sentencia, particularmente en lo relativo a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

Nuestro Excmo. Tribunal Constitucional es consistente con esta opinión, señalando que “la observancia práctica del principio de proporcionalidad conlleva una lógica ponderación de todas las diversas circunstancias concurrentes en un caso, lo

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2658-14, de 9 de octubre de 2014.

⁷² Zúñiga, 2010, p.260.

que ha de evidenciarse en la motivación de la sanción. Por ello -agrega el tribunal-, la ley requiere que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pronuncie sus veredictos de manera fundada (artículo 26, inciso primero), descartando así cualquier idea de poder irrestricto e ilimitado, abierto a la arbitrariedad, como quiera que al ejercer su innata discrecionalidad, esto es al juzgar y en la disyuntiva de adjudicar una específica sanción, necesariamente habrá de discernir retribuyendo lo suyo a cada cual, conforme a parámetros elementales de justicia y equidad”.

En términos muy similares se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, y así lo trae a colación el propio Tribunal Constitucional, al señalar que “como ha sostenido esta corte en anteriores fallos (Rol N° 2339-08), el desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobretodo, considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de manera tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos”.⁷³

En suma, es en la motivación de la sentencia del TDLC donde puede encontrarse la satisfacción plena del principio de proporcionalidad, ya que es en aquella donde deberán encontrarse desarrollados los argumentos que permiten justificar la racionalidad de la determinación precisa de la sanción que impondrá el órgano judicial en un caso concreto, sobre la base de los criterios objetivos y subjetivos señalados en la propia ley.

Lo anterior implica, desde luego, al igual que en otros casos de asignación de potestades discrecionales sancionatorias, como ya se señaló, reconocer al TDLC un ámbito de acción o flexibilidad en el ejercicio de aquellas, en el marco, claro está, de las disposiciones legales vigentes. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional se preocupa de calificar estas potestades como discrecionales, reconociendo al TDLC una competencia amplia en esta materia, consistente con el diseño legislativo propuesto.⁷⁴

Ello implica necesariamente una configuración precisa de las potestades revisoras que tiene en esta materia la Excma. Corte Suprema, ya que no se le asigna a ésta la potestad sancionadora en esta materia, sino el control de su correcta utilización por el TDLC, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico. Así, la Corte Suprema, utilizando el principio de proporcionalidad como método de interpretación y test constitucional, deberá evaluar la racionalidad de la argumentación desarrollada por el TDLC en un caso concreto, en relación a la configuración de la infracción, las circunstancias de la misma y la afectación de la libre competencia en los mercados, poniendo ello en relación con la determinación y aplicación de las “medidas” o sanciones que establece la ley y el cumplimiento efectivo del mandato legal de defender y promover la competencia.

En este sentido, a mi juicio y en contra de lo sostenido por algunos de los ministros de la Corte Suprema en alguna oportunidad, el control que ejerce la Corte

⁷³ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5937-2008, de 29 de diciembre de 2008.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2658-14, de 9 de octubre de 2014.

Suprema en estas materias, en virtud del recurso de reclamación, no es el de una revisión completa de los hechos y el derecho aplicado en el caso, como si se tratara de una apelación ordinaria, sino el de un control estricto de la argumentación empleada por el TDLC, sobre la base de la racionalidad y proporcionalidad exigida a éste. Ello explica, precisamente, que la Excma. Corte, al contrario de lo que ocurre en los recursos de apelación, a menudo no desarrolle una argumentación agotadora de los hechos, la calificación jurídica de los mismos y, en especial, de la valoración circunstanciada de los criterios objetivos y subjetivos que justifican la sanción o medida impuesta por el TDLC, sino una revisión de la racionalidad de éstos, criterio que determina en último término la conformidad o no a derecho de la resolución dictada por éste.⁷⁵

VIII. LA APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES QUE ESTABLECE EL DECRETO LEY N° 211 EN EL CASO DE REFERENCIA

Teniendo claro ya el marco teórico general, corresponde analizar ahora la forma como el TDLC, en su sentencia de 25 de septiembre de 2014, Rol C-236-11, satisfizo las exigencias establecidas en la ley, las que configuran el principio de proporcionalidad en esta materia. Es decir, de lo que se trata, es de hacer el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, aplicado a un caso concreto.

Así, la evaluación de la idoneidad y necesidad de la aplicación de las normas legales aludidas (artículos 3° y 26 del DL 211) en este caso concreto sólo se puede realizar a partir de los hechos establecidos en la sentencia. De este modo, afirmado que en este caso se encuentra probado una colusión entre Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada, en el marco de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., es evidente que el criterio o regla de la idoneidad se satisface íntegramente, ya que las medidas adoptadas por el tribunal tienen precisamente por finalidad reprimir conductas atentatorias contra la libre competencia, tal como lo establece el legislador en el artículo 3° del DL 211. Así se cumple con el objetivo represor que contempla la norma, lo que debería redundar en un mayor respeto y promoción de la libre competencia por parte de los agentes del mercado.

Por otro lado, en cuanto al criterio o regla de necesidad, es indudable que la aplicación de las medidas establecidas en el artículo 26 del DL 211 son consideradas por el legislador como los instrumentos adecuados para cumplir con las finalidades que fija la ley, particularmente con el objetivo que se le encomienda al tribunal de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados (artículos 1° y 2° del DL 211), no habiendo racionalmente otro medio disponible que permita satisfacer éstas en los mismos términos. Así la opción del tribunal por las medidas específicas de disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. y multas a

⁷⁵ En este sentido, puede verse, entre otras, Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 19806-2014, de 29 de enero de 2015.

las empresas involucradas parecen ser medios idóneos atendida la gravedad de las conductas juzgadas, sin que se avizore la existencia de otros medios alternativos más eficaces y menos gravosos para los infractores. Aún más, en el caso de la medida de disolución de la APA establecida por el TDLC en su sentencia, ello parece ser una respuesta consistente con el objetivo de promover efectivamente la competencia en este mercado, operando así esta medida más que como una respuesta represora a la infracción cometida -como sería la imposición de una multa, lo que precisamente el TDLC no realiza-, como una medida correctiva y facilitadora de la libre competencia en el mercado afectado por la conducta.

Además, la medida de disolución adoptada por el TDLC es consistente con los objetivos impuestos por la regulación general para las asociaciones gremiales en nuestro derecho, donde la contravención de sus fines institucionales lleva aparejada precisamente esa medida. Así el artículo 18 N° 2, letra c establece precisamente como causal de disolución de una asociación gremial, aplicable por el Ministerio de Economía, “el incumplimiento grave de las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias”, conducta que precisamente queda establecida inequívocamente en este caso.

Por último, en relación al elemento de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir al balance o ponderación correcta de medios y fines, la cuestión es más compleja. Desde luego este punto exige un análisis más fino de la resolución del TDLC, sometiéndola a una evaluación general respecto de la racionalidad de las medidas adoptadas, como a un análisis de la aplicación que hace el TDLC de los criterios objetivos y subjetivos establecidos de manera obligatoria en el artículo 26 del DL 211.

Esto último pareciera ser, sin duda, lo más relevante y controvertido en este caso, y a ello apuntan las empresas y la asociación gremial al impugnar la sentencia del TDLC para ante la Corte Suprema, acusando una transgresión del principio de proporcionalidad por aquel. Esta transgresión se produciría, según las empresas, como ya se dijo, en la determinación de las multas impuestas a cada una de éstas, en particular por la falta de fundamentación suficiente para establecer el beneficio económico obtenido por cada una de las empresas, como criterio legal relevante para el establecimiento de aquellas.

Por su parte, la FNE en su reclamación objeta que se vulnera el principio de proporcionalidad al aplicar a la empresa Don Pollo una regla extra legal y un criterio arbitrario al imponer una multa menor, siendo que concurren en su caso las mismas circunstancias de configuración y participación en la infracción anticompetitiva, así como de la afectación del bien jurídico de libre competencia.

Pues bien, si se lee la sentencia dictada por el TDLC en esta materia, es claro que existe en el tribunal una preocupación especial por fundamentar la decisión a adoptar, describiendo, analizando y razonando de manera detallada y completa los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que configuran la infracción denunciada, así como una serie de elementos circunstanciales que dan cuenta de la participación de cada una de las empresas requeridas, los acuerdos anticompetitivos y la extensión geográfica y temporal de su conducta irregular y atentatorio contra la libre competencia en el mercado de la carne de pollo. En particular, el fallo en sus considerandos 346 al 361 se dedica a explicar en específico la aplicación de cada uno de los criterios señalados en el artículo 26 del DL 211, y cómo ellos concurren en la

determinación de las multas impuestas para cada una de las empresas. Así, satisfaciendo precisamente el parámetro de constitucionalidad establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 9 de octubre de 2014 (Rol N° 2658-14), el TDLC revisa cada uno de los criterios o elementos establecidos por la ley para la determinación de las multas, teniendo presente además las circunstancias concretas que concurren en este caso y la gravedad de las conductas establecidas fehacientemente por el tribunal a lo largo del proceso.

De este modo, es evidente que la sentencia dictada en este caso por el TDLC no adolece de falta de fundamentación en la determinación de las conductas irregulares, la calificación de las mismas y la definición específica de las medidas de multas aplicadas a las empresas, como pareciera sugerirlo una de las empresas que impugna el fallo, sino que en realidad lo que ocurre es que los fundamentos expuestos en la sentencia no son compartidos por las empresas afectadas.

Ahora bien, ¿cuáles son los fundamentos expuestos por el TDLC en este caso y cómo ellos se conforman con las exigencias que impone el principio de proporcionalidad?

Como ya se ha señalado, el DL 211 considera cuatro criterios específicos que el TDLC está obligado a aplicar para la determinación del monto de las multas a aplicar: a) gravedad de la conducta; b) reincidencia; c) colaboración eficaz, y d) beneficio económico obtenido por el infractor. A ellos podrían añadirse, como ya se señaló, otros criterios o elementos que el TDLC considere relevantes en un caso determinado, los que deberá justificar especialmente, y sin que ello implique una eliminación o sustitución de los criterios legales antes señalados.

Respecto del primero de los mencionados, la gravedad de la conducta infractora, el TDLC estima que, en este caso, en consonancia con la jurisprudencia reiterada de la Excma. Corte Suprema, estamos ante una conducta de la mayor gravedad dentro de la regulación de la libre competencia, afirmación que funda en tres consideraciones distintas.

En primer lugar, porque la conducta a sancionar es la colusión entre las empresas involucradas, ilícito que tradicionalmente este tribunal y la Corte Suprema estiman como de la mayor gravedad en el ámbito de la libre competencia (considerando 347),⁷⁶ conclusión que esta última se ha encargado de ratificar recientemente⁷⁷. Ello es consistente, por lo demás, con el propio diseño legislativo de las sanciones, donde a la colusión se le establece un límite superior (30.000 UTA) como sanción máxima a aplicar.

En este sentido, la sentencia del TDLC se dedica en múltiples considerandos a analizar si concurren los elementos que configuran la infracción y dan cuenta del daño a la libre competencia, como la existencia de un acuerdo entre competidores (considerandos 132°, 137° y 145°); el poder de mercado de las empresas avícolas en la producción y comercialización de pollo en el país, que le confieren al acuerdo

⁷⁶ En el mismo sentido, Tapia, 2013, p. 83.

⁷⁷ Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 19806-2014, de 29 de enero de 2015.

imputado la aptitud objetiva para afectar la libre competencia (considerandos 46° y 216); el objeto que tuvo el cartel, en particular, su propósito de afectar la cantidad de pollo a producir, lo que se expresa en la limitación y asignación de cuotas de producción de carne de pollo destinadas al mercado nacional (considerandos 136° y 149°); su extensión a otros aspectos de mercado, como la coordinación para la rotulación del porcentaje de marinado, lo que tuvo como efecto limitar la capacidad de los consumidores de diferenciar el pollo (considerandos 332° a 339°); el intercambio de información estratégica y sensible, como listas de precios, costos entre otras materias (considerandos 340° a 343°); en fin, la compra coordinada de competidores, para luego proceder a su dilución (considerandos 320 a 331).

Una segunda consideración que señala el TDLC para calificar la gravedad de la conducta infractora es la extensión temporal del ilícito, cifrándolo en 17 años, periodo en el que se les hizo un grave daño a la libre competencia y a los consumidores. Para ello el TDLC hizo un relato detallado de los antecedentes que tuvo a la vista para tener por acreditado el cartel de más larga data en nuestro país (considerandos 42°, 133°, 225°, 246°, 297°, 300° y 306°).

Por último, una tercera consideración que tiene en cuenta el TDLC es que la conducta ilícita se fraguó y ejecutó en el seno de una organización gremial (la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.), con la participación de los máximos ejecutivos de las empresas involucradas, lo que implica una desnaturalización de esta institucionalidad. Como ya se señaló esto configura una causal expresa de disolución por la autoridad competente, lo que ya da cuenta de la gravedad de la misma y su antijuridicidad en el ordenamiento jurídico chileno.

Cabe indicar que los elementos y circunstancias que el TDLC consideró en esta sentencia para concluir que el cartel del mercado avícola acreditado en esta causa reviste la mayor gravedad en nuestro ordenamiento, es consistente con la fundamentación de los criterios utilizados por el mismo tribunal en el denominado “Caso Farmacias”, evento en el que precisamente se impusieron por el TDLC las multas máximas que establecía el DL 211 a esa fecha (20.000 UTA). Este criterio fue ratificado en su oportunidad por la Excma. Corte Suprema, la que en el considerando 90° de su sentencia acogió la “gravedad de la conducta” imputada, teniendo como elementos (i) la naturaleza del ilícito; (ii) el tipo de mercado afectado; (iii) la importancia relativa a la naturaleza de los productos vendidos a un precio mayor; (iv) la extensión del daño causado.

El conjunto de los elementos antes mencionados y que se encuentran claramente presentes también en el cartel avícola de que trata este caso, configura, a juicio del TDLC, la calificación de máxima gravedad de la conducta ilícita atribuida a las empresas en este caso, lo que parece consistente con la práctica judicial en este ámbito y la calidad y entidad de los antecedentes tenidos a la vista. En este sentido, la determinación de la multa a aplicar a las empresas, en este caso, debe partir de la calificación de la conducta como de la mayor gravedad, lo que condiciona inmediatamente el monto de aquella.

Por otro lado, en cuanto al criterio del beneficio económico obtenido por las empresas con la práctica de las conductas ilícitas, el TDLC realiza un esfuerzo por determinar éste (considerandos 350° al 357°), siguiendo parcialmente uno de los

estudios acompañados en el proceso (considerando 350°). Determinar el beneficio económico obtenido por los infractores a las reglas de la libre competencia es siempre una cuestión compleja, como lo indica la literatura de referencia.⁷⁸ Aún más, es probable que en la mayoría de los casos que se presenten al tribunal sea imposible determinar con precisión el beneficio económico obtenido por las empresas que participan de la conducta anticompetitiva, ya sea por falta de información completa, ya por las dificultades teóricas que supone realizar un cálculo de este tipo. No obstante, en este caso existe prueba del resultado concreto de afectación del mercado dada la restricción de la producción y la estabilidad de las participaciones de mercado de cada una de las empresas, lo que le permite obtener un aumento de los beneficios, al no tener que competir y esforzarse por mejores precios y calidad de los productos, con el consiguiente daño a los consumidores.

En este contexto, el TDLC en este caso, aun considerando las dificultades que tiene reconstruir hipotéticamente un mercado ideal en este campo sin colusión, dada la extensión temporal en que se desarrolló la conducta ilícita, analizó el informe técnico acompañado al proceso por la FNE, denominado “Estimación de los daños económicos generados por la colusión en la industria de pollo en Chile”, que utilizando un cálculo muy conservador determinó un sobreprecio estimado del producto en cuestión del 14%, solo entre los años 2008 y 2010. Esto da como resultado, como lo indica el informe, un beneficio económico para cada una de las empresas involucradas que supera en muchas veces el monto máximo de la multa establecido por la ley, como lo reconoce el propio TDLC en la sentencia en comento (considerandos 353° y 354°).

Lo anterior permite sostener al TDLC, asumiendo diversos escenarios posibles, que basta considerar que hubo un sobreprecio del 3% durante todo el período de colusión, para concluir que la empresa Agrosuper se vio beneficiada en la práctica con cerca de ocho veces el monto de la multa máxima establecida por la ley (30.000 Unidades Tributarias Anuales), la empresa Ariztía con cuatro veces y Don Pollo con un monto muy cercano a la multa máxima fijada por la ley. Ello lleva al TDLC a imponer a las dos primeras empresas, Agrosuper y Ariztía, como multa, el máximo permitido por la ley, lo que implica, como es obvio, un beneficio para las empresas, ya que el monto de la multa es inferior al probable beneficio económico obtenido por su conducta antijurídica, lo que, sin embargo, viene impuesto por la ley.

Sin embargo, el TDLC en su sentencia, luego de dejar establecido los elementos antes enunciados, incorpora en el análisis un criterio extralegal, como es el nivel total de ingresos obtenidos por las empresas avícolas ya mencionadas en el último año de comisión de la conducta. Ello permite al tribunal llegar a un valor estimado como límite máximo del beneficio económico del 10% del volumen total de los negocios de la compañía, cifra que incluso es menor a la fijada en otros ordenamientos de referencia⁷⁹, lo que sin embargo también lleva a determinar una multa por el máximo legal a las empresas Agrosuper y Ariztía. No obstante, el TDLC, y sobre

⁷⁸ Tapia, 2013, pp. 78-81.

⁷⁹ Tapia, 2013, pp. 84-85.

la base de considerar la capacidad de pago de las empresas, en el caso de la empresa Agrícola Don Pollo Limitada, llega a un valor inferior al obtenido con las fórmulas técnicas antes referidas, la que en vez de recibir una sanción de 30.000 UTA, como sería lo consistente con el beneficio obtenido por la colusión, es multada sólo con 12.000 UTA (considerando 356°), lo que constituye una rebaja sustancial en la multa asignada.

Este último es probablemente el razonamiento más controvertido de la sentencia del TDLC, ya que incorpora elementos no fundamentados suficientemente en la misma sentencia, sin base legal expresa y, aparentemente, sin estudios técnicos que respalden esta opción. Aquí claramente el TDLC rompe la ponderación o balance de costos y beneficios que exige el principio de proporcionalidad en sentido estricto, ya que no incorpora en la sentencia las razones que justifican esta decisión, más allá de una mención genérica a dos criterios extralegales.

Esta opción seguida por el tribunal, desde luego, es muy compleja, ya que aplica una sanción distinta a una empresa que participó en las mismas condiciones que las otras en la conformación del cartel que afectó la libre competencia en este mercado alimenticio. Ello es contrario a lo que ha sostenido la Excma. Corte Suprema en otros casos anteriores, en que precisamente, partir de la participación homogénea de los actores de mercado en la conducta de colusión, se impuso una multa equivalente, sin considerar su capacidad de pago o su participación en el mercado de referencia.⁸⁰

De este modo, parece evidente que el TDLC en el caso de la empresa Agrícola Don Pollo Limitada, incorpora como criterio para la determinación de la multa, elementos que no reconoce estrictamente la ley, sin justificar suficientemente la opción tomada y yendo en contra de los precedentes seguidos por el mismo y por la Excma. Corte Suprema. Así lo razonable en este caso debería haber sido imponer a esta empresa la misma sanción aplicada a las otras empresas involucradas (30.000 UTA), ya que su participación en la actividad ilícita es idéntica, como ha quedado establecido de los fundamentos de la sentencia del TDLC.

No obstante, se podría plantear como hipótesis una posible ruptura del principio de proporcionalidad, si se aplicara a la empresa Agrícola Don Pollo la misma multa que la aplicada a las otras dos empresas coludidas, atendido los tamaños relativos de cada una y su participación de mercado. Sin embargo, ello no es así, ya que, por un lado, estos elementos carecen de relevancia jurídica para determinar la sanción, como lo ha dejado establecido la propia Excma. Corte Suprema en casos anteriores, como ya se indicó; y, por otro, porque esas circunstancias fueron determinadas por las propias empresas, las que fijaron precisamente sus participaciones de mercado en sus acuerdos ilícitos.

Así, la ruptura del principio de proporcionalidad se produce, precisamente, por la rebaja considerable de la sanción a una de las empresas infractoras, y no por su aplicación pareja, ya que, finalmente, Don Pollo se ve beneficiado de su propio comportamiento doloso.

⁸⁰ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 2578-2012, de 7 de septiembre de 2012.

Una situación también algo anómala se produce con la exclusión de medida de multa para la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., sobre la base de la medida de disolución de ésta dispuesta en la misma sentencia (considerandos 360° y 361°). Esto tampoco aparece suficientemente fundamentado en la sentencia en comentario, ya que de lo dispuesto en el artículo 26 del DL 211 no es posible colegir la exclusión de las multas establecidas en la letra c del mismo artículo, por la aplicación de la medida de disolución señalada en la letra b de éste.

Lo anterior es más evidente, si se considera que, como ya se indicó, la disolución es una medida más bien correctiva y preventiva en este ámbito, y no represiva, como lo es la multa, lo que permite sólo restablecer las condiciones de competencia en el mercado afectado por la conducta. Así, la medida de multa es la verdadera sanción disponible para la APA, la que al no ser aplicada en este caso, implica una ruptura con la racionalidad establecida por la ley en esta materia.

En estos dos casos -rebaja de multa a Don Pollo y exención de multa para APA-, el TDLC no satisface plenamente las exigencias que le impone el principio de proporcionalidad en esta materia, ya que no hay fundamentación suficiente que respalde las decisiones adoptadas. Así, en estos casos, el TDLC actuó con un cierto grado de arbitrariedad, al carecer de razones suficientes que respalden las opciones resolutivas adoptadas, más allá de consideraciones generales de mercado, las que no aparecen claramente explicitadas en el fallo ni establecidas en la ley.

IX. CONCLUSIONES FINALES

De todo lo antes expuesto, en mi opinión, es posible extraer algunas conclusiones que pueden ser relevantes en este caso:

- El principio de proporcionalidad es un instrumento que surge en el derecho alemán como una limitación a las medidas de policía que restringían las libertades de los ciudadanos, pero cuya aplicación más contemporánea se extiende a todo el Derecho Público como una prohibición de exceso de las decisiones de las autoridades públicas.
- El principio de proporcionalidad, en su versión más actual, supone someter a las normas y decisiones públicas a un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, elementos o reglas que la doctrina reconoce como tres componentes necesarios de la corrección de la decisión pública.
- Este principio de proporcionalidad, en el ámbito de las sanciones administrativas, tiene una especial aplicación en el balance o ponderación de los costos y beneficios de la decisión pública, lo que se expresa en un control de la configuración normativa de la potestad sancionadora y en la razonabilidad de la decisión pública específica.

- Tratándose del TDLC, el principio de proporcionalidad se expresa, por un lado, en la incorporación por el legislador en el DL 211 de los elementos o criterios que permiten graduar el ejercicio de su potestad sancionadora y, por otro, en la aplicación que hace el tribunal, en un caso específico, de estos mismos criterios. Esto se concreta en la fundamentación de la sentencia del tribunal, en la que se deben contener las razones que explican el juego de los criterios legales en la resolución de un caso y, en particular, en la determinación de las medidas o sanciones que establece la ley.
- La opción del TDLC en la sentencia N° 139-2014, por la que impone las medidas específicas de disolución de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. y multas máximas a las empresas Agrosuper y Ariztía son consistentes con el principio de proporcionalidad que subyace a la ley, y parecen ser medios idóneos atendida la gravedad de las conductas juzgadas, sin que se avizore la existencia de otros medios alternativos más eficaces y menos gravosos para los infractores.
- No obstante lo anterior, esta misma sentencia presenta algunas deficiencias, en lo relacionado con la multa impuesta a la empresa Agrícola Don Pollo Limitada y a la eximición de multa a la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., decisiones estas últimas que se basan en consideraciones generales, no suficientemente fundamentadas y basadas en criterios no establecidos en la regulación legal vigente.

EFFECTOS PROCESALES DEL EXTRAVÍO O DESTRUCCIÓN DE ESPECIES INCAUTADAS EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE ATENTADOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA

Jorge Bofill Genzsch*

I. INTRODUCCIÓN

a) Antecedentes tenidos a la vista

- Resolución Exenta N° 180, de fecha 31 de marzo de 2010, titulada “Aprueba Procedimiento Relativo a Entrada, Registro e Incautación de Objetos y Documentos, en Recintos Públicos o Privados que permitan acreditar la existencia de eventuales colusiones”, emitida por la Fiscalía Nacional Económica.
- Resolución de fecha 28 de diciembre de 2010, dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante la cual concedió la aprobación previa consagrada en el artículo 39 letra n) del Decreto Ley 211.
- Solicitud de autorización judicial para el uso de la facultad prevista en el artículo 39 letra n) del Decreto Ley N° 211, presentada ante un ministro de Corte de Apelaciones de Santiago, por el Sr. Fiscal Nacional Económico don Felipe Irrarázabal Philippi.
- Autorización judicial de fecha 4 de enero de 2011, dictada en causa NIC 2750-2010 por el Ilmo. ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Juan Eduardo Fuentes Belmar.
- Resolución Exenta N° 8 de fecha 10 de enero de 2011, suscrita por el Fiscal Nacional Económico (S), don Jaime Barahona Urzúa.
- Informe N° 232, de fecha 18 de enero de 2011, emitido por el Departamento de Investigación de Organizaciones Criminales OS-9 de Carabineros de Chile, con sus respectivos anexos complementarios.
- Copia de “Rótulo y Formulario Único de Cadena de Custodia” de NUE 757957, y de sus respectivos anexos.
- Solicitud de don José Miguel Ovalle Garcés, representante de la Asociación de Productores Avícolas de Chile, presentada ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 19 de enero de 2012, en la que solicitó la

* Abogado. Doctor en Derecho, Friedrich-Alexander Universität, Erlangen-Nürnberg, Alemania. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Procesal Penal, Universidad de Chile.

devolución de las especies incautadas.

- Resolución de fecha 7 de agosto de 2012, dictada por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa NIC 2440-2012, que ordenó la devolución de las especies incautadas.
- Certificados emitidos por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, suscritos por la señora secretaria doña Carolina Horn Küpfer, de fechas 22 de marzo y 1 de abril, ambos de 2013, en causa ROL 236-2011.
- Escrito presentado por el abogado don Felipe Vial Claro ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 14 de marzo de 2013.

b) Contexto

Con ocasión de la investigación Rol N° 1752-10, iniciada por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”) en contra de Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada, y la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. (en adelante “APA”), y de conformidad a la regulación prevista en el artículo 39 letra n) del Decreto Ley N° 211 (en adelante “DL 211”), con fecha 27 de diciembre de 2010, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) y, posteriormente, con fecha 31 de diciembre de 2010, el Sr. ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Juan Eduardo Fuentes Belmar, autorizaron la práctica de las diligencias que a continuación detallo, con el objetivo de investigar una posible colusión entre las sociedades individualizadas:

1. Entrada y registro del inmueble ubicado en calle Isidora Goyenechea N° 2939, oficina N° 701, Las Condes, utilizado por la APA, autorizándose allanamiento y descerrajamiento en caso de que fuese necesario, con el objetivo de registrar los documentos que en dicho lugar se encontraran, e incautar aquellos que sirvieran para acreditar las prácticas colusorias investigadas.
2. Registro e incautación de los computadores del presidente de la APA que se encontraran en el inmueble referido, con el objetivo de obtener copia de los discos duros y de los documentos que allí existieren.
3. Obtención de copias y respaldos de la correspondencia electrónica dirigida o enviada desde la APA, o dirigida o enviada por personas que se desempeñaran en ella y que se encontraran en los computadores antes referidos.

La autorización judicial dio origen a la diligencia efectuada por el Departamento de Investigación de Organizaciones Criminales (OS-9) de Carabineros de Chile, la que tuvo lugar con fecha 12 de enero de 2011, según consta en el informe N° 232 de fecha 18 de enero de 2011, suscrito por el teniente don Fernando Berna Zambrano y por el coronel don Carlos Hidalgo Mendoza.

Según atestigua la página 6 del informe policial recién citado, entre numerosas cadenas de custodia levantadas producto de la realización de las diligencias, se incautó “(...) *diferente documentación de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., detallada en el acta que se adjunta, existencia fijada fotográficamente y levantada en Cadena de Custodia NUE 757957*” (énfasis agregado). El acta al que hace referencia el informe señala, en su página 3, con letra manuscrita, que entre los documentos incautados se habría encontrado el siguiente documento: “*Informe APA y la Libre Competencia. Problemas detectados, fortalezas y recomendaciones, de 01/2010, rotulado confidencial*”. Es decir, dicho documento sería parte del contenido de la NUE 757957, según consta también en el numeral 10 del “*Anexo complementario del formulario de cadena de custodia grandes volúmenes*”, del rótulo y formulario único de cadena de custodia de fecha 12 de enero de 2011, suscrito por el funcionario policial don Emilio Farías Figueroa.

No obstante lo anterior, el “*Informe APA y la Libre Competencia. Problemas detectados, fortalezas y recomendaciones, de 01/2010, rotulado confidencial*” (en lo sucesivo, indistintamente, el “Informe”) no fue habido en la NUE 757957 y, por lo tanto, no fue incluido entre los documentos cuya devolución llevó a cabo la FNE a petición de los abogados de la APA ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, una vez concluida la investigación de la FNE.

c) **Contenido y objetivo del Informe**

Se ha solicitado mi opinión con respecto de las consecuencias procesales del eventual extravío o destrucción de uno de los documentos contenidos en la NUE 757957, en particular el aludido Informe. Se me ha pedido, particularmente, responder a la pregunta de si un eventual extravío o destrucción de una evidencia como la descrita daría lugar a una eventual exclusión probatoria por ilicitud en su obtención, y, en caso negativo, qué otra consecuencia procesal podría derivarse de tal supuesto extravío o destrucción.

Con tal propósito me referiré, en primer lugar, al marco normativo que rige la materia y, luego, analizaré los posibles efectos procesales del extravío o destrucción de una evidencia incautada. A tal efecto distinguiré diversas situaciones posibles: si se trata de una evidencia que se encuentra individualizada bajo una NUE que no contiene ninguna otra evidencia, o si se trata de una NUE que incluye más de un documento u objeto. A su vez, distinguiré los posibles efectos de la pérdida o destrucción de una evidencia en relación a una eventual discusión sobre la exclusión de una prueba o bien de las posibles consecuencias respecto de la valoración de la misma, ya sea de una copia de la propia evidencia original extraviada o destruida, o de la valoración del resto de la prueba no extraviada o destruida.

A la luz de las consideraciones anteriores, finalizaré respondiendo directamente las diversas interrogantes planteadas.

II. NORMATIVA APLICABLE

La regulación del procedimiento en materias de libre competencia no parece descansar sobre una concepción clara del legislador acerca de su naturaleza. En efecto, ya antes de la promulgación de la Ley N° 20.361 del año 2009, mediante la cual se introdujeron modificaciones orientadas a reforzar las facultades de la FNE, el DL 211 distinguía entre una fase de investigación a cargo de la FNE y una etapa o fase judicial ante el TDLC, la que puede iniciarse tanto por requerimiento de la Fiscalía como por demanda de un particular (artículo 20 DL 211). Dicha fase judicial se encuentra reglada en los artículos 20 a 28 DL 211 y, en lo no comprendido en estos, las normas supletorias son las de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil. La fase de investigación, en tanto, está regulada -en el artículo 39 DL 211- en función de las atribuciones y tareas de investigación y persecución de la FNE, de manera tal que sus actuaciones están concebidas como propias de un procedimiento administrativo sancionador. El contraste entre ambas aproximaciones a la regulación del procedimiento en materias de libre competencia resulta, así, manifiesto.

En lo que atañe a la cuestión que se me consulta, la concepción del legislador de la regulación de las actuaciones de investigación de la FNE como propias de un sistema sancionatorio es aún más evidente a partir de las modificaciones incorporadas en el año 2009, toda vez que tratándose de las facultades concedidas a la FNE en orden a solicitar y, en su caso, ejecutar las medidas intrusivas (artículo 39 n) DL 211), hay una remisión expresa al Código Procesal Penal (en adelante, indistintamente, “CPP”).

Más allá de lo obvias que puedan aparecer estas consideraciones previas, ellas constituyen el marco de referencia obligado en el contexto del cual debe llevarse a cabo el análisis materia de la consulta que se trata de responder.

De acuerdo a lo señalado, el procedimiento de obtención y manejo de evidencia en el contexto de un procedimiento de investigación relativo a eventuales atentados contra la libre competencia se encuentra regulado, por un lado, en el DL 211 y también, por remisión expresa, en el Código Procesal Penal. A continuación revisaré sucintamente las normas más relevantes de uno y otro cuerpo legal.

a) DL 211

En el DL 211 es el artículo 39 letra n) la disposición que reglamenta la procedencia de determinadas diligencias de investigación, tales como la entrada en recintos privados, el registro e incautación de objetos y documentos, la interceptación de comunicaciones y la obtención de copias y registros de comunicaciones transmitidas o recibidas a través de empresas que prestan servicios de comunicaciones. A esta clase de diligencias me referiré en lo sucesivo como “intrusivas”.

La característica común de todas estas diligencias radica en que ellas, por definición, suponen una afectación de garantías fundamentales. Eso explica que el legislador las someta a exigencias particularmente estrictas. Así, en el caso de los

procedimientos en materia de libre competencia, solamente proceden en el contexto de la investigación de conductas colusorias, exigiendo que se trate de casos graves y calificados; su régimen procesal exige que la petición sea fundada y, primero, aprobada por el TDLC y, luego, autorizada por un ministro de Corte de Apelaciones. A su vez, los requisitos y formalidades cuyo cumplimiento se debe examinar ante una solicitud de esta naturaleza son los que, respectivamente, exige el Código Procesal Penal para esta clase de diligencias de investigación. Así lo dispone expresamente el inciso 4° del artículo 39 letra n) DL 211:

Inciso 4°: “El ejercicio de las facultades conferidas en el párrafo primero, deberá sujetarse a los requisitos y formalidades establecidos en los artículos 205; 207; 208; 209, incisos primero, segundo y tercero, no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional para los efectos previstos en este último inciso; 210; 212 a 214, y 216 a 225, salvo el inciso tercero del artículo 222, del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado”.

En seguida, los incisos 6° y 7° del artículo 39 letra n) DL 211 regulan ciertas situaciones particulares vinculadas a la práctica de una o más diligencias de carácter intrusivo que resultan relevantes para la materia que se consulta. Ellos disponen lo siguiente:

Inciso 6°: “En caso de que la Fiscalía no cumpliera con alguno de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto, los afectados podrán reclamar ante el ministro de Corte de Apelaciones a que se refiere el párrafo primero, el que resolverá de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes”.

Inciso 7°: “Los resultados de las actuaciones establecidas en el párrafo primero, no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante el tribunal, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma señalada en el párrafo precedente, por el ministro de Corte de Apelaciones allí referido”.

Es decir, el inciso 4° regula el ejercicio de las facultades intrusivas realizando una remisión expresa al Código Procesal Penal, con ciertas salvedades; el inciso 6° reconoce al afectado el derecho a reclamar el incumplimiento de requisitos o formalidades previstas para las diligencias; y el inciso 7° establece una prohibición de utilización de la evidencia para el evento de que un ministro de Corte de Apelaciones declare que se actuó fuera de los supuestos previstos en la ley o no se cumplieron los requisitos legales.

Finalmente, de acuerdo al inciso 8°, no se puede utilizar el material probatorio lícitamente incautado para finalidades que excedan de la investigación en cuyo marco se hubieren solicitado y autorizado las diligencias.

Inciso 8°: “Los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades contenidas en esta letra no podrán ser utilizados por la Fiscalía en ninguna otra investigación, salvo que medie una nueva autorización judicial”.

b) Código Procesal Penal

En virtud de la expresa remisión del DL 211 al Código Procesal Penal, la referencia a este último cuerpo normativo es obligada. En detalle, las disposiciones que más interesan sobre la materia son las que transcribo a continuación. Todas ellas pertenecen al párrafo 3° del Título I del Libro II Código Procesal Penal, titulado “Actuaciones de la investigación”.

Artículo 205. Entrada y registro en lugares cerrados. Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia. En este caso, el funcionario que practicare el registro deberá individualizarse y cuidará que la diligencia se realizare causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes. Asimismo, entregará al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquél que lo hubiere ordenado.

Si, por el contrario, el propietario o el encargado del edificio o lugar no permitiere la entrada y registro, la policía adoptará las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia. En todo caso, el fiscal hará saber al juez las razones que el propietario o encargado hubiere invocado para negar la entrada y registro.

Artículo 208. Contenido de la orden de registro. La orden que autorizare la entrada y registro deberá señalar:

- a) El o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados;
- b) El fiscal que lo hubiere solicitado;
- c) La autoridad encargada de practicar el registro, y
- d) El motivo del registro y, en su caso, del ingreso nocturno.

La orden tendrá una vigencia máxima de 10 días, después de los cuales caducará la autorización. Con todo, el juez que emitiera la orden podrá establecer un plazo de vigencia inferior.

Artículo 212. Procedimiento para el registro. La resolución que autoriza la entrada y el registro de un lugar cerrado se notificará al dueño o encargado, invitándolo a presenciar el acto, a menos que el juez de garantía autorizara la omisión de estos trámites sobre la base de antecedentes que hicieren temer que ello pudiese frustrar el éxito de la diligencia.

Si no fuere habida alguna de las personas expresadas, la notificación se hará a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar o edificio, quien podrá, asimismo, presenciar la diligencia.

Si no se hallare a nadie, se hará constar esta circunstancia en el acta de la diligencia”.

Artículo 216. Constancia de la diligencia. De todo lo obrado durante la diligencia de registro deberá dejarse constancia escrita y circunstanciada. Los objetos y documentos que se incautaren serán puestos en custodia y sellados, entregándose un recibo detallado de los mismos al propietario o encargado del lugar.

Si en el lugar o edificio no se descubriere nada sospechoso, se dará testimonio de ello al interesado, si lo solicitare.

Artículo 217. Incautación de objetos y documentos. Los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiese poner en peligro el éxito de la investigación.

Si los objetos y documentos se encontraren en poder de una persona distinta del imputado, en lugar de ordenar la incautación, o bien con anterioridad a ello, el juez podrá apercibirla para que los entregue. Regirán, en tal caso, los medios de coerción previstos para los testigos. Con todo, dicho apercibimiento no podrá ordenarse respecto de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración.

Cuando existieren antecedentes que permitieren presumir suficientemente que los objetos y documentos se encuentran en un lugar de aquellos a que alude el artículo 205 se procederá de conformidad a lo allí prescrito.

Artículo 221. Inventario y custodia. De toda diligencia de incautación se levantará inventario, conforme a las reglas generales. El encargado de la diligencia otorgará al imputado o a la persona que los hubiere tenido en su poder un recibo detallado de los objetos y documentos incautados.

Los objetos y documentos incautados serán inventariados y sellados y se pondrán bajo custodia del Ministerio Público en los términos del artículo 188.

Mención especial merece también la disposición prevista en el artículo 188 CPP, pues si bien el DL 211 no se remite expresamente a él, sí lo hace el artículo 221

CPP. La norma en cuestión regula la conservación de las especies incautadas a las que aluden los artículos 216, 217 y 221, recién transcritos, y prescribe lo siguiente:

Artículo 188. Conservación de las especies. Las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del Ministerio Público, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma.

Podrá reclamarse ante el juez de garantía por la inobservancia de las disposiciones antes señaladas, a fin que adopte las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de las especies recogidas.

Los intervinientes tendrán acceso a esas especies, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el Ministerio Público o, en su caso, por el juez de garantía. El Ministerio Público llevará un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueren autorizadas para reconocerlas o manipularlas, dejándose copia, en su caso, de la correspondiente autorización.

Así, el inciso 1° del artículo 188 CPP establece un deber de custodia para el organismo público; el inciso 2° regula la forma para reclamar la debida preservación e integridad de las especies incautadas; y, finalmente, el inciso 3° de la disposición consagra un derecho de acceso a las especies para los intervinientes, sujeto a ciertas precauciones.

III. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

a) Principios que orientan la obtención de evidencia: eficiencia y legitimidad

El principal objetivo de la etapa de investigación es el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, dicho objetivo no rige de forma ilimitada. Si bien el proceso persigue el esclarecimiento de la verdad, ello no implica que aquella pueda ser obtenida de cualquier forma. En efecto, *“incluso un interés general tan relevante como es el del esclarecimiento y castigo de los delitos debe ser puesto en relación con los demás intereses en juego, especialmente con la preservación de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad”*.¹

Durante la investigación, por tanto, conviven intereses de carácter contrapuesto: individuales y colectivos. El énfasis que se les otorgue a unos y otros en un ordenamiento jurídico determinado dependerá, esencialmente, de la posición que

¹ Hernández, Héctor: *“La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”*, en: Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2002, N° 2, p. 27.

le reconozca el ordenamiento jurídico al individuo y sus derechos fundamentales (dignidad y libre desarrollo de la personalidad) frente al poder estatal en su afán de averiguar la verdad.²

En todo evento, dada la confluencia de intereses de carácter individual y colectivo en la regulación del sistema de persecución de hechos ilícitos, por regla muy general se puede aseverar que las prohibiciones probatorias tienen una función de garantía doble: por un lado, de naturaleza individual, como protección del sujeto investigado ante la utilización en su contra de pruebas obtenidas con infracción de sus garantías fundamentales (injerencia estatal) y, por el otro, de carácter colectivo, consistente en que la persecución estatal tenga lugar en el marco de un debido proceso que contribuya a preservar la integridad constitucional.³

No obstante lo precedente, el aseguramiento de los derechos del sujeto investigado no determina que toda transgresión de las reglas de obtención y custodia de la prueba conlleve -necesariamente- una prohibición de su utilización. Como explicaré luego, la decisión sobre la admisión o no y valoración o no de un antecedente probatorio requiere distinguir los momentos de obtención, resguardo y utilización de la prueba, a objeto de llevar a cabo respecto de cada uno de ellos un análisis que permita determinar cuándo una prueba puede contribuir a la decisión de adjudicación del tribunal.

b) Algunas consideraciones relevantes provenientes del derecho estadounidense

Una de las tradiciones jurídicas que más intensamente se ha hecho cargo de las problemáticas referidas al tratamiento estatal de la evidencia y su valoración en juicio es la estadounidense.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica pueden identificarse tres situaciones distintas en la que se cuestiona el rol del persecutor en el manejo de la evidencia. La primera de ellas, relativa a la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente (*exclusionary rule*), dice relación con los cuestionamientos que pueden plantearse al procedimiento de recopilación de antecedentes y las consecuencias que de ello se derivan. La segunda, relativa a los deberes de divulgación (*Brady disclosure*) se refiere a los casos de evidencia legítimamente obtenida por el persecutor y que es relevante para la resolución de la causa, pero que por cualquier motivo no llega a ser conocida por la defensa, en su desmedro. La tercera se refiere a las posibles infracciones que pueden producirse durante el procedimiento de custodia de la evidencia. En este caso se trata de evidencia lícitamente obtenida por parte del persecutor y conocida por la defensa, pero que por negligencia o mala fe de los funcionarios públicos se destruye o extravía.

² Ambos, Kai: “Las prohibiciones de utilización de prueba en el proceso penal alemán -fundamentación teórica y sistematización”, en: Polít. Crim., Vol. 4, N° 7 (julio 2009), p. 2.

³ *Ibid.*, p. 3.

i. *Prueba ilícita en el derecho estadounidense*

Es común sostener que el reconocimiento comparado de la regla que prohíbe valorar prueba obtenida ilícitamente se encuentra estrechamente vinculado al desarrollo jurisprudencial estadounidense.⁴ En particular, se sostiene que la historia de la prueba ilícita (*exclusionary rule*) puede reconstruirse mediante la referencia a cinco casos (*leading cases*), que se refieren a la eventual afectación a diversas garantías constitucionales:⁵

a) La sentencia recaída en el caso *Weeks v. United States* (232 U.S. 383 [1914]), que haciendo eco de la antigua sentencia del caso *Boyd v. United States* (116 U.S. 616 [1886]), sostuvo que no cabía valorar la evidencia obtenida con violación de la Cuarta Enmienda.

La Cuarta Enmienda expresa la vigencia del derecho a la intimidad, propiedad, libertad e integridad personal, como garantías contra allanamientos, detenciones e incautaciones arbitrarias o ilegales. Señala lo siguiente:

No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y efectos contra registros y detenciones e incautaciones arbitrarios, y no se expedirán órdenes en ese sentido sino en virtud de causa probable, apoyada en juramento o promesa, describiendo particularmente el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser detenidas o incautadas.

Sobre la base de esta norma en el caso aludido se sostuvo que no cabía valorar la prueba obtenida mediante allanamiento realizado por las policías, sin la respectiva orden judicial, por cuanto ello implicaría avalar que el Estado viole las garantías señaladas en la citada enmienda.

b) La sentencia dictada a propósito del caso *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 [1966]) declaró que tampoco cabía valorar aquellas confesiones obtenidas mediante la violación de la Quinta y Sexta enmiendas.

La Quinta Enmienda que se refiere entre otras cosas al debido proceso y al derecho a no auto incriminarse, señala en lo pertinente:

[...] tampoco podrá obligársele [a la persona] a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial.

Por su parte, la Sexta Enmienda estatuye la asistencia letrada como una condición mínima del derecho a defensa, y establece:

⁴ HERNÁNDEZ, Héctor. Op. Cit. p. 10

⁵ *Ibid.*, pp. 10-12; Oakst, Dallin H. *Studying the exclusionary Rule in Search and Seizure. The University of Chicago Law Review*. Vol. 37, No. 4, Summer 1970. pp.667-672, *passim*; Las sentencias citadas a continuación se extrajeron de la siguiente página web: Legal Information Institute. Cornell University Law School. <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/home>

En todas las causas penales, el acusado... contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa.

c) La sentencia referida al caso *United States v. Wade* (338 U.S. 218 [1967]) consideró prohibido valorar como evidencia una rueda de reconocimiento que identificaba a un imputado como autor de un delito, porque dicha evidencia se había obtenido sin la presencia del abogado del imputado, infringiendo así la Sexta Enmienda.

La razón de esta exclusión, sin embargo, no se explica por el mero hecho de la ausencia del abogado en la diligencia. Según se desprende del fallo de la corte, el fundamento último de la exclusión está dado por la indefensión que experimentó el imputado, al haber sido sindicado como autor de los delitos en una rueda de reconocimiento que no fue supervisada por su abogado.

Dicha decisión encuentra su fundamento en que las ruedas de reconocimiento constituyen una diligencia que pueden conducir a resultados erróneos y al mismo tiempo en una afectación grave de los derechos del imputado cuando se realizan en condiciones que no eliminan los riesgos de inducir las observaciones de los testigos presentes. En particular, cuando se produce en ausencia de la defensa, ello podría afectar su ulterior posibilidad de contrainterrogar a los testigos de la rueda, durante el curso del juicio⁶.

Este fundamento reviste la mayor importancia. No se trata de que la corte argumente que toda infracción procedimental durante la obtención de una prueba afecta la posibilidad de valorar la misma en juicio. Sólo se excluye la valoración de la prueba obtenida con infracciones procedimentales que ponen en un riesgo serio las posibilidades de defensa del imputado.

d) La sentencia del caso *Gilbert v. California* (388 U.S. 263 [1967]) confirma esta última idea. En dicho fallo, no obstante considerarse prohibida la valoración de pruebas obtenidas de modo similar a los tres casos anteriormente reseñados, se consideró *admisible* como evidencia la confesión escrita auto inculpatória obtenida de un coimputado, poco después del arresto.

Entre otros motivos, se rechazó la exclusión de dicha evidencia sobre la base de que el acusado tendría la oportunidad de cuestionarla de modo informado durante el juicio, de un modo tal que la valoración de la prueba no afectaba sus posibilidades de defensa.⁷

e) La sentencia del caso *Rochin v. California* (342 U.S. 165 [1952]) implicó un último enriquecimiento de la doctrina de la regla de exclusión. En ella, a propó-

⁶ "In contrast, in this case it is urged that the assistance of counsel at the lineup was indispensable to protect Wade's most basic right as a criminal defendant-his right to a fair trial at which the witnesses against him might be meaningfully cross-examined."

⁷ "[...] Second. The taking of the exemplars was not a 'critical' stage of the criminal proceedings entitling petitioner to the assistance of counsel. Putting aside the fact that the exemplars were taken before the indictment and appointment of counsel, there is minimal risk that the absence of counsel might derogate from his right to a fair trial. Cf. *United States v. Wade*, supra. If, for some reason, an unrepresentative exemplar is taken, this can be brought out and corrected through the adversary process at trial since the accused can make an unlimited number of additional exemplars for analysis and comparison by government and defense handwriting experts".

sito de una investigación criminal en que se utilizaron procedimientos de tortura y aprisionamiento ilegal, la Corte Suprema, sin detenerse a analizar el posible detrimento en la defensa del acusado, señaló que no cabía valorar aquella evidencia obtenida mediante dichos procedimientos, por cuanto repugnaba el sentido de justicia.⁸

En este sentido, la corte consideró que tales acciones contravenían de suyo la garantía de debido proceso que establece la Decimocuarta Enmienda. Ella estatuye:

[...] tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria.

Esta breve revisión de la jurisprudencia norteamericana permite expresar algunas conclusiones generales respecto de la doctrina de la prueba ilícita en dicho país.

En primer lugar, todos los casos reseñados dejan claro, por una parte, que la regla de exclusión de prueba resulta aplicable sólo a aquellos casos en los que el vicio de que adolece el procedimiento se produce en el procedimiento mismo obtención de la prueba. Por ende, no son relevantes en esta doctrina los vicios que pudiesen provocarse durante la custodia de la misma.

En segundo lugar, la historia de la jurisprudencia relevante deja de manifestarse que la regla de exclusión de prueba ilícita en Estados Unidos se interpreta mediante criterios restrictivos y para casos especialmente graves. No se trata excluir la prueba que presente cualquier clase de vicio procedimental, sino sólo se excluye de la consideración del jurado aquella evidencia respecto de la cual:

1. Se acredite que su obtención vulneró el núcleo de las garantías constitucionales más elementales. Las sentencias *Weeks v. United States*, *Miranda v. Arizona* y *Rochin v. California* son ejemplos de esta clase.
2. Se acredite que los defectos de que adoleció su obtención inciden de modo determinante en las posibilidades de defensa del acusado, de un modo que atente contra la garantía del debido proceso. Los fallos dictados a propósito de los casos *United States v. Wade* y *Gilbert v. California* ilustran esta conclusión.

ii. *Fundamento de la exclusión de prueba en el derecho estadounidense*

La doctrina y la práctica jurisprudencial estadounidense han reconocido un doble fundamento para la exclusión de la prueba ilícita. La identificación de este doble fundamento no es irrelevante, por cuanto explica en una medida importante el camino recorrido por la jurisprudencia citada.

Una parte del fundamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita es nor-

⁸ “What the majority hold is that the Due Process Clause empowers this Court to nullify any state law if its application ‘shocks the conscience’, offends ‘a sense of justice’ or runs counter to the ‘decencies of civilized conduct’”.

mativo y dice relación con la necesidad de preservar la integridad judicial.⁹ Si bien pueden aceptarse dentro de la normalidad de una investigación que existan ciertas fallas procedimentales en la obtención de evidencia, no pueden aceptarse aquellas que atentan directamente contra el debido proceso.

Esta última consideración explica la importancia que ha tenido en la tradición estadounidense el criterio de “razonabilidad de la investigación” (*reasonableness of searches*),¹⁰ o la excepción de buena fe,¹¹ dos de los más importantes parámetros limitativos de los efectos de la exclusión de prueba.

La segunda parte de la justificación es de raigambre utilitarista y dice relación con la idea de que al excluir la evidencia obtenida de una investigación ilegal se establece una motivación para actuar de conformidad a las normas de obtención de evidencia, al eliminar el incentivo perverso que tendrían los funcionarios del Estado de no existir esta regla.¹²

Esta última fundamentación utilitarista ha tenido un importante rol en la tradición jurídica de Estados Unidos, particularmente en la determinación de los efectos y amplitud de la regla de exclusión de prueba, independientemente de las voces que, sobre bases empíricas, intentan quitarle primacía.¹³

Entre los efectos más evidentes del enfoque utilitarista, la fundamentación del carácter excepcional de la regla de exclusión es uno de los más llamativos. Así, siguiendo una asentada línea jurisprudencial, en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos a propósito del caso *Hudson v. Michigan* (547 U.S. 586 [2006]) -en que funcionarios policiales obtuvieron evidencia vulnerando la regla que impone a la policía el deber de llamar a la puerta y esperar un tiempo prudente como paso previo a la realización de un allanamiento bajo la regla de la Cuarta Enmienda (*Knock-and-announce rule*)- se estableció que:

[...] la supresión de evidencia, siempre ha sido nuestro último recurso, no nuestro primer impulso. La regla de exclusión de evidencia genera “importantes costos sociales” *United States v. Leon*, 468 U.S. 897, 907 (1984) [...] que muchas veces incluyen dejar libres a los culpables [...] por eso hemos sido siempre muy cuidadosos en no expandir su aplicación *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157, 166 (1986).¹⁴

⁹ V.gr. el voto disidente de los jueces Holmes y Brandeis en *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438 [1928]).

¹⁰ V.gr. *United States v. Rabinowitz* (339 U.S. [1950]).

¹¹ Hernández, Héctor. Op. Cit. pp. 17 y ss.

¹² V. gr. *Mapp v. Ohio* (367 U.S. [1961]).

¹³ Oakst, Dallin H. Op. Cit. pp. 670-709.

¹⁴ “*Suppression of evidence, however, has always been our last resort, not our first impulse. The exclusionary rule generates “substantial social costs,” United States v. Leon, 468 U. S. 897, 907 (1984), which sometimes include setting the guilty free and the dangerous at large. We have therefore been “cautio[us] against expanding” it, Colorado v. Connelly, 479 U. S. 157, 166 (1986) [...]*” [Traducción inédita, Jorge Bofill Genzsch].

iii. *El tratamiento del ocultamiento y la pérdida de evidencia obtenida lícitamente en EEUU*

Con una fundamentación similar a aquella ofrecida para las cuestiones planteadas a propósito de la aplicación de la *exclusionary rule*, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado determinados lineamientos para el tratamiento de casos en los que la evidencia obtenida lícitamente:

1. Se oculta a la defensa, la que llega a conocer de su existencia luego de la sentencia.
2. Siendo conocida por la defensa, se pierde, estropea o inutiliza mientras es mantenida bajo la responsabilidad de los agentes oficiales.

Este desarrollo doctrinario ha culminado con el establecimiento de dos obligaciones en los funcionarios persecutores. Primero, la obligación de divulgación (*Brady disclosure*) y, segundo la obligación de custodia de la evidencia.

En estos casos no entran en juego las reglas establecidas a propósito de la prueba ilícita, porque de hecho la problemática que conlleva su infracción es justamente la contraria. No se trata de disputar la posibilidad de valorar evidencia que ha sido acompañada al procedimiento que fue obtenida de un modo cuestionable, sino de impugnar una sentencia o un procedimiento en aquellos casos en que sale a la luz determinada evidencia que se hallaba en poder del Estado pero que, o bien no se acompañó al juicio, o se perdió o dañó irreparablemente.

En razón de esta diferencia, en estos casos los efectos procesales y la oportunidad procesal para alegar una vulneración relevante de los deberes de custodia y de divulgación de evidencia son diversos a aquellos relevantes a propósito de la infracción de las reglas de obtención de la prueba. Sin embargo, ambos casos comparten con la problemática de la regla de exclusión un carácter común, que dice relación con el hecho de que no cualquier infracción a los deberes correlativos implica un efecto procesal en la causa investigada.

La infracción de deberes de custodia o divulgación pueden afectar la sentencia en que ella incide sólo en la medida en que revista una gravedad suficiente y tenga lugar de un modo tal que afecte el debido proceso.

iv. *La regla de divulgación obligatoria de la evidencia relevante (Brady Disclosure)*

En Estados Unidos, el desarrollo jurisprudencial de esta problemática se inicia con la sentencia de la Corte Suprema dictada a propósito del caso *Brady v. Maryland* (373 U.S. 83 [1963]). En dicho caso, John Brady, condenado como autor de homicidio, junto con otros tres acusados, solicitó la revisión de su condena sobre la base del descubrimiento de una nota escrita que lo exculpaba parcialmente y que no había sido agregada al proceso por el persecutor. La nota apoyaba la tesis original de la defensa del acusado, según la cual, si bien Brady había participado en los hechos, el asesinato

lo había cometido sólo uno de los condenados. Dicha nota sólo fue conocida por la defensa de Brady luego de dictada la condena.

La corte, en fallo dividido, estableció que la no consideración de una evidencia favorable al imputado por parte del persecutor había afectado el debido proceso, y correspondía ordenar una rebaja en la pena impuesta.

Desde ese fallo, la Corte Suprema de Estados Unidos ha reconocido en innumerables ocasiones que es un deber de los agentes públicos, y particularmente del persecutor, asegurar el conocimiento de la evidencia exculpatoria al acusado, en tanto se compruebe que dicha evidencia tiene una relevancia suficiente para condenar o exculpar al mismo (“*evidence [that] is material either to guilt or to punishment* [...]”, algo similar al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público). Sólo en tanto se acredite que el hecho de omitir, ocultar o destruir evidencia afecta el debido proceso garantizado por la Decimocuarta Enmienda, debe revisarse la decisión del tribunal que ha condenado.

El principal fundamento de esta regla fue puramente normativo. Así, en la misma sentencia se señaló:

La sociedad gana no sólo cuando los culpables son condenados, sino también cuando los juicios criminales son justos; nuestro sistema de administración de justicia se ve afectado cada vez que un acusado es tratado de manera injusta.¹⁵

v. *De la regla de divulgación obligatoria (Brady Disclosure) a la regla que establece deberes de custodia en el manejo de la evidencia*

La doctrina *Brady*, que se refiere solamente al deber del Estado de asegurar el acceso a la totalidad de la prueba de cargo a la defensa, obtuvo un posterior refinamiento en la sentencia dictada a propósito del caso *Arizona v. Youngblood* (488 U.S. 51 [1988]). Allí, a propósito de los efectos de la vulneración del derecho de la defensa a acceder a la evidencia relevante (*Brady Disclosure*), se examinó un problema distinto: los efectos de la vulneración del deber de custodiar en buen estado la evidencia incautada.

El caso sometido a la corte fue el siguiente: a propósito de la investigación de los delitos de secuestro y abuso sexual infantil se incautaron evidencias directamente referidas a la identificación del acusado (es decir, “materiales”, en los términos de *Brady v. Maryland*) que se inutilizaron irremediabilmente por negligencias en la cadena de custodia.

La corte señaló que, al contrario de lo resuelto en *Brady v. Maryland*, en donde se resolvió expresamente que la mala fe o buena fe del persecutor era irrelevante a efectos de determinar si la vulneración a los deberes de divulgación constituía una

¹⁵ “*Society wins not only when the guilty are convicted, but also when criminal trials are fair; our system of the administration of justice suffers when any accused is treated unfairly*”. *Brady v. Maryland* (373 U.S. 83 [1963]). [Traducción inédita, Jorge Bofill Genzsch].

infracción a la Decimocuarta Enmienda (siendo sólo relevante la “materialidad” de la prueba), en los casos de vulneraciones a los deberes de custodia sólo constituirían atentados al debido proceso aquellas destrucciones o pérdidas en que se demuestre la mala fe de los oficiales.

El razonamiento de la corte que explica esta diferencia, es el siguiente:

Parte de la razón de diferencia en el tratamiento se encuentra en la observación hecha por la corte en el caso *Trombetta* [...] según la cual, ‘siempre que evidencia potencialmente exculpatória se pierde permanentemente, la corte se enfrenta a la difícil tarea de sumergirse en evidencia cuyo contenido es desconocido y, muy frecuentemente, disputado’. La otra explicación de esta diferencia proviene de nuestra negativa a leer el requisito de ‘juego fundamentalmente limpio’ [‘fundamental fairness’] establecido por la cláusula del Debido Proceso [...], como si impusiera a la policía un deber absoluto e indiferenciado de mantener y preservar toda evidencia que puede concebirse como potencialmente significativa respecto de una investigación en particular. Pensamos que establecer la prueba de la mala fe de la policía como un requisito para la defensa, limita razonablemente la amplitud de la regla a aquellos casos que más lo requieren, esto es, aquellos casos en los que la propia conducta de la policía indica que la evidencia podría servir de fundamento a la exculpación del condenado. De este modo pensamos que a menos que la defensa pruebe la mala fe de la policía, los daños o pérdidas de evidencia actualmente en poder de la policía no constituyen en sí mismos, una denegación del debido proceso.¹⁶

c) Consecuencias en base a las precisiones del derecho estadounidense: no toda obtención ilegítima de evidencia importa una prohibición de valoración

Como se ha explicado latamente, existe una colisión entre las prohibiciones de prueba y la realización eficaz de la investigación. Cuando el equilibrio entre ambas consideraciones no lo entrega una disposición legal expresa, su no utilización judicial precisa de una fundamentación material.

¹⁶ “Part of the reason for the difference in treatment is found in the observation made by the Court in *Trombetta*, *supra*, 467 U.S., at 486, 104 S.Ct., at 2532, that “whenever potentially exculpatory evidence is permanently lost, courts face the treacherous task of divining the import of materials whose contents are unknown and, very often, disputed.” Part of it stems from our unwillingness to read the “fundamental fairness” requirement of the Due Process Clause, see *Lisenba v. California*, 314 U.S. 219, 236, 62 S.Ct. 280, 289, 86 L.Ed. 166 (1941), as imposing on the police an undifferentiated and absolute duty to retain and to preserve all material that might be of conceivable evidentiary significance in a particular prosecution. We think that requiring a defendant to show bad faith on the part of the police both limits the extent of the police’s obligation to preserve evidence to reasonable bounds and confines it to that class of cases where the interests of justice most clearly require it, i.e., those cases in which the police themselves by their conduct indicate that the evidence could form a basis for exonerating the defendant. We therefore hold that unless a criminal defendant can show bad faith on the part of the police, failure to preserve potentially useful evidence does not constitute a denial of due process of law.” *Arizona v. Youngblood* (488 U.S. 51 [1988]). [Traducción inédita, Jorge Bofill Genzsch].

En efecto, la admisibilidad de la prueba depende de si la lesión afecta en forma esencial la esfera de derechos del investigado, o si ella es de carácter secundario para él.¹⁷

La relación entre injerencia y derecho fundamental es dialéctica (tienen efectos recíprocos). Lo precedente está expresado en la Constitución Política de la República en la garantía de intangibilidad del núcleo esencial (artículo 19 N° 26), el cual acepta que la actuación del Estado limite el ejercicio de los derechos fundamentales. No obstante ello, la propia garantía establece un límite a esa limitación: las garantías fundamentales tienen un núcleo esencial que no puede ser afectado.

Lo anterior, para el caso en cuestión, no es más que una aplicación del principio de proporcionalidad, en que se busca una correlación ente el interés estatal de persecución penal y el interés particular del investigado. El principio de proporcionalidad no es un principio exclusivo del control de la legitimidad del Derecho Penal, sino es un principio general de control de la validez de la afectación de los derechos fundamentales. La persecución estatal a través de las medidas intrusivas es el objeto de control de validez, los derechos fundamentales son el parámetro de control de validez y el principio de proporcionalidad es el esquema argumentativo que hace operativo ese control de validez.

Lo precedente determina que si bien existe una prohibición general de afectar los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, en ciertos casos existen permisiones estatales para su afectación (v. gr., incautación), pero éstas se encuentran limitadas por el núcleo esencial de dichas garantías (núcleo que si es afectado operaría como motivo de invalidación). Consecuencia de lo anterior es la insuficiencia de la simple ilegalidad para la declaración de inadmisibilidad de una prueba.

La prohibición de valoración de la prueba significa que cierta prueba no puede ser usada como fundamento de una resolución judicial. Ella se clasifica en (i) prohibiciones dependientes, consecuencia de la infracción de prohibiciones de producción de prueba durante la etapa de investigación (v. gr. prohibición de aprovechar los objetos incautados en una diligencia de entrada y registro ilegal [artículo 217 CPP]) y; (ii) prohibiciones independientes, cuya aplicación no responde a la comisión de una infracción previa, sino que tienen su fuente directamente en las garantías fundamentales infringidas con la actividad de investigación (v. gr. mediante una afectación del efectivo derecho a defensa del investigado).

Al no existir una regla positiva en Chile que regule la materia en cuestión (a diferencia del artículo 191 del Código Procesal Penal Italiano¹⁸), las infracciones a las prohibiciones de obtención de prueba son condición necesaria pero no suficiente para la prohibición de valoración de la prueba dependiente.

¹⁷ Véase: ROXIN, Claus: “*Derecho Procesal Penal*”. Editores del Puerto s.r.l. 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires, 2003. Traducción Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, p. 192; AMBOS, Kai. Op. cit., pp. 25-26.

¹⁸ Véase el artículo 191 Código Procesal Penal Italiano: “*Evidencia ilegalmente adquirida: Inc. 1: Las pruebas obtenidas en violación de las prohibiciones establecidas por la ley no se pueden utilizar*”. [Traducción inédita, Jorge Bofill Genzscht].

IV. OBTENCIÓN DE EVIDENCIA, PRUEBA ILÍCITA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

a) Necesarias distinciones conceptuales

En un proceso penal, es frecuente que la actividad de investigación -que tiene por objeto principal la recopilación de antecedentes que permitan, *prima facie*, determinar si se está o no frente a un hecho constitutivo de delito que tenga sentido perseguir para luego, ante una respuesta afirmativa, transformarse en una labor de preparación de la etapa de juicio (en la cual dichos “antecedentes” pasarán a constituir “prueba” en la medida en que resulten relevantes para la decisión judicial)- plantee cuestiones vinculadas a la legalidad o licitud de la actuación de los órganos de persecución penal.

Lo anterior obedece a que, como se hizo ver anteriormente, dadas las particularidades de la investigación de un hecho que reviste características de delito, ella supone habitualmente recurrir a mecanismos de investigación que implican, en mayor o menor medida, afectar garantías fundamentales, sea de la persona respecto de la cual se conduce la investigación (el imputado), sea de un tercero. En la medida en que la actuación de los órganos persecutores sea puesta en cuestión -generalmente, por la defensa-, habrá allí una discusión relativa a la legalidad de aquélla y, como consecuencia directa, acerca de la factibilidad de que los antecedentes reunidos con ocasión de esas actuaciones sean utilizados en el proceso. La resolución que recaiga en esta discusión será la que determine si la evidencia ha sido lícitamente recogida u obtenida. En la afirmativa, ella podrá ser utilizada en el proceso y, en la medida en que sea presentada en juicio, deberá ser valorada por el tribunal, asignándole o no valor probatorio.

Como queda de manifiesto, las cuestiones sobre licitud probatoria y sobre la valoración de la prueba ocurren en momentos distintos y responden a lógicas también diferentes. Y, en tal sentido, la respuesta fundamental a las interrogantes que motivan este Informe requerirá determinar si la cuestión fáctica que aquí subyace -el eventual extravío o destrucción de un documento que fue recogido por la policía con ocasión de la práctica de una diligencia intrusiva en las oficinas de la APA- plantea una pregunta relativa a la licitud de la incautación y posterior manejo de la evidencia o, por el contrario, no es sino una cuestión que resulte relevante para la valoración de la prueba.

Tratándose de un procedimiento seguido ante el TDLC e iniciado por requerimiento de la FNE, todas estas consideraciones son plenamente aplicables *mutatis mutandi*, puesto que como hemos observado al analizar la legislación relevante que rige esta materia, todo lo que dice relación con la procedencia o no de una diligencia intrusiva de investigación no solamente responde a la lógica del proceso penal sino está derechamente tomado de la legislación procesal penal vigente en nuestro país, a la cual el artículo 39 letra n) inciso cuarto DL 211 se remite de manera expresa.

b) Prohibiciones de obtención de una determinada prueba

Dentro del ámbito de las prohibiciones probatorias se encuentran las reglas que limitan la actividad probatoria en el proceso penal. Éstas se clasifican de forma dual¹⁹: (i) prohibiciones de obtención de prueba y (ii) prohibiciones de valoración de prueba.

La verdad *procesal* es inevitablemente aproximativa.²⁰ En efecto, la verdad *procesal* no se obtiene conforme a una aprehensión sensorial directa de los hechos objeto del juicio, sino se reconstruye a partir del hallazgo y/u obtención de medios de prueba (v. gr., la incautación). Lo que analiza el juez, por tanto, no son los hechos delictivos objeto del juicio, sino -únicamente- los medios probatorios a través de los cuales puede alcanzar la convicción de su realización.

Sin embargo, a pesar de la importancia de considerar toda la prueba que sea posible en juicio, se han erigido -principalmente de forma dogmática- limitaciones (filtros), tanto para el ente persecutor como para el adjudicador.

En los casos en que no existe una regla procesal expresa que regule la materia, la obtención de prueba prohibida, y sus efectos procesales, debe ser juzgada (ponderada) en atención a las consecuencias materiales de su valoración, es decir, por el beneficio general que se sigue de la exclusión de la prueba obtenida con infracción a tal o cual regla de producción de prueba versus el beneficio -para el caso concreto- de que se declare la inadmisibilidad de la prueba obtenida en contravención de las reglas señaladas. Esta tensión entre el interés en la persecución y las garantías del sujeto pasivo de la investigación, como se ha dicho, no siempre se resuelve decretando la inadmisión de la prueba.

Consecuencia de lo anterior es que la obtención de la prueba en la investigación se encuentra “constreñida” por un método legal de comprobación procesal²¹ de validez de la prueba, el que equivale al cumplimiento de un catálogo de condiciones necesarias para *validar* la prueba obtenida durante la etapa de investigación. Dicho de otro modo, la prueba tiene validez únicamente si, en su obtención, el ente persecutor no vulneró severamente garantías fundamentales ni reglas que dieran lugar a la nulidad de la diligencia (v. gr. por el Código Procesal Penal).²² Existe, por tanto, muchas veces una tensión entre el debido proceso y esclarecimiento de los hechos.²³

En efecto, al ser el Código Procesal Penal un código de principios, sus mandatos no son valores absolutos, sino que están sometidos a ponderación. La exclusión de toda la prueba obtenida con infracción de prohibiciones de obtención paralizaría la función judicial y, con ello la obtención de la verdad en el proceso.

No obstante lo anterior, en ciertos casos el Código Procesal Penal regula

¹⁹ Roxin, Claus. Op. cit. p. 190.

²⁰ Véase: Ferrajoli, Luigi: “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”. Editorial Trotta. Madrid, 1995, pp. 51-69.

²¹ Véase: *Ibid.*, p. 59.

²² *Ibid.*

²³ “[N]o es sólo la verdad la que condiciona la validez, sino que también es la validez la que condicional la verdad en el proceso”. AMBOS, KAI. Op. cit. p. 60.

específicamente ciertos casos de obtención de evidencia. Así, por ejemplo, establece métodos prohibidos de investigación (artículo 195 CPP); limita la duración temporal de la declaración del imputado (artículo 196 CPP); exige autorización del juez de garantía para la práctica de determinadas diligencias (artículo 203 CPP); establece requisitos adicionales para la práctica de determinadas diligencias (artículo 209 CPP); limita el objeto de la incautación (artículo 215 CPP); etc.

c) **Ilícitud probatoria en el derecho chileno**

Esta materia se encuentra regulada en diversas normas en el Código Procesal Penal. Así, buena parte de las disposiciones del cuerpo normativo transcritas *supra*, regulan la forma en que deben actuar los órganos de persecución penal y determinan, con ello, cuándo ha de entenderse que lo han hecho lícita o ilícitamente. Pero, sin duda, el precepto legal más relevante es el inciso 3° del artículo 276 CPP, que es el que resuelve expresamente el alcance de la admisión o inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. La norma es la siguiente:

Artículo 276.- Exclusión de pruebas para el juicio oral. El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral (énfasis agregado).

La disposición citada distingue, en primer término, dos hipótesis de trabajo para la eventual exclusión de prueba obtenida ilícitamente: (i) la primera, de carácter *formal*, se refiere a la prueba proveniente de actuaciones procesales que hubieren sido declaradas nulas y, (ii) la segunda, de carácter *material*, se focaliza en aquellos supuestos en que los antecedentes han sido obtenidos con vulneración de garantías fundamentales.

Grosso modo, lo que el Código Procesal Penal establece es un sistema dia-

léctico. En efecto, si bien dispone la protección del principio de formalidad, éste se ve limitado por un permanente ejercicio de ponderación judicial: no toda prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida. De ese modo, este ejercicio de ponderación debe considerar el respeto de un mínimo de eficacia exigible en la persecución de los ilícitos.

Así lo ha entendido consistentemente la doctrina,²⁴ la que ha erigido como criterio de delimitación la exigencia de afectación de derechos del investigado. Este baremo básico permite resolver todos aquellos casos en que, concurriendo una inobservancia o desobediencia de las exigencias establecidas por la ley para la actuación de los órganos de persecución penal, no se produce una real afectación de una determinada garantía fundamental del sujeto pasivo de la diligencia. Ayuda a entender lo precedente el siguiente ejemplo del profesor Héctor Hernández:

Mientras parece inobjetable la exclusión como prueba de los objetos encontrados en una vivienda allanada sin contar con la autorización exigida por la ley (infracción del Art. 205 inc. 3° CPP), difícilmente podrá admitirse el mismo efecto excluyente cuando se incautan objetos en cumplimiento de una orden judicial de entrada y registro pero que se olvida entregar al encargado del lugar el recibo correspondiente.²⁵

Y, en efecto, si los órganos policiales ingresan a una vivienda sin una orden judicial que los autorice y no concurre ninguna hipótesis de entrada y registro sin orden previa, entonces esos funcionarios habrán afectado de manera prohibida la garantía de la inviolabilidad del hogar, reconocida en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República. En cambio, si el ingreso a ese mismo lugar se realizó contando con la autorización requerida por la ley, aun cuando los funcionarios olviden entregar el recibo al que alude el ejemplo, no se tratará de una afectación prohibida de la mencionada garantía.

Por cierto que dicho ingreso autorizado no representa un cheque en blanco para la actuación policial, puesto que si los funcionarios desplegaran alguna conducta atentatoria contra otra garantía, ello exigiría un nuevo escrutinio de su conducta. Sin embargo, el olvido en la entrega del recibo no trae a colación garantía alguna, de modo que esa omisión no será razón suficiente para excluir, sobre la base del artículo 276 inciso 3° CPP, los objetos encontrados en esa vivienda.

Lo expuesto hasta ahora constituye la estructura del análisis que debe realizarse en todos aquellos casos en que el cuestionamiento de la licitud de la prueba ofrecida para el juicio se funde en la eventual actuación ilegal o irregular de un órgano de persecución penal en el acto de recogida u obtención del respectivo antecedente o evidencia. Ello es así por cuanto, en general, es ese el momento en el cual la respectiva garantía fundamental puede verse afectada.

Sin embargo, desde una perspectiva algo distinta, existe un segundo momen-

24 Véase, por ejemplo: González, Jesús María: “*El Proceso Penal Español y La Prueba Ilícita*”, en: *Revista de Derecho* (Valdivia), Universidad Austral de Chile, diciembre 2005, volumen 18, N° 2, pp. 187-211.

25 Hernández, Héctor. Op. cit. p. 68.

to en el cual pueden generarse situaciones que exijan ponderar si la prueba ofrecida ha de admitirse o no. Me refiero, en este caso, a la actuación del órgano persecutor a partir de la obtención o recogida del antecedente o de la evidencia. En este contexto, la garantía fundamental que entra en juego es el derecho a defensa.

En efecto, señala la profesora María Inés Horvitz, que el derecho a defensa se concreta de varias maneras e incluye:²⁶

1. El derecho a ser oído en juicio, garantía que contiene el derecho a conocer los cargos que se le imputan al sujeto pasivo de la medida, así como también los antecedentes en los que se fundan;
2. El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo;
3. El derecho a probar los hechos que sirvan para excluir o atenuar la reacción sancionatoria;
4. El derecho a valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas que permitan obtener del tribunal una sentencia favorable y;
5. El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente y asista.

En el Código Procesal Penal este derecho se concreta, v. gr., en las exigencias de los artículos 227 y 228, relativas al registro de las actuaciones de la policía y el fiscal y al acceso que debe darse, respecto de las mismas, a todos los intervinientes, comenzando por el imputado. Estas disposiciones aseguran, entonces, que el fiscal a cargo de la investigación no retrase información y la utilice como un factor para sorprender a la defensa. De hecho, entre muchas exigencias establecidas en tales preceptos está el que el registro de la actuación o diligencia sea “inmediato”, lo cual priva al fiscal de toda discrecionalidad en la determinación del momento en el cual el antecedente o la evidencia de que se trate será incorporado a su expediente de investigación.

En estos casos, allí donde la conducta del fiscal redunde en una afectación del derecho a defensa, se podrá cuestionar su conducta, no ya por haber sido obtenido de manera ilegal sino por cuanto la manipulación del mismo se transforma en una privación del derecho a conocer y controvertir la prueba de cargo de manera oportuna.

i. Causales de exclusión de prueba en el derecho chileno

Según ya se señaló, la norma fundamental del Código Procesal Penal que da lugar a la exclusión de prueba se encuentra en el artículo 276. Las causales legales por las que se puede excluir prueba son (i) prueba manifiestamente impertinente; (ii) prueba

²⁶ Horvitz, María Inés, LÓPEZ, Julián: “*Derecho Procesal Penal Chileno*”. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. 2002. p. 227.

que tiene por objeto acreditar hechos públicos y notorios; (iii) prueba que sólo producirá efectos dilatorios en el juicio oral; (iv) prueba que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas; y (v) prueba que hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

Para el cometido de este Informe interesa analizar solamente las causales contenidas en el inciso tercero del artículo 276 CPP (números [iv] y [v] anteriores).

Prueba que proviene de actuaciones o diligencias declaradas nulas

Si bien, en principio, la exclusión de prueba que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas tiene un presupuesto esencialmente *formal* (la declaración de nulidad de la determinada actuación o diligencia), la forma en que se encuentra regulada la nulidad procesal en materia penal configura límites materiales.

El Código Procesal Penal regula la nulidad a partir del artículo 159. Esta norma dispone que sólo son anulables las actuaciones o diligencias *defectuosas* que ocasionaren un *perjuicio* que *sólo sea reparable* por la vía de la declaración de nulidad. La misma disposición determina en qué consiste el perjuicio procesal: “[...] *Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el proceso*”.

Es decir, la nulidad procesal penal no sólo es *subsidiaria* (perjuicio “sólo reparable” por la nulidad) sino también debe implicar una merma en las posibilidades de actuación en el proceso de la parte agraviada. En consecuencia, si bien la normativa distingue dos hipótesis en el inciso tercero del artículo 276 CPP, una aparentemente más formal (prueba que proviene de diligencias o actuaciones nulas) y otra evidentemente más material (prueba obtenida mediante la afectación de garantías constitucionales), en la práctica la alegación de la nulidad procesal penal -que determina la aplicación de la primera causal de exclusión- de todos modos se reconduce a discusiones materiales, por la forma en que el Código Procesal Penal concibe el perjuicio procesal: no se trata de una mera protección de un ritualismo procesal.

En esta línea se manifiesta el profesor Héctor Hernández:

La conjunción de perjuicio como limitación de legítimas posibilidades de actuación o, lo que es lo mismo en otras palabras, como imposibilidad de ejercer plenamente garantías o derechos en el proceso, con la consagración de una aplicación subsidiaria, sólo cuando se haya ocasionado “un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad”, conduce necesariamente a una comprensión bastante restrictiva de la nulidad procesal. Al menos debería ser indudable que **la nulidad procesal no es un instrumento que permita preservar la mera ritualidad del procedimiento sino exclusivamente evitar la grave indefensión de alguno de los intervinientes**. Desde esta perspectiva, es altamente probable que la interpretación práctica del carácter subsidiario de la nulidad procesal **tienda a emparentar el perjuicio que ésta exige con la inobservancia de las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, garantías a cuyo establecimiento el**

legislador está obligado conforme al Art. 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política. De esta forma, además, debería producirse una relativa identificación práctica entre esta hipótesis de exclusión de prueba y aquella consistente, sin más, en la inobservancia de garantías fundamentales²⁷ (*énfasis agregado*).

Dado que en el diseño actual del sistema procesal penal chileno los órganos jurisdiccionales no despliegan actividades de investigación, raramente una solicitud de exclusión de prueba por la causal en análisis se referirá a actuaciones judiciales, sino que más bien apuntarán a diligencias de investigación efectuadas por el órgano público que lleva a cabo la investigación: el Ministerio Público. Así, según acertadamente advierte el profesor Héctor Hernández,²⁸ lo más común es la exclusión de prueba por la declaración de nulidad de autorizaciones judiciales que dieron lugar a diligencias de investigación que supusieron afectación de garantías constitucionales (en conformidad al artículo 9 CPP). Por ejemplo, por tratarse de una autorización legalmente improcedente, o con infracción a formalidades legales, o concedida sobre la base de engaño.

Así, en lo referente al cometido de este Informe, la exclusión de prueba incautada que haya sido extraviada o destruida, en razón de la causal de exclusión en comento, exige que la diligencia de investigación de la cual proviene dicho antecedente haya sido declarada nula -en el momento procesal correspondiente- puesto que atentó contra las posibilidades de actuación del interviniente. Esa es la única forma de construir una exclusión en ese sentido.

Prueba que hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales

En términos del profesor Julián López Masle, “[...] *el denominador común para la noción de prueba ilícita en todos los sistemas, que debe ser utilizado como punto de partida en la pretensión de elaborar un concepto, es la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal*”.²⁹ Esta configuración amplia del concepto de prueba ilícita aparece recogida en el artículo 276 CPP bajo la fórmula de prueba “obtenida” con “inobservancia de garantías fundamentales”.

La determinación de qué puede considerarse “prueba ilícita” (primer problema), y los elementos que deben ser tenidos a la vista para excluir tales antecedentes (segundo problema), dada la configuración amplia que establece el Código Procesal Penal, queda entregado al desarrollo jurisprudencial y doctrinario. Los principales aspectos de este debate -en lo que aquí interesa- fueron tratados *supra*: lo relevante

²⁷ Hernández, Héctor. Op. Cit. p. 49.

²⁸ Hernández, Héctor. Op. cit. pp. 46 y ss.

²⁹ Horvitz, María Inés, López, Julián. Op. cit. p. 168.

es que la determinada actuación judicial o diligencia tenga específicamente como consecuencia una vulneración de una garantía constitucional.

La pregunta relevante en relación a la problemática del informe es, entonces, si es que el extravío o destrucción de una especie incautada producto de la infracción de los deberes de custodia previstos en el artículo 188 CPP se traduce en una vulneración de una garantía constitucional en un caso concreto.

En abstracto, frente a la pérdida o destrucción de las especies incautadas, cabe analizar la eventual infracción a dos garantías constitucionales específicas: (i) el derecho a defensa y (ii) el derecho de propiedad.

Respecto del primer derecho fundamental aludido, previsto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, es necesario precisar de qué modo una vulneración a los deberes de custodia consagrados en el artículo 188 CPP podría dar lugar a su infracción. Si, por ejemplo, la destrucción o extravío de las especies incautadas obstruye o imposibilita a la defensa conocer el contenido de esos antecedentes -que son utilizados como prueba de cargo- efectivamente existe una vulneración al derecho a defensa, que puede fundamentar una solicitud de cautela de garantías (de conformidad al artículo 12 CPP) o eventualmente la anulación de la sentencia dictada sobre la base de estos antecedentes. Si, por el contrario, la defensa tuvo acceso a los objetos o documentos incautados, existieron pericias sobre ellos, se poseen copia de los documentos, o cualquier situación análoga, no se vulneran de ninguna forma las posibilidades de actuación de la defensa, ya que ella tendrá acceso a la “información”, que es lo que pretende garantizar la integridad del registro de acuerdo al artículo 227 CP. La finalidad del deber de custodia del artículo 188 CPP es la misma. A su vez, por cierto, si simplemente fueron antecedentes que no fueron considerados por el persecutor al momento de acusar por uno o más delitos o no fueron tenidos a la vista por el órgano jurisdiccional al momento de dictar sentencia, dicha sentencia no puede ser anulada argumentando la ilicitud de tal material probatorio.

Por otro lado, en relación al derecho de propiedad, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, la pregunta relevante es cómo una infracción al sistema de incautación de especies regulado en el Código Procesal Penal puede vulnerar tal garantía constitucional. La forma más evidente en que aquello puede suceder es el caso de incautaciones ilegales, es decir, situaciones en que la recogida de los antecedentes haya tenido lugar fuera de los casos previstos en la ley. En este caso estamos frente a una privación -o al menos perturbación- arbitraria del derecho de propiedad del afectado, que perfectamente puede fundar una solicitud de exclusión de los mismos antecedentes por haber sido obtenidos de forma ilícita.

Oportunidad procesal para la exclusión de prueba

Fundamental resulta destacar la oportunidad procesal en que puede tener lugar la exclusión de prueba en el contexto de un proceso penal. Al respecto, el profesor Julián López Masle expone el problema:

[...] Las posiciones que afirman la ineficacia probatoria de la prueba ilícita tienen dos vertientes: la que considera que la barrera contra la prueba ilícita ha de establecerse al nivel de admisión, y la que considera que ella debe establecerse al nivel de valoración. La diferencia dista mucho de ser banal. Establecer una barrera al nivel de la admisibilidad de la prueba conlleva impedir que el órgano jurisdiccional encargado de adoptar la decisión de absolución o condena conozca de manera alguna el elemento de prueba obtenido mediante la actividad ilícita. Esto significa, por ejemplo, que durante el debate contradictorio el tribunal de juicio oral no tomará conocimiento de que el arma homicida obtenida como producto de una entrada y registro ilegal fue siquiera encontrada en el domicilio del acusado. El arma, sencillamente, no existirá como elemento probatorio. Por el contrario, establecer una barrera al nivel de valoración de la prueba, implica aceptar que el tribunal conocerá de la existencia y circunstancias de obtención del elemento probatorio, pero sujeto a la prohibición de reconocerle valor al momento de formar su convicción. En el ejemplo, el tribunal, teniendo ante sí el arma homicida y conociendo la ilicitud de su obtención, debiera en la sentencia negarle valor como elemento probatorio, esto es, suprimirlo mentalmente como elemento válido para formar su convicción³⁰ (énfasis agregado).

Por expresa regulación legal (el artículo 276 CPP se encuentra contenido en el párrafo 3° del Título II del Libro II CPP, titulado “Desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral”), ello acaece en la audiencia de preparación de juicio oral. Tal determinación del legislador importa una toma de postura trascendental en relación al problema que plantea en un proceso sancionador la prueba ilícita: decidir que esto es un problema de admisibilidad de la prueba y no de valoración determina que la prueba excluida por ilicitud no llegará jamás al conocimiento de los adjudicadores que resuelvan el fondo del asunto. Al respecto, el profesor Julián López Masle sostiene:

En Chile, la ineficacia de la prueba ilícita aparece legalmente reconocida en el Art. 276 CPP como un problema que afecta la admisibilidad de la prueba ofrecida, que debe ser por lo tanto declarada en la audiencia de preparación del juicio oral y cuya denegación puede ser luego revisada por la vía del recurso de nulidad.³¹

Por supuesto, tal determinación importa una decisión político-criminal relevante: lo que el sistema pretende es que los antecedentes excluidos por ilicitud no lleguen ni siquiera al conocimiento del adjudicador.

El hecho de que la ley haya asignado al juez de garantía -y no al tribunal de juicio oral- la función principal en la exclusión de prueba ilícita evidencia que el sistema procesal penal chileno manifiesta una preferencia

³⁰ Horvitz, María Inés, LÓPEZ, Julián. Op. cit. p. 178.

³¹ Ibid. p. 192.

por establecer el control de la prueba ilícita a nivel de admisibilidad, a objeto de evitar que el tribunal de juicio oral llegue siquiera a tomar conocimiento del elemento probatorio ilícitamente obtenido. Para asegurar la efectividad de la exclusión, el CPP no ha incluido la decisión sobre exclusión de prueba entre las menciones que deben incorporarse al auto de apertura y ha precisado que las pruebas que se fijan en dicha resolución no son las que las partes han ofrecido, sino las que han sido admitidas por el juez de garantía, esto es, ‘las que deberán rendirse en el juicio oral’ (Art. 277 letra e) CPP). Discutiendo modificaciones al texto original de esta norma, en las actas del Senado se dejó constancia que su propósito ‘obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral, y precisamente se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos’³² (énfasis agregado).

Sin perjuicio de lo dicho, no es posible sostener que la prohibición de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento se reduzca a un tema de admisibilidad. Se trata también de una prohibición general que determina que si los adjudicadores de fondo estiman que se trata de prueba ilícita, ella no puede ser valorada. Y, por cierto, si el adjudicador valora prueba ilícita, cabe interponer un recurso de nulidad en contra de tal resolución judicial. Esta es, también, una decisión explícita del legislador, que no concede a la defensa un recurso distinto que el de nulidad en contra de las decisiones que adopte el juez de garantía a propósito de solicitudes de exclusión por ilicitud, en tanto esa decisión tenga influencia en la decisión que recaiga en definitiva, luego de realizado el juicio oral.

[...] Pues con prescindencia de su ubicación sistemática y su alcance directo, es indudable que el Art. 276 cumple en nuestro ordenamiento procesal penal la función de una prohibición general de valoración de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, prohibición que rige también y de modo especial para el tribunal que precisamente está llamado a valorar la prueba³³ (énfasis agregado).

[...] cuando el mecanismo óptimo destinado a impedir la valoración de la prueba ilícita fracasa, subsiste pese a ello incólume la prohibición de hacerlo. Es lo que inequívocamente se desprende de las constancias en la historia fidedigna de la ley, cuando el legislador declara -con razón- estar estableciendo un sistema que “evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar”³⁴ (énfasis agregado).

³² Ibid. P. 193.

³³ Hernández, Héctor. Op. cit. p. 90.

³⁴ Horvitz, María Inés, LÓPEZ, Julián. Op. cit. p. 193.

d) Cuestionamientos derivados de infracciones de deberes de custodia de la prueba por el organismo público

Según se señaló anteriormente, el Ministerio Público, y por remisión, la FNE, tienen un deber de custodia sobre las especies incautadas con ocasión de una investigación. La norma fundamental al respecto es el artículo 188 CPP, que establece que es el órgano público quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se “alteren de cualquier forma” las especies incautadas; que los intervinientes tienen derecho a reclamar ante el órgano jurisdiccional una indebida preservación de las especies, y que el persecutor deberá dar acceso a los intervinientes a los objetos incautados, llevando un registro especial para tales efectos.

Este deber de custodia ha sido constantemente reconocido por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema:

En este orden de ideas, cabe recordar que la cadena de custodia de la prueba es un procedimiento que reglamenta la adecuada recolección, identificación, registro, conservación bajo sello y manejo de la evidencia material, objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o estado destinados a la comisión del hecho investigado, que busca garantizar su conservación e indemnidad hasta el momento de la realización del juicio oral, y que la ley procesal ha puesto bajo la responsabilidad de la policía y del Ministerio Público, en los términos del artículo 188 del Código Procesal Penal (énfasis agregado; causa ROL 2560-2013, Excma. Corte Suprema, 13 de junio de 2013).

i. Consecuencias procesales de la vulneración de los deberes de custodia

La vulneración de los deberes de custodia que tiene el organismo público que vela por la integridad de las especies obtenidas correctamente -ya sea el Ministerio Público o la FNE- nos enfrenta a una primera pregunta, ya esbozada con anterioridad: ¿Se trata éste de un problema de licitud de la prueba o de valoración de la misma? La respuesta correcta es la segunda.

En este sentido se pronuncia la doctrina nacional sobre la materia:

(...) Al Ministerio Público corresponde la conservación bajo custodia de las especies recogidas durante la investigación, debiendo habilitar dependencias para tal fin y adoptar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma (Art. 188 CPP). Este deber dice relación con la denominada ‘cadena de custodia de la prueba’, esto es, con los resguardos necesarios para la preservación de la evidencia hasta su presentación al juicio. Evidentemente, en una estructura procesal cuya pieza central es el juicio oral, fase en que se produce la prueba que servirá de base a la sentencia, es fundamental la conservación de los objetos, de documentos y especies de la investigación desde su levantamiento hasta su presentación a la audiencia principal del procedimiento.

Para el Ministerio Público esta tarea es aún más relevante pues tiene la carga de la prueba y debe **formar la convicción** del tribunal más allá de toda duda razonable (artículo 340 CPP), de manera que **cualquier sospecha respecto de la indemnidad o integridad de la evidencia, o su manejo inadecuado, puede repercutir negativamente en la presentación de su caso**³⁵ (énfasis agregado).

En el anterior pasaje la profesora María Inés Horvitz expone claramente el problema: un manejo indebido de las especies que estén bajo la custodia del Ministerio Público (vulnerando el artículo 188 CPP) repercutirá negativamente en la presentación del caso del persecutor ante el órgano adjudicador porque, dado que tendrá un material probatorio de peor calidad, será más difícil lograr la convicción en el tribunal de que su imputación se encuentra acreditada. Es decir, se trata de un problema de “convicción” y no de licitud.

La problemática antes enunciada también ha sido resuelta por la jurisprudencia de la Corte Suprema al tener que determinar si ciertos recursos de nulidad interpuestos en contra de sentencias que han considerado prueba que supuestamente emanaría de evidencia manipulada con infracción a los deberes de custodia previstos en el artículo 188 CPP, efectivamente deben ser conocidos por el máximo tribunal de la República (por ajustarse a la causal prevista en la letra a) del artículo 373 CPP: infracción de garantías constitucionales) o, en cambio deben ser fallados por las Cortes de Apelaciones, por tratarse de problemas de valoración de la prueba (y por tanto encuadrarse dentro de la causal prevista en el artículo 374 letra e) CPP, que se remite al artículo 342 letra c) CPP: valoración de los medios de prueba que fundamentan las conclusiones del tribunal).

Invariablemente la Excm. Corte Suprema ha fallado que estas alegaciones afectarían al valor probatorio de las especies incautadas, pero si ellas han sido recogidas legalmente, no se trata de problemas de licitud. La jurisprudencia es del siguiente tenor:

(2) Que por el recurso se **invocó la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, fundada en la vulneración del debido proceso, pues la sentencia se sustenta en prueba ilegítima, al quebrantarse la cadena de custodia respecto de la sustancia incautada, infringiendo con ello lo dispuesto en el artículo 188 del Código Procesal Penal**. Añadió que los ocho papelillos fueron trasladados al Instituto de Salud Pública 10 días después de la incautación, sin autorización del juez de Garantía, vulnerándose la norma contenida en el artículo 41 de la Ley N° 20.000, además, el número de la evidencia no correspondía. Señaló que el recurso se encontraba preparado, toda vez que alegó estas circunstancias en el juicio oral, lo que fue desestimado por el tribunal.

³⁵ Horvitz, María Inés, LÓPEZ, Julián. Op. cit. p. 536.

(3) Que el Ministerio Público solicitó la declaración de inadmisibilidad del recurso, pues no justifica ni ofrece justificar el reclamo oportuno del vicio, esto es, la petición de exclusión de los elementos de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral.

(4) Que la defensa, por su parte, hizo presente que su recurso no dice relación con prueba ilícita, sino con la inobservancia por parte de los sentenciadores de la garantía del debido proceso, en tanto **la sentencia se ha fundado en información probatoria que no tuvo como correlato una cadena de custodia indemne**. Así el vicio sólo podía manifestarse en el juicio oral, donde se expuso en toda su dimensión la prueba de cargo.

(5) Que **los hechos en que la defensa hace consistir la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, de competencia de esta Corte Suprema, dicen relación con la valoración de la prueba y fundamentación de la sentencia, cuestiones que se encuadran específicamente en el motivo absoluto de nulidad previsto en la letra e) del artículo 374 del mismo cuerpo legal**. Por lo tanto, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 383 inciso 3° letra a), del ya citado texto, remitiendo los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva (énfasis agregado; Excma. Corte Suprema, ROL N° 2078-2009).

Es decir, de nuevo, la vulneración de los deberes de custodia del persecutor sobre especies incautadas legítimamente acarrea problemas que afectan la capacidad que tiene el material probatorio para lograr que el órgano adjudicador de responsabilidad arribe a una determinada convicción, pero no representan problemas de licitud de la misma.

ii. *Infracción a los deberes de custodia de una NUE en particular: distinciones relevantes*

Ante todo, según se esbozó *supra*, se debe distinguir las diferentes consecuencias procesales del extravío de una evidencia en relación a la restante prueba incautada en el proceso, tanto si se encuentra contenida en otras NUE, como si aquella está contenida en la misma NUE en la que se encontraba la especie extraviada.

Ya sea si estamos ante un caso de prueba ilícita (situación que como se concluyó *supra* no se produce por un manejo indebido de la evidencia recogida legalmente) o sólo ante un caso de prueba deficiente para motivar una resolución jurisdiccional, no es lo mismo si la especie extraviada se encuentra en una NUE única o en una NUE que contiene distintas especies.

Por una parte, la eventualidad del éxito de una solicitud de exclusión de la evidencia que se encuentra contenida en la misma NUE que la especie extraviada o destruida, pasa por la constatación de la afectación grave de alguna de las manifestaciones del derecho a defensa antes referidas y siempre que ello obedezca a un vicio en la *obtención* de las determinadas especies. Si ello no acaece, los cuestionamientos que podrían formularse a las especies que se encuentran contenidas en la misma NUE de la especie extraviada serían, de nuevo, de cuestionamientos relativos al

valor probatorio de las mismas.

Por otra parte, una solicitud de exclusión -por constituir prueba ilícita- del resto de las especies incautadas por el extravío de una especie contenida en una NUE específica resulta del todo improcedente. Los eventuales vicios en la obtención (problema de ilicitud) y/o manipulación (problema de valoración de la prueba) de una determinada especie incautada de ninguna forma afecta o contamina la licitud del resto del material probatorio obtenido mediante la diligencia intrusiva. Todos los cuestionamientos que podrían formularse a la integridad del resto de la evidencia incautada se trata de cuestionamientos que única y exclusivamente apuntan a debilitar la calidad del material probatorio obtenido, esto es, la idoneidad de la evidencia para que un tribunal alcance un determinado grado de convicción respecto de un hecho a acreditar en el proceso. De ninguna forma -incluso en el supuesto de que esa específica evidencia haya sido obtenida con infracción de ley- puede argumentarse que dicha infracción afecta la licitud del resto de la evidencia.

e) Eventuales efectos que sin llegar a fundamentar una prohibición de producción o valoración inciden en el procedimiento de formación de la convicción del tribunal

Descartada la existencia de alguna de las circunstancias que imponen al juez el deber de considerar prohibida la valoración de una determinada prueba, surge la pregunta de cuáles son los efectos procesales que cabe adosar a aquellos defectos en la obtención o custodia de una determinada evidencia, que no alcanzan a satisfacer los supuestos del artículo 276 CPP. Entre estos supuestos, deben considerarse:

En primer lugar, aquellas situaciones en que se obtuvo prueba con infracción a reglas procedimentales (y en este sentido, se trata de prueba obtenida “ilícitamente”), pero cuya ilicitud (i) por su poca relevancia en el contexto del proceso, no llegó a constituir un atentado a garantías constitucionales,³⁶ (ii) por no haber causado perjuicio en los términos del artículo 159 CPP, o haberse convalidado por la preclusión del derecho a hacerla valer, no llegó a justificar la declaración de la nulidad de la actuación.

En segundo lugar, también deben considerarse en esta situación todos aquellos cuestionamientos procedimentales que no se produjeron en razón de un defecto en la obtención de la evidencia, pero que otorgan motivos para cuestionar la integridad o credibilidad de la misma. Casos como éste son aquellos en que:

1. Existe algún problema en el manejo de la cadena de custodia de la evidencia, ya sea que éste haya provocado la destrucción o desmedro de los objetos o, que no obstante su aparente integridad, (i) existan razones para pensar que adolece de algún defecto o, (ii) no existe modo seguro de descartar posibles manipulaciones de la misma.

³⁶ C.fr. en Derecho Comparado, con el razonamiento de la Corte Suprema de EE.UU. en el caso *Hudson v. Michigan* (547 U.S. 586 [2006])

2. La evidencia posee evidentes defectos que dificultan su valoración: como en el caso de medios probatorios que pueden interpretarse en sentidos opuestos, o de medios probatorios que siendo obtenidos lícitamente se encuentran incompletos o contaminados por las más diversas razones. Considérense al respecto los siguientes ejemplos:

- (i) cuando se produce una alteración por un tercero del sitio del crimen antes de que lleguen las policías;
- (ii) cuando las huellas que pudieron ser obtenidas por los forenses están incompletas y por sí mismas no acotan la identidad de los involucrados;
- (iii) cuando por alguna circunstancia que excede el ámbito de los deberes que impone el 188 CPP, se extravía o deteriora alguna prueba, mientras se encuentra en poder de los funcionarios policiales.

Respecto de situaciones de esta clase, que no alcanzan a fundamentar la necesidad de la exclusión de un medio de prueba, los distintos sistemas de valoración reaccionan de manera diferente.

En un sistema como el nuestro -que se basa en la libre valoración de la prueba o crítica racional- los defectos de esta clase son combatidos mediante la exigencia, por un lado, de estándares de convicción y la consagración de límites, por el otro.

Como ya quedó dicho anteriormente, en la valoración de la prueba el tribunal tiene libertad y la exigencia es que, en caso de condena, alcance una convicción más allá de toda duda razonable, para lo cual deberá, además, desarrollar en la sentencia las razones por las cuales ha alcanzado -o no- ese estándar para adoptar una decisión de condena o absolución.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 297 CPP la libertad en la valoración de la prueba encuentra ciertos límites: el tribunal debe respetar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Unas y otras normas dotan al juez de herramientas para considerar de manera comprensiva cada una de las pruebas rendidas, dándole la facultad de desestimarlas o infravalorarlas de un modo plástico, según las garantías de veracidad, verosimilitud e integridad que ellas mismas ofrezcan.

Estas herramientas, en conjunción con las facultades de los intervinientes de cuestionar y hacer observaciones sobre la veracidad, credibilidad y connotación de las pruebas rendidas, aseguran un tratamiento probatorio que permite hacer frente a estos defectos, respetando el debido proceso y el derecho a defensa.

f) Modos de impugnación de una sentencia dictada sobre la base de prueba valorada en contradicción de alguna de las prohibiciones de obtención o valoración referidas

El modo de impugnación de una sentencia penal por antonomasia es el recurso de nulidad, regulado a partir del artículo 373 CPP. La pregunta relevante es determinar qué

causal se ajusta de mejor manera a las problemáticas analizadas en el presente informe.

Para lo anterior se deben distinguir entre (i) ilicitudes en la obtención de la prueba, que fundamentan casos de “prueba ilícita”; (ii) irregularidades que afectaron directamente la posibilidad de las defensas de examinar el material incautado y ejercer los descargos correspondientes, ya sea que estas irregularidades se hayan provocado durante la obtención de la prueba o en un momento posterior; y (iii) errores en la valoración de la evidencia incautada.

El primer problema enunciado, en el evento de que la prueba ilegalmente obtenida se traduzca en vulneraciones de garantías constitucionales durante el procedimiento penal, podría dar lugar a la aplicación de la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) CPP: *“Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”*.

La segunda problemática -la referida a las irregularidades en el manejo de evidencia que afectaron un adecuado ejercicio del derecho a defensa- podría dar lugar a la causal prevista en el artículo 373 letra a), y c) CPP (*“cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga”*).

Finalmente, un problema distinto se produce cuando un tribunal dicta una sentencia penal errónea a propósito de la valoración de los medios de prueba, infringiendo ya sea los límites establecidos en el artículo 297 CPP, ya sea las exigencias de fundamentación de sus conclusiones acerca de la prueba, de conformidad al artículo 342 CPP, puesto en relación con aquél. Es sabido, por cierto, que por vía del recurso de nulidad no es procedente impugnar el acto de valoración de la prueba en sí mismo, en la medida en que los jueces satisfagan tales límites y exigencias. El mero desacuerdo con la decisión judicial no autoriza el recurso de nulidad.

Esa es la razón por la cual el legislador ha consagrado la causal del recurso de nulidad del artículo 374 letra e) CPP, haciéndola procedente *“[c]uando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”*. Y el artículo 342 letra c) CPP dispone que la sentencia definitiva contendrá: *“(c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”*.

g) Aspectos específicos de la regulación del DL 211

Mención aparte, por su especialidad, merece el inciso séptimo del artículo 39 letra n) del DL 211. Vuelvo a reproducir la disposición para una mejor comprensión del análisis:

Artículo 39 letra n), inciso séptimo: Los resultados de las actuaciones establecidas en el párrafo primero no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante el tribunal, cuando el desem-

peño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma señalada en el párrafo precedente, por el ministro de Corte de Apelaciones allí referido.

Se trata de una norma que prohíbe especialmente el aprovechamiento de los antecedentes recopilados por medio de diligencias intrusivas. Para ello exige el cumplimiento de dos requisitos copulativos: (i) las diligencias deben haber sido realizadas fuera de los casos legalmente previstos (v. gr., sin las autorizaciones legales pertinentes, o llevadas a cabo abarcando aspectos no comprendidos en la autorización) y; (ii) que eso haya sido declarado judicialmente.

V. RESPUESTAS A INTERROGANTES

a) **¿El extravío o destrucción de evidencia incautada acarrea alguna sanción procesal?**

Para el caso materia del presente informe, la respuesta es negativa. No es posible entender que el problema analizado puede dar lugar a prueba ilícita (con la consecuente sanción de exclusión de dicha prueba [artículo 276 CPP]), ni a un vicio de nulidad (por afectación de garantías constitucionales o del derecho a defensa [artículo 373 letra a) y 374 letra c) CPP, respectivamente]), por cuanto la pérdida o destrucción del Informe no determina la afectación esencial de alguna garantía constitucional, ni al derecho a defensa. Por una parte, ya que la fuente de origen del Informe es la propia requerida, su desaparición del expediente administrativo no produce ninguna merma respecto de las posibilidades de actuación y/o conocimiento respecto del mismo por parte de la defensa. Por otra parte, el supuesto extravío del Informe no determina problemas de afectación arbitraria o ilegal del derecho de propiedad, en virtud de que en su obtención se dio total cumplimiento a los requisitos y formalidades legales previstos en la normativa administrativa y procesal penal vigente.

Descartado que el problema analizado pueda dar lugar a una calificación de prueba ilícita o a las causales de nulidad referidas, es posible concluir que todos los cuestionamientos que pudieran formularse por la supuesta pérdida del Informe constituirían necesariamente problemas de valoración de la prueba y no de licitud de la misma.

b) **¿Qué medidas pueden adoptar el ministro de turno de la Corte de Apelaciones (en materias de libre competencia) y el juez de Garantía y/o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (en asuntos penales) ante el extravío o destrucción de**

evidencia incautada? ¿Tiene aplicación el artículo 188 inciso segundo del Código Procesal Penal?

Según ya se señaló en la respuesta anterior -y en base a la documentación tenida a la vista- no es posible que un ministro de Corte de Apelaciones imponga una sanción de conformidad al inciso séptimo del artículo 39 letra n) DL 211, puesto que se dio cumplimiento a todas las formalidades y requisitos previstos en el párrafo cuarto de la misma.

- c) ¿Es posible sostener que el resto de la evidencia incautada se contamina ante el extravío o destrucción de una especie en particular? ¿Tiene algún sentido distinguir entre la evidencia que se encuentra agrupada en una misma cadena de custodia y el resto de la evidencia que se encuentra en distintas NUE?**

No. Según se señaló, no puede argumentarse la “contaminación” del resto de la prueba contenida en la misma NUE. Semejante “contaminación” es un fenómeno que únicamente se discute -en jurisprudencia y doctrina- a propósito de la declaración de ilicitud en la obtención de un antecedente probatorio y con el objeto de evitar que dicha obtención ilegal acarree, aun así, frutos indeseados (de allí el nombre de la doctrina del *fruit of the poisonous tree*). Pero un efecto así no puede predicarse de un objeto (Informe) supuestamente extraviado pero, como ha quedado dicho, lícitamente obtenido a propósito de una diligencia de entrada y registro autorizada por los Tribunales de Justicia. Una eventual infracción a los deberes de custodia no puede tener -salvo los casos de afectación del derecho a defensa antes analizados- un efecto material extensivo (“contagioso”).

- d) ¿Tiene importancia el hecho de que la evidencia extraviada o destruida sea reconstruible o reconstituible?**

Sí. Según ya se señaló con anterioridad, el hecho de que el origen del Informe sea la propia requerida -y, por lo tanto, que presumiblemente existen copias del mismo- podría descartar completamente que su eventual extravío implique una vulneración de algún derecho o garantía del investigado o, incluso, de que él pudiera tener impacto alguno en la posición del *prima facie* afectado por el extravío.

EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL DERECHO SANCIONATORIO CHILENO

Juan Pablo Mañalich R.*

I. INTRODUCCIÓN.

La Fiscalía Nacional Económica me ha solicitado informar en derecho acerca del estatus y alcance del principio *ne bis in idem* bajo el derecho sancionatorio chileno, en particular en cuanto a su configuración específica como estándar de derecho sustantivo y como estándar de derecho procesal, y ello desde el punto de vista de un eventual ejercicio concurrente de potestades sancionatorias tanto por parte de dos o más tribunales u órganos estatales nacionales como por parte de uno o más tribunales u órganos estatales nacionales y uno o más tribunales u órganos estatales extranjeros.

Para dar cumplimiento a dicho cometido, el presente informe se ocupa en primer lugar, del marco general relativo al ejercicio de potestades sancionatorias, en pos de establecer ciertos parámetros indispensables para la consideración comparativa del estatus de los estándares de legitimación propios del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionatorio. A continuación, se emprende una indagación pormenorizada en el fundamento y alcance del principio *ne bis in idem* en el marco de referencia del Derecho Penal (y procesal penal), primero desde una perspectiva comparada y después en atención a las variables particulares del derecho chileno. Finalmente, el informe elabora una propuesta de adaptación de las implicaciones normativas del principio *ne bis in idem* susceptibles de resultar operativas en el Derecho Administrativo sancionatorio chileno, con especial énfasis en algunos problemas particulares que se suscitan en el marco del régimen sancionatorio propio del derecho contravencional de la libre competencia.

II. PRIMERA PARTE: POTESTADES SANCIONATORIAS Y *NE BIS IN IDEM*

a) El marco del Derecho Sancionatorio

i. *Dos nociones de Derecho Administrativo sancionatorio*

Para los efectos del presente informe, la pregunta fundamental está constituida por la vigencia, y en su caso, el alcance que el principio *ne bis in idem* puede reclamar en el

* Abogado de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, donde también realizó estudios postdoctorales por la Fundación Alexander von Humboldt. Es profesor titular del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile.

marco de lo que aquí se denominará el “derecho contravencional de la libre competencia”. La vía más prometedora para enfrentar esa pregunta la representa un análisis preliminar del problema general relativo a la vigencia del principio *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, para poder proceder, con posterioridad, a plantear la cuestión de la medida en que el derecho contravencional de la libre competencia, que en Chile aparece asociado al régimen jurídico establecido por el Decreto Ley N° 211 (DL 211), reconoce o ha de reconocer la vigencia de ese principio. Esto exige examinar, sin embargo, si acaso puede decirse que este derecho contravencional de la libre competencia constituye una instancia específica de Derecho Administrativo sancionatorio.

Plantear esta pregunta puede parecer fuera de lugar, por el hecho de que su respuesta parecería ser trivialmente afirmativa.¹ Pero los términos de la cuestión distan de ser inequívocos. Pues si existe un punto de vista intuitivamente accesible para perfilar una caracterización de las sanciones administrativas, en contraposición a las sanciones propiamente penales, es aquel relativo al órgano específicamente competente para su respectiva imposición: desde este punto de vista, cuentan como sanciones administrativas, *prima facie* al menos, aquellas susceptibles de ser impuestas por órganos de la administración del Estado.² En la doctrina chilena, justamente este ha sido el punto de vista favorecido para definir la “potestad punitiva administrativa” como “el poder con que actúan los órganos estatales no jurisdiccionales investidos de atribuciones para sancionar hechos ilícitos”.³

Ante esto, parece poco viable sostener que el derecho contravencional de la libre competencia, tras la reforma del DL 211 introducida por la Ley 19.911, que “despenalizara” las infracciones constitutivas de injusto monopólico,⁴ cuenta como un régimen de Derecho Administrativo sancionatorio por la sola circunstancia de que las bases de organización sobre las cuales descansa la jurisdicción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia hacen posible calificar a éste como un órgano que, entre otras funciones, ejercería jurisdicción en un ámbito material de carácter contencioso-administrativo.⁵ A este respecto, puede ser ilustrativo tener en cuenta la caracterización del régimen creado por la ley alemana “sobre contravenciones al orden” (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*), de 1968, que prevé un primer momento de imposición administrativa de la sanción, eventualmente seguido de un momento propiamente judicial, como un régimen de sanciones que “se encuentran mucho más cerca del Derecho Penal que del administrativo”.⁶ Pues si esto vale para un régimen

¹ Véase por todos Valdés, *Libre competencia y Monopolio*, pp. 224 ss.

² Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, p. 153; así también Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 137, quien reconoce, no obstante, que “[e]xcepcionalmente, puede encomendarse a los jueces el castigo de las infracciones administrativas”.

³ Véase Rodríguez Collao, “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, pp. 128, 150 s.

⁴ Véase Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 238 s.

⁵ Así sin embargo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 226 s.

⁶ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, p. 66.

que sí contempla la posibilidad de imposición directa de la sanción por parte de un órgano no jurisdiccional, *a fortiori* tendría que valer también para un régimen que, como el del DL 211, sólo admite la imposición de sancionarse por parte de un órgano jurisdiccional.

Lo anterior sugiere la conveniencia de introducir una distinción entre dos nociones de Derecho Administrativo sancionatorio. En sentido estricto, puede entenderse como tal el régimen jurídico que habilita a órganos propiamente administrativos para la imposición (directa) de sanciones que cuentan como la consecuencia jurídica de determinadas infracciones no constitutivas de delito en sentido jurídico-penal, y que en caso de reclamación por parte de la persona sancionada puede dar lugar a un proceso propiamente jurisdiccional más o menos ajustado a la estructura de un procedimiento contencioso-administrativo. En sentido amplio, en cambio, cabría reconocer como parte integrante del Derecho Administrativo sancionatorio aquellos regímenes que hacen aplicables normas de sanción que no tienen carácter jurídico-penal -esto es, normas cuya aplicación no compete a órganos que ejercen jurisdicción “en lo penal”- y que refuerzan la reglamentación de determinados ámbitos de actividad, orientada a “consideraciones de afectación general”, que es propia del Derecho Administrativo,⁷ independientemente de si la imposición de las sanciones en cuestión compete a órganos propiamente administrativos o a órganos propiamente jurisdiccionales (distintos, en todo caso, de los tribunales jurídico-penalmente competentes).

Sólo en la medida en que una distinción como la precedente tenga plausibilidad, tiene sentido caracterizar el régimen del derecho contravencional de la libre competencia como un régimen de Derecho Administrativo sancionatorio. Bajo esta hipótesis, en lo que sigue se revisarán las notas distintivas de semejante régimen jurídico.

ii. Género y especies del derecho sancionatorio

La discusión contemporánea acerca de la plausibilidad de un supraconcepto de derecho sancionatorio se encuentra principalmente circunscrita, en el marco de referencia de la tradición del derecho europeo-continental, al ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio.⁸ Dicha discusión concierne ante todo a la cuestión de cuál sería la relación que existiría entre el Derecho Administrativo sancionatorio, que regularía el ejercicio de una genuina potestad sancionatoria de la administración, y el Derecho Penal, que regularía el ejercicio del *ius puniendi* en sentido estricto.

Esta última contraposición, sin embargo, está lejos de ser generalizadamente aceptada. Pues bajo el influjo de las así llamadas concepciones de la demarcación cuantitativa, según las cuales la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Ad-

⁷ En este sentido, por ejemplo, Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 125 s.

⁸ Para una visión comparada de la situación en Alemania, Francia, Italia y España, véase Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 53 ss. Véase también Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 162 ss.

ministrativo sancionatorio sería una de grado, y no de clase,⁹ en la discusión española ha tendido a imponerse la tesis que postula la existencia una única potestad sancionatoria estatal, que conocería estas dos manifestaciones alternativas.¹⁰ Esta tesis, por lo demás, fue expresamente validada por el Tribunal Constitucional chileno, el cual, por sentencia de 26 de agosto de 1996, Rol N° 244, declaró que

los principios ordenadores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al Derecho Administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado (c. 9°).

De esta tesis de la doble manifestación de una única potestad sancionatoria o punitiva estatal se seguiría, tal como lo hace explícito el considerando recién transcrito, una consecuencia fundamental. Esta consecuencia consistiría en la incorporación de lo que tradicionalmente se conoce como el conjunto de “principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi*”, históricamente identificados con la emergencia del modelo ilustrado de Derecho Penal, al ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio. Pero ello no llega a ser afirmado sin ulteriores cualificaciones. Por el contrario, la opinión dominante en la discusión doctrinal española, que ha ido a la par de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de ese país, es que dicha aplicabilidad de los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* tendría lugar con “matices”.¹¹ Precisamente, la necesidad de tal matización también ha sido expresamente proclamada, en atención a la aplicabilidad del principio de legalidad establecido en los incisos 7° y 8° del Art. 19 N° 3 de la Constitución chilena al ámbito del Derecho Administrativo sancionador, por el Tribunal Constitucional chileno, en su sentencia del 27 de julio de 2006, rol N° 480:

“Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado -el llamado *ius puniendi*- y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19” (c. 5°).

En el marco de este informe no es posible ni necesario, empero, detenerse a evaluar los méritos o deméritos de la tesis de la unicidad de la potestad sancionatoria estatal.¹² Basta con considerar aquí que quienes se oponen a dicha tesis igualmente

⁹ Véase en la discusión alemana, por ejemplo, Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3/6 ss.

¹⁰ Así explícitamente García de Enterría/Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, pp. 163 ss., 167 s. Al respecto, y críticamente, Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 75 ss.; en igual sentido Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 19 ss.

¹¹ García de Enterría/Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, pp. 168 s. Crítica y pormenorizadamente al respecto, Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 143 ss.; Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 30 ss., 41 ss.

¹² Para una valoración crítica, contemporáneamente, García Caveró, *Derecho Penal Económico I*, pp. 66 ss.

reconocen la necesidad de reconstruir un marco de referencia común, que haga operativos parámetros de control del ejercicio de cualquier potestad estatal cuyo carácter sea auténticamente sancionatorio.¹³ La ventaja de este punto de partida es que así se redefine el problema material subyacente: no se trata de establecer si y -en su caso- cómo han de trasladarse “horizontalmente” los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* desde el Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionatorio, sino más bien de identificar, en el nivel supralegal, cuáles son los estándares de control vinculantes para el ejercicio de cualquier potestad de carácter sancionatorio, procediéndose entonces a establecer modalidades diferenciadas (y en tal sentido matizadas) para su concreción “vertical” en el Derecho Penal, por un lado, y en el Derecho Administrativo sancionatorio, por otro.

Una estrategia de este tipo es recomendada incluso por partidarios de la tesis de una demarcación cualitativa entre la sanción penal y la sanción administrativa.¹⁴ Partiendo de la consideración elemental de que lo que distingue a la genuina sanción penal, frente a otras formas de sanción jurídica -incluida la administrativa- es una carga expresiva de un “reproche ético-social”,¹⁵ es posible sostener que esta carga se manifiesta en la considerable mayor gravedad o “aflictividad” que caracteriza al conjunto de las sanciones identificadas como penas,¹⁶ que se corresponde con la considerable mayor gravedad que caracteriza al conjunto de las infracciones identificadas como hechos delictivos en sentido jurídico-penal. Y que una diferencia de mayor o menor gravedad, asociada a una cierta simbología de lo penal, pueda llegar a constituirse como una diferencia de clase y no de grado,¹⁷ no debería sorprender, en la medida en que siempre hay un punto a partir del cual una diferencia cuantitativa puede volverse cualitativa. La diferencia, en efecto, se vuelve cualitativa en la medida en que, al ser expresiva de una carga de reproche ético-social, la sanción penal se configura, a diferencia de la sanción administrativa, como una reacción jurídica personalísima,¹⁸ que presupone la satisfacción de condiciones de reprochabilidad personal que resultan mucho más exigentes que la mera exclusión de la responsabilidad objetiva.

Que el derecho chileno está comprometido con semejante diferenciación cualitativa, a nivel de diseño legal, resulta algo difícil de negar si se tiene a la vista lo dispuesto en el Art. 20 del Código Penal: “No se reputan penas [...] las multas y

¹³ Reconocidamente Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 151 ss.

¹⁴ En este sentido Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 137 ss., 146, 156 ss.

¹⁵ Así Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor § 1, n.m. 1; véase también Hassemer/Neumann, *NK-StGB*, vor § 1, n.m. 209, 218 ss., 236 ss. Nótese, de paso, que esta asociación de una carga expresiva de un reproche ético-social no es algo que deba identificarse con el contenido de la respectiva descripción de la forma de comportamiento ilícito (véase sin embargo Rodríguez Collao, “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, p. 140, quien pretende encontrar en ello un argumento para refutar la tesis de una diferenciación cualitativa), sino que cuenta como un dato intrínseco a la forma de sanción que se identifica, en sentido estricto, con la noción de “pena”. Célebremente al respecto Feinberg, *Doing & Deserving*, pp. 95 ss., distinguiendo entre *punishments* y *penalties*.

¹⁶ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 162 ss.

¹⁷ Así Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, pp. 125 s.

¹⁸ Al respecto Mañalich, “La pena como retribución”, pp. 152 ss., 156 ss., 168 ss.

demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.¹⁹ Y que esta definición de la parte general del Código Penal no representa una definición legislativa aislada, se ve decisivamente confirmado, por ejemplo, por la contundencia de algunas declaraciones legislativas más recientes. Para mencionar dos ejemplos suficientemente representativos: el Art. 133 de la Ley 18.046, sobre sociedades anónimas, dispone que el establecimiento de una eventual responsabilidad indemnizatoria “es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan”; en tanto, el Art. 58 de la Ley 18.045, sobre mercado de valores, expresamente prevé la posibilidad de una acumulación de la imposición de sanciones administrativas y sanciones penales, en la medida en que alguno de los hechos investigados también sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los Arts. 59 y 60 de la misma ley.²⁰

Aquí resulta fundamental, en todo caso, enfatizar que la mayor gravedad del delito y, correspondientemente, de la sanción penal ha de reconocerse como una característica global, esto es, del respectivo conjunto, sin que la misma se vea falseada por la posibilidad de que existan, aisladamente, infracciones administrativas que pueden juzgarse como tanto o más graves que determinados hechos delictivos en sentido jurídico-penal, o bien de que existan, aisladamente, sanciones administrativas que puedan resultar tanto o más gravosas que determinadas sanciones penales.²¹ A este respecto, no deja de tener sentido la idea de que la connotación distintivamente estigmatizadora de la sanción penal se encuentra sobre todo asociada, mucho más que a la específica clase de mal de cuya irrogación se trata, a la ritualidad específica del proceso penal como el contexto institucional para su eventual imposición.²²

¹⁹ Véase al respecto Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno I*, pp. 39 s. Que en la disposición se emplee la fórmula “no se reputan” en vez de “no son” (véase Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 221 s.) de ningún modo alcanza a revertir la evidencia de que el legislador chileno reconoce una diferencia cualitativa entre pena y sanción administrativa. El pleonismo al que llega Valdés, al hablar de una “pena penal” (*ibid.*, p. 225) -a lo cual subyace, implícitamente, la contradicción en los términos que supondría hablar, como contrapartida, de una “pena no penal”- cuenta como un indicio fuerte de la inadecuación de su comprensión de la diferencia supuestamente sólo cuantitativa (*ibid.*, pp. 217 ss., 228) entre una y otra forma de sanción. A favor de la comprensión de la referencia a las sanciones impuestas “en uso de atribuciones gubernativas” como designación de sanciones administrativas en sentido estricto, véase Rodríguez Collao, “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, p. 135; y Piña, *Derecho Penal*, pp. 121 s., quien también recurre, empero, a la poco afortunada noción de “penas penales” (*ibid.*). Sobre la “inelegancia” de dicha expresión, véase Rodríguez Collao, *op. cit.*, p. 124, con nota 8, quien prefiere hablar de “penas criminales”.

²⁰ La protesta de Piña, *Derecho Penal*, p. 128, en cuanto a que esta última disposición haría posible una vulneración del principio *ne bis in idem* da por sentado lo que su argumento debería probar. Al respecto *infra*, 5.2.

²¹ En este sentido Huero Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 145 ss., 158 ss.

²² Por ende, en contra de lo sugerido por García Caverro, *Derecho Penal Económico I*, pp. 68 ss., así como también por Piña, *Derecho Penal*, pp. 125 ss., no es la posición nuclear o periférica, en relación con la definición de “la identidad normativa de la sociedad”, de la respectiva norma (de comportamiento) sancionatoriamente asegurada lo que permite determinar si la correspondiente norma de sanción ha de pertenecer al Derecho Penal o al Derecho Administrativo, sino al revés: cuáles de esas normas son nucleares y cuáles no, se deja reconocer una vez que se advierte cuáles de ellas se encuentran penalmente reforzadas. Y esto quiere decir, en lo fundamental, que se tratará de aquellas normas cuyo eventual quebrantamiento necesariamente habrá de establecerse en el marco de la ritualidad específica del proceso penal.

Esto último se plantea de modo especialmente acuciante, toda vez que el Derecho Administrativo sancionatorio encuentra en la multa su forma de sanción por antonomasia, la cual también tiene una posición relevante en el catálogo de penas de los sistemas jurídicos contemporáneos, en circunstancias de que las multas administrativas usualmente alcanzan cuantías que superan por mucho la de las penas pecuniarias legalmente previstas. Como advierte Huergo Lora, aquí son dos cuestiones diferentes las que necesitan ser explicadas.

Por un lado, la elevada magnitud de algunas multas susceptibles de ser impuestas como sanciones administrativas, que se deja explicar en atención exclusiva a la elevada magnitud económica (del objeto y de las ganancias) de las operaciones constitutivas de las infracciones cuya comisión da lugar a su imposición.²³ Ya sea que el énfasis se ponga en la eventual finalidad disuasoria de la imposición de la multa en cuestión, o bien en la exigencia de “seriedad” de la respuesta sancionatoria a la correspondiente infracción, es inequívoco que su cuantía ha de situarse en un nivel congruente con el de la significación pecuniaria de la infracción respectiva.²⁴ Ello explica, adicionalmente, por qué su imposición puede no sólo recaer sobre la o las personas naturales responsables de la infracción, sino también sobre las personas jurídicas involucradas en la misma.

Y por otro lado, la reducida cuantía de determinadas penas de multa, previstas por los códigos penales o las leyes penales especiales, puede explicarse ante todo como un resabio de lo que cabría llamar un modelo de “Derecho Penal administrativo”, el cual surgiera, una vez superada la representación de un “Derecho Penal de policía”,²⁵ determinado por la circunstancia histórica de la inexistencia de un régimen administrativo sancionatorio general, ante lo cual las legislaturas habrían tendido a optar por “penalizar” aquello que, desde un punto de vista cualitativo, estaría mucho más cerca de constituir una infracción administrativa.²⁶ El criterio de diferenciación, en todo caso, pasa por la específica carga afflictiva asociada a la sanción propiamente penal. Como sugiere Kindhäuser:

²³ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, p. 161 s.

²⁴ De ahí, por ejemplo, que el Art. 26 del DL 211 reconozca, en su letra c), “el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción” como criterio de determinación de la cuantía de la multa.

²⁵ Al respecto Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 157 s.

²⁶ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, p. 162. En el marco del derecho chileno, esta es una caracterización bastante verosímil de varios de los delitos tipificados bajo algunos de los parágrafos del Título VI del Libro II del Código Penal, relativo a “los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, incluso tomando en cuenta que aquí la multa tiende a figurar como forma de pena acumulativa respecto de la pena privativa de libertad. Lo mismo vale, con mayor razón aún, tratándose de varias de las tipificaciones de faltas en el Libro III del mismo código, lo cual se ve manifestamente reflejado en lo dispuesto en el Art. 501 del mismo código, con arreglo al cual “[e]n las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se establecerán mayores penas que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales”. En relación con esto último, y dando cuenta de la plausibilidad de diferenciar “faltas delictuales” y “faltas contravencionales”, entendidas éstas como “infracciones de carácter administrativo”, véase Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno I*, pp. 240 ss.

“Precisamente por el reproche ético-social y por la posibilidad de la privación de libertad, el Derecho Penal se ve como un derecho sancionatorio más intenso en comparación con el derecho de las infracciones administrativas, aun cuando las multas del derecho de las infracciones administrativas, por ejemplo, en el derecho de carteles, pueden ser mucho más elevadas que la pena de multa”.²⁷

Luego, la existencia de espacios -en todo caso marginales- de superposición de los ámbitos propios del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionatorio no obstan a la plausibilidad de asumir una demarcación cualitativa del uno frente al otro. Lo cual se traduce en que sea impropio el reclamo de que el conjunto de garantías asociadas a los principios limitadores del *ius puniendi* sean hechos aplicables, sin mayor cualificación, al ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio.²⁸ Antes bien, la decisiva menor gravedad del arsenal sancionatorio a disposición de los órganos administrativos justifica que el alcance de las garantías limitadoras sea considerablemente menor.²⁹ Desde este punto de vista, la pregunta relevante pasa a ser la relativa a la identificación de aquellos estándares mínimos aplicables al ejercicio de una y otra potestad sancionatoria, por la sola circunstancia de tratarse del ejercicio de potestades definidas, tautológicamente, por la posibilidad de imponer sanciones.

b) Principios del derecho sancionatorio

i. La necesidad de un concepto funcional de sanción

La razón por la cual parece tan autoevidente recurrir a los tradicionales principios limitadores del *ius puniendi*, identificados con el Derecho Penal ilustrado, para hacerlos aplicables, con más o menos “matices”, en el ámbito propio de la regulación del ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración, no está lejos de ajustarse a la razón mencionada, con alguna ironía, por Nieto: “Tales principios son los únicos que se conocen”.³⁰ Según ya se propusiera, la cuestión a establecer es cuáles de estos principios reclaman aplicación frente a la imposición de penas por el solo hecho de que éstas constituyen sanciones, de modo tal de obtener así, “inductivamente”, un catálogo de estándares mínimos a ser aplicados, “deductivamente”, en cualquier ámbito definido por referencia a la imposición de sanciones.³¹

²⁷ Kindhäuser, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, pp. 44 s.

²⁸ Así sin embargo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 228 s., en relación con el derecho contravencional de la libre y competencia

²⁹ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 165 ss.

³⁰ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 146.

³¹ Para esto véase Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 187 ss.

Lo anterior se conecta con la “función de protección” característicamente asociada a la calificación de una determinada forma de “medida” o “consecuencia jurídica” como una sanción: precisamente, la activación de una serie de estándares de control que operan como garantía individual de la persona expuesta a su eventual imposición.³² La consecuencia fundamental de esto radica en que la definición del concepto relevante de sanción no puede quedar entregada al legislador, puesto que de lo contrario éste podría eludir sin más su sujeción a dichos estándares de control.³³ La definición de “sanción”, en otros términos, no puede ser nominal, sino sólo funcional. Y la función cuyo desempeño hace posible identificar qué cuenta como sanción *stricto sensu* consiste en la reafirmación de la pretensión de validez del derecho quebrantado.³⁴

Lo que parece obtenerse como conclusión, en el contexto del debate comparado, es la tesis de que por “sanción” ha de entenderse, en sentido estricto, toda aquella consecuencia jurídica que consiste en una respuesta represiva (o “punitiva”) a la contravención de una norma de comportamiento, que se materializa al modo de una irrogación de un mal, en el sentido de la privación de un bien o un derecho, sobre la(s) persona(s) responsable(s) de esa contravención.³⁵ En este sentido, lo absolutamente distintivo de una sanción es que ella cuenta como la “consecuencia de una infracción precedente”.³⁶ Esto, porque es a través del mecanismo de una respuesta “aflictiva” que ha de ser soportada por quien ha quebrantado el derecho esta que se realiza la función de confirmación simbólica de su validez.

Nada de esto altera la circunstancia obvia de que una sanción, así definida, pueda ser impuesta en pos de la obtención de efectos de diversa índole, preponderantemente de carácter preventivo. Pues la satisfacción de los estándares de control asociados a su calificación como “sanción” precisamente produce una inmunización jurídica de su imposición. Lo crucial, ahora bien, es que estos estándares, tradicionalmente presentados como principios, han de ser identificados en atención a la definición funcional del concepto de sanción. Es decir: han de contar como principios comunes a todo régimen de derecho sancionatorio aquellos estándares de control que se encuentren interna o intrínsecamente asociados a la noción misma de sanción. De cara al régimen del Derecho Administrativo sancionatorio, ello significa que tiene que ser posible distinguir entre aquellas garantías que han de ser aplicables por estar involucrada la actuación de la administración del Estado, potencialmente lesiva de posiciones individuales legal y constitucionalmente protegidas, por un lado, y aquellas garantías que han de ser específicamente aplicables por estar en juego la imposición

³² En este sentido, y en referencia directa al derecho sancionatorio europeo, Bitter, *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*, pp. 2 ss., 37 ss., 71 ss.

³³ Así Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 188 ss.

³⁴ Así Bitter, *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*, pp. 13 ss., 27 s.

³⁵ Véase sólo Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 227 ss., 234 s.

³⁶ Así Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, p. 153.

de sanciones, por otro.³⁷ Pues es sólo en este segundo ámbito que tiene sentido plantear el reconocimiento de estándares comunes para el Derecho Penal y el derecho sancionatorio administrativo, como instancias diferenciadas de derecho sancionatorio.

La posibilidad de superposición de uno y otro conjunto de estándares se deja reconocer en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Así, en su sentencia del 27 de julio de 2006, rol N° 480, ya citada, el tribunal invocó dos fundamentos constitucionales para afirmar la vigencia del principio de legalidad frente al ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración, a saber: por un lado, el Art. 7° de la Constitución, que contiene una exigencia de legalidad para toda actuación de la administración (c. 4°); y por otro, el Art. 19 N° 3, cuyos incisos 7° y 8° consagran el *principio nulla poena sine lege* (c. 5°). Y si bien no es en absoluto problemático reconocer semejante fundamentación heterogénea del principio de legalidad como estándar del Derecho Administrativo sancionatorio, la diferenciación de uno y otro punto de vista se vuelve determinante cuando la pregunta se plantea respecto de estándares que, como el principio *ne bis in idem*, carecen de reconocimiento constitucional -al menos expreso- bajo el derecho chileno.

ii. Estándares mínimos de derecho sancionatorio

En conformidad con la distinción precedentemente introducida, lo que se plantea es la pregunta acerca de cuáles son los estándares normativos internamente vinculados con la calificación de una determinada consecuencia jurídica como constitutiva de sanción. Ciertamente, dicha vinculación interna no puede ser entendida como una conexión lógica o puramente conceptual, dado que es sin más imaginable una práctica de imposición de sanciones que no observe determinadas garantías mínimas. Se trata, más bien, de una conexión de legitimidad, relativa al modelo de ejercicio de una potestad sancionatoria característico de un Estado de derecho.³⁸

Con arreglo a la definición funcional de sanción aquí propuesta, no es difícil establecer que tanto el principio de legalidad como el principio de culpabilidad constituyen estándares de control del ejercicio de potestades sancionatorias en sentido estricto. El principio de legalidad, en su concreción como mandato de determinación y en su concreción como prohibición de retroactividad en lo desfavorable, hace posible la identificación formal de la consecuencia jurídica específica que cuenta como sanción, así como del comportamiento previo que cuenta como la contravención frente a la cual se produce esa reacción jurídica. Y el principio de culpabilidad asegura que, en un sentido relevante, quien sufre la sanción sea una persona susceptible de ser tenida por responsable de la contravención que cuenta como antecedente de la sanción.

Ello no equivale a establecer, empero, cuál sea la intensidad que corresponda a uno y otro principio como estándar mínimo de derecho sancionatorio y, sobre

³⁷ Así Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 235 ss.

³⁸ En este sentido Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 359 ss.

todo, cuál tenga que ser el grado de correlación de su reconocimiento como principio de Derecho Penal y como principio de Derecho Administrativo sancionatorio. Sólo para dar un ejemplo: el principio de culpabilidad, como estándar jurídico-penal, se traduce no sólo en una exigencia de imputación subjetiva -a título de dolo o imprudencia- del hecho, sino también en una exigencia de posibilidad individual de conocimiento de la ilicitud del hecho de cuya imputación personal se trata, tal como lo llegara a reconocer la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena.³⁹ En el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, en cambio, el principio de culpabilidad tiende a circunscribirse a la sola exigencia de dolo o negligencia como criterios de responsabilidad subjetiva.⁴⁰

En lo que aquí importa, la pregunta es en qué medida el principio *ne bis in idem* también ha de ser entendido como un estándar internamente conectado con una noción funcional de sanción, de modo tal de resultar aplicable como pauta de control del ejercicio de potestades sancionatorias de carácter administrativo.⁴¹ Ésta parece ser una cuestión especialmente necesitada de clarificación en el marco del derecho sancionatorio chileno, dada la inexistencia de pautas vinculantes al respecto, tanto a nivel constitucional y legal como a nivel jurisprudencial. Ello exige examinar, por lo mismo, cuáles pueden ser las diversas implicaciones normativas del principio *ne bis in idem*, tanto en su dimensión de estándar sustantivo como en su dimensión de estándar procesal. Y para esto resulta imprescindible establecer detalladamente cuál es el alcance que el principio exhibe en el ámbito donde éste encuentra su desarrollo más acabado, que es el ámbito jurídico-penal.

III. SEGUNDA PARTE: EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL DERECHO PENAL COMPARADO Y CHILENO

a) El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal comparado

i. *El Derecho Penal de influencia europeo-continental*

El principio ne bis in idem como prohibición de juzgamiento múltiple y de punición múltiple

³⁹ A partir de la sentencia recaída en el caso “Contra Castro Muñoz”, de 4 de agosto de 1998, rol N° 1338, publicada en: *Gaceta Jurídica* 218 (1998); para un análisis pormenorizado véase Mañalich, “Condiciones generales de la punibilidad”, pp. 446 ss., 457 ss.

⁴⁰ Al respecto Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 303 s.; Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 377 s.

⁴¹ Véase sólo De León Villalba, “Sobre el sentido del axioma *ne bis in idem*”, pp. 17 s.; Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 201 ss.

En términos generales, el principio *ne bis in idem* está constituido por la prohibición de que una misma persona sea o bien juzgada o bien sancionada dos veces por un mismo hecho. En la tradición del Derecho Penal europeo-continental, su contenido específico se identifica con la conjunción de un estándar sustantivo de aplicación jurisdiccional de normas de sanción penal y un estándar de clausura procesal. En cuanto estándar de adjudicación, el principio *ne bis in idem* se traduce en una prohibición de consideración o valoración múltiple de un mismo “hecho” -o más técnicamente: de una misma circunstancia o aspecto (de uno o más hechos)- en la fundamentación judicial de la sanción a ser impuesta sobre una misma persona. En cuanto estándar de clausura procesal, el principio se traduce en una exclusión de la posibilidad de juzgamiento de un hecho ante la existencia de otro juzgamiento (anterior o simultáneo) relativo al mismo hecho.

En algunos ordenamientos jurídicos representativos de esta tradición cultural, el principio *ne bis in idem* se encuentra consagrado a nivel constitucional. Este es el caso, por ejemplo, tratándose de la Ley Fundamental alemana, cuyo Art. 103, en su párrafo 3º, establece la prohibición de que una persona sea sancionada, con arreglo a leyes penales generales, más de una vez por un mismo hecho. Sin embargo, la doctrina dominante asume que dicha disposición constitucional sólo configura un impedimento para el juzgamiento múltiple por un mismo hecho, entendiéndose por “hecho”, en este contexto específico, todo el “suceso vital” al cual puede encontrarse referido el juzgamiento en cuestión. Se discute, ahora bien, si este “concepto jurídico-procesal de hecho” ha de entenderse de un modo exclusivamente fáctico, o bien si, por el contrario, ha de entenderse modelado por criterios normativos. Pero es bastante pacífica la tesis de que este concepto jurídico-procesal de hecho es en todo caso independiente, en cuanto a sus presupuestos y su alcance, frente al concepto jurídico-penal de hecho en sentido sustantivo.⁴²

La consecuencia fundamental de ello es que una pluralidad de hechos delictivos en el sentido del Derecho Penal sustantivo puede llegar a constituir, bajo determinadas condiciones, un solo hecho en sentido procesal, cuyo juzgamiento queda entonces proscrito en caso de haber existido un ejercicio de jurisdicción a su respecto previamente.⁴³ Y de acuerdo con la comprensión dominante al respecto en la doctrina alemana, esta función de clausura procesal del principio *ne bis in idem*, constitucionalmente asegurado, se corresponde íntegramente con el efecto de cosa juzgada material de la respectiva sentencia firme, cuya extensión queda determinada, entonces, por la extensión del correspondiente hecho en sentido procesal.⁴⁴ Y la misma variable fija, por lo demás, el alcance del efecto de litispendencia asociado a un eventual conocimiento judicial todavía en curso de ese mismo hecho.⁴⁵

Tratándose de ordenamientos cuyos textos constitucionales no contienen cláusulas semejantes -como es el caso del derecho español y del derecho chileno,

⁴² Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/12.

⁴³ Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor §§ 52-55, n.m. 6.

⁴⁴ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/34.

⁴⁵ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/6.

entre otros-, y más allá de que pueda identificarse un fundamento constitucional indirecto para el principio en cuestión,⁴⁶ es de todas formas posible invocar disposiciones de tratados internacionales, ratificados por los respectivos Estados, para conferirle así un estatus suprallegal. En lo inmediatamente relevante para el derecho chileno, los tratados vinculantes son, a este respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero aquí es necesario observar que ambos tratados consagran el principio *ne bis in idem* exclusivamente en su dimensión de estándar procesal. Esto impone la carga de dar cuenta de algunas peculiaridades de su consagración en uno y otro texto.

El Art. 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme [...]”. Si bien la disposición recurre tanto a la noción de juzgamiento como a la de sanción para articular la garantía, lo cual podría sugerir que ésta resulta comprensiva tanto de la dimensión procesal como de la dimensión sustantiva del principio, ello resulta de inmediato contrarrestado por la cláusula que hace explícito el presupuesto de la existencia de una sentencia condenatoria o absolutoria firme. En tal medida, la garantía no incorpora la prohibición de que en único ejercicio de jurisdicción se tome en consideración dos veces una misma circunstancia para fundamentar o agravar la sanción de cuya imposición se trata.

El Art. 8° N°4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, consagra el principio, en su sola dimensión procesal, en términos todavía más restrictivos, al disponer que “[e]l inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Aquí es fundamental reparar en la restricción del alcance de la garantía únicamente a aquellos casos en que el juzgamiento previo ha concluido en el pronunciamiento de una decisión de absolución, lo cual significa que la garantía no encuentra siquiera aplicación tratándose de casos en que ha existido una sentencia condenatoria previa respecto de “los mismos hechos”. Esto, ciertamente, no admite interpretarse en el sentido de que la convención autorizaría, entonces, la imposición de una nueva sanción por hechos que ya hubieran dado lugar a la imposición de una sanción impuesta por una sentencia condenatoria previa. Más bien, cabe entender que la convención pretende fundar la inadmisibilidad jurídica de esta última posibilidad, directamente, en el principio de legalidad de la pena, establecido en su Art. 9°, específicamente bajo la prohibición de que se imponga una “pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

⁴⁶ Así lo ha afirmado, en relación con el derecho chileno, la Corte Suprema chilena, por sentencia de 24 de marzo de 2009, rol N° 169, en referencia a un caso de imposición de multas en materia laboral, en cuyo considerando 7° se sostiene que el principio *ne bis in idem* “configura una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política nacional y en la idea de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo”.

La consideración anterior, sin embargo, no basta para dar cuenta del cabal alcance que doctrinalmente se atribuye al principio *ne bis in idem* en sentido sustantivo en el marco de la tradición del Derecho Penal de influencia europeo-continental. Pues la prohibición de sanción múltiple por un mismo hecho no se encuentra restringida al caso hipotético de que un tribunal pudiera imponer dos veces la pena legalmente prevista para el autor de un hecho delictivo determinado, lo cual, como instancia de incorrecta aplicación del derecho, constituiría ya un error aritmético (y en tal medida, un error lógico).⁴⁷ El núcleo de significación práctica del principio como estándar sustantivo concierne, más bien, a aquellas situaciones en que el hecho objeto del juzgamiento puede satisfacer dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo, en términos de lo que se conoce como un concurso de delitos. Y ante tales situaciones, el principio *ne bis in idem* se vuelve específicamente operativo al modo de una “prohibición de doble valoración” (*Doppelverwertungsverbot*),⁴⁸ de manera tal que, en la medida en que una misma circunstancia o aspecto del hecho (o de los hechos) objeto de juzgamiento tenga relevancia bajo más de una descripción, haya que reconocer el carácter “aparente” o impropio del respectivo concurso de delitos, para evitar así una contravención de la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho.

En esta dimensión como estándar sustantivo de adjudicación, orientado a la evitación de fundamentar o agravar una sanción por un mismo hecho, el principio *ne bis in idem* no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio (general) de proporcionalidad: considerar dos veces un mismo hecho -o más exactamente, la misma propiedad de un hecho- para fundamentar o agravar la sanción a ser impuesta sobre una persona, constituye una contravención de esa prohibición de exceso. Lo fundamental es que, desde este punto de vista, el principio *ne bis in idem* representa un estándar vinculante para el adjudicador, pero no sin más, al menos directamente, para el legislador. Esto, porque la premisa metodológica que subyace a la aplicación del principio, en su modalidad de prohibición de doble valoración, es la necesidad de evitar las consecuencias de una eventual redundancia legislativa circunstancial, asociada a la superposición de los supuestos de hecho de dos o más normas de sanción en relación con un mismo objeto de subsunción. Esto es precisamente lo que se constata cada vez que se afirma un concurso impropio o aparente de delitos, que da lugar a la exclusión de la aplicación de las consecuencias que normalmente estarían asociadas a un auténtico concurso (real o ideal) de delitos.

Es crucial reparar aquí en que la prohibición no se ve quebrantada, por lo mismo, si el reconocimiento de un auténtico concurso de delitos expresa adecuadamente, y en conformidad con la representación legislativa, la magnitud de desvalor correspondiente al hecho o a los hechos que le son personalmente imputables. Ello se expresa en la proposición doctrinaria según la cual la prohibición de doble valoración, en la cual se traduce el principio *ne bis in idem*, tendría como contrapunto preciso lo

⁴⁷ Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil* II, § 52/2.

⁴⁸ Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil* II, § 52/2.

que (en los términos de la doctrina penal alemana) se conoce como un “mandato de exhaustividad” (*Ausschöpfungsgebot*): la sentencia condenatoria ha de hacer explícito todo el contenido de ilicitud de las descripciones de formas de comportamiento delictivo cuya realización es (simultáneamente) imputable al condenado.⁴⁹

Por ello, si hay base suficiente para atribuir al legislador la sobrevaloración de una misma propiedad de determinado hecho, entonces esa sobrevaloración no es *prima facie* interpretable como redundancia, sino como énfasis en su valoración negativa. Ello es así hasta el punto de que cada tipificación de un delito compuesto, esto es, un delito que se estructura como la conjunción de dos (o más) delitos distintos, no es más que la articulación de un reconocimiento legislativo específico del correspondiente concurso (prototípicamente: ideal o medial).⁵⁰

La vigencia internacional del principio *ne bis in idem*

El alcance del principio *ne bis in idem*, desdoblado en sus funciones de prohibición de punición múltiple y de juzgamiento (o persecución) múltiple por un mismo hecho, se encuentra en todo caso circunscrito, en la tradición del derecho europeo-continental, al ámbito correspondiente al ejercicio de jurisdicción estatal. Incluso bajo su consagración en tratados internacionales orientados a la protección de derechos fundamentales, el principio *ne bis in idem* “afecta a una sola unidad jurisdiccional”;⁵¹ o de acuerdo con una formulación todavía más categórica: “La prohibición de punición múltiple del Derecho Internacional sólo prohíbe la condena por un mismo hecho al interior de cada Estado”.⁵² Esto descansa, como es obvio, en el reconocimiento de la soberanía de cada Estado, una de cuyas dimensiones específicas está constituida, precisamente, por la autonomía del ejercicio de su propia jurisdicción y de su propia potestad punitiva. Lo cual puede conllevar dificultades desde el punto de vista de eventuales conflictos de jurisdicción, en la medida en que, como desarrollo del Derecho Internacional, se amplían las bases de ejercicio de jurisdicción extraterritorial susceptibles de ser invocadas por cada Estado.⁵³

Ciertamente, esto no significa que un Estado, en ejercicio de su soberanía, no pueda adoptar un principio de reconocimiento del ejercicio de jurisdicción de otros Estados para condicionar así, negativamente, el ejercicio de su propia jurisdicción.⁵⁴

⁴⁹ Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil* II, § 52/3.

⁵⁰ Así por ejemplo, la tipificación del robo (con violencia o intimidación en las personas) no es sino la tipificación de una combinación medial de una coacción (mediante violencia o mediante amenaza) y un hurto.

⁵¹ Colomer Hernández, “Conflictos de jurisdicción, *non bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea”, p. 69; Satzger/Kayser, “*Ne bis in idem* en el Derecho Penal Internacional: muchas preguntas a segunda vista”, p. 97.

⁵² Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/2.

⁵³ Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/5 s.

⁵⁴ Aquí destacan, paradigmáticamente, los casos de Holanda y Canadá. Al respecto Satzger/Kayser, “*Ne bis in idem* en el Derecho Penal Internacional: muchas preguntas a segunda vista”, p. 97.

Pero sí significa que, a menos que un Estado efectivamente se someta a ese constreñimiento, el ejercicio de su propia jurisdicción, así como de sus propias potestades sancionatorias, no queda en modo alguno sometido por el eventual ejercicio de jurisdicción de otro Estado, aun cuando uno y otro puedan referirse a un mismo hecho.

A este respecto, resulta ilustrativo el proceso tendiente al progresivo afianzamiento de un principio de “reconocimiento mutuo” entre los Estados miembros de la Unión Europea, proceso marcado por la consagración (matizada) del principio *ne bis in ídem* en el marco del Acuerdo Shengen.⁵⁵ En efecto, el Art. 54 del Convenio de Implementación del Acuerdo Shengen dispone que

“[u]na persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

En la aplicación de esta cláusula, y a pesar de la existencia de importantes desacuerdos interpretativos entre las autoridades doctrinarias,⁵⁶ la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea muestra una importante orientación hacia una progresiva ampliación del ámbito de aplicabilidad del principio tratándose de eventuales conflictos de jurisdicción entre “Estados-Shengen”. Esto, en atención tanto al factor de lo que cabe entender como “sentencia firme” como al factor de lo que cabe entender como “los mismos hechos”.⁵⁷

Respecto de lo segundo, es especialmente importante que, con ocasión de su decisión recaída en el “Asunto Van Esbroeck”, el tribunal se haya inclinado decididamente hacia una interpretación de la expresión “los mismos hechos” en clave puramente fáctica, esto es, con total prescindencia de su eventual calificación jurídica desde el punto de vista de los ordenamientos de los Estados de cuya jurisdicción eventualmente concurrente se trate.⁵⁸ Ello se ha visto posteriormente complementado por lo afirmado por el tribunal, en aplicación del mismo Art. 54, al fallar el “Asunto Van Straaten”, en el sentido de que la “identidad de hecho”, para los efectos de la aplicación de la garantía del *ne bis in ídem*, puede ser relativa.⁵⁹

Sin embargo, un dato fundamental acerca de este desarrollo crecientemente expansivo se refiere a las consideraciones materiales que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tendido a esgrimir para sustentar

⁵⁵ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea también contempla, en su Art. 50, una consagración del principio *ne bis in ídem* con alcance transnacional. Al respecto Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/12 ss.

⁵⁶ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 35/29.

⁵⁷ Sarmiento, “El principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del TJCE”, pp. 41 ss. Para un análisis pormenorizado véase, entre otros, Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/23 ss., 53 ss.

⁵⁸ Sarmiento, “El principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del TJCE”, pp. 45 ss.

⁵⁹ Sarmiento, “El principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del TJCE”, p. 49.

dicho desarrollo: preponderantemente, el principio de la confianza mutua entre los Estados, pero también el favorecimiento de la libre circulación de personas entre los territorios de los “Estados-Shengen”.⁶⁰ Tal régimen de reconocimiento jurisdiccional recíproco descansa, por ello, sobre un trasfondo de condiciones de integración política que justifican, en tal medida, el condicionamiento del ejercicio de las potestades soberanas de cada Estado en atención al ejercicio de esas mismas potestades por parte de los demás Estados así vinculados.⁶¹ En cambio, tratándose de escenarios en que no existan semejantes condiciones de integración política autónomamente coordinada por los Estados, no parece imaginable la activación de un régimen de reconocimiento internacional del principio *ne bis in idem*.

ii. *El Derecho Penal de los EE.UU.*

Las prohibiciones de juzgamiento y punición múltiple en la cláusula constitucional de la doble exposición

En el derecho estadounidense, las dos dimensiones del principio *ne bis in idem* hasta aquí distinguidas se encuentran integradas en la cláusula de la “doble exposición” (*double jeopardy*) establecida en la Quinta Enmienda de la Constitución federal.⁶² De acuerdo con la comprensión más generalizada, explicitada, por ejemplo, en la decisión de la Corte Suprema federal en el caso *North Carolina v. Pearce*,⁶³ la cláusula contendría una triple prohibición: la prohibición de que una persona sea sancionada dos veces por un mismo delito (*same offence*); la prohibición de que una persona sea nuevamente sometida a juicio, tras haber sido absuelta, por un mismo delito; y la prohibición de que una persona sea nuevamente sometida a juicio, tras haber sido condenada, por el mismo delito.

Ahora bien, es enteramente posible reducir las tres funciones precedentemente diferenciadas a solamente dos, consistentes en una prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo delito y en una prohibición de punición múltiple por un mismo delito.⁶⁴ La razón por la cual puede ser pertinente, sin embargo, tener de todas formas

⁶⁰ Sarmiento, “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del TJCE”, pp. 43 s.

⁶¹ Así Hecker, *Europäisches Strafrecht*, § 13/35.

⁶² Originariamente, en cuanto establecida en la Quinta Enmienda, la cláusula de la doble exposición se entendía vinculante solamente para el Derecho Penal federal, pero no para el Derecho Penal de los Estados. El punto de quiebre de este entendimiento tuvo lugar en 1969, cuando la Corte Suprema federal sostuviera, en *Benton v. Maryland* (395 US 784 [1969]), que la cláusula resultaba oponible a los estados a través de la Decimocuarta Enmienda, en el entendido de que debía considerarse como una garantía comprendida por la cláusula del debido proceso de ley (*due process of law*), en el sentido de la doctrina de la incorporación. Por lo demás, el mismo día de la decisión de *Benton*, la Corte Suprema federal explicitó, en *North Carolina v. Pearce*, que *Benton* era aplicable con efecto retroactivo. *Benton* significó repudiar una línea jurisprudencial establecida ya en 1833, en la decisión recaída en el caso *Barron v. Baltimore* (32 US 7 Pet. 243 [1833]), por la cual la Corte Suprema federal había afirmado que el *Bill of Rights* de la Constitución federal no vinculaba a los estados.

⁶³ 395 US 711 (1969).

⁶⁴ Moore, *Act and Crime*, p. 308.

en cuenta la subdistinción ulterior entre la prohibición de un nuevo juzgamiento tras una condena y la prohibición de un nuevo juzgamiento tras una absolucón, radica en que el fundamento normativo de la prohibición podría ser divergente en uno y otro caso, según cómo se vincule ésta con la prohibición de punición múltiple.

La prohibición de punición múltiple por un mismo delito se fundamenta, en términos estrictamente coincidentes con la justificación del aspecto sustantivo del principio *ne bis in idem* reconocida por la doctrina del Derecho Penal continental, en una consideración de proporcionalidad:

“La prohibición de castigo múltiple se basa en una consideración de proporcionalidad: concediendo que la legislatura puede disponer una sanción severa para cualquier delito, cuando una potencial sanción severa sólo es posible porque varias disposiciones [penales] convergen respecto de un solo acto, tal sanción probablemente sea excesiva bajo la propia evaluación de la legislatura, si las provisiones sancionan esencialmente lo mismo”.⁶⁵

La coincidencia con la tesis estandarizada de la doctrina del Derecho Penal continental es manifiesta. Y la coincidencia se intensifica cuando se agrega que, esta consideración de proporcionalidad no es sin más equivalente a la prohibición de exceso establecida en la cláusula que prohíbe la imposición de penas crueles e inusitadas (*cruel and unusual punishments*) bajo la Octava Enmienda de la Constitución federal. Pues en esta última se trata de un estándar de proporcionalidad mínima que la Constitución impone directamente a la legislatura,⁶⁶ mientras que en la cláusula de la doble exposición se trata de una directriz para el órgano adjudicador: se trata de excluir la punición excesiva desde el punto de vista de la valoración legislativa de las concretas circunstancias del objeto de juzgamiento.⁶⁷

Esto quiere decir que, para los efectos de la cláusula de doble exposición, el legislador determina qué cuenta como un mismo delito, de modo tal que la cláusula constitucional prohíbe al órgano jurisdiccional la punición múltiple por un mismo delito, definido como tal por el legislador. Y esta prohibición se dirige tanto a tribunales federales como a tribunales estatales, al menos desde la incorporación de la cláusula de la doble exposición a la Decimocuarta Enmienda establecida en *Benton*: “En la medida en que un imputado ha sido sujeto a una punición que excede lo previsto por la legislatura, él ha sido ‘doblemente’ sancionado en violación de la cláusula de doble exposición”.⁶⁸

Ahora bien, clarificado así el sentido mínimo de la prohibición de punición múltiple por un mismo delito, cabe determinar la conexión que existe entre dicha

⁶⁵ Moore, *Act and Crime*, p. 309.

⁶⁶ En la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo federal al respecto, véase *Harmelin v. Michigan*, 501 US 957 (1991) *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002), *Roper v. Simon*, 543 US 551 (2005).

⁶⁷ Moore, *Act and Crime*, pp. 309 s.; Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, p. 29.

⁶⁸ Westen y Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, p. 108.

prohibición y la prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo delito, igualmente atribuida a la cláusula de doble exposición. A primera vista, podría pensarse que la función de la prohibición de un nuevo juzgamiento por un mismo delito tras el pronunciamiento de una sentencia condenatoria podría reducirse a una anticipación de la protección dispensada por la prohibición de punición múltiple por un mismo delito. Moore reconduce esta tesis a la jurisprudencia de la Corte Suprema federal, y específicamente a su decisión en el caso *Ex parte Lange*.⁶⁹ Aquí la corte no sólo reconoció la prohibición de punición múltiple por un mismo delito como inmanente a la cláusula de la doble exposición, sino que afirmó que sería la posibilidad de una nueva sanción como posible consecuencia del segundo juzgamiento lo que daría sustento a la prohibición de un nuevo juzgamiento, posterior a una condena, por el mismo delito.⁷⁰ Y a esta función primordial se añadiría la de neutralizar el costo y la vergüenza de ser sometido a un nuevo juzgamiento sin justificación.⁷¹

Entender de este modo la prohibición de un nuevo juzgamiento por un mismo delito tras una condena, sin embargo, parece llevar a la afirmación de que esta habría de exhibir el mismo alcance, *mutatis mutandis*, que la prohibición de punición múltiple por un mismo delito. Pues sólo así cabría entender que la función de la primera pudiera limitarse anticipar el efecto de la segunda:

“De acuerdo con esta interpretación [...], la proscripción de persecuciones sucesivas tras una condena debería aplicarse siempre que debiera aplicarse la proscripción de punición múltiple. Esto significa que el valor de asegurar la proporcionalidad de las penas respecto de la entidad de la falta también debería guiar la aplicación de esta proscripción”.⁷²

Es claro, ahora bien, que el fundamento de la prohibición de un nuevo juzgamiento tras una absolución por el mismo delito no puede entenderse como un estándar dependiente del alcance de la prohibición de punición múltiple por un mismo delito. Pues por definición no hay riesgo alguno de una punición múltiple por un mismo delito, en la medida en que el primer juzgamiento haya concluido en una absolución. De ahí que el fundamento de esta prohibición tenga que ser diferente. Se trataría, en primer lugar, de un dispositivo de reducción del riesgo de la condena de un inocente, riesgo que se incrementaría en caso de haber más de una oportunidad de condena por el mismo delito; en segundo lugar, de una medida de neutralización del efecto (psicológicamente) traumático que pudiera conllevar una doble exposición a sufrir una condena; y finalmente, de una medida orientada a la eficiencia en el funcionamiento del aparato jurisdiccional, análogamente a lo que se predica de las instituciones de la cosa juzgada (*res judicata*), el impedimento colateral (*collateral estoppel*) y la acumula-

69 85 US 173 (1873).

70 Moore, *Act and Crime*, p. 310.

71 Moore, *Act and Crime*, p. 312.

72 Moore, *Act and Crime*, p. 311.

ción obligatoria (*compulsive joinder*), propias del sistema de adjudicación civil.⁷³

Lo importante de la reconstrucción del alcance de la cláusula sobre la doble exposición, en lo que es de interés para el presente informe, está en el hallazgo de la heterogeneidad de las prohibiciones específicamente vinculadas a dicha cláusula de la Constitución federal estadounidense, por más controversial que sea la identificación exacta del fundamento de cada una de esas prohibiciones.⁷⁴ Desde este punto de vista, es innegable el paralelismo con la diversidad de funciones asignadas al principio *ne bis in idem* en la tradición del derecho continental. Pero es igualmente importante advertir que, en uno y otro ámbito, existen variables más bien idiosincrásicas que inciden en la configuración del alcance y (sobretudo) del peso específico de cada una de las garantías unificadas bajo el respectivo denominador común.

El concepto de “un mismo delito”

En el caso del derecho estadounidense, es justamente una variable idiosincrásica -esto es, asociada a la identidad particular del ordenamiento jurídico estadounidense- lo que explica la mucho mayor perentoriedad tradicionalmente asignada a la prohibición de juzgamiento múltiple en relación con una situación de una absolucón previa, frente a la menor perentoriedad de la prohibición de juzgamiento múltiple en relación con una situación de una condena previa,⁷⁵ prohibición que tiende a ser entendida, según ya se explicara, como un dispositivo de anticipación de la protección dispensada por la prohibición de punición múltiple. Pero esto no obsta a que, dentro de este mismo marco de referencia, existan planteamientos que abogan por la plena equiparación del alcance de la prohibición de un nuevo juzgamiento por un mismo delito, sea que éste tenga como antecedente una absolucón o una condena previa. Y lo más relevante acerca de estos planteamientos, en lo que aquí interesa, afecta la cuestión de qué ha de entenderse bajo la expresión “un mismo delito” en el contexto de la cláusula de la doble exposición.

Tradicionalmente ha prevalecido el punto de vista según el cual la expresión “un mismo delito” significaría lo mismo cuando la cláusula de la doble exposición es invocada como una prohibición de punición múltiple y cuando lo es como una prohibición de juzgamiento múltiple.⁷⁶ El hito decisivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal, a este respecto, estuvo constituido por su decisión en *Blockburger v. U.S.*,⁷⁷ con ocasión de la cual la Corte estableciera el criterio (tenido por) esencial para determinar cuándo existe un mismo delito en el sentido de la Quinta Enmienda, que se conoce como el criterio de la “misma evidencia”. De acuerdo con este *test*,

73 Moore, *Act and Crime*, pp. 313 s.

74 Westen/Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, pp. 84 s.

75 Véase Westen/Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, pp. 106 ss. 122 ss.; Amar, “Double Jeopardy Law Made Simple”, p. 1815.

76 Westen/Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, p. 169.

77 284 US 299 (1932).

“allí donde el mismo acto o la misma transacción constituye una infracción de dos disposiciones legales distintas, el test ha de ser aplicado para determinar si hay dos delitos o sólo consiste en si cada disposición requiere la prueba de un hecho adicional que la otra no requiere”.⁷⁸

La controversia acerca de la interpretación correcta de este criterio ha sido intensa, aun al interior de la propia Corte Suprema federal.⁷⁹ El *test* de la misma evidencia se corresponde con un criterio bajo el cual han de compararse las definiciones legales de los delitos involucrados, de modo tal que si la evidencia (por mera vía de hipótesis) requerida para la prueba de uno también conduce a la prueba del otro, se trata entonces de un mismo delito (*same offense*) para los efectos de la cláusula de la doble exposición. No se trata, por ende, de comparar la evidencia efectivamente aportada para la prueba de uno y otro delito, sino de comparar los elementos que bajo una y otra definición legal deben ser probados para afirmar la existencia del respectivo delito.⁸⁰ Así, Moore:

“[...] este es un criterio de determinación de identidad entre tipos de actos; no es una condición de identidad porque en modo alguno descansa en la naturaleza de los tipos de actos en orden a especificar cuándo dos son en realidad uno. Más aún, un criterio tal en sí mismo es sólo probatorio (*evidential*); los tipos de actos *usualmente* serán idénticos si la evidencia requerida para su prueba es la misma, pero esto no es necesariamente siempre el caso”.⁸¹

Blockburger exige que el tribunal compare ambas definiciones para así verificar que cada uno requiera a lo menos un elemento que el otro no requiere. Si esto se da, entonces puede castigarse por más de un delito. Por el contrario, si la definición de uno de los delitos incorpora todos los elementos que exige la definición del otro, entonces se trata de un solo delito, en la medida en que el segundo constituye un delito “menor incluido” (*lesser included offense*).⁸² Esto significa que el *test* de la misma evidencia introducido en *Blockburger* se corresponde con el criterio de la especialidad para la constatación un concurso impropio o aparente. La norma de sanción cuya definición del respectivo delito incluye todos los elementos de la definición de otro y a lo menos un elemento adicional que el otro no requiere, constituye

⁷⁸ 284 US 304 (1932).

⁷⁹ En *Grady v. Corbin* (495 US 508 [1990]), por ejemplo, el juez Brennan sostuvo, en la redacción de la opinión del tribunal, que el test de la misma evidencia constituía un *misnomer*: “El test de *Blockburger* nada tiene que ver con la evidencia presentada en el juicio. Sólo concierne a los elementos del delito imputado. Un genuino test de “la misma evidencia” o de “evidencia efectiva” impediría al Estado presentar, en un nuevo juicio, cualquier evidencia ya presentada en una prosecución precedente. Es en este sentido que discutimos, y no adoptamos, un test de “la misma evidencia” o de “evidencia efectiva” (495 US 521 [1990], nota 12).

⁸⁰ Thomas, “A Unified Theory of Multiple Punishment”, p. 35.

⁸¹ Moore, *Act and Crime*, p. 368.

⁸² Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, p. 28.

lex specialis frente a otra norma de sanción.

Rara vez se repara, sin embargo, en que *Blockburger* efectivamente distinguió dos niveles en la pregunta por el alcance del concepto de un mismo delito. Pues la corte no sólo estableció el test de la misma evidencia para afirmar un mismo delito en casos de delito menor incluido en otro (= especialidad). La corte también atendió al problema de cuántos hechos delictivos estaban comprometidos en el caso, más allá de cuál fuese su descripción jurídicamente relevante. El problema radica en que, bajo la cláusula de doble exposición, ambas preguntas han de ser reconducidas a una sola categoría, expresada en el término “un mismo delito” (*same offense*).⁸³ La decisión de *Blockburger* no articuló suficientemente la intuición de que en la interpretación de la expresión “el mismo delito”, para determinar si una imposición de punición múltiple contraviene o no la cláusula de doble exposición, pueden verse involucradas dos cuestiones de identidad, los cuales tradicionalmente son diferenciadas como la cuestión de la “unidad de prosecución” y la cuestión de la “unidad de descripción”.⁸⁴ En los términos propuestos por Moore, se trata aquí de la distinción entre la pregunta relativa a la identidad entre dos o más acciones particulares (*same-ness of action-tokens*) y la pregunta relativa a la identidad entre dos o más tipos de acciones (*sameness of action-types*).⁸⁵

La idoneidad del *test* de la misma evidencia ha sido sumamente discutida, en referencia tanto a la prohibición de punición múltiple como a la de juzgamiento múltiple. Así por ejemplo, se sostiene que, hacia el final de la década de 1950, en la jurisprudencia de la Corte Suprema federal podía observarse una tensión entre una línea de casos decididos en conformidad con *Blockburger* y otra línea de casos, decididos sobre la base de un criterio menos estricto, que posibilitaba la afirmación de un solo delito a pesar de no satisfacerse el test de la misma evidencia.⁸⁶ Pero lo que aquí interesa es la crítica al *test* de la misma evidencia como criterio de reconocimiento de “un mismo delito” bajo la prohibición de juzgamiento múltiple.

En este punto, puede ser pertinente considerar el tenor de la opinión concurrente emitida por el juez Brennan en el caso *Ashe v. Swenson*,⁸⁷ que incluyera un enérgico rechazo del *test* de la misma evidencia como criterio suficiente de reconocimiento de un mismo delito en contextos de juzgamiento múltiple. Según Brennan, bastaría con que un mismo curso de acción fuese susceptible de ser dividido en varios delitos cronológicamente discretos para burlar la proscripción de la doble exposición.⁸⁸ Como sustituto de este criterio, “no requerido constitucionalmente”, Brennan defendió la adopción del *test* del “mismo asunto” (*same transaction test*):

⁸³ Véase Thomas, “A Unified Theory of Multiple Punishment”, p. 6.

⁸⁴ Westen/Drubel, “Toward a General Theory of Double Jeopardy”, p. 111.

⁸⁵ Moore, *Act and Crime*, pp. 314 s., 325 ss.

⁸⁶ Thomas, “A Unified Theory of Multiple Punishment”, pp. 37 ss.

⁸⁷ 397 US 436 (1970).

⁸⁸ 397 US 451 (1970).

“A mi juicio, la cláusula de la doble exposición requiere que la parte acusadora, salvo en circunstancias sumamente limitadas, reúna en un juicio todos los cargos contra un imputado que se sigan de un solo acto criminal, ocurrencia, episodio o asunto. Este test del “mismo asunto” no sólo refuerza la antigua prohibición de prosecutions múltiples vejatorias incorporada en la cláusula sobre doble exposición, sino que también responde al reconocimiento cada vez más difundido de que la consolidación de todas las cuestiones derivadas de un mismo asunto o ocurrencia en una sola acción legal promueve mejor la justicia, la economía y la conveniencia”.⁸⁹

La opinión concurrente de Brennan en *Ashe* fue parcialmente recogida como la opinión de la corte, en *Grady v. Gorbin*.⁹⁰ Si bien la corte declaró expresamente no adoptar el test del mismo asunto,⁹¹ sí admitió, explícitamente, que el test de la misma evidencia no podía ser el único criterio para determinar cuándo hay un mismo delito en contextos de juzgamiento múltiple.⁹² En apoyo de esta decisión, la corte hizo referencia, entre otros, a su decisión recaída en el caso *Brown v. Ohio*,⁹³ en la cual, y precisamente invocando la autoridad de *Ashe*, sostuvo que

“[e]l test de *Blockburger* no es el único estándar para determinar si algunas prosecutions sucesivas conciernen, de modo proscrito, al mismo delito. Aun si dos delitos son suficientemente diferentes como para autorizar la imposición de sentencias consecutivas, la posibilidad de prosecutions sucesivas estará excluida en algunas circunstancias en que la segunda prosecution requiera una nueva litigación sobre cuestiones de hecho ya resueltas con ocasión de la primera”.⁹⁴

Así, aun no habiendo identidad entre los elementos exigidos por la definición de uno y otro delito considerados en abstracto, esto es, aun no habiendo relación de delito menor incluido, la decisión de *Grady* posibilita afirmar la existencia de un mismo delito si hay coincidencia en las “cuestiones de hecho” de las cuales hubiera

⁸⁹ 397 US 454 (1970).

⁹⁰ 495 US 508 (1990).

⁹¹ 495 US 523 (1990), nota 15: “Adoption of a ‘same transaction’ test would bar the homicide and assault prosecutions even if the State were able to establish the essential elements of those crimes without proving the conduct for which Corbin previously was convicted”.

⁹² 495 US 521 (1990): “La cláusula de la doble exposición proscribe cualquier prosecution subsecuente por la cual el gobierno, para establecer un elemento esencial del delito imputado en la prosecution, vaya a probar una conducta que constituye un delito por el cual el imputado ya ha sido juzgado. Este no es un test de ‘evidencia efectiva’ o ‘misma evidencia’. La indagación crucial es qué conducta va a probar el Estado, no la evidencia que el Estado va a usar para probar la conducta”.

⁹³ 432 US 161 (1977).

⁹⁴ 432 US 166 s. (1977), nota 6.

dependido, *in concreto*, la configuración de uno y otro hecho delictivo.⁹⁵ Y lo crucial aquí es que *Grady* sólo introdujo esta exigencia adicional al *test* de la misma evidencia para el contexto de juzgamiento múltiple, no para el contexto de punición múltiple.

Grady fue, sin embargo, revocado sólo tres años después, en *United States v. Dixon*,⁹⁶ que restableciera la vigencia de *Blockburger* como único criterio de reconocimiento de la existencia de un mismo delito en el sentido de la cláusula de la doble exposición, tanto en contextos de punición múltiple como en contextos de juzgamiento múltiple.⁹⁷ Pero lo que importa aquí es la constatación de que también bajo la cláusula de la doble exposición de la Quinta Enmienda de la Constitución de los EE.UU. hay espacio para el reconocimiento de que las condiciones de reconocimiento de “un mismo delito” pueden variar, según cuál sea el fundamento preciso de las prohibiciones de punición múltiple y juzgamiento múltiple.

La doctrina de la soberanía dual

La posibilidad de una concurrencia de ejercicios de jurisdicción por parte de entidades soberanas diferentes en relación con un mismo hecho delictivo también tiene relevancia para la determinación del alcance de la cláusula de la doble exposición. En el contexto del derecho estadounidense, empero, ello se vincula directamente con el principio del federalismo, sobre el cual descansa, de acuerdo con la comprensión tradicional del problema, una restricción del alcance de la prohibición constitucional de la doble exposición, restricción que se articula en términos de la así llamada “doctrina de la soberanía dual” (*dual sovereignty*).⁹⁸ Apelando a esta doctrina, en la célebre decisión recaída en el caso *Heath v. Alabama*,⁹⁹ la Corte Suprema federal sostuvo que un delito definido como tal bajo la legislación de un estado no podía entenderse como idéntico a un delito definido por la legislación de otro estado, independientemente de que una y otra definición se hubieran visto realizadas por un solo hecho como “unidad de juzgamiento” (*unity of prosecution*). De esto se sigue, sostuvo la corte, que la imposición de una sanción sobre la misma persona en uno y otro estado, en relación con la misma unidad de juzgamiento, no suponía una violación de la prohibición de doble exposición.

Si bien la jurisprudencia favorable a la doctrina de la soberanía dual asume la preponderancia del principio del federalismo sobre la cláusula de la doble exposición,

⁹⁵ Como observa Moore, *Act and Crime*, p. 316, este criterio (más laxo) de identidad sólo constituye -directamente- un criterio relativo a la identidad entre tipos (o descripciones) de acciones, y no a la identidad entre acciones particulares.

⁹⁶ 509 US 688 (1993).

⁹⁷ Sobre la insuficiencia del *test* de *Blockburger*, aun para fundamentar las soluciones que éste supuestamente fundamenta, véase Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, pp. 28 ss.; y Amar, “Double Jeopardy Law Made Simple”, pp. 1813 ss.

⁹⁸ Fundamental al respecto Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, pp. 4 ss.

⁹⁹ 474 US 82 (1985).

Heath implicó una extensión de esa doctrina más allá de su justificación bajo el principio del federalismo. Pues en *Heath* no se trataba de que una persona fuese juzgada y sancionada, en relación con un mismo hecho, bajo la legislación federal y bajo la legislación de un estado, sino que bajo la legislación de dos estados distintos.¹⁰⁰ El fundamento de la aplicación de la doctrina de la soberanía dual que ofreció la corte, antes bien, apuntaba a la legitimidad de la pretensión, por parte de cada estado, de hacer valer jurisdiccionalmente su propio ordenamiento jurídico: “El interés de un estado en vindicar su autoridad soberana a través de la ejecución de sus leyes por definición no puede ser satisfecho por la ejecución por otro estado de *sus* leyes”.¹⁰¹

Esta decisión de la Corte Suprema federal ha sido objeto de críticas. Pues parece innegable que la doctrina de la incorporación, en virtud de la cual la cláusula de la doble exposición pasara a ser vinculante no sólo a nivel federal sino también para cada uno de los estados, constituye una base para el cuestionamiento de la doctrina de la soberanía dual.¹⁰² Que a pesar de ello, empero, la doctrina de la soberanía dual conserve su vigencia, muestra que la posibilidad de juzgamientos y sanciones múltiples por un mismo hecho delictivo es inherente a la coexistencia de dos o más entidades capaces de reclamar y ejercer jurisdicción sobre ese mismo hecho delictivo.¹⁰³

iii. *Balance: los contextos del principio ne bis in idem*

La lección fundamental que arroja la revisión precedente de algunos antecedentes de Derecho Comparado acerca del estatus y alcance del principio *ne bis in idem* concierne a lo imprescindible de diferenciar los contextos particulares en que puede activarse su aplicación. Pues en el marco de cada uno de estos contextos pueden plantearse preguntas específicas acerca de la concreción del principio o bien como estándar de clausura procesal o bien como estándar sustantivo de adjudicación.

El primer contexto que necesita ser perfilado diferenciadamente es lo que cabría llamar el “contexto interjurisdiccional”. Es aquí donde el principio *ne bis in idem*, en términos del Derecho Comparado, opera con el menor grado de perentoriedad. Y la razón para ello se encuentra en que dicho principio se halla históricamente construido sobre la base de una hipótesis de unicidad de jurisdicción, en el sentido de que tanto la restricción de las oportunidades procesales para el juzgamiento como la restricción de la acumulación de sanciones a ser impuestas en relación con un mismo hecho -más allá de cómo se entienda esto último- son dependientes del punto de vista de un mismo sistema jurisdiccional soberano. Esto es lo que enseña el examen de las propuestas de internacionalización del principio *ne bis in idem*,

¹⁰⁰ Alabama juzgó y condenó al imputado (*Heath*) por asesinato, después de que Georgia hiciera lo mismo.

¹⁰¹ 474 US 93 (1985).

¹⁰² Amar/Marcus, “Double Jeopardy Law after Rodney King”, p. 4.

¹⁰³ Al respecto Thomas, “A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem”, pp. 1055 ss.

particularmente en el ámbito del derecho comunitario europeo, así como de la aún subsistente doctrina de la soberanía dual en el marco del derecho de los EE.UU. de Norteamérica: en este nivel, el principio *ne bis in idem* sólo puede obtener validez sobre la base de la adopción de políticas de reconocimiento mutuo y medidas de cooperación internacional que efectivamente limiten las posibilidades de ejercicio de las potestades jurisdiccionales y sancionatorias de los estados involucrados.

En un caso propio del contexto interjurisdiccional, en que ha de determinarse si el tribunal de un estado -dando por sentada su competencia- puede juzgar o imponer una sanción por uno o más hechos delictivos que ya han sido objeto de juzgamiento o fundamento de la imposición de una sanción por parte de un órgano jurisdiccional extranjero, la cuestión se reduce a si el derecho aplicable para aquel tribunal contempla o no un reconocimiento del ejercicio de jurisdicción o de la potestad sancionadora por parte de éste. Ciertamente, la respuesta a esta pregunta es siempre contingente. Bajo el derecho chileno, como habrá de verse todavía, la respuesta está dada, en lo relativo tanto a la prohibición del juzgamiento múltiple como a la prohibición de sanción múltiple, por las reglas del Art. 13 del Código Procesal Penal.

El contexto contrapuesto se corresponde con lo que cabría llamar, correspondientemente, un “contexto intrajurisdiccional”. Según ya se anticipara, este contexto, definido por la circunstancia de la posible multiplicidad de instancias de juzgamiento o punición al interior de un mismo sistema jurisdiccional, representa el ámbito de aplicación históricamente auto-evidente para el principio *ne bis in idem*. De ahí que la consagración de éste en tratados internacionales sea hegemonícamente entendida como exclusivamente vinculante para el ejercicio de jurisdicción por parte de cada Estado considerado en sí mismo, sin atender, en cambio, a posibles situaciones de concurrencia de jurisdicción entre estados. Pero aquí es necesario introducir una distinción ulterior entre dos subcontextos, que cabría denominar el “contexto interprocesal” y el “contexto intraprocésal”.

La razón para esto está en que sólo en un contexto interprocesal -esto es, en un contexto en que dos o más procesos pudieran llevarse a efecto (sucesiva o simultáneamente) en relación con un mismo conjunto de circunstancias de hecho- puede venir en, en cuanto estándar de clausura procesal, una prohibición de juzgamiento múltiple. Y en la medida en que en este contexto interprocesal, por definición, un impedimento del juzgamiento múltiple por un mismo conjunto de hechos ha de operar con anterioridad al eventual impedimento de la imposición de sanciones múltiples por ese mismo conjunto de hechos, aquí puede resultar superfluo reconocer, independientemente, la prohibición de punición múltiple, en cuanto estándar sustantivo de adjudicación. Pues estando proscrito el juzgamiento múltiple, por definición no podrá llegarse a un escenario de eventual punición múltiple, en la medida en que el estándar de clausura procesal sea observado. Esto explica, como se mostrará más abajo, el tenor de la consagración del efecto de cosa juzgada (material), en el sentido de un principio de “única persecución”, en el Art. 1º del Código Procesal Penal chileno, que vuelve eficaz la prohibición de dos o más juzgamientos sucesivos; su correlato, que hace efectiva la prohibición de dos o más juzgamientos simultáneos, está constituido por la excepción de litispendencia.

Finalmente, como segundo subcontexto del contexto intrajurisdiccional,

cabe diferenciar lo que puede denominarse el “contexto intraprocesal”. Aquí se trata de situaciones en que la prohibición de punición múltiple se hace operativa como estándar de adjudicación en exclusiva atención a los hechos delictivos que son objeto de un mismo juzgamiento. En tal medida, este contexto está definido por la imposibilidad de que el principio *ne bis in idem* resulte aplicable como prohibición de juzgamiento múltiple. Una lección del ejercicio comparativo ya efectuado consiste, a este respecto, en el hallazgo de que, al interior de un mismo ordenamiento jurídico, el alcance exhibido por la prohibición de punición múltiple en este contexto intraprocesal puede ser congruente o incongruente. En el derecho estadounidense, la cláusula de la doble exposición tiende a ser tenida por aplicable en iguales términos en uno y otro contexto. En la tradición del derecho europeo-continental, en cambio, la prohibición de la punición múltiple en el contexto intraprocesal se hace operativa a través de las reglas sobre unidad de acción y concursos de delitos, sin coincidir en su extensión con el conjunto de garantías procesales asociadas a la cosa juzgada y la litispendencia. Según se mostrará más abajo, esta es también la solución reconocible en el Derecho Penal chileno.

b) El principio *ne bis in idem* en el Derecho Penal chileno

i. Los conceptos de “delito”, “unidad de hecho” y “hecho en sentido procesal”

La primacía del Derecho Penal frente al Derecho Procesal Penal

La determinación del alcance preciso del conjunto de prohibiciones que se identifican con el principio *ne bis in idem* pasa, en lo fundamental, por la determinación de su respectivo objeto. Y aquí es necesario reparar en la ambigüedad que exhibe el término “un mismo hecho” cuando se habla, para caracterizar al principio, de la prohibición de juzgar y sancionar dos veces por “el mismo hecho”.¹⁰⁴ Pues lo que cabe entender por “el mismo hecho” en el sentido (genérico) del principio *ne bis in idem* puede variar sobremanera, según cómo se encuentre jurídicamente reconocida la respectiva prohibición (de juzgamiento o de punición múltiple) en el contexto de que se trate. Por ello, es imprescindible diferenciar sistemáticamente los varios sentidos que pueden ser atribuidos a esa expresión genérica, para poder después examinar cuáles son los términos bajo los cuales el derecho chileno, en cada contexto, articula las distintas modalidades de proscripción del *bis in idem*.

El punto de partida, a este respecto, está constituido por la ya tradicional contraposición de un concepto de hecho propio del Derecho Penal sustantivo (en lo que sigue: “Concepto jurídico-penal de hecho”) y un concepto de hecho propio del Derecho Procesal Penal (en lo que sigue: “Concepto procesal de hecho”). En lo esencial, lo que aquí aparece es la constatación de que el concepto jurídico-penal de

¹⁰⁴ Piña, *Derecho Penal*, p. 256.

hecho no tiene por qué coincidir necesariamente con el concepto de hecho que hacen suyas las reglas que instituyen y regulan el proceso penal. Y esto se sigue de la adopción de un punto de vista funcional: en la medida en que las funciones desempeñadas por el Derecho Penal (sustantivo) y el Derecho Procesal Penal no sean idénticas, es enteramente posible que, en cuanto categoría de uno y otro ámbito jurídico, el concepto de hecho exhiba un contenido diferente, según corresponda.

Lo anterior, ciertamente, no deja de ser trivial. Lo importante es combinar esta consideración trivial con la consideración menos trivial de que las funciones desempeñadas por el Derecho Procesal Penal sólo pueden ser entendidas como funciones secundarias, por referencia a su contribución a la realización de las funciones (primarias) atribuibles al Derecho Penal. Lo cual descansa en la idea de que el Derecho Penal se realiza a través del Derecho Procesal Penal.¹⁰⁵ Y si bien esta proposición sigue representando un lugar común, de ella puede extraerse una base para establecer una relación de prioridad entre la definición del concepto jurídico-penal y la definición del concepto procesal de hecho.

Sin que sea pertinente aquí detenerse pormenorizadamente en ello, y asumiendo la perspectiva de una teoría expresiva o comunicativa de la pena,¹⁰⁶ puede sostenerse que la función del Derecho Penal se identifica con el restablecimiento simbólico de la vigencia de normas fundamentales para la coexistencia social, legitimadas en atención al principio de protección de bienes jurídicos, a través de la institucionalización de la irrogación de un mal de cierta naturaleza como una respuesta jurídica que expresa desaprobación por el quebrantamiento imputable de una (o varias) de esas normas.¹⁰⁷ Así, el conflicto que determina el horizonte de operación del Derecho Penal se corresponde con el conflicto que representa el quebrantamiento imputable de una norma semejante frente a la pretensión (estatal) de vigencia generalizada de esa misma norma. Pero la confianza generalizada en la vigencia de una norma tal puede verse afectada ya por la sospecha de que ella haya sido quebrantada. De esto resulta, entonces, que el horizonte de operación del Derecho Procesal Penal está constituido por la sospecha, y por ende, por la incertidumbre acerca de que haya tenido o no lugar tal quebrantamiento imputable de una norma,¹⁰⁸ esto es, la perpetración de un delito. De este modo, el proceso persigue la superación de esa incertidumbre, sea por la vía de refutar la sospecha, sea por la vía de confirmarla; y sólo en este último resulta procedente, a través del pronunciamiento de la correspondiente sentencia condenatoria, la imposición de la sanción penal correspondiente.

La manera en que la operación del Derecho Procesal contribuye a la realización de la función del Derecho Penal, bajo ese horizonte de sospecha, admite ser desglosada en una tripartición de funciones: una función de verdad, una función de

¹⁰⁵ Fundamental Binding, *Handbuch des Strafrechts*, pp. 192 ss.; véase también, en clave sociológica, Piña, *Derecho Penal*, pp. 99 ss.

¹⁰⁶ Al respecto Mañalich, "La pena como retribución", pp. 135 ss., 161 ss., con ulteriores referencias.

¹⁰⁷ En detalle Mañalich, *Terror, pena y amnistía*, pp. 53 ss., 89 ss.

¹⁰⁸ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 1/5 ss.

justicia formal y una función de certeza jurídica.¹⁰⁹ La función de verdad concierne al problema del establecimiento de la efectividad del quebrantamiento imputable de la norma que pretende ser procesalmente achacado a una persona; la función de justicia formal, por su parte, concierne al problema de la definición de la forma del procedimiento a través del cual pueda obtenerse la resolución imparcial de la sospecha de la perpetración de un delito; y la función de certeza jurídica, finalmente, concierne al problema representado por la necesidad de que el conflicto procesal, constituido por la incertidumbre acerca de la efectividad de la perpetración del (eventual) delito, sea resuelto en forma definitiva.

Puesto que estas funciones pueden encontrarse en relación de tensión recíproca, la estructura del proceso penal refleja una serie de mecanismos de resguardo, que expresan “soluciones de compromiso”. Para dar un ejemplo: en el carácter excepcionalísimo de la impugnación de una sentencia firme, que como tal ya reclama fuerza de cosa juzgada, a través de un recurso de revisión, se expresa la solución de un conflicto posible entre la función de verdad y la función de certeza jurídica que ha de satisfacer el proceso.

En lo que aquí interesa, lo anterior se traduce, también bajo el derecho chileno, en que el concepto procesal de hecho, por oposición al concepto jurídico-penal de hecho, exhiba mayor alcance, en razón de ser menos exigentes las condiciones para el reconocimiento de un único hecho en sentido procesal. Como se mostrará más abajo, esto se explica porque en la articulación del concepto procesal de hecho, precisamente, se hacen patentes tanto la función de justicia formal -incluyéndose aquí consideraciones de economía procesal- como la función de certeza jurídica. Antes, empero, es necesario partir examinado la noción primaria, que es, según ya se afirmara, la representada por el concepto jurídico-penal de hecho.

El concepto jurídico-penal de “hecho delictivo”

En términos del Derecho Penal sustantivo, el sentido primario en que puede hablarse de “hecho” es para designar, propiamente, un determinado hecho *delictivo*, esto es, de un hecho que se distingue por constituir un delito. Para los efectos del principio *ne bis in idem*, lo que importa es dar cuenta de cómo se individua un delito, de modo tal de poder identificar bajo qué condiciones existe un único delito. El criterio para ello es evidente sin más: un delito está constituido por una realización imputable de un tipo delictivo, esto es, de una determinada descripción de una forma de comportamiento delictivo. Es fundamental advertir, sin embargo, que aquí aparecen envueltas dos cuestiones de identidad, que pueden y deben ser diferenciadas: (a) una cuestión de identidad relativa al tipo delictivo realizado, por un lado, y (b) una cuestión de identidad relativa a la concreta instancia de realización de ese tipo delictivo, por otro.¹¹⁰

¹⁰⁹ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 1/8 ss.

¹¹⁰ Fundamental Moore, *Act and Crime*, pp. 314 ss., 325 ss., 365 ss., 383 ss.

Para la existencia de un solo delito es necesario, por una parte, que venga en consideración la realización (imputable) de un solo *tipo* delictivo; si en un caso cualquiera, en cambio, se constata la realización de más de un tipo delictivo, habrá que reconocer tantos delitos como sean los tipos delictivos realizados, con total independencia de si la realización de los distintos tipos delictivos tiene lugar a través de una sola acción (u omisión), o bien a través de varias acciones (u omisiones). Lo que se da en una situación semejante, entonces, es un concurso (ideal o real) de delitos entre cada una de las realizaciones de los diferentes tipos delictivos. Pues en este sentido, hay tantos hechos delictivos como tipos delictivos realizados (de manera imputable).¹¹¹ Y la única restricción que impone aquí el principio *ne bis in idem*, en la forma de la ya considerada prohibición de doble valoración, afecta aquellos casos en que, por razones formales o materiales, dos o más de los tipos delictivos realizados puedan ser considerados (parcialmente) idénticos entre sí. Pues en tal situación, por exigencia del principio *ne bis in idem*, habrá que reconocer el carácter “aparente” del concurso de delitos en cuestión.

Pero para la existencia de un solo delito también es necesario, por otra parte, que el tipo delictivo de cuya realización se trata se encuentre realizado una sola vez. Pues es obvio que si una misma descripción de una forma de comportamiento delictivo se ve realizada más de una vez, por acciones (u omisiones) diferentes, *prima facie* habrá que reconocer tantos delitos como instancias de realización del tipo delictivo en cuestión. Y la única restricción que puede hacerse operativa aquí concierne a la posibilidad de que lo que en principio pudiera parecer como un conjunto de varias realizaciones de un mismo tipo delictivo, también por exigencia del principio *ne bis in idem*, en definitiva tenga que ser entendido, por razones formales o materiales, como una sola realización del tipo delictivo en cuestión. Esto es precisamente lo que se da en los casos en que se reconoce una “unidad de acción (u omisión)” delictiva, cuya consecuencia es la negación de un concurso de delitos y la constatación, en cambio, de un solo delito, esto es, de un solo hecho delictivo.

Lo crucial de este análisis del concepto de hecho delictivo, en lo que es relevante para los problemas de individuación que interesan bajo el principio *ne bis in idem*, está en la idea de que el primer paso siempre está constituido por la pregunta de si en un caso cualquiera concurren una sola o varias realizaciones de uno o más tipos delictivos, y no así por la pregunta de cuántas acciones (u omisiones) concurren. Esta última pregunta sólo tiene relevancia una vez que se ha establecido que concurren varias realizaciones de uno o más tipos delictivos. Esto quiere decir, en otros términos, que el concepto de hecho delictivo del Derecho Penal sustantivo es un concepto *intensional* (= no extensional), en el sentido de que la identificación de un determinado hecho delictivo es siempre relativa a, o dependiente de, una determinada descripción: cada realización (imputable) de un determinado tipo delictivo cuenta como un hecho delictivo *per se*. Así, si a través de un solo disparo de un arma de fuego tiene lugar la realización de dos tipos delictivos diferentes, por ejemplo,

¹¹¹ Binding, *Handbuch des Strafrechts*, pp. 565 s. En igual sentido Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 32/12 ss.

la descripción del homicidio y la descripción del aborto -porque el disparo impacta a una mujer embarazada, produciendo la muerte de ésta y también la del feto-, entonces hay dos hechos delictivos diferentes, en relación de concurso heterogéneo (= realización de múltiples tipos delictivos). Y asimismo, si a través de la detonación de una bomba tiene lugar dos veces la realización de un mismo tipo delictivo, por ejemplo, la descripción del homicidio -porque a consecuencia de la explosión resultan muertas dos personas-, entonces también hay dos hechos delictivos diferentes, en relación de concurso homogéneo (= múltiples realizaciones de un tipo delictivo). En uno y otro caso, es correcto imponer sanciones por los varios delitos cometidos, sin que venga en consideración, por lo mismo, un *bis in idem*.

El concepto jurídico-penal de “unidad de hecho”

El Derecho Penal sustantivo también conoce, empero, una noción diferente de “hecho”, a saber, aquella que sirve para la calificación de un (auténtico) concurso de delitos como un concurso ideal, precisamente en atención a que las dos o más realizaciones del mismo o de varios tipos delictivos tienen lugar en “unidad de hecho”. Así, en el primero de los ejemplos mencionados precedentemente, puede decirse que el delito homicidio y el delito de aborto han sido cometidos a través de “un solo hecho”-consistente en un único disparo de un arma de fuego, por el cual se causara tanto la muerte de la mujer embarazada como la muerte del feto-, tal como lo prevé el Art. 75 del Código Penal.

Aquí es crucial, en todo caso, advertir que este concepto de (unidad de) hecho, en virtud de cuya aplicación la concurrencia de dos o más hechos delictivos (imputables a la misma persona) asume la forma de un concurso ideal, no es el mismo concepto de hecho que se tiene en cuenta para afirmar que, en ese mismo caso, el homicidio y el aborto constituyen (dos) hechos delictivos diferentes.¹¹² Cuando se dice, en atención al caso ya mencionado, que el tipo delictivo del homicidio y el tipo delictivo del aborto son realizados en unidad de hecho, este concepto de hecho funciona como un concepto débilmente *extensional* (= *no-intensional*), esto es, como un concepto que hace posible la identificación de un solo hecho no por referencia exclusiva a alguna de las dos descripciones en cuestión, sino más bien *a través* de las mismas.¹¹³

Ello, porque la unificación (como un solo hecho en sentido débilmente *extensional*) de las dos o más realizaciones del mismo o de distintos tipos delictivos por definición no puede fundarse en una identificación de éstas como una sola realización típica, puesto que el presupuesto de reconocimiento de un concurso ideal lo representa, precisamente, una pluralidad de hechos delictivos concurrentes, tal como lo sugiere,

¹¹² Binding, *Handbuch des Strafrechts*, pp. 573 ss., en relación con el doble significado del concepto de acción (*Handlung*), bajo el Código Penal (imperial) alemán de 1871.

¹¹³ La caracterización de este concepto de unidad de hecho como débilmente *extensional* se explica porque aquí sigue siendo determinante la cuestión de cómo sea descrito el hecho en cuestión; el punto es que se reconoce como un solo hecho un objeto de subsunción que satisface dos o más descripciones alternativas.

por lo demás, la correlación de los encabezados de los Arts. 74 y 75 del Código Penal. Y tampoco parece demasiado sensato recurrir a un criterio “naturalista”, en el sentido, por ejemplo, de que habría unidad de acción siempre que las realizaciones típicas concurrentes hayan tenido lugar a través de un mismo movimiento corporal voluntario, criterio que ni siquiera alcanza a ser aplicable respecto de cualquier forma de comportamiento delictivo; piénsese, por ejemplo, en un delito de omisión.

Antes bien, lo correcto es recurrir a un criterio con relevancia normativa para fundamentar la unificación (relativa) de las diferentes realizaciones típicas concurrentes, que en todo caso explique el tratamiento punitivo más favorable que el legislador asocia al concurso ideal frente al concurso real, que es aquella forma de concurso (auténtico) que se distingue, precisamente, por no presuponer una unidad de hecho entre las distintas realizaciones típicas concurrentes.¹¹⁴ Y tal criterio tendría que descansar en la posibilidad de una aproximación de las distintas realizaciones típicas imputables a la misma persona, en el sentido de una relación de identidad total o parcial entre las respectivas acciones ejecutivas,¹¹⁵ bajo un *test* de “evitabilidad conjunta”: si para el autor de los varios hechos delictivos concurrentes hubiera sido posible evitar las dos o más realizaciones típicas a través de la omisión de una misma acción, entonces puede afirmarse una unidad de hecho.¹¹⁶ En el ejemplo ya recurrentemente mencionado: puesto que para el autor del homicidio y del aborto era posible evitar ambas realizaciones típicas absteniéndose de efectuar el disparo del arma de fuego, puede concluirse que ambos hechos delictivos (en sentido *intensional*) han sido cometidos en unidad de hecho (en sentido *extensional*), esto es, en una relación de concurso ideal.

Es importante advertir, sin embargo, que este criterio de reconocimiento de una unidad de hecho, conducente a hacer aplicable el régimen punitivo correspondiente al concurso ideal, sólo pretende proveer una base racional que *explique*, aunque no necesariamente *justifique*, la decisión legislativa a favor de la diferenciación del régimen aplicable al concurso ideal y el régimen aplicable al concurso real. Pues los argumentos a favor de la relativización de este principio de diferenciación, que pueden llegar incluso a favorecer la solución inversa, consistente en la adopción de un principio de unificación de uno y otro régimen,¹¹⁷ no dejan de ser atendibles. La discusión al respecto muestra, en todo caso, que la adopción de un régimen punitivo más favorable para los casos de concurrencia de realizaciones típicas en unidad de

¹¹⁴ El Derecho Penal chileno prevé dos regímenes punitivos alternativos aplicables al concurso real: el del Art. 74 del Código Penal, que consiste en un régimen de acumulación material de las penas asociadas a los hechos delictivos concurrentes; y el del Art. 351 del Código Procesal Penal, que consiste en un régimen de formación de una pena única, o bien de exasperación de la pena mayor, siempre que los delitos concurrentes sean de la misma especie, esto es, siempre que afecten un mismo bien jurídico. Frente a ambos regímenes resulta más favorable, en todo caso, el régimen del concurso ideal (y medial), que consiste en la asperación o absorción agravada de la pena correspondiente al delito más grave.

¹¹⁵ Al respecto, y por todos en la doctrina alemana, Kindhäuser, *LPK-StGB*, § 52, n.m. 4 ss.; en la doctrina española, por todos, Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 27/44 ss.

¹¹⁶ Kindhäuser, “Normverstoß und natürliche Handlungseinheit - BGH NJW 1984, 1568”, pp. 104 s.

¹¹⁷ Representativo en esta dirección, aunque matizando su planteamiento original, Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, §11/58 s.

hecho -esto es, para los casos de concurso ideal- es una determinación que el legislador ciertamente puede hacer suya, pero que en ningún caso está obligado a hacer suya. Y puesto que todo concurso ideal es, en efecto, un concurso de delitos cuyos respectivos contenidos de ilicitud son recíprocamente independientes -pues de lo contrario habría que afirmar, más bien, un concurso aparente-, la cuestión se encuentra fuera del alcance del principio *ne bis in idem*. Lo cual quiere decir: la pregunta acerca de cuál ha de ser el régimen punitivo aplicable en casos de concurso ideal, en comparación con aquel aplicable en casos de concurso real, no concierne al alcance de la prohibición de punición múltiple, desde ya porque se trata aquí de una determinación legislativa, en circunstancias que la prohibición de punición múltiple no es vinculante para el legislador.

El concepto de “hecho en sentido procesal”

El Derecho Procesal Penal, finalmente, articula un ulterior concepto de hecho, el cual, según ya se anticipara, necesita ser definido en atención a las diferentes funciones que el proceso penal ha de satisfacer directamente en pos de contribuir a la realización funcional del Derecho Penal. En lo fundamental, el concepto de hecho en sentido procesal debe hacer posible identificar el respectivo objeto procesal, esto es -y haciendo abstracción de su elemento personal- el suceso fáctico que ha de ser objeto de juzgamiento jurídico-penal.¹¹⁸ El concepto de hecho en sentido procesal, en tal medida, desempeña una doble función, de máxima significación: por una parte, y bajo la vigencia del principio acusatorio, determina el objeto de la eventual sentencia definitiva, que debe coincidir, en los términos del principio de congruencia o correlación, con el objeto de la acusación formulada por el Ministerio Público, tal como lo dispone el Art. 341 del Código Procesal Penal; por otra parte, determina el alcance del efecto (y la excepción) de cosa juzgada de la eventual sentencia definitiva, según lo establecido en los Art. 1º inc. 2º y 264 c) del Código Procesal Penal, así como, simétricamente, el alcance de la excepción de litispendencia, prevista en el Art. 264 b) del mismo código.¹¹⁹

Tendría que resultar evidente, ahora bien, que el concepto procesal de hecho por definición no puede ser idéntico al concepto jurídico-penal de “hecho delictivo”. Pues este último concepto, según ya se sostuviera, identifica la realización imputable de un determinado tipo delictivo, lo cual no puede tenerse por establecido sino cuando se pone término al procedimiento de cognición con el eventual pronunciamiento de una sentencia condenatoria. El objeto del proceso, en otras palabras, no puede ser identificado con el hecho delictivo que eventualmente resulte atribuible al imputado, ya que el proceso ha de encaminarse, en conformidad con su función de verdad, al establecimiento de si efectivamente tuvo lugar o no la perpetración de un hecho

¹¹⁸ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/1 ss., 4.

¹¹⁹ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/5 ss.; en relación con el Derecho Procesal Penal chileno, Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 131 ss., 147 ss. Véase también Horvitz/López, *Derecho Procesal Penal chileno II*, pp. 37 ss.

delictivo atribuible al imputado. Por lo demás, de identificarse el objeto procesal, propiamente, con el presunto hecho delictivo, sería conceptualmente imposible dar cuenta de que una sentencia absolutoria pronunciada en un primer enjuiciamiento, que estimara inexistente el hecho investigado, pudiera producir un impedimento procesal, en virtud de su efecto de cosa juzgada, para un nuevo juzgamiento relativo a ese mismo hecho.¹²⁰

Antes bien, el concreto objeto procesal, identificado a través de la aplicación del concepto procesal de hecho, ha de resultar compatible con la posibilidad de que durante el proceso se produzcan modificaciones en la calificación jurídico-penal (provisional) de ese objeto, tal como lo contempla el Código Procesal, respecto de la relación entre acusación y sentencia, en el inc. 2º del Art. 341. Y esto sólo puede darse en la medida en que a través del concepto procesal de hecho se identifique un complejo de circunstancias susceptibles de ver modificada su específica calificación jurídico-penal.¹²¹

Por lo mismo, el concepto procesal de hecho tampoco necesita ser co-extensivo con el concepto jurídico-penal de unidad de hecho, dado que éste no designa más que la forma de concurrencia de dos o más hechos delictivos que se corresponde con un concurso ideal. Y nuevamente, que esto sea el caso sólo puede ser establecido a través del desarrollo del proceso, en circunstancias que el concepto procesal de hecho tiene que posibilitar la identificación del objeto del proceso ya al momento de la formulación de la acusación, tal como lo prevé el Art. 259 b) del Código Procesal Penal.

Lo anterior quiere decir que el concepto procesal de hecho tiene que ser definido de modo tal que la identificación de un hecho en tal sentido no dependa de la satisfacción de una (o más de una) descripción de una forma de comportamiento delictivo. Esto significa, entonces, que se trata de un concepto fuertemente *extensional*. En lo esencial, aquí compiten una concepción fáctica y una concepción normativo-fáctica de hecho en sentido procesal.¹²² Ninguna de estas concepciones disputa la autonomía del concepto procesal de hecho frente al concepto jurídico-penal de hecho (delictivo), en los términos ya analizados; ambas concepciones asumen, en otros términos, que los criterios de reconocimiento de un (mismo) hecho en sentido procesal no pueden ser los criterios de reconocimiento de un (mismo) hecho delictivo o bien de una unidad de hecho, en el sentido de un concurso ideal de delitos. La controversia, más bien, recae sobre cuáles han de ser esos criterios autónomos.

La *concepción fáctica* (o “naturalista”), que suele ser presentada como la concepción más tradicional, recurre a una “perspectiva natural” para identificar el “suceso vital histórico” en el marco del cual el imputado pudiera haber perpetrado un delito.¹²³ Así, el parámetro decisivo parece reducirse a la existencia de una más o

120 Así ya Beling, *Derecho Procesal Penal*, p. 85.

121 Beling, *Derecho Procesal Penal*, pp. 118 s. En detalle respecto del Derecho Procesal Penal chileno, Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 217 ss.

122 Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/15 ss.; Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 149 ss.

123 Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/15.

menos estrecha conexión espacio-temporal entre sucesos que, entonces, tendrían que ser juzgados como una unidad, el cual puede verse completado por un criterio subjetivo que exija algo cercano a una “unidad de voluntad”.¹²⁴ Como contrapartida, la *concepción normativo-fáctica*, si bien atribuye relevancia a los criterios relativos al tiempo y lugar de los acontecimientos, y al objeto de su incidencia, postula la necesidad de recurrir también a criterios “normativamente cargados”, tales como la “dirección de ataque”, la conmensurabilidad de los respectivos contenidos de ilicitud, la correspondencia de significación jurídico-penal de los diferentes tipos delictivos eventualmente realizados, entre otros.¹²⁵

Una ventaja asociada a esta última concepción frente a la primera se halla referida a que ella, preservando la autonomía del concepto procesal de hecho, de todas maneras reconoce relevancia indirecta a criterios de valoración que son jurídico-penalmente relevantes. La clave se encuentra, a este respecto, en que el concepto procesal de hecho ha de posibilitar la identificación de un conjunto de sucesos que hayan de constituir un objeto de juzgamiento jurídico-penal unitario, en el sentido preciso de que ese conjunto de sucesos necesariamente haya de constituir el objeto de una única acusación. Y esta es una pregunta que en ningún caso puede ser confundida con la pregunta acerca de si, en atención a razones de economía procesal, es procedente una acumulación de varias acusaciones, tal como lo prevé el Art. 274 del Código Procesal Penal.¹²⁶ Pues en este último caso, el objeto de cada una de las acusaciones acumuladas sigue representando un objeto procesal independiente,¹²⁷ de modo tal que respecto de cada objeto procesal rigen, por separado, las definiciones relativas al alcance del principio de congruencia y del efecto de cosa juzgada.

Puesto que el criterio último para la aplicación del concepto procesal de hecho apunta a la adecuación de un juzgamiento jurídico-penal unitario, la concepción normativo-fáctica está en mejor posición para reconocer la función (puramente) indiciaria que en este contexto asume la contraposición de las nociones de unidad de hecho y pluralidad de hechos en sentido jurídico-penal, que se corresponde con la distinción entre concurso ideal y concurso real, respectivamente. Así, mientras una posible relación de concurso ideal entre dos o más presuntos hechos delictivos -que han de encontrarse, en tal medida, en relación de unidad de hecho- puede considerarse como un indicio prácticamente irrefutable de la existencia de un solo hecho en sentido procesal,¹²⁸ una posible relación de concurso real entre dos o más presuntos hechos delictivos -que han de encontrarse, en tal medida, en relación de pluralidad de hechos- sólo cuenta como

¹²⁴ Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 149 ss., 152 ss.

¹²⁵ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/16.

¹²⁶ Al respecto Horvitz/López, *Derecho Procesal Penal chileno* I, pp. 206 s., II pp. 54 s.

¹²⁷ Así ya Beling, *Derecho Procesal Penal*, pp. 119 s.

¹²⁸ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/13. Al respecto Del Río, *Los poderes de decisión del juez penal*, pp. 169 ss. Una conexión de medio (necesario) a fin entre dos hechos delictivos, que el legislador chileno toma en cuenta para someter el así llamado concurso medial al régimen punitivo del concurso ideal (Art. 75 CP), también tendría que contar como indicio fuerte de la existencia de un solo hecho procesal.

un indicio débil de la existencia de distintos hechos en sentido procesal.¹²⁹

La importancia de delimitar el concepto de hecho en sentido procesal, en lo que aquí interesa, se encuentra en que por esa vía es posible determinar el alcance del principio *ne bis in idem* en su dimensión de prohibición de juzgamiento múltiple, en la medida en que las excepciones de cosa juzgada y litispendencia, a través de las cuales se hace operativa dicha prohibición, ven condicionada su aplicabilidad a que los dos o más juzgamientos (sucesivos o simultáneos, respectivamente) se encuentren efectivamente referidos a un mismo hecho en tal sentido. Como se mostrará más abajo, sin embargo, tal concepto de hecho en sentido procesal sólo encuentra reconocimiento, en el marco del Derecho Procesal Penal chileno, en el contexto intrajurisdiccional, esto es, tratándose de la coexistencia de dos o ejercicios de jurisdicción por parte de tribunales chilenos.

ii. *Las prohibiciones de juzgamiento y punición múltiple en sus contextos*

El contexto intraprocesal

El primer escenario en que se plantea la pregunta por la medida de la vigencia del principio *ne bis in idem* bajo el Derecho Penal chileno se corresponde con lo que más arriba fue denominado el “contexto intraprocesal”, esto es, aquel contexto que se distingue por el hecho de que es al interior de un mismo proceso que se plantea la eventual aplicabilidad del principio en cuestión. Y según ya se sostuviera, en este contexto el principio sólo puede resultar operativo en su dimensión de prohibición de punición múltiple, puesto que por definición carece de sentido plantear la aplicabilidad de una pluralidad de juzgamiento múltiple si se tiene a la vista una sola instancia u ocasión de juzgamiento. Igualmente importante es tener en cuenta que la prohibición de punición múltiple, en cuanto estándar sustantivo de adjudicación, se especifica aquí como una prohibición cuyo alcance queda restringido por la referencia a un mismo hecho, en el sentido de un mismo *delito* o *hecho delictivo*, de acuerdo con el análisis ya ofrecido de esta última noción.¹³⁰

De acuerdo con lo ya planteado, son ante todo las categorías -elaboradas por el discurso de la dogmática jurídica- de la unidad de acción (u omisión) delictiva, por una parte, y del concurso aparente o impropio, por otra, las que vienen en consideración, como criterios de aplicación del Derecho Penal sustantivo, para hacer efectiva la prohibición de punición múltiple en el contexto que aquí interesa. Que una y otra categoría no cuenten con reconocimiento legal expreso de ningún modo

¹²⁹ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 25/14.

¹³⁰ Véase *supra*, 4.1.2.

obsta,¹³¹ empero, a su plena pertinencia y aplicabilidad bajo el derecho chileno vigente.¹³² Pues el reconocimiento de una unidad de acción (u omisión) delictiva, que concierne a la cuestión de la identificación de una única instancia de realización de un mismo tipo delictivo, resulta ser nada más que una operación inmanente a la identificación jurisdiccional del objeto de subsunción, mientras el desplazamiento de una o más normas de sanción en atención a la aplicación preferente de otra, que lleva al reconocimiento de un concurso aparente de delitos, resulta ser nada más que un dato de la lógica de la aplicación (judicial) de la ley.¹³³

Así, por un lado, junto a los tradicionales criterios de la “unidad *típica* de acción” y la “unidad *natural* de acción”, la doctrina y la jurisprudencia chilena reconocen, a este respecto, aquella forma de “unidad jurídica de acción” conocida como “delito continuado”,¹³⁴ cuya función consiste, precisamente, en posibilitar la identificación de un conjunto de episodios delictivos que realizan un mismo tipo delictivo como un solo hecho delictivo, bloqueando así el reconocimiento de un eventual concurso real (homogéneo). Por otro lado, también se encuentra doctrinal y jurisprudencialmente asentado el recurso a los criterios que tradicionalmente hacen posible la afirmación del carácter aparente o impropio de un concurso de delitos, en pos de evitar la doble consideración de una misma circunstancia o una misma propiedad de un hecho con relevancia jurídico-penal.¹³⁵

Lo anterior muestra que el principio *ne bis in idem* se hace operativo, en este contexto, a través de categorías históricamente elaboradas por la dogmática jurídica, sin que resulte necesaria -ni eventualmente deseable- su consagración legal expresa.¹³⁶ Esto no obsta, sin embargo, a que la prohibición de la punición múltiple, específicamente en su concreción como prohibición de doble valoración,¹³⁷ sí se encuentre legalmente consagrada en algunos ámbitos específicos. El primer ejemplo lo proveen todas aquellas cláusulas, insertadas junto a la tipificación de determinadas formas delictivas, que expresan una solución de subsidiariedad expresa a favor del carácter aparente de un eventual concurso de delitos. Así, cuando el encabezado del Art. 391

¹³¹ Ello está lejos de constituir una anomalía. Si bien el Código Penal español de 1995 contiene regulación expresa relativa tanto al así llamado “delito continuado” (Art. 74) -aunque sin configurarlo, propiamente, como una forma de unidad de acción delictiva- como a los criterios de reconocimiento de un concurso aparente (Art. 8º), esto representa más bien la excepción. El Código Penal alemán, por ejemplo, tal como la generalidad de los códigos españoles anteriores al de 1995, no conocen regulación alguna en tal sentido.

¹³² Véase Piña, *Derecho Penal*, pp. 256 s.

¹³³ Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor §§ 52-55, n.m. 20.

¹³⁴ Véase por todos, y con matices, Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno II*, pp. 236 ss.; Garrido, *Derecho Penal Parte General II*, pp. 440 ss. En la jurisprudencia más reciente, el reconocimiento de la construcción del delito continuado es bastante generalizado, lo cual no obsta, por cierto, a que sus contornos permanezcan aún altamente indeterminados. Para una muestra representativa véase, por ejemplo, las sentencias: Corte Suprema, de 26 de marzo de 1996, rol N° 311-96; Corte de Apelaciones de Temuco, 24 de abril de 2008, rol N° 345-08; Corte de Apelaciones de Arica, 24 de mayo de 2010, rol N° 80-10.

¹³⁵ Véase por todos, y con matices, Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno II*, pp. 247 ss., 251 ss.; Garrido, *Derecho Penal Parte General II*, pp. 457 ss.

¹³⁶ En este sentido ya Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno II*, p. 251.

¹³⁷ Véase *supra*, 3.1.1.

del Código Penal, que tipifica las distintas variantes de homicidio *stricto sensu*, incorpora la cláusula “no esté comprendido en el artículo anterior” (que tipifica el parricidio), se hace manifiesta la preocupación legislativa frente a una eventual contravención de la prohibición de doble valoración, que se produciría si al autor de un parricidio también se lo condenase como autor de un homicidio por el mismo hecho (en sentido *extensional*). El otro ejemplo que cabe mencionar aquí es el de la regla del Art. 63 del mismo código,¹³⁸ relativa a la eventual inherencia (formal o material) de determinadas circunstancias agravantes respecto de la tipificación del respectivo delito. Si una circunstancia, legalmente reconocida como agravante, es constitutiva ya del hecho delictivo de cuya imputación se trata, o se encuentra contenida explícita o implícitamente en su tipificación, entonces -por exigencia del principio *ne bis in idem*- no puede ser tomada en consideración en la determinación de la pena correspondiente.

El contexto interprocesal

En el marco del derecho chileno vigente, el escenario correspondiente al “contexto interprocesal”, ya definido, varía considerablemente respecto del anterior. Y ello, en dos sentidos. Esto, porque en este contexto, por una parte, el principio *ne bis in idem* se encuentra expresamente consagrado, aunque en su dimensión exclusiva de prohibición de juzgamiento múltiple; y por otra, porque el alcance de esta prohibición de juzgamiento múltiple queda definido por la referencia a un mismo hecho, en el sentido de un mismo hecho procesal, de acuerdo con el análisis ya ofrecido de esta última noción.¹³⁹ Las dos consideraciones se dejan fundamentar en atención directa al inc. 2º del Art. 1º del Código Procesal Penal, que consagra el principio de “única persecución” en los siguientes términos:

“La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

Que aquí se trata, exclusivamente, de la prohibición de juzgamiento múltiple, resulta manifiesto ante el tenor literal de la disposición, que restringe el objeto de la prohibición al sometimiento a “un nuevo procedimiento penal”. Esto no quiere decir, ciertamente, que en el contexto interprocesal pueda asumirse la irrelevancia *per se* de la dimensión de la prohibición de punición múltiple. De lo que se trata, más

¹³⁸ Dispone el Art. 63:

“No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

¹³⁹ Al respecto *supra*, 4.1.4.

bien, es que la inhibición de la punición múltiple, bajo esta consagración del principio *ne bis in idem* como estándar de clausura procesal, deviene un efecto reflejo de la prohibición de juzgamiento múltiple, siempre que el resultado de un eventual primer juzgamiento haya sido la imposición de una sanción a través de la correspondiente sentencia condenatoria.¹⁴⁰

Hay que apuntar, de paso, que en la disposición citada el principio *ne bis in idem* se encuentra exclusivamente formulado como una prohibición de juzgamiento *sucesivo* múltiple, lo cual se obtiene como consecuencia interpretativa de que el presupuesto de aplicación de la regla está constituido por el pronunciamiento de una sentencia ejecutoriada que haya dado lugar, con efecto de cosa juzgada material, a una condena, una absolución o un sobreseimiento definitivo de la misma persona en relación con el mismo hecho. Esto no quiere decir, ciertamente, que el Derecho Procesal Penal chileno no reconozca una prohibición de juzgamiento *simultáneo* múltiple; ésta se expresa, antes bien, en la consagración de la litispendencia como excepción de previo y especial pronunciamiento, en paralelo a la excepción de cosa juzgada, tal como lo prevé el Art. 264 del Código Procesal Penal.¹⁴¹

Como ya se adelantara, lo fundamental es reparar, en segundo término, en el alcance que la disposición legal confiere a la prohibición de juzgamiento múltiple. Su extensión es mayor que la que determina el alcance de la prohibición de punición múltiple en el contexto intraprocesal. En efecto, para que se haga operativa la prohibición de juzgamiento múltiple del Art. 1º del Código Procesal Penal basta con que el objeto de juzgamiento constituya “el mismo hecho” que fuera objeto de juzgamiento anterior. Y por “el mismo hecho” cabe entender aquí lo que más arriba fuese definido como un solo hecho en sentido procesal.¹⁴² La razón para esto se conecta con un doble aspecto del diseño del proceso penal. Por una parte, se trata de una condición imprescindible para la existencia de continuidad en el desarrollo del proceso en caso de producirse una modificación en su calificación jurídica (provisional). Pues lo que garantiza esa continuidad es precisamente la identidad del objeto procesal en el tiempo. Luego, si el objeto del proceso está constituido por un mismo hecho en sentido procesal, la vigencia del principio de congruencia, complementado por el principio de recalificación, exige que la identidad de ese hecho no se vea alterada por su eventual recalificación.

Pero esto también se vincula, por otra parte, con una condición de legitimación de la persecución penal, que concierne a dos de las funciones cuya realización compete al diseño del proceso penal.¹⁴³ De un lado, existe un requerimiento de justicia procedimental, relativo a la asimetría de la posición de los intervinientes en el proceso, que se traduce en que al Ministerio Público se reconozca, *prima facie* al menos, una única oportunidad para hacer efectiva la pretensión punitiva estatal a través del ejercicio de la acción penal pública. De lo contrario, el órgano persecutor

¹⁴⁰ Véase *supra*, 3.2.1.

¹⁴¹ Véase *supra*, 4.1.4.

¹⁴² Al respecto *supra*, 4.1.4.

¹⁴³ Al respecto *supra*, 4.1.1.

podría someter reiteradamente a una misma persona a la contingencia de la persecución penal, sin verse constreñido por la exigencia de satisfacer estándares de rigor y exhaustividad en la identificación de las circunstancias fácticas relevantes bajo el derecho eventualmente aplicable por el tribunal competente. En tal medida, a la garantía de la persecución única también cabe atribuir un efecto colateral de incentivo a la prudencia en la persecución penal. Y de otro lado, según ya se indicara, la función de certeza jurídica que también ha de realizar el diseño procesal se traduce en la exigencia de que el ejercicio de jurisdicción respecto del objeto del proceso se convierte en una respuesta jurídicamente definitiva a la incertidumbre asociada a la eventual perpetración de un hecho delictivo.

Por ello, en la medida en que la prohibición (interprocesal) de juzgamiento múltiple opera por referencia al juzgamiento del mismo hecho en sentido procesal, y no del mismo delito o hecho delictivo en sentido jurídico-penal, su alcance resulta más amplio que el de la prohibición (intraprocesal) de punición múltiple. Sigue siendo una cuestión abierta, en el marco del derecho procesal chileno, cuáles han de ser los criterios específicos para el reconocimiento de una identidad de hecho en sentido procesal. Parece suficientemente claro, sin embargo, que en la medida en que dos o más hechos delictivos concurrentes se encuentren vinculados por una relación de unidad de hecho en sentido jurídico-penal, al modo de un concurso ideal, en todo caso habrá que asumir que tales hechos delictivos configuran un solo hecho en sentido procesal.¹⁴⁴

El contexto interjurisdiccional

En cambio, no puede decirse lo mismo de la manera en que el principio *ne bis in idem* se hace operativo en el escenario correspondiente a lo que más arriba fuese definido como el “contexto interjurisdiccional”.¹⁴⁵ Pues aquí, según ya se anticipara, aparece la variable relativa a la medida en que la jurisdicción de un Estado soberano pueda quedar negativamente condicionada por el reconocimiento del ejercicio de jurisdicción de otro Estado soberano. La medida precisa del reconocimiento del “efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros” queda delimitada, como también se adelantara, por las reglas expresadas en el Art. 13 del Código Procesal Penal. El contraste entre el tenor de esta disposición y el tenor del inc. 2º del Art. 1º del mismo código pone de manifiesto el considerable menor alcance que exhibe el principio *ne bis in idem* cuando pretende reclamar aplicación en un contexto interjurisdiccional, quedando sujeto al principio del reconocimiento mutuo del ejercicio de jurisdicción de los respectivos Estados. Puede ser útil, por lo mismo, considerar por de pronto lo dispuesto en el inc. 1º del Art. 13:

Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En conse-

¹⁴⁴ Véase *supra*, 4.1.4.

¹⁴⁵ Al respecto *supra*, 4.2.3.

cuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente.

A diferencia de lo establecido en el Art. 1º del mismo código, el principio *ne bis in idem* aparece consagrado aquí tanto en su dimensión de prohibición juzgamiento múltiple (“juzgado”) como en su dimensión de punición múltiple (“sancionado”). La segunda parte del inciso citado, ahora bien, hace inequívocamente reconocibles los límites que se imponen al reconocimiento del ejercicio de jurisdicción penal por parte de un tribunal extranjero, en relación con una y otra dimensión del principio. La referencia a la posibilidad de que ese juzgamiento haya “obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad por delitos de competencia de los tribunales nacionales”, así como a la posibilidad de que el proceso respectivo no haya “sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso” o haya sido instruido de un modo que revele una “falta de intención de juzgarle seriamente”, cuenta como demostración concluyente de un principio de confianza restringida en cuanto a la legitimidad y la efectividad del ejercicio de jurisdicción foránea.

Esta consideración es decisiva, a su vez, para entender por qué la disposición expresamente formula tanto una prohibición de juzgamiento múltiple como una prohibición de punición múltiple, a diferencia de lo previsto por el Art. 1º; esto es, para entender por qué la disposición no se limita a establecer una prohibición de juzgamiento múltiple, cuyo efecto reflejo pudiera consistir, entonces, en la inhibición de una eventual punición múltiple. La respuesta a esta pregunta es la siguiente. En los casos en que, por satisfacerse alguno de los presupuestos mencionados en la segunda parte del inc. 1º del Art. 13 -y siempre que, tratándose de la hipótesis de vulneración de las garantías del debido proceso o falta de intención de juzgamiento serio, exista solicitud expresa por parte del imputado- decaiga la prohibición de un posterior juzgamiento por parte de un tribunal chileno, de todas formas subsiste la posibilidad de que a consecuencia del primer juzgamiento -no obstante la irregularidad de éste- la persona haya ya sufrido la imposición de una sanción por el mismo hecho delictivo que es objeto del nuevo juzgamiento. En tal situación, rige lo dispuesto en el inc. 2º del mismo Art. 13:

En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado.

Es decir: siempre que el proceso ante el tribunal extranjero haya dado lugar a la imposición de una pena, y siempre que ésta haya sido efectivamente ejecutada o cumplida en el extranjero, ello tendrá que computarse en el cumplimiento de la

pena eventualmente impuesta por el tribunal chileno a consecuencia del segundo juzgamiento.

Todo lo anterior presupone, sin embargo, que uno y otro juzgamiento hayan estado referidos a un mismo “delito”, tal como lo exige el inc. 1º del Art. 13, lo cual, según ya se adelantara, limita decisivamente el alcance del principio *ne bis in idem* en el contexto interjurisdiccional. Aquí, tanto la prohibición de juzgamiento múltiple como la prohibición de punición múltiple resultan únicamente aplicables si hay identidad entre el hecho delictivo por el cual la persona fuera condenada o absuelta ante un tribunal extranjero y el hecho delictivo al cual se halle referido el posterior juzgamiento por parte de un tribunal chileno. Así, el Art. 13 prescinde del concepto (fuertemente) extensional que funciona como designación de un (mismo) hecho en sentido procesal en los términos del Art. 1º, adoptando, en cambio, un concepto intensional de hecho delictivo. Y ello se traduce en que, frente a una sentencia condenatoria o absolutoria pronunciada por un tribunal extranjero,¹⁴⁶ el principio *ne bis in idem* sólo opere, inhibiendo un juzgamiento o la imposición de una sanción penal por un tribunal chileno, en la medida en que el hecho que cuenta como objeto del juzgamiento o como antecedente de la sanción consista en la misma realización de la misma forma (o tipo) de comportamiento delictivo.

Lo anterior no representa más que la explicitación de la doble cuestión de identidad que siempre se encuentra involucrada en el reconocimiento de un mismo delito o hecho delictivo, a saber: la cuestión relativa a la identidad de la descripción de la forma de comportamiento delictivo, de un lado, y la cuestión relativa a la identidad de la acción (u omisión) que realiza la descripción en cuestión, de otro.¹⁴⁷ Puesto que la segunda cuestión de identidad siempre se encuentra supeditada, por definición, a la primera cuestión de identidad -en el sentido de que la determinación de si una descripción ha sido realizada una o más veces depende de cuál sea esa descripción-, cabe asumir aquí que es la cuestión relativa a la identidad de la descripción de la forma de comportamiento delictivo la que da lugar a las mayores dificultades. En este marco, es suficiente con establecer cuáles son las posibilidades a disposición del intérprete.

Por una parte, es obvio que el concepto de un mismo delito presupone una relación de congruencia entre una y otra descripción que necesariamente ha de superar la exigencia mínima identificada con el principio de doble incriminación, tal como éste suele consagrarse en la regulación de los procedimientos de extradición.¹⁴⁸ Pero por otra, no es obvio sin más que esa relación de congruencia entre una y otra descripción haya de ser entendida como una relación de identidad en sentido lógico-for-

¹⁴⁶ Puesto que el Art. 13 presupone la existencia de una decisión de condena o absolución establecida por sentencia firme, cabe concluir el principio *ne bis in idem* no opera, en este contexto, frente a sentencias extranjeras que dieran lugar, meramente, a un sobreseimiento.

¹⁴⁷ Véase *supra*, 4.1.2.

¹⁴⁸ El Art. 449 b) del Código Procesal Penal exige, como requisito de la extradición pasiva, que “de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen”.

mal,¹⁴⁹ esto es, como la exigencia de que la extensión de una y otra sea exactamente la misma, de modo tal que cada hecho subsumible bajo una de ellas sea al mismo tiempo subsumible bajo la otra, y viceversa.¹⁵⁰ Antes bien, en este contexto puede resultar sensato orientar la pregunta acerca de la identidad de dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo hacia los criterios relativos a la independencia del respectivo fundamento de la ilicitud que son invocados, en el contexto intraprocesal, para afirmar el carácter aparente o impropio de un concurso de delitos.¹⁵¹ Y estos criterios se dejan sintetizar a través de la siguiente fórmula: dos descripciones de formas de comportamiento delictivo son (total o parcialmente) idénticas cuando comparten una o más de aquellas propiedades que cuentan como fundamento del carácter específicamente delictivo del objeto de la respectiva descripción.¹⁵²

Lo importante, en lo que aquí interesa, es reparar en una consecuencia fundamental que se sigue de esto para la determinación del alcance del principio *ne bis in idem* en el contexto interjurisdiccional. Pues en conformidad con lo anterior, en la medida en que un hecho (en sentido extensional) haya sido objeto de juzgamiento o haya dado lugar a la imposición de una sanción por parte de un tribunal extranjero bajo una descripción que no comparta el mismo contenido de ilicitud con la descripción bajo la cual ese hecho pudiera ser objeto de juzgamiento o dar lugar a la imposición de una sanción por parte de un tribunal chileno, no vendrá en consideración, entonces, un mismo delito para los efectos del Art. 13 del Código Procesal Penal. Éste sería desde luego el caso, por ejemplo, si la específica lesividad de la realización de una y otra descripción fuese divergente en atención a la diversidad de la naturaleza o de los titulares de los bienes jurídicos concretamente afectados.

IV. TERCERA PARTE: EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL DERECHO SANCIONATORIO CHILENO

a) El principio *ne bis in idem* en el Derecho Administrativo sancionatorio

i. *El estatus normativo del principio como estándar de derecho sancionatorio*

¹⁴⁹ Coincidentemente acerca de la interpretación de la exigencia de “un mismo delito” en el contexto de la cláusula de la doble exposición de la Constitución federal de los EE.UU., Thomas, “A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem”, pp. 1033 s.

¹⁵⁰ Para esta definición de la relación lógico-formal de identidad entre dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo, véase Klug, “Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz”, p. 404.

¹⁵¹ Véase por todos, en la doctrina alemana, Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 31/12; Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor §§ 52-55, n.m. 20; en la doctrina española, Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 27/64.

¹⁵² Precisamente en esta dirección se orientan los criterios normativos propuestos por Moore, *Act and Crime*, pp. 337 ss.; y Thomas, “A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem”, pp. 1041 ss.

El reconocimiento del principio *ne bis in idem* como estándar de control del ejercicio de las potestades sancionatorias de orden administrativo constituye un proceso de creciente consolidación, que en lo fundamental ha respondido a una doble variable: de un lado, la proliferación y especialización de instancias de reglamentación administrativa sectorial reforzada por mecanismos sancionatorios a disposición de órganos de la propia administración; de otro, la progresiva expansión de ámbitos de superposición entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionatorio. Esto explica que en la exposición de su alcance como principio del Derecho Administrativo sancionatorio tiendan a ser diferenciados dos frentes: el de la posible concurrencia de pretensiones sancionatorias de orden penales y administrativo en relación con un mismo hecho, y el de la posible concurrencia de varias pretensiones sancionatorias de orden administrativo en relación con un mismo hecho.

Antes de entrar en ello, sin embargo, es necesario retomar la pregunta que quedara planteada en la primera parte, en cuanto a la medida en que el principio *ne bis in idem* puede constituir un principio intrínseco a cualquier régimen de derecho sancionatorio propio de un Estado de Derecho.¹⁵³ Y la respuesta debe venir dada por las implicaciones del concepto funcional de sanción, cuyo contenido mínimo fuese analizado más arriba: por “sanción” cabe entender la irrogación de un mal como reacción institucionalizada a la contravención de una norma de comportamiento, que recae sobre la(s) persona(s) responsable(s) de esta contravención, a través de la cual se reafirma la vigencia de la norma en cuestión. Este mecanismo de reafirmación jurídica, ahora bien, descansa en la representación de la reacción sancionatoria como una reacción adecuada frente a la contravención que genera la ocasión para la reacción. Y esta exigencia de adecuación, que es intrínseca a la noción de sanción, es articulada más precisamente como una exigencia de proporcionalidad. Pero se trata aquí de una exigencia de proporcionalidad que no es absoluta, sino relativa a la representación legislativa de la relación de congruencia recíproca entre contravención y sanción.

El principio *ne bis in idem*, en su dimensión sustantiva como prohibición de sanción múltiple, no representa más que una especificación de esa exigencia de proporcionalidad relativa a la valoración legislativa.¹⁵⁴ Y en esta medida, se trata de un estándar de control susceptible de reclamar aplicación frente a cualquier ejercicio de una potestad sancionatoria. Esta consideración no basta, sin embargo, para dar cuenta de la otra dimensión del principio *ne bis in idem*, a saber, su dimensión procesal como prohibición de persecución múltiple,¹⁵⁵ siempre que el alcance de ésta no se restrinja a casos de previa condena por la misma contravención. Pues sólo en este

¹⁵³ Véase *supra*, 2.2.

¹⁵⁴ Véase Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 201 ss., aunque privilegiando una concepción estrictamente preventiva o disuasoria de la función de la sanción.

¹⁵⁵ Aquí es preferible hablar de “persecución” y no de “juzgamiento” (múltiple), por la circunstancia de que, normalmente, la pretensión sancionatoria de carácter administrativo tiende a no presuponer, al menos de entrada, su ejercicio frente a un tribunal que adjudique o juzgue, en la medida en que sea un órgano de la administración, de tipo no-jurisdiccional, el competente para la eventual imposición de la sanción, sin perjuicio de la existencia de vías de impugnación a través de las cuales ésta pueda verse “judicializada”. Al respecto *supra*, 1.1.

último escenario puede decirse que la prohibición de persecución múltiple se limite a operar al modo de un impedimento anticipado de una doble sanción por “lo mismo”. Si la prohibición de juzgamiento múltiple, en cambio, muestra un alcance mayor, ello sólo puede explicarse en atención a variables de otra índole, vinculadas a razones de justicia procedimental y de certeza jurídica. Por ende, bajo una definición funcional del concepto de sanción, la prohibición de juzgamiento múltiple sólo indirectamente puede reclamar reconocimiento junto a la prohibición de sanción múltiple.

Ciertamente, lo anterior no alcanza a prejuzgar cuál ha de ser el nivel normativo en el cual pueda reconocerse validez al principio *ne bis in idem* como estándar general de derecho sancionatorio. A este respecto, es notable la divergencia existente, al respecto, entre los ordenamientos jurídicos más representativos en lo que aquí interesa. Bajo la Constitución federal de los EE.UU., está suficientemente asentada la comprensión de la cláusula de la doble exposición de la Quinta Enmienda como exclusivamente referida al juzgamiento y la imposición de sanciones de carácter criminal; tratándose de sanciones de otro carácter, sólo cabría invocar, con bastante menor perentoriedad, la cláusula sobre debido proceso entendida en sentido sustantivo, también contemplada en la Quinta Enmienda.¹⁵⁶ Bajo la Constitución de la República Federal alemana, igualmente, la consagración del principio *ne bis in idem* en el párrafo 3° del Art. 103 se entiende exclusivamente referida al ámbito jurídico-penal.¹⁵⁷ Sólo a nivel legislativo se prevé, en el derecho alemán, un reconocimiento del principio *ne bis in idem* para los efectos de la persecución y la imposición de sanciones en materia de contravenciones al orden, según lo previsto por los §§ 21 y 84 de la respectiva ley (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*): mientras que el § 21 prevé la prevalencia de la norma de sanción penal frente a la norma de sanción administrativa en caso de estar ambas referidas a la misma acción, el § 84 establece el efecto negativo de la cosa juzgada en relación con el futuro juzgamiento del mismo hecho (en sentido procesal), también frente al eventual ejercicio de una acción penal.

El caso del derecho español es, probablemente, el más interesante en términos de su comparación con el caso chileno. Esto, porque la Constitución española, al igual que la Constitución chilena, no consagra expresamente el principio *ne bis in idem* en disposición alguna, no obstante lo cual existe una tendencia -relevante, aun cuando no hegemónica- a entenderlo implícitamente reconocido bajo su Art. 25, que establece el principio de “legalidad penal”.¹⁵⁸ La peculiaridad del Derecho Constitucional español, a este respecto, está constituida por la expresa equiparación, bajo esta consagración del principio de “legalidad penal”, del estatus de las normas sancionatorias de carácter jurídico-penal y de carácter administrativo. La controversia interpretativa al respecto, empero, no deja de ser considerable. Pues por una parte,

¹⁵⁶ Véase sólo Amar, “Double Jeopardy Law Made Simple”, pp. 1810 ss., 1836 s.

¹⁵⁷ Así la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 2 de mayo de 1967, BVerfGE 21, pp. 378 ss., 383 s.

¹⁵⁸ Véase por ejemplo Suay Rincón, *Sanciones Administrativas*, pp. 167 s.; García Enterriá/Fernández, *Curso de Derecho Administrativo II*, p. 185; Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 206 s.

no es en absoluto claro que la disposición en cuestión reconozca, en sentido estricto, una exigencia de legalidad que no sea la asociada al principio de irretroactividad de la ley desfavorable.¹⁵⁹ Y por otra, tampoco parece verosímil la pretensión de dar siquiera anclaje al principio *ne bis in idem* en el principio de legalidad, puesto que éste a lo sumo puede llegar a dar cuenta de la ilegitimidad de la doble imposición de una misma sanción en un contexto intraprocesal. Lo mismo no vale, sin embargo, para la aplicabilidad del principio en cualquiera de los contextos en los cuales se plantea no la aplicación de una misma norma sancionatoria más de una vez, sino de dos o más normas sancionatorias diferentes en relación con un mismo hecho, o bien en cualquiera de los contextos en los cuales se plantea una eventual pluralidad de persecuciones, ya sea por el mismo o por distintos órganos, en relación con un mismo hecho.

Es inequívoco, ahora bien, que el legislador español sí reconoce la vigencia del principio *ne bis in idem* para los efectos de la aplicación de normas de sanción administrativa. En efecto la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo Título IX reconoce como uno de los “principios de la potestad sancionadora” la solución establecida en el Art. 133, para el caso de “conurrencia de sanciones”:

“No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

La disposición, sin embargo, se restringe a establecer la prohibición de imponer una sanción administrativa en caso de que ya previamente se haya impuesto una sanción penal o una sanción administrativa. La disposición no reconoce, en esta medida, la dimensión del principio *ne bis in idem* como estándar de procedimiento, en el sentido de una prohibición de persecución múltiple.¹⁶⁰

Estas mínimas referencias bastan para sentar la premisa de que, al menos a nivel comparado, no parece haber antecedentes suficientes para postular un asentamiento del principio *ne bis in idem* como estándar general de derecho sancionatorio, más allá del ámbito estrictamente jurídico-penal, que pueda resultar directamente vinculante para la legislación. Antes bien, la medida y el alcance de la vigencia del principio *ne bis in idem* resulta ser una cuestión esencialmente abierta a la decisión legislativa. Y esto se explica porque los estándares constitucionales que proveen el fundamento último para cada una de las dos dimensiones del principio -a saber: el principio de proporcionalidad, tratándose de la prohibición de sanción múltiple, y el principio del debido proceso (*lato sensu*), tratándose de la prohibición de persecución múltiple- son compatibles con un amplio conjunto de posibilidades a disposición del legislador.

¹⁵⁹ Latamente al respecto Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 171 ss., 217 ss., quien sostiene, sobre todo teniendo a la vista la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que lo que regiría sería más bien una exigencia de *cobertura* legal, y no una genuina exigencia de *reserva* legal. Véase también Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 364 ss., con nota 545.

¹⁶⁰ Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 439 s.

Lo anterior es enteramente predicable de la situación del principio *ne bis in idem* en el derecho sancionatorio chileno, en referencia al cual ni siquiera resulta reconocible su consagración constitucional en el ámbito estrictamente jurídico-penal. Y la situación no cambia si se pone la vista en los tratados internacionales que sí pueden resultar vinculantes para el legislador. Pues tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen el principio, en los términos ya considerados,¹⁶¹ únicamente para los efectos de la aplicación de normas de sanción penal.¹⁶² Ante esto, el desafío consiste en determinar la medida precisa en que la multifacética expresión del principio *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho Penal sustantivo y del derecho procesal admiten ser generalizadas como estándares de control del ejercicio de cualquier potestad de carácter (propiamente) sancionatorio. Para ello es imprescindible, sin embargo, diferenciar la manera en que las cuestiones concernientes a una eventual multiplicidad de persecuciones e imposición de sanciones por un mismo hecho se presenta en cada uno de los dos frentes ya apuntados: el de la concurrencia de pretensiones sancionatorias de orden penal y administrativo, y el de la concurrencia de (varias) pretensiones sancionatorias de orden administrativo.

ii. *El frente intercompetencial: concurrencia de pretensiones sancionatorias penales y administrativas*

El primer frente, definido por la posibilidad de una concurrencia de potestades sancionatorias de orden penal y orden administrativo, puede ser designado como “frente intercompetencial”, en cuanto se trata aquí del eventual ejercicio concurrente de potestades sancionatorias que competen a los órganos encargados de la persecución y adjudicación penal, por un lado, y a órganos de la administración, por otro; es decir, del eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias *heterogéneas*. Tal concurrencia de pretensiones sancionatorias puede darse en términos simultáneos o en términos sucesivos, y en ambos casos se plantea la cuestión acerca de si alguna de las dos vías, y en su caso cuál de ellas, habría de tener prioridad frente a la otra, de modo tal de afirmarse una relación de subsidiariedad.

El problema fundamental que se suscita en este frente, para los efectos de determinar la eventual aplicabilidad del principio *ne bis in idem*, está asociado, por lo mismo, a la pregunta acerca de la relación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionatorio desde el punto de vista de su respectiva “naturaleza”. En el marco del presente informe no es pertinente ni necesario entrar más detalladamente en la cuestión acerca de la diferenciación cualitativa o cuantitativa de una y otra potestad

¹⁶¹ Al respecto *supra*, 3.1.1.

¹⁶² El Art. 14 N° 7 del primer tratado dispone que no puede haber juzgamiento ni sanción por un “delito” en relación con el cual ya se haya pronunciado sentencia firme en conformidad con “el procedimiento penal” del respectivo país; el Art. 8° N° 4 del segundo tratado se refiere exclusivamente al “inculpado”, en circunstancias que el contexto de la disposición deja claro que se trata de una “persona inculpada de delito” (Art. 8° N° 2).

sancionatoria. Más arriba fueron sugeridas algunas consideraciones favorables, *prima facie*, a la primera solución, ante todo en atención a algunos datos de la legislación (positiva) chilena, que en distintos contextos se inclina a reconocer la independencia del ejercicio de una y otra potestad sancionatoria.¹⁶³ La consecuencia de tal solución tendría que consistir en la plena legitimidad tanto de la doble persecución (penal y administrativa) como de la doble sanción (penal y administrativa) en relación con un mismo conjunto de hechos. Pues por una parte, en la medida en que las respectivas potestades sancionatorias no compartan una “naturaleza” común, no habría espacio a una objeción a la doble persecución fundada en consideraciones de justicia procedimental. Y por otra, el único límite a la posibilidad de imposición paralela de sanciones penales y administrativas tendría que estar representado por una eventual contravención del principio general de proporcionalidad, en contra del cual el legislador democrático puede invocar, con razón, una amplísima prerrogativa de decisión autónoma.

Cabría pensar, ahora bien, que las consecuencias de validar una diferenciación puramente cuantitativa de las sanciones penales y las sanciones administrativas tendrían que ser las opuestas. Pero esto sería un error. Pues ya se ha mostrado que aun bajo esta segunda hipótesis el legislador sigue conservando el mismo vasto margen de prerrogativa de decisión. Y esto tendría que resultar obvio de cara a la siguiente consideración: si el legislador puede legítimamente, y sin quebrantar el principio general de proporcionalidad, disponer una acumulación de sanciones jurídico-penales de diversa índole en relación con un mismo hecho -piénsese, por ejemplo, en la acumulación de penas privativas de libertad, penas de multa y determinadas penas accesorias que el legislador chileno normalmente formula en las normas de sanción del Código Penal o de legislación penal especial-, entonces no puede haber objeción alguna a que el propio legislador prevea una acumulación de sanciones penales y administrativas en relación con un hecho que satisfaga -por vía de hipótesis- una misma descripción que pudiera conferirle, simultáneamente, significación delictiva en sentido jurídico-penal y significación contravencional en el sentido del Derecho Administrativo sancionatorio. Y si esto vale para este caso hipotético, entonces *a fortiori* también habrá de valer para el caso en que la acumulación de sanciones de uno y otro orden se produzca por la superposición incidental de una y otra descripción en relación con un mismo hecho (en sentido puramente extensional). Pues es evidente que, en este último caso, ni siquiera podría decirse que las sanciones estén siendo impuestas en relación con “un mismo hecho” (en sentido *intensional*).

Lo que en todo caso debería advertirse es la inconsistencia implicada en la pretensión de fundamentar la “prevalencia de la sentencia penal” en la tradicional caracterización del Derecho Penal como *ultima ratio*, en el sentido de lo que se cono-

¹⁶³ Véase *supra*, 1.2.

ce como el principio de subsidiariedad o intervención mínima.¹⁶⁴ Pues en la medida en que efectivamente se dé una identidad entre los respectivos objetos de protección de las normas (de comportamiento) reforzadas por normas de sanción penal y de las normas reforzadas por normas de sanción administrativa, entonces, de ser verosímil la descripción del Derecho Penal como *ultima ratio*, tendría que decaer la aplicabilidad de las normas de sanción penal. Que esto no sea así, muestra que alguna de las dos premisas es falsa: o bien no hay identidad entre los respectivos objetos de protección, o bien el Derecho Penal no constituye la *ultima ratio*.

Distinta sería la situación, ciertamente, si pudiera constatarse o inferirse una voluntad legislativa en el sentido de no dar lugar a dicha acumulación de sanciones de órdenes competenciales diversos. Tal voluntad es claramente constatable si se pone la vista en la legislación alemana o en la legislación española, según ya se indicara. Pues tanto el legislador alemán como el legislador español han adoptado expresamente una solución de prevalencia de la vía penal frente a la vía administrativo-sancionatoria. Nótese, empero, que la solución no es idéntica en uno y otro ordenamiento. Pues la regla española exige “identidad de sujeto, hecho y fundamento”, mientras que para la regla alemana es suficiente que se trate de una misma “acción” (en sentido extensional) que cuente como “hecho punible” y como “contravención al orden”. Pero el legislador chileno no ha manifestado semejante voluntad contraria a esa posibilidad de acumulación.

Esto no excluye, sin embargo, que tal voluntad pudiera ser inferida interpretativamente, lo cual podría verse favorecido por la premisa de que no hay diferencia cualitativa entre una y otra potestad sancionatoria. Pero entonces, la condición indispensable para reconocer una acumulación de sanciones eventualmente no validada por el legislador estaría representada por la exigencia de que el contenido de ilicitud del respectivo hecho punible y de la respectiva contravención administrativa no fuese recíprocamente independiente. Pues sólo entonces cabría afirmar que se estaría dando lugar a una acumulación de sanciones “por lo mismo”. Para detectar cuándo habría que constatar una superposición de uno y otro contenido de ilicitud, cabría recurrir a los criterios que en el ámbito jurídico-penal se invocan para reconocer el carácter impropio o aparente de un determinado concurso de delitos.¹⁶⁵ En todo caso, no alcanza a haber fundamentos, en el marco del derecho chileno vigente, para postular la existencia de una prohibición de persecución múltiple que pudiese operar con independencia del mero efecto reflejo de la prohibición de imposición concurrente de sanciones de uno y otro orden, en caso de que ésta se tenga por efectiva en los términos recién descritos.

¹⁶⁴ Así, sin embargo, Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 218 ss., quien pretende sustentar el argumento en la dimensión “positiva y fundamentadora” que exhibiría el principio de la *ultima ratio*. Ciertamente, esto no constituye más que una inversión del sentido originario del principio en cuestión, que explica que la consecuencia a ser extraída de éste se vea igualmente invertida.

¹⁶⁵ Al respecto *supra*, 3.1.1., 4.2.1. Acerca de la pertinencia de ese recurso, en el ámbito que aquí interesa, véase Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 352 ss.; Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 212 ss.

iii. *El frente intracompetencial: concurrencia de múltiples pretensiones sancionatorias de orden administrativo*

Observaciones generales

Lo distintivo del frente en el cual se plantea el eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias de orden exclusivamente administrativo -que admite denominarse, entonces, “frente intracompetencial”- radica en que aquí pueden darse, *mutatis mutandis*, los mismos escenarios o contextos que también se plantean cuando se trata de casos de eventual juzgamiento o punición múltiple en el ámbito jurídico-penal. Pues en uno y otro caso, y a diferencia de lo que es característico del frente intercompetencial, se trata del eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias *homogéneas*. En tal medida, aquí también cabe diferenciar las particularidades propias del contexto interjurisdiccional y del contexto intrajurisdiccional; y al interior de este último, las particularidades propias del contexto extraprocesal y del contexto intraprocesal.¹⁶⁶ Con ello, es claro que ha de compartirse el juicio de Nieto en cuanto a la obsolescencia del esquema de la triple “identidad de sujeto, objeto y fundamento”,¹⁶⁷ en la medida en que este esquema no sirve de herramienta para la articulación de los diferentes problemas que pueden suscitarse en cada uno de esos tres contextos.

Aquí meramente habrán de plantearse algunos criterios generales que han de orientar el planteamiento y la posible solución de esos problemas, para poder considerar algunos de ellos, con mayor detenimiento, al considerar el alcance específico que puede llegar a exhibir el principio *ne bis in idem* en el marco del derecho contravencional de la libre competencia. El punto de partida a este respecto, empero, tiene que consistir en la siguiente proposición: no existiendo decisiones legislativas vinculantes, está excluida de antemano la posibilidad de que, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, el principio *ne bis in idem* pueda exhibir un alcance mayor que el que exhibe en el ámbito jurídico-penal. Esto se sigue de que, como variante específica de derecho sancionatorio, el Derecho Penal representa el ámbito en el cual se hace aplicable el conjunto de garantías más estrictas. Por ende, en el ámbito de otras variantes específicas de derecho sancionatorio ese conjunto de garantías no tiene por qué reclamar aplicación sin más; y a lo sumo puede llegar a reclamar aplicación con el mismo grado de intensidad, en la medida en que se pueda sustentar -a modo de hipótesis- la tesis de la equivalencia cualitativa entre uno y otro régimen. Por ende, la demarcación del alcance del principio *ne bis in idem* en el ámbito jurídico-penal, ya examinada, señala en todo caso cuáles son los límites máximos de eventual aplicabilidad del principio *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio.

¹⁶⁶ Aquí, ciertamente, se trata de un uso parasitario y no-técnico de las expresiones “jurisdicción” y “proceso”, en la medida en que la discusión abarque el ejercicio de potestades sancionatorias por parte de órganos no jurisdiccionales, en términos del concepto de Derecho Administrativo sancionatorio en sentido estricto. Véase *supra*, 1.1.

¹⁶⁷ Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, p. 385.

El contexto intraprocesal

En relación con un eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias en el contexto intraprocesal, esto es, con ocasión de una única instancia de persecución, se impone desde ya la constatación de que aquí sólo puede venir en consideración una prohibición de sanción múltiple.¹⁶⁸ En tal medida, el posible quebrantamiento del principio *ne bis in idem* tendría que estar asociado a la imposición de sanciones por hechos cuyo respectivo contenido de ilicitud se encuentre de tal modo superpuesto, que la efectiva aplicación de las dos o más normas de sanción aplicables conllevaría una contravención de la prohibición de doble valoración. Una vez más, como criterios para detectar esa posible superposición de los respectivos contenidos de ilicitud pueden resultar operativos los mismos criterios que hacen posible el reconocimiento de un concurso aparente en el ámbito jurídico-penal. En cualquier caso, es evidente que siendo diferente el correspondiente objeto de protección de las normas que determinan el respectivo contenido de ilicitud de las distintas infracciones administrativas concurrentes, por definición no habrá contravención del principio *ne bis in idem* si se imponen sanciones por cada una de ellas.¹⁶⁹

Y esto, con total independencia, por lo demás, de si las distintas infracciones son cometidas en relación de unidad de hecho, esto es, en relación de “concurso ideal”.¹⁷⁰ Pues en este caso tampoco se produce una superposición de los contenidos de ilicitud de las distintas infracciones concurrentes. Dado que la diferenciación jurídico-penal de los regímenes punitivos aplicables en casos de concurso ideal (y medial) y en casos de concurso real no responde a una exigencia impuesta por el principio *ne bis in idem*, no hay razones concluyentes para postular su traslado al ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio sin que haya pronunciamiento legislativo al respecto.¹⁷¹

El contexto interprocesal

La aplicabilidad del principio *ne bis in idem* frente a una eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias de carácter administrativo en un contexto interprocesal resulta mucho menos segura. Pues aquí no sólo se presenta la variable adicional representada por la posible aplicabilidad de una prohibición de persecución múltiple, tanto en términos simultáneas como en términos sucesivos, sino que a esto se añade la cir-

168 Al respecto *supra*, 3.3., 4.2.1.

169 Véase por todos Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 390 s.

170 Así Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 244 ss.

171 Véase Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, pp. 386 s.; Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 244 ss., quien llama la atención sobre la inviabilidad técnica de hacer aplicable el régimen de absorción agravada previsto por la regulación del concurso ideal (y medial) bajo el Código Penal español (al igual que bajo el Código Penal chileno), dada la mayor heterogeneidad e indeterminación de las sanciones administrativas, favoreciendo, por lo mismo, la aplicación de un régimen de atenuación de las sanciones a ser cumulativamente impuestas.

cunstancia de que las entidades encargadas de llevar a efecto la persecución e imponer las sanciones respectivas, en su caso, pueden corresponderse con órganos administrativos sectorialmente competentes, que sólo se encuentren débilmente coordinados entre sí.¹⁷² Lo cual, a su vez, puede traer consigo la aplicabilidad, respecto de cada uno de dichos órganos, de reglas de procedimiento divergentes y, por ende, de difícil conmensuración, en la medida en que no exista, tal como es el caso en el derecho chileno, un régimen general de reglamentación del ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración cuya observancia se encuentre sometida al control, por ejemplo, de tribunales con competencia específicamente contencioso-administrativa.¹⁷³

En esta medida, resulta inviable proponer pautas generales acerca de hasta qué punto, y con qué consecuencias, pudieran ser operativas las excepciones de cosa juzgada y litispendencia como expresión del principio *ne bis in idem* en cuanto estándar de clausura procesal.

El contexto interjurisdiccional

Finalmente, cabe plantear la pregunta acerca de la vigencia del principio *ne bis in idem* frente al ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias de orden administrativo en el contexto interjurisdiccional. Por razones similares a las precedentemente enunciadas, aquí también resulta inviable identificar pautas generales de aplicación general, lo cual ciertamente se ve acentuado por la variable definitoria de todo contexto interjurisdiccional: se trata del ejercicio de potestades sancionatorias adscritas a dos o más ordenamientos jurídicos distintos. Ello explica sea en este contexto donde el principio *ne bis in idem* muestra menor perentoriedad, toda vez que su vigencia queda sujeta a la contingencia de una política de reconocimiento mutuo entre ordenamientos normativos que reclaman independencia para sí.¹⁷⁴ Lo único que cabe establecer al respecto, en términos generales, es que en ningún caso podría defenderse la aplicabilidad del principio *ne bis in idem*, ya sea en su dimensión de estándar sustantivo en su dimensión de estándar de procedimiento, más allá de los límites fijados, para el ámbito jurídico-penal, en el Art. 13 del Código Procesal Penal. Y esto quiere decir: en la medida en que una y otra pretensión sancionatoria se encuentren referidas a hechos que no constituyen una misma infracción, en el doble sentido ya analizado,¹⁷⁵ de ninguna manera resultaría aplicable el principio. Esto se examinará más pormenorizadamente en atención a la manera en que el problema puede plantearse, específicamente, bajo el régimen jurídico chileno aplicable en materia de contravenciones al derecho de la libre competencia.

¹⁷² Véase al respecto Cano Campos, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concurso en el Derecho Administrativo sancionador”, pp. 240 ss.

¹⁷³ Al respecto Pierry, “Tribunales Contencioso-Administrativos”, *passim*.

¹⁷⁴ Véase *supra*, 3.3., 4.2.3.

¹⁷⁵ Al respecto *supra*, 4.1.2.

b) El principio *ne bis in idem* en el derecho contravencional de la libre competencia

i. El derecho contravencional de la libre competencia como derecho sancionatorio

Lo que resta por examinar, a continuación, es la manera en que el principio *ne bis in idem* se constituye como un estándar de control del ejercicio de la potestad sancionatoria referida a las contravenciones del derecho de la libre competencia, en conformidad con las normas del DL 211. Que el principio *ne bis in idem* ha de encontrar aplicación en este ámbito, no es más que la conclusión que se sigue de la conjunción de dos premisas, a saber: que el principio *ne bis in idem* constituye, más allá de cuál sea su configuración específica, un principio general de derecho sancionatorio, y que el derecho contravencional de la libre competencia, en el marco del ordenamiento jurídico chileno, representa un régimen de derecho sancionatorio. Ambas premisas ya han sido fundamentadas en secciones anteriores del presente informe.¹⁷⁶ Para los efectos de la indagación en la específica configuración del principio en este ámbito, empero, puede ser importante marcar dos puntualizaciones respecto de las premisas ya mencionadas.

En cuanto al carácter sancionatorio del régimen del derecho contravencional de la libre competencia bajo el DL 211, es relevante no perder de vista que se trata de un régimen de derecho sancionatorio en sentido amplio, según se estableciera más arriba. Pues una nota distintiva de este régimen, frente a las variantes más representativas del Derecho Comparado, se encuentra en que la potestad sancionatoria se encuentra directamente conferida a un órgano propiamente jurisdiccional -a saber, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia-, que ha de resolver imparcialmente acerca del mérito de la eventual pretensión sancionatoria hecha valer por el órgano persecutor -a saber, la Fiscalía Nacional Económica- o bien por algún particular.¹⁷⁷ La potestad de imponer las sanciones previstas por el DL 211, entonces, no recae en un órgano de la administración, sino en un tribunal de naturaleza contencioso-administrativa, especialmente competente para la adjudicación en este ámbito específico. Y una consecuencia de ello es que, en este ámbito, es enteramente correcto hablar de una “prohibición de *juzgamiento* múltiple (por un mismo hecho)” para referirse a la dimensión procesal (*stricto sensu*) del principio.

Y en cuanto al estatus del principio *ne bis in idem* como principio general de derecho sancionatorio, lo crucial es advertir que de esta sola consideración no es posible extraer, sin más, consecuencias directas para su concreción específica en el ámbito que aquí interesa. No basta, en este sentido, con invocar el principio *ne bis in idem* como principio de derecho sancionatorio para estar en posición de resolver cada uno de los variados problemas particulares que pueden presentarse a propósito de las distintas posibilidades de sanción o juzgamiento múltiple por “lo mismo”. De ahí que sea im-

¹⁷⁶ Véase *supra*, 1.1., 5.1.

¹⁷⁷ Al respecto Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 589 ss.

prescindible diferenciar el análisis en atención a cada uno de los escenarios relevantes.

Para favorecer la revisión de las cuestiones de mayor significación práctica bajo el DL 211, se examinarán primero las preguntas vinculadas al alcance del principio *ne bis in idem* en el contexto intrajurisdiccional, distinguiendo entre aquellas referidas a la prohibición de sanción y juzgamiento múltiple frente a la eventual ejercicio en paralelo, sea simultáneo o sucesivo, de pretensiones sancionatorias de orden jurídico-penal y de orden contravencional (“frente intercompetencial”), por una parte, y aquellas referidas al ejercicio simultáneo o sucesivo de varias pretensiones sancionatorias de orden contravencional. Después de ello se entrará, para concluir, en las preguntas propias del contexto interjurisdiccional, concernientes al alcance del principio *ne bis in idem* frente al ejercicio de potestades sancionatorias por parte de órganos extranjeros.

ii. *El contexto intrajurisdiccional*

El frente intercompetencial

Para el análisis de las cuestiones susceptibles de plantearse en el contexto intrajurisdiccional, esto es, con ocasión del ejercicio de pretensiones sancionatorias relativas a hechos eventualmente constitutivos de contravenciones al derecho de la libre competencia, cuyo fundamento de validez esté constituido por normas del ordenamiento jurídico chileno, resulta imprescindible diferenciar los frentes intercompetencial e intracompetencial, esto es, si las dos o más pretensiones sancionatorias pertenecen a órdenes competenciales heterogéneas u homogéneas, respectivamente. Por de pronto, aquí habrá que ocuparse de lo primero, restringiendo la perspectiva a aquellas situaciones en que pudieran concurrir pretensiones sancionatorias de orden contravencional y de orden jurídico-penal.

Esta última pregunta tiene importancia frente a todas aquellas situaciones en que pudiese ser viable un enjuiciamiento paralelo de un mismo conjunto de hechos con arreglo a normas de sanción penal, por un lado, y a las normas del DL 211, por otro. Dentro del conjunto de posibles casos de eventual concurrencia de pretensiones sancionatorias, la cuestión se ha planteado, en particular, en términos de la posibilidad de que pudiera tener lugar un juzgamiento y una eventual condena, bajo el Art. 285 del Código Penal, en relación con hechos que también pudieran ser objeto de juzgamiento y eventualmente dar lugar a la imposición de sanciones por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

A este respecto, puede ser oportuno enfatizar que la pregunta de si determinados hechos con relevancia bajo el derecho de la libre competencia pudieran satisfacer la descripción del delito tipificado en el Art. 285 del Código Penal (o bien la descripción de cualquier otra forma de comportamiento con relevancia delictiva en sentido jurídico-penal) es una pregunta previa a la pregunta acerca de la eventual viabilidad de la persecución de tales hechos bajo una y otra vía, cuya respuesta no compete en modo alguno a los órganos intervinientes bajo la vía del derecho de la libre competencia, con arreglo al DL 211. Esto tiene relevancia ante la pregunta de

si la reforma del régimen jurídico previsto por el DL 211 (introducida por la Ley 19.911), a partir de la cual dicho régimen ya no contiene normas de sanción penal, pudiera tener alguna incidencia en el alcance del Art. 285 del Código Penal. Y la respuesta debe ser negativa. Pues sostener lo contrario implicaría desconocer la plena independencia de las normas del Código Penal (y de la legislación penal especial) frente a su eventual superposición con normas sancionatorias de otro orden.

Esto no excluye que, por vía de hipótesis, pudiera existir alguna objeción en cuanto a que determinados hechos constitutivos de contravenciones al derecho de la libre competencia sean subsumibles bajo la descripción típica del Art. 285 del Código Penal. El punto es que estas objeciones, y desde luego en la medida en que pretendan sustentarse en el principio de legalidad como límite a la aplicación de las normas de sanción, conciernen exclusivamente a la determinación del sentido y alcance de la norma establecida en ese artículo del Código Penal. Que el tenor literal del Art. 285 del Código Penal haga posible la subsunción de los hechos en cuestión, empero, es una pregunta a ser exclusivamente respondida por los tribunales que ejercen jurisdicción en lo penal, para lo cual es enteramente irrelevante si los hechos también pudieran ser subsumibles bajo el supuesto de hecho de normas de sanción de otro orden, como lo son algunas de las normas del DL 211. Al respecto, quizá no sea enteramente superfluo mencionar que el principal especialista en la materia expresamente sostiene que, no obstante la reforma introducida por la Ley 19.911, “aún subsisten delitos penales contemplados en el Código Penal que guardan relación con el bien jurídico tutelado [de la] libre competencia”.¹⁷⁸

Para determinar el alcance del principio *ne bis in idem* como estándar eventualmente vinculante para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en lo que aquí interesa, basta con asumir, por vía de hipótesis, que podría darse algún caso en que tanto las normas del DL 211 como alguna norma de sanción penal pudieran resultar aplicables al mismo conjunto de hechos. En este punto se vuelve significativa la cuestión relativa a la naturaleza cuantitativa o cualitativa de la diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionatorio, incluyendo dentro del campo de este último el régimen del DL 211 para el derecho contravencional de la libre competencia. Pues es claro que si se favorece la segunda solución, de entrada no podrá plantearse vulneración alguna, ya sea de la prohibición de juzgamiento múltiple, ya sea de la prohibición de sanción múltiple, según corresponda.¹⁷⁹

Mas ello está lejos de significar que, en caso de asumirse la corrección de la otra solución, consistente en la tesis de la diferenciación puramente cuantitativa, la consecuencia necesariamente tendría que ser la afirmación de una vulneración del principio *ne bis in idem* en una u otra dimensión, según corresponda. Esto, porque ya fue establecido que, aun bajo esta hipótesis, la cuestión sigue dependiendo, en primer término, de si el legislador podría, sin vulneración del principio general de proporcionalidad, prever la acumulación de sanciones múltiples en relación con hechos que

¹⁷⁸ Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 225 s.

¹⁷⁹ Véase Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 436 s., en relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

satisficieran tanto la descripción relevante bajo el derecho de la libre competencia como la descripción relevante bajo el Código Penal. Y no habiendo indicios de que pudiera darse semejante vulneración, la cuestión depende, en segundo término, de si cabe inferir una voluntad legislativa en contra de esa eventual acumulación de sanciones de diverso orden.¹⁸⁰ Baste con observar, a este respecto, que el legislador chileno ha manifestado, en términos generales en el Art. 20 del Código Penal, pero también en términos específicos en las leyes 18.045 y 18.046, que en principio favorece la posibilidad de imposición concurrente de penas y sanciones administrativas.¹⁸¹

El frente intracompetencial

La prohibición de sanción múltiple

Cabe poner la vista ahora en las preguntas más relevantes que se plantean, en referencia exclusiva al derecho chileno, en el frente intracompetencial. Puesto que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es el único órgano con competencia, de acuerdo con el derecho vigente, para la imposición de sanciones de orden administrativo frente a contravenciones tipificadas en el DL 211, lo que hay que determinar es la medida en que el principio *ne bis in idem* se hace operativo como estándar sustantivo de adjudicación y como estándar de clausura procesal en el ejercicio de jurisdicción en el ámbito de su específica competencia. Aquí se examinará la primera de las dos cuestiones, esto es, aquella relativa al alcance del principio *ne bis in idem* en su dimensión de prohibición de sanción múltiple.

Una primera cuestión, de inequívoca relevancia práctica, que se suscita en este contexto se refiere a la viabilidad de una imposición (sucesiva o simultánea) de medidas de carácter sancionatorio y medidas de carácter no-sancionatorio, de aquellas previstas en el Art. 26 del DL 211. El aparente problema se suscita por lo dispuesto en el inc. 1º del Art. 3º del DL 211, que establece que el responsable de alguna de las contravenciones tipificadas en el mismo artículo “será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas o prohibitivas que [...] puedan disponerse en cada caso”. Esto ha llevado a que Valdés, por ejemplo, sostenga que sería contrario al principio *ne bis in idem* que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia llegase a imponer sanciones de aquellas previstas en el Art. 26 y medidas preventivas, correctivas o prohibitivas en relación con los mismos “hechos, actos o convenciones” que constituyen la respectiva infracción.¹⁸²

Pero ello desconoce, manifiestamente, que el principio *ne bis in idem* constituye un principio de derecho sancionatorio, lo cual significa que aquél sólo puede resultar aplicable frente al ejercicio de potestades sancionatorias. Es claro, por ejem-

¹⁸⁰ Véase *supra*, 5.2.

¹⁸¹ Al respecto *supra*, 1.2.

¹⁸² Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 369 s.

plo, que compromisos de contribución pecuniaria que pudieran ser asumidos con efecto vinculante por una persona jurídica en el marco de un acuerdo celebrado con un organismo administrativo, que ni siquiera da lugar a un establecimiento concluyente de la efectividad de una eventual infracción, carecen de toda connotación sancionatoria, desde ya porque el concepto de sanción es incompatible con el carácter consensuado de semejantes compromisos.¹⁸³ E igualmente, las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas a las que se refiere el Art. 3º del DL 211 carecen, desde el punto de la representación legislativa, de carácter sancionatorio, en la medida en que el propio Art. 3º contrapone explícitamente la mención de las medidas (señaladas en el Art. 26) a través de cuya imposición el responsable de la contravención ha de ser “sancionado”, de aquellas otras medidas (preventivas, correctivas o prohibitivas) que pueden ser impuestas “sin perjuicio” de aquéllas. Precisamente el carácter “preventivo, correctivo o prohibitivo” de dichas medidas sugiere que ellas carecen de significación propiamente represiva y, por ende, de connotación sancionatoria.¹⁸⁴ La prohibición de *sanción* múltiple no puede venir en consideración, *ex definitione*, tratándose de medidas no sancionatorias.¹⁸⁵

Ahora bien, y más allá de lo anterior, el propio Valdés observa que en todo caso se encontraría excluida la posibilidad de una imposición simultánea de sanciones y medidas preventivas, correctivas o prohibitivas, con arreglo a lo establecido en el Auto Acordado Nº 5, de 2004, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el entendido de que “las medidas propiamente tales [esto es, las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas] sólo caben dentro del proceso consultivo”, de modo tal que no sería viable una imposición simultánea de unas y otras.¹⁸⁶ Si bien esto no concierne al alcance del principio *ne bis in ídem*, por el hecho de que éste no es aplicable frente a medidas no sancionatorias, puede ser oportuno clarificar el punto. Ello, porque Valdés incurre en una confusión aquí. Pues del hecho de que, con arreglo al auto acordado mencionado, no sea posible el desarrollo simultáneo de un proceso jurisdiccional y un proceso consultivo en relación con un mismo conjunto de “hechos, actos o convenciones”, no se sigue en modo alguno que las medidas no sancionatorias sólo puedan ser impuestas en el marco de un proceso consultivo. No hay disposición alguna del DL 211 que sugiera que dichas medidas no puedan ser impuestas en el marco de un proceso jurisdiccional; más bien, el inc. 1º del Art. 3º sugiere exactamente lo contrario.

La confusión en que incurre Valdés puede explicarse, eventualmente, por su intento de recurrir analógicamente, en el ámbito que aquí interesa, a la distinción entre penas y medidas de seguridad que reconoce el Derecho Penal.¹⁸⁷ Valdés pasa

¹⁸³ En referencia a los “compromisos de obligación” (*Verpflichtungszusagen*) en el marco del derecho europeo de la libre competencia, véase Frenz, *Europäisches Kartellrecht*, n.m. 1540 ss.

¹⁸⁴ En relación con las así llamadas “medidas de restablecimiento de la legalidad” bajo el Derecho Administrativo sancionatorio español, véase Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 250 ss.

¹⁸⁵ Véase sólo Huergo Lora, *Las Sanciones Administrativas*, pp. 436 s.

¹⁸⁶ Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, p. 370.

¹⁸⁷ Véase Valdés, *Libre Competencia y Monopolio*, pp. 371 ss., quien habla de un “paradigma dualista”.

por alto, sin embargo, dos consideraciones decisivas. La primera: que si bien bajo el derecho chileno vigente resulta excluida la posibilidad de una imposición conjunta de penas y medidas de seguridad, dado que la imposición de una pena presupone una declaración de culpabilidad, mientras que -bajo el Art. 455 del Código Procesal Penal- la imposición de una medida de seguridad presupone la constatación de una condición de enajenación mental que es incompatible con una declaración de culpabilidad, esta no es la única posibilidad de articular la relación entre unas y otras; en el Derecho Comparado son muchas las legislaciones que contemplan, en cambio, la posibilidad de imposición conjunta de penas (fundamentadas en la culpabilidad personal) y medidas de seguridad (fundamentadas en la peligrosidad individual).¹⁸⁸ Y la segunda: que el legislador chileno haya optado por un régimen de incompatibilidad recíproca entre penas y medidas de seguridad, en el ámbito estrictamente jurídico-penal, no es razón suficiente para pretender trasladar semejante régimen a otro ámbito regulativo, en el cual, por lo demás, y como lo expresa el Art. 3º del DL 211, el legislador parece haber optado por un régimen esencialmente distinto.

La segunda cuestión de significación práctica que cabe discutir en este contexto concierne a la eventualidad de que, con ocasión del pronunciamiento de una sentencia condenatoria, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pueda constatar una pluralidad de contravenciones atribuibles a una misma persona, en el sentido de lo que cabría llamar un “concurso de infracciones”. A este respecto, rigen sin más las consideraciones ya formuladas en cuanto a la posibilidad de recurrir, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, a las categorías de la dogmática de los concursos de delitos, en particular respecto de la inviabilidad, no existiendo declaración legislativa, de pretender hacer aplicables regímenes distintos para la determinación de las sanciones en casos de concurso ideal (en situación de unidad de hecho) y de concurso real.¹⁸⁹ Pues, en todo caso, esta es una pregunta que no se vincula con el alcance del principio *ne bis in idem*. Lo que interesa examinar, más bien, son las condiciones para el reconocimiento de un eventual concurso aparente o impropio entre dos o más contravenciones al derecho de la libre competencia. Pues en caso de darse un concurso aparente, el principio *ne bis in idem* sí prohíbe la imposición conjunta de las sanciones correspondientes a la totalidad de las infracciones cuyo respectivos contenidos de ilicitud no fuesen plenamente independiente entre sí.

Lo que interesa aquí es enunciar, someramente, cuáles son los criterios en conformidad con los cuales puede reconocerse el carácter aparente de un concurso de infracciones, de modo tal que el órgano jurisdiccional deba prescindir de una o más de ellas como eventual objeto de condena. Recurriendo aquí a las propuestas más estandarizadas en la dogmática del Derecho Penal, dichos criterios son: el de *especialidad*, el de *subsidiariedad* y el de *consunción* (o *absorción*), pudiendo discutirse si acaso el criterio del así llamado “hecho anterior o posterior co-penado”

¹⁸⁸ En relación con el derecho alemán véase Kindhäuser, *LPK-StGB*, vor §§ 38-45b, n.m. 1 ss., § 61, n.m. 1 ss., § 66, n.m. 1 ss.; en relación con el derecho español, véase Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, Lección 34/1 ss., 18 ss., 26 ss.

¹⁸⁹ Véase *supra*, 5.3.2.

cuenta como un criterio independiente o, en cambio, como una aplicación específica del criterio de la consunción.¹⁹⁰ En este espacio, puede ser suficiente ofrecer un ejemplo de lo que inequívocamente tendría que constituir un concurso aparente de infracciones, en contraposición a un ejemplo de lo que podría constituir un concurso auténtico (no aparente) de infracciones.

Para lo primero, considérese la especificación de la infracción (genérica) prevista por el inc. 1º del Art. 3º del DL 211 que contempla la letra a) del inc. 2º del mismo artículo. Bajo la suposición de que entre la variante relativa a los “acuerdos expresos o tácitos entre competidores” y la variante relativa a “prácticas concertadas entre ellos”- ambas relativas a la obtención de poder de mercado- no existe una relación de mutua exclusión, cabría imaginar una situación en que una práctica concertada entre dos o más competidores no fuese más que la materialización o implementación de un acuerdo (expreso o tácito) ya adoptado por ellos. Parece sensato asumir que, ante tal situación, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no podría legítimamente imponer sanciones por la realización de una y otra variante, en la medida en que su objeto -en términos del mercado afectado y el modo de su afectación, etc.- sea idéntico. Y esto, porque lo que se daría en tal situación es, eventualmente, un concurso aparente o impropio entre la realización de una y otra variante típica. Y el criterio para fundamentar el carácter aparente o impropio de ese concurso podría ser el siguiente: en la medida en que se impusiera sanción ya por el acuerdo adoptado por los competidores, su materialización como práctica concertada constituiría un hecho (posterior) co-sancionado; o alternativamente, en la medida en que se impusiera sanción ya por la práctica concertada, el acuerdo entre ellos constituiría un hecho (anterior) co-sancionado.

Esto puede ser contrastado con una situación en que el eventual concurso tuviera que ser calificado, en cambio, como auténtico. Considérese ahora una situación en que, a consecuencia de sostener la práctica concertada a través del tiempo, los competidores en cuestión llegasen a hacerse de una “posición dominante en el mercado”, en relación con la cual ejercieran una “explotación abusiva”, en el sentido de la variante específica establecida en la letra b) del mismo Art. 3º. La pregunta sería entonces: ¿Cabría en tal situación una imposición cumulativa de sanciones por la circunstancia de que una misma persona haya realizado, a lo largo de un mismo curso de acción, tanto de la variante específica de la letra a) como la variante específica de la letra b) del inc. 2º del Art. 3º? Y la respuesta puede ser afirmativa, en el sentido de negar el carácter aparente o impropio del respectivo concurso de infracciones, en la medida en que el contenido de ilicitud específicamente asociado a la realización de una y otra variante, en atención a las diferentes modalidades de menoscabo de la libre competencia que enuncia el inc. 1º del Art. 3º, sea independiente.¹⁹¹

¹⁹⁰ Así, entre otros, Kindhäuser, *LPK-SiGB*, vor §§ 52-55, n.m. 21 ss.

¹⁹¹ De ahí que en el ámbito del derecho europeo de la libre competencia, la tesis de que puede haber concurso auténtico (y más precisamente, ideal) entre la contravención de la prohibición de formación de carteles y la contravención de la prohibición de abuso de posición de mercado dominante cuenta con reconocimiento jurisprudencial y doctrinal. Véase sólo Frenz, *Europäisches Kartellrecht*, n.m. 278 ss.

La prohibición de juzgamiento múltiple

También en el contexto intrajurisdiccional puede presentarse, tal como ya se anunciara, la pregunta acerca de la aplicabilidad de una prohibición de juzgamiento (sucesivo o simultáneo) múltiple en relación con un mismo hecho. Aquí son pertinentes sin más las observaciones ya planteadas en cuanto a la inviabilidad de postular criterios generales respecto de la operatividad de las excepciones de cosa juzgada (material) y litispendencia, sin considerar las definiciones del respectivo contexto regulativo.

A primera vista, cabría sugerir la posibilidad de que, para el ámbito regulativo al cual se encuentra referido el DL 211, se hiciera aplicable un principio de persecución única en los términos del Art. 1º del Código Procesal Penal, cuyo alcance fuese examinado más arriba.¹⁹² Lo cual podría parecer especialmente apropiado si se adoptara la tesis de una identidad cualitativa entre la potestad sancionatoria cuyo ejercicio es reglamentado por el Derecho Penal y la potestad sancionatoria cuyo ejercicio es reglamentado por el DL 211. En contra de esto, sin embargo, cabe esgrimir la siguiente consideración: el Art. 29 del DL 211 hace supletoriamente aplicables las normas de los dos primeros libros del Código de Procedimiento Civil, “en todo aquello que no sea incompatibles” con la forma del procedimiento establecida en los artículos anteriores. Y dentro de las disposiciones del Libro I del Código de Procedimiento Civil se encuentra el Art. 177, relativo al alcance de la excepción de cosa juzgada, estableciendo una exigencia de triple identidad: la “identidad legal de personas”; la “identidad de la cosa pedida”, y la “identidad de la causa de pedir”.

Lo anterior no modifica, ciertamente, que esa tradicional exigencia de triple identidad se considere, con razón, obsoleta de cara a la articulación precisa de la prohibición de juzgamiento (o persecución) múltiple en el ámbito del derecho sancionatorio.¹⁹³ Es claro, por ejemplo, que la exigencia de “identidad legal de personas” tendría que entenderse circunscrita a la posición de la persona en contra de quien se ejerce la respectiva pretensión sancionatoria, sin concernir, en cambio, la posición de quien ejerce dicha pretensión (el Fiscal Nacional Económico o cualquier persona), en la medida en que la pretensión sancionatoria, en virtud de su carácter pública, precisamente no es relativa a quien la ejerce.

La cuestión es, más bien, si en virtud de lo establecido en el Art. 29 del DL 211 haya que articular dicha prohibición de un modo no necesariamente coincidente con el alcance del principio de única persecución establecido en el Art. 1º del Código Procesal Penal. Una respuesta afirmativa a esta pregunta pasa por la viabilidad de dotar a la noción tradicional de “identidad de la causa de pedir” de un sentido congruente con la función de la prohibición de juzgamiento múltiple como estándar de derecho sancionatorio. Y si es posible interpretar “identidad de la cau-

¹⁹² Véase *supra*, 4.2.2.

¹⁹³ Véase *supra*, 5.3.1.

sa de pedir” como “identidad de fundamento”, entonces esta identidad de fundamento debe ser relativa a la específica pretensión sancionatoria. Esto tendría que resultar en la adopción de un concepto más estricto de hecho en sentido procesal, en comparación con el que rige en el ámbito procesal-penal, en términos tales que si tras un primer juzgamiento -con resultado condenatorio o absolutorio- se hiciera valer una pretensión sancionatoria respecto del mismo conjunto de circunstancias de hecho, pero bajo una diferente calificación típica, no cabría reconocer una eventual excepción de cosa juzgada.¹⁹⁴ Así, de producirse un primer juzgamiento relativo a determinados “hechos, actos o convenciones” bajo su calificación como constitutivos de una práctica concertada resultante en una obtención de poder de mercado, nada obstaría a que esos mismos “hechos, actos o convenciones” pudieran ser objeto de un juzgamiento posterior bajo su calificación como constitutivos de una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, dado que, en principio al menos, las respectivas pretensiones sancionatorias no exhibirían una “identidad de fundamento”.

Aquí es oportuno mostrar que el alcance de la prohibición de juzgamiento múltiple que se sigue de la interpretación recién sugerida también resulta congruente con su aplicación frente a casos no ya de juzgamiento sucesivos, sino de juzgamientos simultáneos; esto es, para los efectos de hacer operativa la excepción de litispendencia, reconocida legalmente bajo el Libro II del Código de Procedimiento Civil (Art. 303 N° 3), al cual se remite el Art. 29 del DL 211. Para esto, basta con considerar un muy recientemente pronunciamiento jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el cual, por sentencia de 24 de enero de 2011, rol N° C211-10, acogiera una excepción de litispendencia en el marco de un proceso relativo a “los mismos hechos” que eran objeto, en paralelo, de otro proceso llevado ante el mismo tribunal, encontrándose este último asunto en conocimiento de la Corte Suprema tras haberse interpuesto un recurso de reclamación en contra de la sentencia pronunciada por el tribunal.

Al fundamentar su decisión de acoger la excepción de litispendencia, el tribunal ofreció, en primer término, la consideración de que los hechos que configuraban el objeto procesal en el asunto ya fallado y sometido por vía de reclamación al conocimiento de la Corte Suprema y los hechos que fueran objeto de la denuncia posterior “constituyen todos ellos el elemento fáctico de una única conducta supuestamente infraccional para efectos de su juzgamiento en esta sede” (c. 11), lo cual fuera reforzado por la consideración ulterior de que los mismos representarían “una unidad, pues constituyen todos ellos el presupuesto fáctico de una misma conducta presuntamente anticompetitiva” (c. 15). Es especialmente afortunado que, bajo esta formulación, el tribunal ponga de manifiesto la doble cuestión de identidad de la cual depende el reconocimiento de una “unidad de acción contravencional o infraccional”, en pleno paralelismo al reconocimiento de

¹⁹⁴ Dicho técnicamente: el concepto de hecho en sentido procesal que ha de reclamar aplicación bajo el DL 211, en referencia al Art. 177 del Código de Procedimiento Civil, no es un concepto extensional, sino un concepto intensional de hecho.

una “unidad de acción delictiva” en los términos del Derecho Penal: ha de tratarse de una misma descripción de una forma de comportamiento contravencional, que se vea realizada una sola vez.¹⁹⁵

Lo fundamental es que, inmediatamente a continuación, el tribunal haya explicitado la conexión entre esta última cuestión de doble identidad y las condiciones de admisibilidad de la excepción de litispendencia:

“[...] si se juzgaran los actos objeto de la demanda en estos autos, se infringiría el principio de *non bis in idem* que, en su manifestación procesal, busca evitar que una misma persona sea sometida a procesos simultáneos en razón de una misma supuesta infracción y respecto de la cual existe una misma pretensión sancionatoria [...]” (c. 16).

El tribunal asumió, de esta manera, que en el ámbito de su competencia la prohibición de juzgamiento múltiple que se deriva del principio *ne bis in idem* es aplicable siempre que el objeto de uno y otro juzgamiento sea idéntico, y asumió, además, que esto último es el caso siempre que se trate de una misma (presunta) infracción respecto de la cual exista “una misma pretensión sancionatoria”. Esto muestra que el tribunal reconoce la exigencia de una identidad de fundamento como presupuesto de aplicabilidad de la prohibición de juzgamiento múltiple, lo cual resulta exigido, según ya se viera, por la remisión del Art. 29 del DL 211 a las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

Es inequívoco que, de acuerdo con esta solución, el alcance de la prohibición de juzgamiento múltiple bajo el DL 211 provee una garantía más débil que la provista por el principio de persecución única consagrado en el Art. 1º del Código Procesal Penal. Pero ello está lejos de resultar inadmisibles, en la medida en que el régimen sancionatorio aplicable en materia de contravenciones al derecho de la libre competencia es un régimen sancionatorio considerable menos “aflictivo” que el régimen jurídico-penal.

iii. *El contexto interjurisdiccional*

¿Aplicabilidad del Art. 13 del Código Procesal Penal?

Finalmente, resta examinar el alcance que el principio *ne bis in idem* ha de exhibir, en el marco del régimen sancionatorio del DL 211, en atención al eventual ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias por parte de órganos jurisdiccionales o administrativos extranjeros, con arreglo al derecho aplicable por esos mismos órganos. Tal como ya se sostuviera, es en tal contexto (interjurisdiccional) que el principio *ne bis in idem* muestra un menor grado de perentoriedad, dado que aquí se trata

¹⁹⁵ Véase *supra*, 4.1.2.

de la medida en que el ordenamiento jurídico de un Estado puede llegar a reconocer eficacia al ejercicio (exitoso o fallido) de pretensiones sancionatorias por parte de órganos de otro Estado, lo cual presupone una relación de reconocimiento mutuo que es, por definición, políticamente contingente. No existiendo un régimen que imponga al Estado de Chile una limitación al ejercicio de sus potestades jurisdiccionales y sancionatorias en atención al eventual ejercicio de potestades semejantes por parte de órganos extranjeros, el legislador tiene plena prerrogativa de decisión para determinar si y en qué grado pudiera tener lugar tal reconocimiento.¹⁹⁶

Por ello, la identificación de un estándar normativo que pudiera ser vinculante para el ejercicio de jurisdicción por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se ve enfrentada a un considerable déficit de certeza en este contexto. Desde ya, hay que advertir que aquí no vienen en consideración normas del Código de Procedimiento Civil que pudieran resultar aplicables a través de la regla de remisión del Art. 29 del DL 211. Pues el Código de Procedimiento contempla, en su Libro I, normas sobre ejecución de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros, en circunstancias, sin embargo, que aquí no se trata de la ejecución de tales resoluciones, sino más bien de su eventual reconocimiento como razón para inhibir el ejercicio de potestades sancionatorias que pertenecen a la esfera de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Y además, hay que advertir que, en este contexto, es necesario determinar el alcance del principio *ne bis in idem* no sólo frente a la actividad de tribunales extranjeros, sino muy fundamentalmente también frente a la actividad sancionatoria de órganos administrativos que no ejercen funciones propiamente jurisdiccionales. Todo lo cual presupone, desde luego, que efectivamente exista un ejercicio concurrente de potestades sancionatorias por parte de un órgano de otro Estado. Pues por el contrario, si lo que viene en consideración no es más que una eventual medida de carácter no coercitivo, o bien un compromiso de contribución pecuniaria voluntariamente acordado, ni siquiera puede entrar a discutirse acerca de la eventual aplicabilidad del principio *ne bis in idem* en este contexto.

Luego, la pregunta podría replantearse en términos de la eventual aplicabilidad, por analogía, de la regla del Art. 13 del Código Procesal Penal, que establece, según ya se analizara, el alcance de las prohibiciones de punición y juzgamiento múltiple para los efectos del ejercicio de jurisdicción en el ámbito jurídico-penal, en el contexto interjurisdiccional. Y la respuesta tendría que ser afirmativa, siempre que pudiera sostenerse que el estándar ahí fijado ha de tomarse como un estándar generalizable para el ejercicio de cualquier potestad auténticamente sancionatoria. Esta es, sin embargo, una cuestión especialmente incierta, dado que no hay razones suficientes para pretender que el principio *ne bis in idem* pudiera resultar vinculante, en este contexto interjurisdiccional, sin declaración expresa del legislador respectivo. En el marco del derecho de la libre competencia de la Unión Europea, por ejemplo, se encuentra asentado el criterio de que las prohibiciones de juzgamiento y sanción

¹⁹⁶ Esto no se ve alterado, como es obvio, por la eventual existencia de acuerdos de cooperación internacional que no conciernan al ejercicio de tales potestades, sino a otros aspectos operativos de la persecución de comportamientos contravencionales.

múltiple en principio no pueden reclamar aplicación frente a persecuciones e imposición de sanciones por parte de órganos estatales no vinculados a la Unión.¹⁹⁷ Y cabe recordar aquí que es una consideración similar la que explica la pervivencia de la doctrina de la soberanía dual como excepción a la prohibición de doble exposición de la Quinta Enmienda de la Constitución federal de los EE.UU.¹⁹⁸

En consecuencia, puede partirse de la base que el principio *ne bis in idem* no puede reclamar aplicación al interior del contexto interjurisdiccional, sin que haya una decisión legislativa en tal sentido. Ahora bien, puede quedar abierta la pregunta de si la decisión legislativa expresada en el Art. 13 del Código Procesal Penal admite ser interpretada en términos de su generalización al ámbito regulativo del DL 211. Pero es importante establecer cuáles serían las consecuencias a extraer de la eventual aplicabilidad de ese estándar en el ámbito que ahora interesa.

Los límites de la prohibición de juzgamiento y sanción múltiple

De acuerdo con lo establecido más arriba, la prohibición de juzgamiento y sanción múltiple consagrada en el Art. 13 del Código Procesal Penal presupone que el ejercicio de jurisdicción por el tribunal chileno se encuentra referido no meramente al mismo hecho (en sentido extensional), sino al mismo delito al cual se refiriera la sentencia (condenatoria o absolutoria) pronunciada por el órgano extranjero. Ésta es una consideración decisiva, ya que, bajo la hipótesis de que el mismo estándar resultara aplicable al derecho contravencional de la libre competencia, sólo podría afirmarse una vulneración del principio *ne bis in idem* en la medida en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pretendiera llevar a efecto un juzgamiento o -en su caso- imponer sanciones por la misma contravención o infracción que hubiese sido objeto de persecución por parte del órgano extranjero. Siempre que las respectivas contravenciones no sean idénticas, por el contrario, el principio *ne bis in idem* no podría reclamar aplicación frente al ejercicio de las potestades correspondientes por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Aquí es fundamental observar, de paso, que la determinación de la posible identidad entre una y otra infracción, que pudiera activar la aplicación del principio *ne bis in idem*, presupone que el tribunal establezca en qué consiste exactamente la eventual infracción. Por esta razón, resulta excluida la posibilidad de que, en los términos de la prohibición de juzgamiento múltiple, una eventual excepción de cosa juzgada pudiera resultara operativa para inhibir el inicio del proceso correspondiente. Pues sólo en el marco del proceso respectivo podría llegar a establecerse cuáles son los hechos eventualmente constitutivos de la infracción que cae bajo el ámbito de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de manera que éste pueda determinar, a su vez, si entre dicha eventual infracción y una infracción que

¹⁹⁷ Véase Frenz, *Europäisches Kartellrecht*, n.m. 1595 ss.

¹⁹⁸ Véase *supra*, 3.2.3.

hubiese sido objeto persecución o fundamento de imposición de una o más sanciones por parte de un órgano extranjero pudiera existir una relación de identidad que impidiese la continuación de su juzgamiento en el marco de un ejercicio de jurisdicción por el tribunal con arreglo a los términos del Art. 13 del Código Procesal Penal.

En conformidad con los criterios que ya se han analizado a lo largo del presente informe, es fácil determinar bajo qué condiciones cabe afirmar la falta de identidad de las respectivas infracciones. Siempre que las descripciones de las respectivas formas de comportamiento no sean (total o parcialmente) idénticas, de manera tal que los respectivos contenidos de ilicitud de una y otra sean recíprocamente independientes, habrá que reconocer la falta de identidad de las infracciones. Así por ejemplo, si una persona (natural o jurídica) hubiese sido sancionada en el extranjero por una infracción constitutiva de prácticas concertadas entre competidores, esa misma persona podría ser perfectamente sometida a juzgamiento y a la imposición de sanciones, por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de resultarle imputable una explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, con total independencia de que el sustrato fáctico de una y otra infracción se corresponda con un mismo hecho o conjunto de hechos (en sentido *extensional*).

Pero ese no es, ciertamente, el único caso posible. Cabría imaginar, también a modo de ejemplo, que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tuviera que conocer de una pretensión relativa a una supuesta infracción constitutiva de la adopción de acuerdos o prácticas concertadas que confieran poder de mercado, respecto de una persona (natural o jurídica) que ya hubiese sido sancionada por parte de un órgano extranjero, por una infracción que consistiera en la realización de esa misma descripción de forma de comportamiento, y cuyo sustrato fáctico fuese el mismo. Esto no bastaría, sin embargo, para concluir que entonces sí operaría una prohibición de un nuevo juzgamiento o una sanción para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, puesto que ello no alcanza para afirmar que una y otra infracción sean una y la misma (en sentido *intensional*). Pues es enteramente posible que el contenido de ilicitud de una y otra infracción sea distinto, en la medida en que el mercado respectivamente protegido, bajo una y otra descripción, no sea el mismo. Es decir: si los acuerdos alcanzados o las prácticas concertadas entre los respectivos competidores producen efectos en el mercado protegido a través de las normas del DL 211, entonces esos acuerdos o prácticas constituirán una infracción relativa al objeto de protección de las prohibiciones reforzadas por las normas de sanción del DL 211; y esta infracción por definición no podrá ser la misma infracción que aquella consistente en la realización de la descripción relativa al mercado cuya protección compete al ordenamiento jurídico cuyas normas son aplicadas por el órgano extranjero. El específico contenido de ilicitud de la infracción relevante bajo el DL 211 es independiente, entonces, del contenido de ilicitud de la infracción sometida a las potestades del órgano extranjero.

Precisamente, tal es la solución que se ha impuesto en el marco del derecho europeo de la libre competencia: siendo diferente el ámbito geográfico de incidencia, las respectivas infracciones ameritan persecuciones e imposición de sanciones múltiples, sin que quepa reconocer una vulneración del principio *ne bis in idem*, y sin que siquiera resulte procedente un cómputo del monto de las multas impuestas

en otro territorio jurisdiccional para los efectos de determinar la cuantía de la multa a ser impuesta en otro territorio jurisdiccional.¹⁹⁹ En cuanto a lo primero, es oportuno considerar la contundencia de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto “Tokai Carbon”, T-236/01, el año 2004:

“Dadas estas circunstancias, resulta *a fortiori* imposible aplicar en el presente asunto el principio *non bis in idem*, pues es evidente que los procedimientos tramitados y las sanciones impuestas por la comisión, por una parte, y por las autoridades norteamericanas y canadienses, por otra, no persiguen los mismos objetivos. En el primer caso se trata de impedir que se falsee el juego de la competencia en el territorio de la Unión Europea o en el EEE, mientras que en el segundo caso el mercado que se trata de proteger es el mercado norteamericano o el canadiense (véase en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, Buchler/Comisión, 44/69, Rec. p. 733, apartados 52 y 53). La aplicación del principio *non bis in idem* está supeditada no sólo a la coincidencia de los hechos constitutivos de la infracción y de las personas sancionadas, sino también a la existencia de un único bien jurídico protegido (conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo Colomer de 11 de febrero de 2003, Italcementi/Comisión, C213/00 P, Rec. p. I0000, punto 89)” (n.m. 134).

El tribunal reforzaba su toma de posición de la mano de la siguiente de observación:

“El alcance del principio de prohibición de la acumulación de sanciones, tal como lo consagra el artículo 4 del Protocolo nº 7 del CEDH, reafirma la conclusión anterior. Se deduce del tenor de dicho artículo que este principio tiene por única consecuencia impedir que los tribunales de un Estado juzguen o sancionen una infracción por la que la persona procesada ya haya sido absuelta o condenada en dicho Estado” (n.m. 135).

Y en cuanto a lo segundo, esto es, a la improcedencia siquiera de un cómputo de la cuantía de multas impuestas por órganos de otros Estados, considérese lo resuelto asimismo por el mismo tribunal en el asunto “Archer Daniels”, T-224/00, de 2003:

“Incluso en el supuesto de que la condena de las prácticas colusorias relativas a la lisina pudiera distinguirse de la condena de las prácticas colusorias relativas al ácido cítrico, es preciso recalcar que, aunque la sentencia dictada en Estados Unidos alude al hecho de que las prácticas colusorias relativas a la lisina tenían por objeto restringir la producción

¹⁹⁹ Así Frenz, *Europäisches Kartellrecht*, n.m. 1595 ss.

y aumentar los precios de la lisina «en Estados Unidos y en otros lugares», no se ha acreditado en absoluto que la condena dictada en Estados Unidos haya sancionado aplicaciones o efectos de estas prácticas colusorias distintos de los que se produjeron en dicho país (véase en este sentido la sentencia de 14 de diciembre de 1972, *Boehringer/Comisión*, antes citada, apartado 6) y en particular los producidos en el EEE, algo que por lo demás hubiera supuesto una intromisión manifiesta en la competencia territorial de la comisión. Esta última observación se aplica igualmente a la condena impuesta en Canadá. A este respecto, se deduce de los debates mantenidos en la vista que las multas impuestas por los tribunales norteamericanos y canadienses se calcularon partiendo del volumen de negocios de ADM Company en el territorio de estos dos estados” (n.m. 103).

Lo anterior no representa más que la explicitación de una consideración elemental acerca de la configuración de los regímenes de derecho sancionatorio. Pues según ya se sugiriera más arriba, la funcionalidad propia de una sanción en sentido estricto concierne a una pretensión de reafirmación de la autoridad del derecho respectivamente quebrantado.²⁰⁰ Y cada Estado nacional puede pretender, con toda legitimidad, reafirmar la vigencia de sus propias normas a través del ejercicio de las potestades sancionatorias que su respectivo ordenamiento confiere a sus órganos competentes al efecto.

Recapitulación: el principio ne bis in idem como estándar para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el contexto interjurisdiccional

Para finalizar, puede ser oportuno especificar, a modo de recapitulación del análisis propuesto en la presente subsección, cuál es la medida precisa en que el principio *ne bis in idem* ha de operar como estándar vinculante para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, específicamente en el contexto interjurisdiccional, asumiendo (sólo) por vía de hipótesis, por las razones ya planteadas, la aplicabilidad del Art. 13 del Código Procesal Penal.

De acuerdo con lo ya sostenido, la exigencia de que se trate de uno y el mismo “delito” se traduce, desde ya, en una importante relativización del alcance de la prohibición de juzgamiento múltiple en este contexto. Pues el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sólo podrá establecer en qué consiste la eventual infracción de cuya posible identidad con una infracción que ha sido objeto del ejercicio de una pretensión sancionatoria por parte de un órgano extranjero en la medida en que dé curso, inicialmente al menos, al proceso correspondiente. La excepción de cosa juzgada, por lo mismo, sólo podría resultar operativa una vez que el tribunal haya podido efectuar tal determinación.

²⁰⁰ Véase *supra*, 2.1.

Para la determinación de la posible relación de identidad entre la eventual infracción en relación con la cual el tribunal pudiera ejercer sus potestades jurisdiccionales y sancionatorias, por una parte, y una o más infracciones que pudieran haber sido objeto de conocimiento y fundamento de imposición de sanciones por parte de órganos extranjeros, por otra, es imprescindible tener en cuenta que la identidad o falta de identidad ha de ser evaluada en atención al específico contenido de ilicitud de las infracciones en cuestión.

Así, no habría identidad entre dos infracciones, una sometida a una jurisdicción extranjera y otra sometida a la jurisdicción chilena, en caso de que, por ejemplo, una infracción sea constitutiva de un abuso de posición dominante y la otra infracción sea constitutiva de una colusión en la fijación de precios. Y esto, porque en tal situación no se da, en efecto, una relación de identidad, desde el punto de vista de su específico contenido de ilicitud, entre la descripción abstracta de una y otra infracción.

Pero tampoco habrá identidad entre dos infracciones, una sometida a una jurisdicción extranjera y otra sometida a la jurisdicción chilena, en el caso de que, por ejemplo, una infracción sea constitutiva de una colusión en la fijación de precios que afecta el mercado protegido por el ordenamiento jurídico del Estado extranjero en cuestión y la otra sea constitutiva de una colusión en la fijación de precios que afecte el mercado protegido por las normas del DL 211. Pues en este caso sólo a primera vista podría pensarse que hay identidad entre la descripción abstracta de una y otra descripción. Más bien, en la medida en que los mercados protegidos bajo el derecho de uno y otro Estado sean distintos, las respectivas descripciones no pueden ser consideradas idénticas: una infracción que consiste en la realización de la descripción “adoptar acuerdos o prácticas concertadas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado X” no es idéntica a una infracción que consiste en la realización de la descripción “adoptar acuerdos o prácticas concertadas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia en el mercado Y”, precisamente porque el específico contenido de ilicitud de una y otra es divergente en relación con el objeto de protección de una y otra norma. Y aquí es enteramente irrelevante que los acuerdos o las prácticas concertadas en referencia a uno y otro mercado pudieran haber sido adoptados a través de una misma definición marco por parte de dos o más competidores. Pues en tal caso, recurriendo por analogía a las categorías del Derecho Penal, lo que habría que reconocer es una unidad de hecho, esto es, un concurso ideal entre las distintas infracciones. Y lo fundamental es que un concurso ideal, en lo que aquí interesa, sigue siendo un concurso auténtico entre dos o más infracciones que exhiben un diferente contenido específico de ilicitud.

Distinto sería el caso, ciertamente, si la legislación de libre competencia de un Estado extranjero tipificara infracciones en atención a la protección de la libre competencia en los mercados chilenos. Pero nada sugiere que ello pudiera materializarse sino en el marco de la implementación de políticas bilaterales o regionales de cooperación internacional, como sucede en el ámbito de la Unión Europea. No existiendo iniciativas de tales características en relación con los mercados chilenos, la protección de la libre competencia al interior de estos mercados es algo que incumbe exclusivamente, al menos por el momento, al Estado chileno, que para estos efectos actúa a través del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

V. CONCLUSIONES

Es posible diferenciar dos sentidos, uno estricto y otro amplio, del concepto de Derecho Administrativo sancionatorio. El derecho contravencional de la libre competencia, de acuerdo con su régimen bajo el ordenamiento jurídico chileno, cuenta como instancia de Derecho Administrativo sancionatorio en sentido amplio.

Los estándares mínimos de control de la potestad sancionatoria aplicables a las distintas variantes de derecho sancionatorio han de encontrarse intrínsecamente asociados a una noción funcional de sanción. La función específicamente distintiva de una sanción en sentido estricto consiste en la reafirmación de la pretensión de validez del derecho ante su quebrantamiento. Esto posibilita identificar un conjunto de garantías que han de ser aplicables por estar en juego el ejercicio de potestades sancionatorias.

Que el principio *ne bis in idem* forme parte de ese conjunto de garantías no alcanza a prejuzgar, sin embargo, cuál haya de ser su configuración específica en el ámbito regulativo del cual se trate.

En el Derecho Penal de influencia europeo-continental, el principio *ne bis in idem* es entendido como la conjunción de un estándar de adjudicación (al modo de una prohibición de punición múltiple) y un estándar de clausura procesal (al modo de una prohibición de juzgamiento múltiple). El alcance del principio se encuentra circunscrito, *prima facie*, al ámbito correspondiente a la respectiva jurisdicción estatal.

En el ámbito del Derecho Penal de los E.E.U.U. de Norteamérica, ambas dimensiones del principio se encuentran expresadas en la cláusula de la “doble exposición” de la Quinta Enmienda de la Constitución federal. A este respecto, destacan tanto la controversia en torno a la interpretación de la expresión “un mismo delito” como la restricción del alcance de la cláusula que se sigue de la así llamada “doctrina de la soberanía dual”.

Es en todo caso imprescindible diferenciar los contextos en que puede llegar a activarse la aplicación del principio *ne bis in idem*, dado que el respectivo contexto determina el alcance específico que exhibe el principio. A este respecto, es posible diferenciar dos contextos básicos: el contexto interjurisdiccional (definido por el ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias por parte de órganos de dos o más Estados) y el contexto intra jurisdiccional (definido por el ejercicio concurrente de pretensiones sancionatorias por parte de órganos de un mismo Estado). Al interior de este último, cabe diferenciar, a su vez, dos subcontextos: el (sub)contexto interprocesal (definido por la concurrencia de pretensiones sancionatorias entabladas en procesos distintos) y el (sub) contexto intraprocesal (definido por la concurrencia de pretensiones sancionatorias entabladas en un mismo proceso).

En el marco del Derecho Penal chileno, es imprescindible diferenciar los varios sentidos atribuibles a la expresión “un mismo hecho”, tal como ésta aparece en la formulación del principio *ne bis in idem*. Así, cabe reconocer un concepto procesal de hecho, por oposición al concepto de hecho propio del Derecho Penal sustantivo, siendo. A la vez, dentro del ámbito del derecho propio del penal sustantivo es posible distinguir entre un concepto de “hecho delictivo” y un concepto de “unidad de hecho”; la relevancia de este último concepto se circunscribe a la aplicación de las

reglas sobre concursos de delitos.

En el derecho chileno, el principio *ne bis in idem* se hace operativo, en el contexto intraprocésal, a través de las categorías de la unidad de acción (u omisión) delictiva y del concurso aparente o impropio de delitos. En el contexto interprocesal, el principio se encuentra expresamente consagrado, al modo de una prohibición de juzgamiento múltiple, en el Art. 1° del Código Procesal Penal. Por último, en el contexto interjurisdiccional, el principio exhibe un alcance considerablemente menor, en una y otra dimensión, en conformidad con las restricciones impuestas por el Art. 13 del Código Procesal Penal.

En el ámbito general del derecho sancionatorio, el estatus del principio *ne bis in idem* resulta más incierto. Del principio general de proporcionalidad sólo se deriva, directamente, una prohibición de sanción múltiple por el mismo hecho, que como tal sólo es vinculante para el o los órganos competentes para la imposición de las sanciones. Lo mismo no puede decirse de la prohibición de juzgamiento múltiple. Para establecer el posible alcance de la garantía en este ámbito, es necesario diferenciar dos frentes: el intercompetencial y el intracompetencial, según si las pretensiones sancionatorias concurrentes pertenecen a órdenes de competencia heterogéneos u homogéneos.

En el frente intercompetencial, definido por la posible concurrencia de pretensiones sancionatorias de carácter penal y de carácter administrativo, no basta con considerar la cuestión de la diferencia cuantitativa o cualitativa entre las sanciones penales y las sanciones administrativas para responder la pregunta acerca de una eventual prioridad de una sobre la otra. En el derecho chileno, no existe una manifestación concluyente de una voluntad legislativa contraria a la acumulación de sanciones de una y otra clase, resultando más bien reconocible un favorecimiento legislativo de la solución inversa, esto es, de la posibilidad de acumulación de sanciones de carácter penal y de carácter administrativo. En el marco del derecho chileno, por ende, no es posible fundamentar una prohibición de juzgamiento múltiple en el ámbito de potencial entrecruzamiento del Derecho Penal y el derecho contravencional de la libre competencia. Esto tiene relevancia para el problema de si en relación con un mismo asunto pudieran conducirse, en paralelo, tanto un enjuiciamiento jurídico-penal, por la eventual perpetración de un hecho delictivo, como un enjuiciamiento bajo el DL 211 por alguna eventual contravención del derecho de la libre competencia: en este escenario, y en virtud de la heterogeneidad de las pretensiones sancionatorias eventualmente concurrentes, en principio no existe riesgo alguno de una contravención del principio *ne bis in idem*.

En el frente intracompetencial, por su parte, definido por la posible concurrencia de múltiples pretensiones sancionatorias de carácter administrativo, ha de regir la máxima de que el principio *ne bis in idem* no puede en caso alguno exhibir un alcance mayor que en el ámbito del Derecho Penal. Esto no significa, sin embargo, que dicho alcance deba ser idéntico. Antes bien, es necesario examinar en cada contexto particular cuál ha de ser el alcance específico del principio en su doble dimensión de estándar sustantivo y estándar procesal, reconociendo como límite máximo, en cada caso, el alcance que, en el ámbito jurídico-penal, el principio muestra en el respectivo contexto. En el contexto intraprocésal, la admisibilidad de una posible concurrencia de múltiples pretensiones sancionatorias de carácter administrativo ha

der ser evaluada en términos de si a las respectivas infracciones concurrentes corresponde un contenido de ilicitud independiente. En el contexto interprocesal, en cambio, resulta más difícil identificar pautas generales acerca del eventual alcance de excepciones de cosa juzgada y de litispendencia. Y esa dificultad se agudiza aún más en el contexto interjurisdiccional, puesto que aquí se hace determinante la circunstancia de que un Estado cualquiera sólo puede ver condicionado el ejercicio de sus propias potestades jurisdiccionales y sancionatorias, en la medida en que ese mismo Estado se someta a una restricción de tal naturaleza.

El principio *ne bis in idem* en ningún caso obsta a la imposición conjunta de sanciones propiamente tales y otras medidas de carácter no-sancionatorio, y tampoco resulta aplicable frente compromisos de prestación pecuniaria establecidos mediante acuerdos. Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones múltiples, cabe recurrir a los criterios que hacen posible reconocer el eventual carácter aparente del respectivo concurso de infracciones.

En el contexto interprocesal, y para los efectos de la aplicación de las normas del DL 211, no resulta aplicable el estándar fijado en el Art. 1º del Código Procesal en cuanto a la prohibición de juzgamiento múltiple, puesto que el Art. 29 del DL 211 se remite, más bien, a las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil. En esta medida, resultando aplicables las excepciones de cosa juzgada y litispendencia en conformidad con las reglas del procedimiento civil, que en todo caso exigen la existencia de una identidad de fundamento.

En el contexto interjurisdiccional, y también para los efectos del régimen sancionatorio del derecho de la libre competencia, la vigencia del principio *ne bis in idem* resulta considerablemente más incierta, pudiendo favorecerse, en atención a los antecedentes de Derecho Comparado, la tesis de la inaplicabilidad del principio. La otra posibilidad viene dada por una aplicación analógica de las reglas del Art. 13 del Código Procesal Penal. En este último caso, una persecución o una imposición de sanciones por parte de un órgano extranjero tampoco es obstáculo al ejercicio de la potestad sancionatoria propia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la medida en que el específico contenido de ilicitud de las respectivas infracciones, en atención a las variables relevantes para cada ordenamiento jurídico, no sea el mismo. En particular, habrá que negar una vulneración del principio *ne bis in idem* en la medida en que se trate de la imposición de sanciones por una infracción que no exhibe el mismo contenido de ilicitud que la infracción que pudiera haber sido objeto de una persecución o fundamento de la imposición de sanciones por parte de un órgano extranjero. Esta falta de identidad en cuanto al respectivo contenido de ilicitud no sólo puede darse si son diferentes las descripciones de las respectivas formas de comportamiento, sino también si son diferentes los mercados respectivamente protegidos bajo la legislación de uno y otro Estado. A favor de esto hablan no sólo consideraciones de Derecho Comparado, sino también la noción misma de sanción en sentido funcional.

ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 19 N° 7, LETRA F), CONFORME A LA CUAL, EN LAS CAUSAS CRIMINALES NO SE PODRÁ OBLIGAR AL IMPUTADO O ACUSADO A QUE DECLARE BAJO JURAMENTO SOBRE UN HECHO PROPIO

Enrique Navarro Beltrán*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente Informe se analiza el alcance que tiene la norma constitucional, reconocida en el artículo 19 N°7, letra f), y que dice relación con el principio de que ninguna persona natural - imputada o acusada- puede ser obligada a declarar bajo juramento, en un juicio penal, sobre hechos propios.

En efecto, la aludida disposición constitucional señala que **“en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre el hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que según los casos y circunstancias señale la ley”**.

Para precisar su sentido, en primer lugar, se revisan los antecedentes de la norma constitucional, que se remonta las Cartas Fundamentales de 1818 y 1822. Luego, se analiza la disposición en las Constituciones de 1833 y en la de 1925, a la vez que lo señalado por la doctrina de la época. Inmediatamente, se destaca la discusión de la preceptiva en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (en adelante “CENC”), en la que hubo dos posiciones. Una, mayoritaria, que fue partidaria del reconocimiento de esta garantía y otra que la estimó inconveniente.

Más adelante, se alude a la reforma constitucional de 2005, en la que se sustituyó la palabra “inculpado” por las de “imputado o acusado”, para adaptar así el texto al nuevo régimen procesal penal.

En otro capítulo se hace una breve referencia a la consagración de esta garantía en el Derecho Comparado, especialmente hispanoamericano.

En el penúltimo capítulo se destaca el alcance que le ha dado a esta norma la doctrina más autorizada y la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, todas las cuales enfatizan la circunstancia de que la referida garantía penal se aplica sólo a las personas naturales.

Finalmente, se incluyen las conclusiones de rigor.

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y de la Universidad Finis Terrae. Ex ministro y presidente del Tribunal Constitucional.

II. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO

Los antecedentes de la disposición pueden encontrarse ya en la Constitución de 1818, en una de cuyas disposiciones se señalaba, en relación a los juicios penales que

se formarán como hasta aquí se ha observado las causas criminales; a excepción que **no se recibirá juramento a los reos para sus confesiones y cargos, careos ni otras diligencias que tengan tendencia a indagar de ellos mismos sus delitos**; y la pena infame aplicada a un delincuente no será trascendental a su familia o descendencia.¹

Por su lado, la Constitución de 1822 expresaba que *“a ningún reo se le recibirá juramento para dar su confesión, y en ésta no se hará cargo que no resulte del sumario, evitando siempre preguntas capciosas”*.²

Posteriormente, la Constitución de 1833 prescribía que

en las causas criminales no se podrá obligar al reo a que declare bajo juramento sobre hecho propio, así como tampoco a sus descendientes, marido o mujer, y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, y segundo de afinidad inclusive.³

Acerca de su entendimiento, Jorge Huneeus, afirmaba que

la disposición de este artículo, que es conforme con los principios generalmente aceptados en la jurisprudencia criminal, y cuyo fundamento se explica fácilmente, no sugiere sino la observación de haberse omitido a los ascendientes del reo, en la enumeración de las personas a quienes no se puede obligar a declarar bajo juramento en las causas criminales de éste. La misma razón que impide al hijo declarar en contra de su padre, impide a éste declarar en contra de aquél. Hay un olvido evidente en la Constitución; pero en la práctica no se obliga a los ascendientes de los reos a declarar bajo juramento en las causas criminales de éstos, pues debe considerarse a aquéllos como comprendidos en la expresión parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, de que se sirve el Art. 144, siempre que no se trate sino del padre o madre, de los abuelos y de los bisabuelos. Sólo los tatarabuelos y demás ascendientes de grado más remoto quedarían fuera del alcance de dicha disposición, y el caso no es de aquellos que pueda presentarse muy a menudo.⁴

¹ Constitución Política de 1818, artículo 24

² Constitución Política de 1822, artículo 212

³ Constitución Política de 1833, artículo 144

⁴ Jorge Huneeus, *La Constitución ante el Congreso*, 1880, Tomo II, p. 359

De esta manera, se establece que no se puede obligar al reo a que declare bajo juramento, prohibición que se hace extensiva a los deudos del acusado. Como señala un autor de principios de siglo XX, *“nuestras leyes han tomado así las precauciones posibles para que ni el acusado ni su familia sean colocados en la tremenda disyuntiva de hacer una declaración que pueda acarrear la condenación de aquél, o de cometer un perjurio”*.⁵

La jurisprudencia de la época sentó doctrina en cuanto a que la confesión de un delito no basta para condenar al que la presta⁶, no pudiendo haber perjurio en declaración prestada sobre hecho propio⁷ e igualmente que en un juicio criminal no procede la confesión bajo juramento.⁸ Del mismo modo, la propia Corte Suprema ya había sentenciado que, en una causa penal, el cónyuge no podría ser obligado por el juez a declarar como testigo contra el otro cónyuge, ni el hijo contra su padre.⁹

La Constitución de 1925, por su parte, establece que ***“en las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio, así como tampoco a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive”***.

En relación al texto de 1833, se *“agrega a los ascendientes en la enumeración de los deudos de un inculpado criminalmente, que no deben ser obligados a declarar bajo juramento respecto de hechos atribuidos a éste”*.¹⁰

Cabe señalar, en todo caso, que no se produjo mayor discusión en las actas oficiales de la Subcomisión encargada de estudiar el proyecto de nueva Carta Fundamental.¹¹ Así también lo resaltan algunos autores.¹²

En todo caso, según se expresó por la doctrina de la época. *“la prohibición del juramento de los parientes y de la confiscación de bienes se basa en un principio de respeto a la privacidad y derechos de quienes, si bien están vinculados al delincuente, no tienen por qué sufrir las consecuencias del delito”*.¹³

Profundizando lo anterior, se indica que se trata de evitar poner al inculpado ***“en la disyuntiva de decir verdad, atrayendo hacia sí el castigo; o de faltar al juramento, hecho grave para toda consciencia recta”***.¹⁴

Adicionalmente, *“respetando el sentimiento familiar, la Constitución libera*

⁵ Alcibíades Roldán, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 3e a. ed., 1924, p. 149-150

⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso. 26 de marzo de 1898

⁷ Corte de Apelaciones de la Serena, 4 de septiembre de 1890

⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de abril de 1899, G 1899, N° 757, p. 644

⁹ Corte Suprema, 6 de octubre de 1868, G 1868, N° 1858, p. 809

¹⁰ José Guillermo Guerra, *La Constitución de 1925*, Santiago, 1929, p. 154

¹¹ Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la comisión y subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de nueva Constitución Política de la República Santiago, 1925, p. 139, 484 y 485

¹² Mario Bernaschina, *Constitución Política de la República de 1925, anotada y concordada*, 1943, p.38

¹³ Enrique Evans de la Cuadra, *Relación de la Constitución Política de la República de Chile*, 1970, Ed. Jurídica de Chile, p.49.

¹⁴ Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, 1963, p. 333

*asimismo, de la obligación de jurar a los ascendientes (que no estaban incluidos expresamente), descendientes, cónyuge y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive”.*¹⁵

III. LA DISCUSION DE LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Esta disposición, fue objeto de ardua discusión en la omisión de Estudio, especialmente en las sesiones 110 a 115.

La norma contó con la aprobación de los señores Evans, Silva Bascuñán, Guzmán y Lorca.

En tal sentido, Silva Bascuñán expresó que

para la colectividad, es un bien el castigo; pero desde el punto de vista individual para quien lo sufre no es un bien. De manera entonces que no hay obligación, para quien deba sufrir un castigo, de dar facilidad para que ese castigo se aplique, porque para él, en una serie de consecuencias, va a ser un mal. De modo que no hay que poner tampoco a esa persona en la situación de obligarle a perjurarse, de faltar a su promesa, de agregar un delito a otro frente a lo que para ella no es un beneficio. Esa es la razón profunda de la disposición”.¹⁶

En la misma sesión agrega que

para el delincuente juegan muchos valores que tiene que ponderar en un momento dado. Él tiene obligaciones para con la sociedad, pero también tiene otras obligaciones. La persona que ha cometido un delito, por ejemplo, grave, que está profundamente arrepentido, que es casado, que tiene hijos pequeños, y ve que si fuera obligado a declarar bajo juramento se le aplicaría una sanción, tiene que pensar que la penalidad no sólo se descarga sobre él, sino también sobre personas inocentes. ¿Cómo es posible poner a esa persona en la alternativa de tener que colocarse el mismo la soga al cuello, cuando está arrepentido y se da cuenta del daño que ha hecho y de los males que recaerán sobre su familia?.¹⁷

Por su lado, Evans afirmó que *“esta es una garantía del debido proceso, que la humanidad ha logrado conquistar para el inculcado de un proceso criminal a fin de que no sea obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio”*.¹⁸ De

¹⁵ Ibid

¹⁶ CENC, sesión 110, 1º de abril de 1975

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

modo que “no se pueda agravar la situación del delincuente poniéndolo en posición de delinquir, en aptitud de delinquir”.¹⁹ De igual forma, afirma, que dado que “toda persona se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ¿cómo entonces se le quiere obligar a que declare bajo juramento su culpabilidad y agravar su responsabilidad si falta a la verdad cuando el ordenamiento jurídico debe buscar los medios para probar su culpabilidad?”.²⁰ En otra sesión añade que

se está protegiendo el derecho del hombre a pronunciarse en su fuero íntimo acerca de lo que debe decir cuando está siendo sometido a proceso por el ordenamiento jurídico por un hecho presumiblemente cometido por él y que tiene el carácter de delito. **Está respetando el fuero íntimo y está evitando que por un artificio de la legislación, por un artificio procesal, la situación de ilicitud en que se ha colocado, pueda verse agravada.** De manera que considera que está bien que este precepto esté dentro de las garantías constitucionales, porque lo estima así: una garantía constitucional, y en el ordenamiento jurídico chileno forma parte del cuadro de los derechos humanos tradicionales.²¹

Guzmán, por su lado, puntualizó que

el valor que se debe defender es que el derecho, en su órbita de acción, tiene límites, y uno de los límites que no debe sobrepasar es el de la **intimidad de la conciencia y de la independencia del interior de la persona.** Ese es el problema. En su opinión, el valor está en que el derecho no llegue tan lejos como para exigir, por la vía coercitiva, determinadas conductas que a él le parecen extremadamente difíciles de ser exigidas a un ser humano, bajo la amenaza de que, si no las cumple, delinque. Es eso lo que se debe preservar: **que el derecho no llegue tan lejos como para exigir a alguien, por la vía coercitiva, bajo la amenaza de delinquir, una conducta extremadamente difícil en el orden moral, aun cuando esa conducta sea la recomendable** (...) Es decir, se está forzando a que el individuo jure. No es un problema de que la persona diga: ‘Yo quiero jurar’. Si quiere jurar, jura. El problema es que se le obliga a jurar; se le está colocando en ocasión próxima de delito, porque se le está exigiendo que jure. No está jurando por voluntad propia.²²

En el orden jurídico, precisa, el problema es que “*tiene que meditar hasta qué punto debe forzar coercitivamente a los individuos, porque el derecho siempre es coercitivo, a que una situación buena se produzca o una mala se deje de produ-*

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ CENC, sesión 113, 10 de abril de 1975

²² CENC, sesión 110, 1º de abril de 1975

cir".²³ En suma, se trata de "no reconocerse culpable y no hacer él la labor de juez de sí mismo, sino que dejarle al orden jurídico que le pruebe que ha delinquido".²⁴ Así las cosas, "el juramento no tiene más alcance jurídico que el de configurar, en el caso de ser falso, un delito que es el perjurio. En ningún caso pretende exonerar al delincuente de la obligación de declarar; eso está dentro del ordenamiento penal como una cosa perfectamente legítima. Otra cosa es que declare sobre un hecho propio bajo juramento, es decir, bajo la amenaza de que si no dice la verdad delinque".²⁵ En otra sesión reafirma su posición en cuanto que "es un exceso también el llegar al extremo opuesto de algunas Constituciones en que ni siquiera pueda obligarse a la persona a declarar. Cree que a declarar, sí, y a declarar bajo exhortación de decir verdad, también; pero no bajo juramento en que se le impondría un nuevo delito si la persona falta a la verdad, conducta que, si bien es cierto no está bien, por lo menos muchas veces es comprensible en algunos sujetos en términos de que resultaría injusto agravar esa conducta con un nuevo delito que se le configure".²⁶ Vale decir, "lo que le parece excesivo y exagerado es obligar a una persona a que declare la verdad bajo juramento; o sea, bajo la amenaza de cometer un nuevo delito".²⁷

El comisionado Lorca, que fue el voto dirimente, fundamentó su decisión. En tal sentido, expresó que

prohibir la obligación de prestar juramentos a los presuntos culpables obedece a un principio admitido hoy en todas las legislaciones, cual es el que no se ponga a los inculcados en la dura e imprescindible necesidad de faltar a sabiendas a la verdad, cometiendo un perjuicio que su conciencia rechaza, o de que se declaren desde luego reos del delito que se les imputa por no faltar al juramento, prestado, lo cual repugna también a los buenos principios procesales y a la doctrina sostenida por la mayoría de los tratadistas, según la cual no se puede exigir al inculcado que colabore en su perjuicio ni a que preste su auxilio para que se le persiga por el delito que cometiera, pues a esto equivaldría el constreñirle a declarar la certeza de su delincuencia por no faltar a la santidad del juramento. Ahora bien, la mencionada disposición viene a constituir un principio o precepto de derecho natural, pues toda persona está obligada a decir la verdad, pero no en su propio perjuicio, porque no puede llegar a tanto el deber impuesto por la ley para la realización de la justicia, toda vez que nadie tiene obligación de condenarse a sí mismo (...). Y una garantía que es básica para el enjuiciamiento del individuo y que es norma tan consustancial con su naturaleza no puede quedar, por último, entregada al mero arbitrio del legislador, si no existe una seguridad real

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ CENC, sesión 113, 10 de abril de 1975

²⁷ Ibid.

que será contemplada integralmente, para quienes opinamos que ella no puede dejar de ser eficaz y verdadera en el juzgamiento de los inculcados. Sólo dándole valor constitucional; elevada, como ya lo está en el texto como garantía de ese orden, se responde a la doble exigencia que señalaba: de dar seguridad de su aplicación en el juzgamiento y de respetar su preceptiva como del orden natural.²⁸

Mientras que la desecharon los señores Ovalle, Diez y Ortúzar.

Ovalle había propuesto eliminar la referencia al hecho propio. En otras palabras, consideró que *“se puede obligar al inculcado a que declare sobre un hecho propio bajo juramento o bajo promesa porque, de otro modo, se está estimulando el uso de una válvula de escape para la responsabilidad que cada uno debe asumir con respecto de sus actos”*.²⁹ Luego agrega que *“facultar a alguien para mentir por el temor de asumir su propia responsabilidad le parece extraordinariamente grave de consagrar en la Constitución. Puede que la legislación penal, en casos determinados, lo establezca, pero consagrarlo como garantía constitucional es realmente contrario a los principios más elementales en los que expresa haber sido formado”*.³⁰ Cree que

cada hombre, cuando falta a sus deberes, cuando rompe el orden jurídico, tiene que saber que el acto que está realizando lo compromete, no sólo a que la sociedad lo investigue, sino que asumir él, con la responsabilidad que como hombre tiene, las consecuencias del acto que está realizando. Y una de las consecuencias es que, sometido ante la autoridad, él pueda y deba jurar. Y si miente, que caigan sobre él también las consecuencias de la mentira, porque esta frente a su propia responsabilidad, elemento que no juega en otro caso; esto es, el de las personas comprometidas por la lealtad, el amor u otros factores que las ligan al delincuente.³¹

En otra sesión reitera que *“esta disposición estaría fomentando la mentira; y ésta es contraria al principio moral. Entonces, ya no sólo se deja de consagrar algunos, sino que se niega y destruye ciertos principios que son básicos dentro de la colectividad, porque la colectividad tiene que basarse en la veracidad de quienes intervienen en ella”*.³² En suma, no cree que sea conveniente que *“sea la Constitución la que declare en el carácter enfático en que lo hace, de que el inculcado no podrá declarar bajo juramento sobre hecho propio”*.³³

Ortúzar, a su turno, señaló que *“con este sistema, la sociedad queda inde-*

²⁸ Ibid.

²⁹ CENC, sesión 110, 1° de abril de 1975

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² CENC, sesión 113, 10 de abril de 1975

³³ Ibid.

fensa, porque evidentemente no habría caso alguno en que un delincuente no vaya a estimar que su declaración le causará un daño a su familia”³⁴. Más adelante añade que “**es obligación de los seres humanos expresar la verdad y asumir la responsabilidad de sus actos**. Estima extraordinariamente grave permitir a una persona excusarse de decir la verdad por temor al castigo, porque, entonces, tampoco habría derecho a exigirle a los niños, a éstos se les enseña que cuando cometan alguna falta manifiesten la verdad y no dejen de decirle por el temor de ser castigados”.³⁵ Manifiesta no concebir otra idea, “*porque toda la formación que ha recibido, la que ha tratado de dar a sus hijos, es la de decir la verdad, asumir la responsabilidad de sus propios actos (...). Que sea un hecho natural eludir la responsabilidad, no le parece correcto*”.³⁶ Afirma que

si no se dan los medios para que tenga lugar la declaración del inculpado, se puede incluso facilitar el crimen perfecto. Porque es cuestión que el individuo sepa que, si le es permisible evitar su declaración, probablemente no van a existir los medios probatorios suficientes como para establecer su responsabilidad. La declaración tiene el mérito de que facilita la investigación, facilita el aporte de las pruebas, aunque concuerda plenamente con el principio de que no se puede castigar a una persona con el sólo mérito de su declaración.³⁷

En todo caso “*cree que el ordenamiento jurídico no solo tiene el derecho, sino el **deber de exigir determinadas medidas coercitivas para defender el cuerpo social***”.³⁸ En otra sesión señala que debe suprimirse la disposición, “*estableciendo excepciones solamente para aquellos casos en que el individuo se encuentre ligado por vínculos tales que, en realidad, deba estar exento, o bien facultar al juez, en determinados casos, para eximirlo de la obligación de declarar*”.³⁹ Le parece que “*hay dos valores en juego, y cree que este valor de tipo individual que dice relación con la excusa de prestar juramento en causa propia es de menor importancia y proyección, frente al valor que significa la sociedad misma, en cuanto esté en peligro, o pueda estarlo, su supervivencia*”.⁴⁰ Lo que propone es que “*esta garantía, lisa y llanamente, no sea tan absoluta y se deje entregada al legislador la posibilidad para que, en determinados casos, según la naturaleza y gravedad del delito, pueda exigir esa declaración*”.⁴¹

Diez, por su lado “*cree que en esta materia hay una especie de jerarquía de valores. El hombre tiene la obligación de decir la verdad, aunque no le convenga; y si, además de cometer un delito, miente bajo juramento, comete dos delitos, y debe*

³⁴ CENC, sesión 110, 1º de abril de 1975

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ CENC, sesión 113, 10 de abril de 1975

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

ser castigado por ello ⁴². Agrega, luego que, “*si una persona se la detiene y se le hace declarar bajo juramento si pertenece o no a determinada organización terrorista, debe existir el derecho de interrogarla y, si se prueba posteriormente que ha mentado, el derecho de agravar su responsabilidad por la mentira, con el fin de facilitar la investigación de un hecho tan grave como es el terrorismo*”.⁴³ De modo que insta por buscar un “*equilibrio entre el derecho humano, que tiene un valor absoluto, y la seguridad de la sociedad, que también lo tiene*”⁴⁴. En otra sesión posterior, afirma que “*la excepción de declarar bajo juramento a alguna persona en contra de su padre o madre, por sentimientos humanitarios, la acepta; pero no encuentra ninguna razón para evitar que una persona enfrente la responsabilidad de sus propios actos, y se le interroge por sus propios actos*”.⁴⁵ En todo caso, concluye, que “*disponer así como está establecido en la Constitución, de que no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio en las causas criminales, le parece excesivo y que, incluso, no es una garantía individual, ni tampoco un derecho humano*”.⁴⁶

Como se señaló en el Informe Final, “*se ha contemplado dentro de la preceptiva relativa a la libertad y seguridad individual, con algunas modificaciones, el precepto contemplado en el artículo 18 de la Carta de 1925, y en virtud del cual se dispone que en las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a declarar bajo juramento sobre hecho propio; así como tampoco a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señala la ley*”.⁴⁷ La norma aprobada por la CENC es similar a la del CE⁴⁸, no existiendo mayor discusión en este punto.⁴⁹

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

La disposición constitucional que se analiza en el presente informe fue expresamente reformada el año 2005, al sustituir la palabra “*inculcado*” por las de “*imputado o acusado*”.⁵⁰

⁴² CENC, sesión 110, 1° de abril de 1975

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ CENC, sesión 113, 10 de abril de 1975

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Informe de la CENC, en RCHD 8, 1981, p. 197

⁴⁸ Neville Blanc Renard y otros, *La Constitución Chilena*, Tomo, 1990, p.115 a 117

⁴⁹ Jaime Arancibia Mattar y otros, *Actas del Consejo de Estado en Chile*, 2008, Tomo 1, p. 339

⁵⁰ Ley de reforma constitucional N° 20.050, de 2005.

La disposición surgió durante la discusión de las reformas en la Cámara de Diputados.⁵¹

Así, durante la aprobación de la normativa, se dejó constancia que “*en la letra f) del número 7º, se reemplaza la expresión ‘inculcado’ por ‘imputado o acusado’ para adecuarla a la reforma procesal penal*”.⁵²

De esta manera, como se ha señalado por la doctrina nacional, dicha reforma se efectuó “*con el fin de adaptar el texto al nuevo régimen procesal penal*”.⁵³

En efecto, precisamente con el propósito de adecuar la preceptiva constitucional a las instituciones del nuevo sistema procesal penal, la Cámara de Diputados propuso reemplazar, en la letra f) del número 7, del artículo 19, la expresión “inculcado” por “imputado o acusado”, lo que fue aprobado por el Senado.⁵⁴ De esta manera, se “*recoge la realidad de la reforma procesal penal y su orientación a la operatividad de la libertad provisional en el marco del nuevo proceso penal*”.⁵⁵

En cuanto a la calidad de imputado, la legislación procesal penal señala que

las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad e un hecho punible.⁵⁶

A su vez, acusado es aquella persona respecto de la cual se ha formulado acusación, la que debe contener las exigencias que establece también al efecto el Código Procesal Penal.⁵⁷

⁵¹ Segundo Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, 18 de mayo de 2005, en Historia de la Ley N° 20.050, p. 2325

⁵² Discusión en la Sala de la Cámara de Diputados, 18 de mayo de 2005, en Historia de la Ley N° 20.050, p. 2353

⁵³ Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, Ed. Jurídica de Chile, 2008, p. 76

⁵⁴ Emilio Pfeffer Urquiaga, *Reformas constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 78

⁵⁵ Pablo Ruiz Tagle Vial, *Los derechos fundamentales ante la reforma del año 2005*, en RDP 68, 2006, p. 50

⁵⁶ Artículo 7 del Código Procesal Penal

⁵⁷ Artículo 259 del Código Procesal Penal

V. REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

Por lo demás, como se ha destacado, la generalidad de las legislaciones del mundo exonera a los inculpados a declarar bajo juramento sobre hecho propio.⁵⁸

En efecto, la garantía *“recoge un principio generalizado en el mundo occidental y consagrado en numerosas Constituciones y documentos internacionales”*.⁵⁹

En tal sentido, la Constitución de Estados Unidos de América señala que *“no se le podrá obligar a ninguna persona, en un caso criminal, a que testifique en contra de sí mismo”*.⁶⁰

En Argentina, se preceptúa que *“nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”*.⁶¹ Por ello, se ha destacado que *“el derecho judicial emanado de la Corte Suprema es constante en afirmar que la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo sólo rige en materia penal”*.⁶²

En Uruguay, por su lado, *“se reconoce también el derecho del acusado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, a lo que se agrega la previsión del artículo 20 de la Constitución en cuanto a la abolición de los juramentos de los acusados en sus declaraciones y confesiones”*.⁶³ En tal sentido, la Ley Fundamental señala expresamente que *“quedan abolidos los juramentos de los acusados en sus declaraciones o confesiones, sobre hecho propio”*.⁶⁴

En México, por su parte, entre las garantías del acusado, éste *“no podrá ser compelido a declarar en su contra”*.⁶⁵ La Corte Suprema ha sentenciado que de la aludida garantía constitucional

no se desprende que el inculcado esté autorizado para declarar con falsedad ante la autoridad, sino solamente a no ser obligado a declarar, pues de las exposiciones de motivos del referido artículo constitucional se infiere que lo que pretendió el constituyente fue que el inculcado no confesara, por motivos de conveniencia, un delito que no cometió o que su confesión fuera arrancada por tortura de parte de las autoridades, pretendiendo con ello la veracidad de dicha prueba confesional o, en su caso, que el inculcado tuviera el derecho a guardar silencio.⁶⁶

⁵⁸ Mario Verdugo Marinkovic, *Manual de Derecho Constitucional*, 1998, Tomo I, p. 244

⁵⁹ Enrique Evans de la Cuadra, *Los derechos constitucionales*, 2004, Tomo II, p.187

⁶⁰ Enmienda V de La Constitución de EEUU

⁶¹ Constitución Política de Argentina, artículo 18

⁶² Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, 2006, Tomo II, p. 324

⁶³ Martín Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, 2006, Tomo Ip. 614

⁶⁴ Constitución Política de Uruguay, artículo 20

⁶⁵ Constitución Política de México, artículo 20 N° 11

⁶⁶ Citado en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 2009, p. 752

En España, toda persona detenida debe ser informada inmediatamente, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención **“no pudiendo ser obligado a declarar”**.⁶⁷ De esta forma, se le reconoce a la persona detenida dos derechos, de los que debe ser oportunamente informado *“el derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, no contestando a las preguntas que se le formulen o manifestando que sólo declarará ante el juez, y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”*.⁶⁸

También ello se ve reflejado en los tratados interamericanos.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos asegura *“el derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni a confesarse culpable”*.⁶⁹

A su vez, el Pacto de San José de Costa Rica reconoce en términos similares *“el derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni a declararse culpable”*.⁷⁰

Para algún autor, en todo caso, *“la protección de esta disposición se ve mejor guardada en la Constitución, dado que no sólo el afectado está libre de autoinculparse, sino que también sus parientes más cercanos”*.⁷¹

VI. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

En relación al sentido y alcance de la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 7, letra f), la doctrina ha destacado que *“se contempla aquí la prohibición de autoincriminación, es decir, queda proscrito obligar al inculpado a declarar en contra de sí mismo, violentando la **dignidad y libertad** más elemental del ser humano”*.⁷²

En efecto, se trata de un principio que se encuentra indisolublemente unido a la dignidad de la persona humana, por lo que no resulta aplicable, por cierto, a las personas jurídicas, tal como lo ha resaltado la doctrina y jurisprudencia.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional alemán ha fallado que *“el sistema de valores de los derechos fundamentales parte de la **dignidad y la libertad del ser humano individual** como persona natural. Los derechos fundamentales deben proteger, ante todo, la esfera de la libertad de los individuos frente a las*

⁶⁷ Constitución Política de España, artículo 17 N° 3

⁶⁸ Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, 1992, p. 245

⁶⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 14, N° 3, letra g)

⁷⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 8, N° 2. *Vid.* Nicolás Espejo Y. Y Carla Leiva G, *Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2012

⁷¹ Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Ed. Librotecnia, Tomo 11, 2008, p. 490

⁷² José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Ed. UC, 012, p. 282

*intervenciones del poder estatal y en esta medida le aseguran al mismo tiempo los presupuestos para la cooperación y la colaboración en la comunidad nacional”.*⁷³

Por su lado, la doctrina alemana ha puntualizado que varias de las garantías penales son precisamente consecuencia del reconocimiento de la **dignidad de la persona humana**. Así, *“uno de los derechos del inculpado consiste precisamente en poder defenderse mediante participación activa en el proceso, a no ser forzado a hablar contra su voluntad”*. Igualmente, responde al mismo principio *“la directa o indirecta coerción a la declaración como el recurso a medios psicológicos o técnicos que, como particularmente el narcoanálisis o del detector de mentiras, permitan averiguar la dosis de veracidad de las declaraciones del inculpado de forma distinta a la de su observación directa por quien las recibe. La doctrina considera problemática la prohibición de tales medios, habida cuenta de que también deberá protegerse la **dignidad de la víctima inocente**”*.⁷⁴

Sobre el punto, un destacado penalista nacional, en relación a la pregunta de si a las personas jurídicas le asiste el derecho a guardar silencio, *“con la consecuencia de que el representante pudiera alegar por y para ella dicho derecho y negarse a declarar o a entregar material incriminatorio contra la entidad (fundamentalmente documentación de todo tipo), sin que le fueran aplicables los apremios o penalidades previstas para los terceros renuentes”*, concluye que *“la cuestión se ha discutido en el Derecho Comparado, donde -con razón, a nuestro juicio parece predominar la tesis negativa”*.⁷⁵

El mismo autor, en relación al Derecho Comparado, expresa que *“especialmente en los Estados Unidos se mantiene de un modo tajante que las entidades no pueden invocar la garantía. Esto es así desde Wilson v. U.S., 221 U.S. 361 (1911), donde, de la mano precursora de Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906), se argumentó que las personas jurídicas, en cuanto creación del Estado, gozaban sólo de los derechos que éste consentía en concederles, cual precisamente no era el caso del privilegio contra la autoincriminación, contexto en el cual se le asignó especial importancia a la larga tradición de poderes de fiscalización del Estado sobre las personas jurídi-*

⁷³ Sentencia de la Primera Sala, 2 de mayo de 1967 -1B v R 578/63-, en JURGEN SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán Federal*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 451

⁷⁴ Ernestio Benda, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, en Manual de Derecho Constitucional, Madrid, 1996, p. 12

⁷⁵ Hernández Basualto, Héctor, *La introducción de la responsabilidad penal de las personas Jurídicas en Chile*; Polít. crim. Vol. 5, N° 9 (Julio 2010), p. 231

cas, a lo que *U.S. v. White*, 322 U.S. 694 (1944)⁷⁶ agregó consideraciones históricas sobre el significado radicalmente personal (equivalente a la prohibición de tortura) del privilegio (al respecto, ANÓNIMO, “Corporate Crime: Regulating Corporate Behavior through Criminal Sanctions”, *Harvard L. Rev.*, 92 (1979), pp. 1227-1325, pp. 1277 y ss.; también GOBERT / PUNCH, *Rethinking*, cit. n° 42, p. 196 y ss.). Para el derecho contravencional alemán lo ha negado también el Tribunal Constitucional Federal de ese país, en su fallo BVerfGE 95, 220 de 1997⁷⁷ con base en que los **derechos fundamentales basados en cualidades, formas de expresión o relaciones privativas de las personas naturales no son traspasables a las personas jurídicas en cuanto construcciones del ordenamiento jurídico**, lo que concreta luego explicando cómo el *nemo tenetur se funda en la dignidad humana*, si bien siembra dudas cuando termina enfatizando las particularidades del derecho contravencional, que precisamente lo diferencian del Derecho Penal (BVerfGE 220, 242)”.⁷⁸

El origen y la evolución de esta garantía penal, que como se ha expresado se otorga exclusivamente a las **personas naturales**, ciertamente permiten concebirla como un **límite a la coacción** contra el individuo para buscar su autoinculpación en causas de carácter penal.

Ahora bien, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la dignidad de la persona humana “es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”.⁷⁹

Igualmente, se ha sentenciado que de la dignidad, valor que singulariza a toda persona humana, se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida y “entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia”⁸⁰. En tal sentido, la misma Magistratura Constitucional ha sostenido que la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad constituye “un principio que es concreción de la dignidad

⁷⁶ Respecto a la jurisprudencia norteamericana, el caso más relevante citado por Hernández parece ser *U.S. v. White* (1944), en el cual la Corte Suprema indicó que: “The constitutional privilege against self-incrimination is essentially a personal one, applying only to natural individuals. It grows out of the high sentiment and regard of our Jurisprudence for conducting criminal trials and investigatory proceedings upon a plane of dignity, humanity and impartiality. It is designed to prevent the use of legal process to force from the lips of the accused individual the evidence necessary to convict him or to force him to produce and authenticate any personal documents or effects that might incriminate him. Physical torture and other less violent but equally reprehensible modes of compelling the production of incriminating evidence are thereby avoided. The prosecutors are forced to search for independent evidence instead of relying upon proof extracted from individuals by force of law. The immediate and potential evils of compulsory self-disclosure transcend any difficulties that the exercise of the privilege may impose on society in the detection and prosecution of crime. While the privilege is subject to abuse and misuse, it is firmly embedded in our constitutional and legal frameworks as a bulwark against iniquitous methods of prosecution. It protects the individual from any disclosure, in the form of oral testimony, documents or chattels, sought by legal process against him as a witness” (*United States v. White* 322 U.S. 94 (1944): <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/322/694/case.html>).

⁷⁷ *Id.* El texto completo de la sentencia en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv095220.html>

⁷⁸ Hernández Basualto, Héctor, ob. cit., p. 231

⁷⁹ T. Constitucional, Rol 389/2003, c. 17

⁸⁰ T. Constitucional, Rol 1287/2008, c. 17

de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Constitución Política".⁸¹

En todo caso, se ha resaltado que **"lo que la Constitución prohíbe es que determinadas personas declaren bajo juramento, pero ello no las exime de declarar"**.⁸²

En otras palabras, *"lo que se prohíbe es que la declaración se apremie 'bajo juramento'"*.⁸³ Por lo mismo, el tribunal deberá *"simplemente a exhortarlas a decir la verdad"*.⁸⁴

Ello también es recogido por la legislación procesal penal, conforme a la cual *"la declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento. El juez o, en su caso, el presidente del tribunal, se limitará a exhortarlo a que diga la verdad"*.⁸⁵

La norma ciertamente se refiere a personas naturales, lo que se ve corroborado por la referencia al cónyuge, ascendientes o descendientes de la persona.

Las razones son obvias, como también lo ha dicho la doctrina, desde que *"liberar a estas personas de una disyuntiva en extremo ardua, cual es la de romper la promesa, perjurar o perjudicarse personalmente o a un tercero con quien existen vínculos afectivos"*.⁸⁶

Obviamente, el espíritu de la disposición es que *"quienes no están obligados a declarar, 'en contra' del afectado tampoco lo deban hacer 'a favor' de éste; están libres sólo de declarar"*.⁸⁷

Confirma la tesis que sostenemos, en cuanto a que sólo se aplica esta garantía a las personas naturales, la circunstancia de que la disposición se encuentra inmersa en el artículo 19 N° 7, referido a la libertad personal y seguridad individual.

Sobre esta materia, la Corte Suprema ha sentenciado, en relación a una entrevista efectuada por un canal de televisión, que el periodista incurre en un ejercicio abusivo del derecho a informar, puesto que

vierte reiteradamente en el curso de ella afirmaciones, valuaciones personales de él, de índole subjetiva y, lo que es peor, hace valer supuestos antecedentes probatorios en contra del inculcado entrevistado, que constan en el proceso penal respectivo, con el propósito inequívoco de obtener una confesión de su culpabilidad, haciendo, obviamente, surgir en el entrevistado miedos, temores e incertidumbres respecto de su futuro procesal, con lo que también quebranta el natural derecho de autodefensa que puede asumir todo procesado culpable o inocente.⁸⁸

⁸¹ T. Constitucional, Rol N° 519/2006. En el mismo sentido, Rol N° 825/2007

⁸² Enrique Evans de la Cuadra, *Los derechos constitucionales*, 2004, Tomo II, p.188.

⁸³ Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, Ed. Jurídica de Chile, 2008, p. 76

⁸⁴ Mario Verdugo Marinkovic, *Manual de Derecho Constitucional*, 1998, Tomo , p. 245

⁸⁵ Artículo 98 del Código Procesal Penal. En el mismo sentido, el antiguo Código de Procedimiento Penal también establecía que *"la declaración del inculcado no podrá recibirse bajo juramento. El juez se limitará a exhortarlo a que diga la verdad"*(artículo 320)

⁸⁶ Mario Verdugo Marinkovic, *Manual de Derecho Constitucional*, 1998, Tomo I, p. 244

⁸⁷ Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XII, Ed. Jurídica de Chile, 2008, p. 81

⁸⁸ Corte Suprema, 26 de noviembre de 1998, Rol 3792-98, c. 3°

VII. CONCLUSIONES

De lo señalado es posible concluir lo siguiente:

1. El artículo 19, N° 7, letra f), señala que ***“en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre el hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas, que según los casos y circunstancias, señale la ley”***.
2. La disposición tiene sus antecedentes en las Cartas Fundamentales de **1818 y 1822**, en términos tales que *“a ningún reo se le recibirá juramento para dar su confesión”*.
3. Luego, la Constitución Política de **1833** prescribe que *“en las causas criminales no se podrá obligar al reo a que declare bajo juramento sobre hecho propio”*, a lo que se agrega a ciertos parientes (descendientes y parientes hasta tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad). La Carta de 1925 añade a los ascendientes, lo que ya había sido sugerido por el tratadista Jorge Huneeus.
4. La actual disposición fue arduamente discutida en la CENC, generando dos posiciones. La mayoría -que conformaron los comisionados Silva Bascuñán, Evans, Guzmán y Lorca- fue partidaria del **reconocimiento de esta garantía, que se estimó que formaba parte de la tradición penal y constitucional**. La minoría -que integraron el presidente de la entidad asesora, Enrique Ortúzar, y los miembros Ovalle y Díez- la estimaba inconveniente.
5. La disposición fue modificada como consecuencia de la **reforma constitucional de 2005**, en la que se sustituyó la palabra “inculpado” por las de **“imputado o acusado”**, para adaptar así el texto al nuevo régimen procesal penal.
6. Esta garantía fundamental tiene una amplia consagración **en el Derecho Comparado**, especialmente en Hispanoamérica y en las diversas declaraciones de derecho, entendiéndose siempre **asociada a los individuos**, como consecuencia de la **dignidad de la persona humana**. En nuestro ordenamiento constitucional, en todo caso, su alcance se circunscribe exclusivamente, respecto del imputado o acusado, a la **imposibilidad de que se vea obligado a declarar bajo juramento sobre un hecho propio**.
7. Finalmente, tal como lo ha reconocido la doctrina nacional más autorizada y la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, a la vez que la emanada de la Corte Suprema de Estados Unidos y del Tribunal Constitucional alemán, **la garantía resulta aplicable exclusivamente en materia penal y respecto de personas naturales** y jamás en relación a personas jurídicas. Ello se ve ratificado en nuestro país por la ubicación en que se encuentra dicha disposición constitucional, dentro de la regulación que el artículo 19 N° 7 efectúa de la libertad personal y seguridad individual, a lo que se agrega su aplicación a parientes y al cónyuge de la persona imputada o acusada.

Instituciones Procesales en la Libre Competencia

PREScripción DE LA ACCIÓN PARA PERSEGUIR EL ILÍCITO ANTICOMPETITIVO.

Raúl Núñez Ojeda*

I. INTRODUCCIÓN

La Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”) me ha solicitado informar en derecho en relación a la regulación en Chile de la institución de la prescripción de la acción para perseguir el ilícito anticompetitivo. Para tal efecto, se estudiará **(a)** la naturaleza jurídica de la prescripción (apartado 2.1), **(b)** el problema de la validez temporal de las leyes que regulan la prescripción (apartado 2.2) y de la ley aplicable para el cómputo del plazo de prescripción en un caso en concreto, dada la modificación del plazo de prescripción (aumento) por parte del legislador (apartado 2.3) y, finalmente, **(c)** el momento desde cuando comienza a correr el plazo de prescripción en los casos de los ilícitos anticompetitivos que constituyan acuerdos colusorios expresos, de conformidad a la antigua redacción del artículo 20 del Decreto Ley N° 211(en adelante “DL 211”) (apartado 2.4).

El presente informe dice relación con los hechos objeto del requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Tecumseh do Brasil Ltda. (en adelante, “Tecumseh”) y de Whirlpool S.A. (en adelante “Whirlpool”) con fecha 29 de julio del año 2010 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”), en los autos caratulados “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh do Brasil Ltda. y otro*”, Rol C N° 207-10.

Dicho juicio tuvo su origen en una solicitud de exención de multa presentada por la empresa Tecumseh ante la FNE, realizada en virtud del beneficio de delación compensada incorporado el año 2009 a nuestra legislación en el artículo 39 bis del DL 211.

Tecumseh confesó ante la FNE haber participado -junto a la también requerida Whirlpool en la adopción, implementación y ejecución de una serie de acuerdos expresos destinados a incrementar artificialmente el precio de los compresores herméticos de baja potencia comercializados en el mercado chileno, equipos que constituyen un insumo esencial para las empresas nacionales que fabrican equipos de refrigeración. De conformidad al requerimiento presentado por la FNE, dichos hechos infringen lo establecido en el artículo 3° letra c) del DL 211.

Con este propósito, junto a los antecedentes del presente pedimento, se me ha acompañado copia de lo obrado en el juicio ya individualizado seguido ante el TDLC.

* Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España). Profesor de Derecho Procesal Civil y Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

II. EL DERECHO

a) La naturaleza jurídica de la prescripción

i. La prescripción (civil y penal)

En una primera aproximación debemos distinguir dos grandes regulaciones de la institución de la prescripción, a saber: la prescripción civil y la prescripción penal.

En efecto, es común definir la **prescripción civil** (o de derecho privado), siguiendo al Código Civil en su artículo 2.492, como “un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.¹ Así las cosas, se puede distinguir dentro de la prescripción civil (o de derecho privado) dos tipos de figuras jurídicas que se denominan prescripción: un modo de adquirir toda clase de bienes ajenos, por haberlos poseído durante incierto tiempo y cumpliendo otras condiciones legales denominado *prescripción adquisitiva*; y un modo de extinguir obligaciones, por no haberse ejercido durante un cierto lapso llamado *prescripción extintiva*.

La doctrina critica de manera fuerte la regulación común que el Código Civil hace de ambas instituciones que, en todo caso, siguió el modelo del Código Civil francés de Napoleón.² Con todo, prevalece la opinión pragmática que reconoce elementos que permiten un tratamiento común y otros diferenciadores.³

Por su parte, desde el punto de vista procesal, el Código de Procedimiento Civil chileno incluye a la prescripción entre las excepciones perentorias que pueden hacerse valer en cualquier estado del juicio (Art. 310 inc. 1CPC), sin especificar a cuál de ellas se refiere. A primera vista, al no distinguir el Legislador, habría que comprender que a ambos tipos de prescripción. Con todo, la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado de manera unánime y definitiva por considerar que sólo se incluye a la prescripción extintiva.⁴

Esto significa que la única forma como el demandado podría hacer valer su prescripción adquisitiva, al ser una acción propia del demandante, sería a través de una nueva demanda propiamente tal o de una demanda reconvenzional.

Por otra parte, tenemos la institución de la **prescripción penal**, que tradicio-

¹ Ver entre otros: Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, Ediar Editores, Santiago, 1993, p. 766; Mesa Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, p. 488; y, Domínguez Aguilar, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 21.

² Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, op. cit., p. 765 y Domínguez Aguilar, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., pp. 29 y 30.

³ Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial* (tomo 3), Civitas, Madrid, 1995, pp. 692 y 693; y, Domínguez Aguilar, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 30.

⁴ Por todos confrontar: Rodríguez Papic, Ignacio, *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 71 y 72; y, Carocca Pérez, Alex, *Manual de Derecho Procesal Civil. Los procesos declarativos*, LexisNexis, Santiago, 2003, p. 126.

nalmente se ha definido por la doctrina nacional como la cesación de la pretensión punitiva del Estado por el transcurso del tiempo, sin que el delito haya sido perseguido o sin que pudiese ejecutarse la condena, siempre que durante ese lapso no se cometan por el responsable un nuevo crimen o simple delito.⁵ Así es posible distinguir dos clases o especies de prescripción, la *prescripción de la acción penal* y la *prescripción de la pena*. La primera, extingue la potestad punitiva del Estado antes de que haya llegado a concretarse en una sentencia condenatoria, y con la segunda, el *ius puniendi* se extingue cuando ya no puede ser ejecutada la sanción impuesta en la sentencia condenatoria.⁶

Tanto la prescripción civil como la penal derivan del reconocimiento de los efectos jurídicos producidos por el transcurso del tiempo. Con todo, es posible encontrar entre ellas sustanciales diferencias en lo relativo a los fundamentos, objetivos, propósitos y características. En efecto, no es posible traspasar la dogmática de la prescripción civil al ámbito penal, como tampoco parece acertado hacerlo en sentido inverso.⁷

Teniendo presente lo expuesto y dado que las infracciones anticompetitivas y sus sanciones prescriben necesariamente al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del DL 211, cabe preguntarse si la institución de la prescripción en materia de libre competencia se encuentra más cerca de la llamada prescripción civil (o de derecho privado) o de la prescripción penal.

En este punto la respuesta sólo puede ser una: **la prescripción de los ilícitos anticompetitivos se encuentra más cerca de la prescripción penal que la prescripción civil.**

En efecto, no parece ser discutido que los ilícitos anticompetitivos contenidos en el artículo 3º del DL 211 son una manifestación del llamado Derecho Administrativo sancionador del Estado.⁸ Con todo, se debe dejar constancia que ello no significa que entre un ilícito penal y un ilícito administrativo no existan diferencias, como tampoco que el estatuto de garantías penales deba trasladarse íntegramente al ámbito del Derecho Administrativo sancionador.⁹

Así las cosas, corresponde asumir la tarea de determinar el fundamento y la

⁵ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; y, Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 582. Para el monografista nacional sobre la prescripción penal Gonzalo Yuseff, la institución se puede definir como: “(...) la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un período de tiempo fijado por la ley. Trascurrido ese lapso se extingue el derecho del Estado a imponer la sanción” (Yuseff Sotomayor, Gonzalo, *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 995, p. 10).

⁶ Yuseff Sotomayor, Gonzalo, *La prescripción penal*, op. cit., pp. 10 y 11.

⁷ La razón final de la contaminación puede encontrarse a la mayor aplicación y estudio de que ha sido objeto en nuestro medio la prescripción civil. De ahí el hecho de que muchas de sus características propias hayan sido introducidas en forma innecesaria y hasta negativa.

⁸ Ver entre otros: Domper Rodríguez, María De La Luz y Avilés Hernández, Víctor Manuel, “Una mirada económica y jurídica al fallo *Voissnet* contra CTC y su impacto en el esquema de libre competencia chileno”, *Sentencias destacadas*. 2006, Libertad y Desarrollo, Santiago, pp. 330 y 331; Valdés Prieto, Domingo,

Libre competencia y monopolio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 242 y ss.; García Machmar, William, *Manual de la libre competencia (tomo I)*, Puntotext, Santiago, 2011, p. 39. Para la doctrina española ver por todos: Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 533 y ss.

⁹ Sobre el punto consultar por todo: Huergo Lora, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 19 y ss.

naturaleza jurídica de la prescripción penal y establecer el traslado de las conclusiones al ámbito de los ilícitos anticompetitivos.

ii. *La prescripción penal*

Fundamento

En la ciencia penal no existe un consenso sobre el fundamento de la prescripción penal. En efecto, las teorías más antiguas lo cifran en la situación del delincuente invocando, por ejemplo, la falta de identidad personal del reo producida por el paso de los años, los padecimientos sufridos por él a lo largo de aquellos en que evadió a la justicia, o la enmienda que revelaría el hecho de no haber delinquirido durante tanto tiempo. Pero estas son solo presunciones, cuando no fantasías, a las que la realidad desmiente con alguna frecuencia y de manera rotunda.¹⁰

Un segundo grupo de propuestas para explicar el fundamento de la prescripción penal apela a consideraciones de naturaleza procesal, como la voluntad legislativa de reducir el riesgo de error judicial en la valoración de la prueba¹¹ o la pretensión de preservar el derecho de defensa de los imputados.¹² Con todo, estos planteamientos tampoco se encuentran en condiciones de justificar el régimen legal existente de la institución de la prescripción penal.

Otro grupo de teorías acuden al punto de vista de la sociedad, bien porque el transcurso de los años debilita la alarma colectiva creada por el delito, ya porque este deja de formar parte de la memoria de las nuevas generaciones y se desdibuja, con la fuerza de la sombra del olvido, en el recuerdo del que la presenció.¹³ Aquí las teorías basadas en la idea de la prevención general negativa no logran explicar la existencia

¹⁰ Guzmán Dálbora, José Luis, *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Dir. Politoff y Ortiz), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp.461 y ss.

¹¹ Una concepción *puramente procesal* del fundamento de la prescripción se puede encontrar en la obra de Binding. Para el citado autor, la única razón que justifica la prescripción de la acción penal se haya en la progresiva disolución de los medios probatorios que el paso del tiempo conlleva. Efectivamente, en el mismo momento en que la experiencia lleva al legislador al convencimiento de que llega un instante en el cual el ser o no ser de las pretensiones punitivas ya no alcanza, en promedio, a ser fijado con certeza histórica, él tiene que reconocer una prescripción y este momento con su término (Binding, Karl, *Handbuch des Strafrecht*, Scienzia Verlag, Aalen, 1991, pp. 822 y ss.).

¹² Rey González, Carlos, *La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995)*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 53 y ss. En el mismo sentido: Banacloche Palao, Julio, “Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal”, *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1997-2, pp. 281 y ss.

¹³ Guzmán Dálbora, José Luis, *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Dir. Politoff y Ortiz), op. cit., pp.461. En otras palabras, este grupo de autores intenta vincular la existencia de la figura en estudio con la misión que cumple la pena en el sistema social. Estas perspectivas tienen como denominador común la idea de que el sentido de la prescripción es impedir que llegue a imponerse una pena cuando, como consecuencia del transcurso del tiempo, ésta ya no está en condiciones de cumplir correctamente la función que tiene asignada. Así por ejemplo, López (López Barja De Quiroga, Jacobo, *Derecho Penal. Parte general (t. IV)*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 365) señala que “(..) el transcurso de tiempo tiene una clara incidencia sobre los fundamentos y fines que han de soportar y ser guía de las penas, de manera que su paso produce un debilitamiento de las exigencias de la pena. El excesivo transcurso del tiempo sin perseguir el delito provoca la innecesidad de afirmar la norma”. Sobre estas posiciones ver por todos: Gili Pascual, Antoni, *La prescripción en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 76 y ss., y, Ragués I Valles, Ramon, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 34 y ss.

de la institución ni sus principales rasgos, ya que la pena impuesta mucho tiempo después de cometido el ilícito puede desplegar ante la sociedad efectos intimidatorios tan adecuados como la sanción impuesta poco tiempo después de cometerse dicha infracción. Por otro lado, las teorías basadas en la idea de prevención general positiva también presentan problemas, ya que no existen motivos de peso para negar que la pena impuesta mucho tiempo después de la comisión de un delito pueda tener menos capacidad *comunicativa* que la condena dictada poco tiempo después de su comisión.¹⁴

Finalmente, es posible identificar algunas formulaciones que responden a ideas reconducibles a las antes sistematizadas. Otras no. Entre estas últimas, algún autor recupera recientemente la consideración del instituto prescriptivo como medio de selección de casos, al servicio de la descongestión de los órganos encargados de administrar justicia¹⁵. Sin perjuicio de que este pueda resultar un efecto colateral de la institución, no puede ser en caso alguno estimado como fundamento.

Con todo, este informante sigue la opinión de Mañalich,¹⁶ para quien la institución de la prescripción de la acción penal, entendida como una causal de extinción de la responsabilidad penal, puede ser entendida como un compromiso del Estado de Derecho. En la prescripción penal, el Estado se somete a determinadas restricciones, que aquí revisten un carácter cronológico. Trascurrido un período más o menos extenso, dependiendo de cuál sea la gravedad del hecho punible correspondiente (manifestada en el marco penal respectivo) sin que la persecución penal se haya realizado, el Estado renuncia a ella. Y esto quiere decir: que el **Estado de derecho no mantiene indefinidamente abierta la contingencia de la punición**¹⁷.

Naturaleza jurídica de la prescripción penal

Fijado el fundamento de la institución de la prescripción penal, corresponde asumir el estudio de su naturaleza jurídica. En la dogmática penal se ha discutido de manera muy acalorada sobre la naturaleza jurídica de la prescripción. En efecto, existen autores que sostienen el carácter material de la institución, otros que se decantan por una visión procesal de la misma, y, finalmente aquellos que sustentan una posición intermedia. La citada discusión es posible replicarla en el ámbito de la libre competencia si se considera que estamos frente a una manifestación del poder sancionador del Estado.

Así las cosas, en los trabajos existentes sobre la prescripción suele dedicarse un buen número de páginas a tratar la cuestión de si esta figura pertenece al Derecho Penal sustantivo o al Derecho Procesal Penal. Por su parte, los autores que entran en su análisis más técnico discuten sobre si debe ser considerada una causa de exclusión de la punibilidad (institución de naturaleza sustantiva) o un impedimento procesal

¹⁴ Ragués I Valles, Ramón, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, op. cit., pp. 34 y ss

¹⁵ Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 416 nota 40.

¹⁶ Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, Flandes indiano, Santiago, 2010, pp. 209 y ss

¹⁷ Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., pp. 209 y 210.

(institución de naturaleza procesal). Las dos visiones contrapuestas que sustentan la discusión son, de un lado, la idea de que *cuando un delito prescribe pierde su condición de tal* y, de otro, la perspectiva de que *el delito prescrito sigue siendo delito, pero ya no puede ser perseguido*.

En la doctrina y jurisprudencia española, predomina la idea de que la prescripción es una institución de derecho sustantivo¹⁸ aunque son pocos los autores preocupados de analizar a fondo cuál debe ser la ubicación sistemática de esta figura en la estructura de la teoría del delito.¹⁹ Por el contrario, la doctrina alemana en términos generales estima que la prescripción es una institución cuya normatividad cae dentro del campo del Derecho Procesal (Maurach²⁰, Schmidt²¹, Roxin²² entre otros), sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal²³ aunque también cuenta con algunos partidarios la idea que la institución tiene una doble naturaleza, tanto sustantiva como procesal²⁴. En cambio, en la doctrina germánica²⁵ son muy pocos quienes defienden actualmente una naturaleza estrictamente material de la figura.²⁶

¹⁸ Por todos ver: Gili Pascual, Antoni, *La prescripción en Derecho Penal*; op. cit., pp. 19 y ss., y, Ragués I Valles, Ramón, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, op. cit., pp. 69 y ss.

¹⁹ En la dogmática española contemporánea son partidarios de la concepción procesal, entre otros: Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general* (vol. I), Tecnos, Madrid, 1996, p. 183; Bol-dova Pasamar, Miguel Ángel con Gracia Martín, Luis; y, Alastuey Dobón, María Del Carmen, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 285; y, Banacloche Palao, Juo, “Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal”, *Revista de Derecho Procesal*, op. cit., p. 306.

²⁰ Maurach, Reinhart; Gossel, Karl Heinz; y, Zipf, Heinz, *Derecho Penal. Parte general (tomo II)*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 968 y ss.

²¹ Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, 1957, pp. 113 y ss.

²² Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 167.

²³ En la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal es especialmente ilustrativa la BGHSt vol.2, pp. 301 y ss.

²⁴ Entre estos cabe destacar la opinión de los autores Jescheck Y Weigend (Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002, p. 982) para quienes: “(...) su fundamento reside esencialmente en Derecho material; su efecto, sin embargo, se limita al procedimiento. Esto último trae consecuencias que se dirigen particularmente a la admisibilidad de modificaciones posteriores de los plazos de prescripción bajo el aspecto de la prohibición de retroactividad (Art. 103 II GG.) a nivel constitucional: dado que la prescripción de un delito no supone modificación alguna entorno a su punibilidad sino que se refiere sólo a su perseguibilidad, el plazo de prescripción, en la medida en que este no haya expirado, puede ser ampliado sin suponer una infracción de la prohibición de retroactividad (...)”

²⁵ Entre ellos ver: Lobke, Otto, *Die Verjährung im Strafrecht nach Reichsstrafgesetzbuch*, Marienwerder, 1930, passim; y, Lorenz, Max, *Die Verjährung im Strafrecht*, Heinr. Mercy Sohn, Praga, 1934, passim.

²⁶ En la doctrina norteamericana Fletcher (Fletcher, George P., *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 26 y ss.) es partidario de la naturaleza procesal de la institución de la prescripción penal. Con todo, recientemente la Corte Suprema de los Estados Unidos de América del Norte en el caso *Stogner versus California* (539 US 607) señaló que era contrario al principio de legalidad una ley del Estado de California, que habilitaba la persecución penal de determinados delitos de abuso sexual de menores en relación con los cuales ya se hubieran cumplido los respectivos plazos de prescripción o “limitaciones estatutaria”, siempre que la misma se iniciara dentro de un año tras presentada la primera denuncia de la (supuesta) víctima a la policía. Para un análisis completo del tema ver por todos: Dressler, Joshua, *Understanding Criminal Law*, LexisNexis, New York, 2009, pp. 41 y 42

Como ejemplo de lo expuesto cabe citar al penalista alemán Schmidt²⁷ que afirma que “(...) constituye un presupuesto procesal que la persecución criminal se realice oportunamente en el asunto de que se trata”. El autor funda su posición en el hecho de que si en el curso del proceso se comprueba la prescripción, este se suspende, debiendo concluirse por sobreseimiento.²⁸

En síntesis, para los partidarios de esta teoría, la prescripción opera no como una causa de revocación de la pena, sino como un impedimento procesal que impide la formación de ésta, y que, por tanto, su comprobación debe resolverse por sobreseimiento en el caso de la prescripción de la acción penal, o prohibiendo la ejecución en el caso de prescripción de la pena.

En Chile, la doctrina se inclina de manera mayoritaria por la concepción material de la figura de la prescripción.²⁹ Con todo, no es una opinión unánime; especialmente en tiempos recientes, se han levantado voces que postulan la naturaleza procesal de la prescripción.³⁰

En el presente informe se defiende la idea de que la institución de la prescripción tiene una naturaleza procesal y que, por tanto, constituye un impedimento procesal, en cuanto permite evitar la prosecución de un enjuiciamiento criminal en el que falta uno de los presupuestos de admisibilidad en la persecución (presupuestos procesales).

Así las cosas, corresponde decir algunas cosas sobre la teoría de los presupuestos procesales en Derecho Procesal Penal.

El concepto de presupuesto procesal fue expuesto por primera vez por el jurista alemán Bülow en la clásica obra “*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*” de 1869³¹.

Como toda relación jurídica, la de naturaleza procesal tiene requisitos de validez. Bülow definía a los presupuestos procesales como “las condiciones para la constitución de la relación jurídico procesal” o como “los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquella”, o bien “las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal”.³² Se comprende bajo esta denominación aquellos elementos formales que se precisan para que una relación procesal surja válidamente. Así las cosas, en su primera versión los llamados presupuestos procesales se referían a todo el proceso y condicionaban la existencia del mismo.

²⁷ Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 113

²⁸ Para Naucke (Naucke, Wolfgang, *Strafrecht. Eine Einführung*, Luchterhand, Neuwied, 2002, pp. 72 y 73) la prescripción penal es un instituto que pertenece al ámbito del Derecho Procesal y que no tiene ninguna relación con los presupuestos de la punibilidad.

²⁹ Por todos ver: Guzmán Dalbora, José Luis, *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Dir. Politoff y Ortiz), op. cit., pp. 462 y 463; y, Oliver Calderón, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 218 y ss.

³⁰ En especial ver: Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., pp. 205 y ss.

³¹ Bülow, Oskar, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (1869), Scientia Verlag, Aalen, 1969, *passim*.

³² Bülow, Oskar, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, op. cit., pp. 2 y ss.

Con todo, de acuerdo con la orientación mayoritaria de la dogmática procesal nacional³³, se puede definir los presupuestos procesales como aquellas circunstancias formales establecidas por la ley procesal, que deben concurrir en el proceso para que sea posible la resolución sobre el fondo del asunto sometido a la consideración judicial, las cuales, además, deben observarse de oficio.³⁴

Para la existencia de una relación procesal válida en el proceso civil se exige sólo la observancia de los presupuestos procesales y no es necesario, en rigor, la existencia de la acción; pero solo si la acción existe, el actor tiene derecho a que el órgano jurisdiccional acceda a la tutela jurídica solicitada en el proceso. Por lo mismo, para que nazca la obligación del órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido, bastará que la acción sea afirmada mediante el acto de la pretensión. El planteamiento anterior se ve reforzado, cuando se puntualiza que el examen de las condiciones de la acción se debe realizar en la sentencia y no en una etapa anterior.³⁵

Si se han cumplido los presupuestos procesales, al juez no le está permitido excusarse de resolver el asunto, dictando una sentencia absolutoria de instancia fundada en sus dudas personales o en una carencia de prueba, atendiendo que en el proceso civil moderno está abolido el *non liquet*.³⁶

La doctrina procesal civil contemporánea clasifica los presupuestos procesales en tres grupos, a saber: a) los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional; b) los presupuestos procesales relativos a las partes; y, c) los presupuestos procesales relativos al procedimiento.³⁷

En campo del Derecho Procesal Penal la teoría de los presupuestos procesales se incorporó de inmediato al acervo de la dogmática penal alemana por obra de KRIES³⁸, donde fue profundizada en el transcurso del siglo XX, sobre todo a través de los trabajos de Goldschmidt³⁹, Sauer⁴⁰ y Niese.⁴¹ Aún en el presente, el estudio de los presupuestos procesales es considerado útil para trazar la frontera entre el

³³ Por todos ver: Romero Seguel, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos (tomo I)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 27.

³⁴ López Simó, Francisco, *La jurisdicción por razón de materia (tratamiento procesal)*, Editorial Trivium, Madrid, 1991, pp.46 y ss.

³⁵ Romero Seguel, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos (tomo I)*, op.cit.,p. 27.

³⁶ Topasio Ferreti, Aldo, *Fuentes del derecho chileno en la precodificación (1810-1857)*, Edeval, Valparaíso, 1986, pp. 81y ss

³⁷ Romero Seguel, Alejandro, *Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos (tomo I)*, op. cit., pp. 28. Para una crítica a la noción clásica de presupuesto procesal en el ámbito civil ver por todos: Marinoni, Luiz Guilherme; Pérez Ragoné, Álvaro y Núñez Ojeda, Raúl, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 416 y ss.

³⁸ Kries, Agust Von, “Die Prozessvoraussetzungen des Reichsstraßprozesses”, ZStW, 5, 1885, pp. 1 y ss.

³⁹ Goldschmidt, James, *Der Prozess als Rechtslage*, Springer, Berlin, 1925, *passim*.

⁴⁰ Sauer, Wilhelm, *Grundlagen des Prozessrechts*, Enke, Stuttgart, 1929, *passim*.

⁴¹ Niese, Werner, “Prozessvoraussetzungen und -hindernisse und ihre Feststellung im Strafprozess”, DRZ, 1949, pp. 505 y ss.

Derecho Penal sustantivo y el procesal y los impedimentos procesales representan el instrumento formal-procesal a través del cual se evita la prosecución de un proceso penal en el que faltan los presupuestos de admisibilidad en la persecución.⁴²

En palabras de Roxin,⁴³ los *presupuestos procesales* en sentido amplio, son las circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él. Así las cosas, los presupuestos procesales penales se pueden clasificar en atención a tres criterios, a saber: a) los que apuntan a la capacidad jurisdiccional del tribunal; b) los que miran a la perseguibilidad del hecho concreto; y c) los que apuntan a la perseguibilidad del acusado.

Por su parte, respecto del segundo grupo (los relativos a la perseguibilidad del hecho concreto), se puede distinguir los siguientes elementos: 1) El hecho debe estar “intacto”, esto es, no puede haber sido ya juzgado o estar pendiente de juzgamiento en otra causa; 2) El delito de cuya persecución se trata no puede estar prescrito; 3) La persecución penal no tiene que haber sido clausurada con motivo de una amnistía legal; 4) Tiene que haber una acusación y un auto de apertura de juicio adecuados al ordenamiento jurídico; y 5) En algunos casos, debe existir indispensablemente una instancia de persecución penal o una autorización administrativa.

Cabe aclarar finalmente, que para una parte importante de la doctrina el problema de la determinación de la naturaleza de la prescripción no es un tema meramente dogmático, sino que tiene también repercusiones prácticas.⁴⁴

b) Validez temporal de las leyes que regulan la prescripción

i. *Efectos de la determinación de la naturaleza jurídica de la prescripción penal en la validez temporal de las leyes que la regulan*

Uno de los efectos prácticos de determinar la naturaleza material o procesal de la institución de la prescripción, es que ello repercute en la validez temporal de las leyes que la regulan. **Si las leyes que la regulan son leyes de forma o procesales, regirían *in actum*, aunque afecten hechos verificados con anterioridad. En consecuencia, una ampliación de los plazos de prescripción regiría siempre *in actum*. Por el contrario, si se le asigna una naturaleza sustantiva a esta institución su vigencia inmediata quedaría subordinada a la garantía constitucional de la extractividad de las leyes penales más benignas (Art. 19 N° 3 CPR).**

⁴² Por todos consultar: Pastor, Daniel R., “Acerca de los presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en VVAA, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, Lerner, Córdoba, 2001, pp. 793 y ss.

⁴³ Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 165.

⁴⁴ Por todos ver: Guzmán Dálbora, José Luis, *Texto y comentario del Código Penal chileno (Dir. Politoff y Ortiz)*, op.cit., p.463.

Con todo, un sector de la doctrina nacional⁴⁵ considera que para el sistema penal nacional la discusión es indiferente. Esto porque sostienen que, de considerarse que la prescripción tiene carácter sustantivo-penal, se regiría por lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal chileno (“CP”). Y si se estimara que tiene naturaleza procesal, se regiría por lo previsto en el artículo 11 del Código Procesal Penal (“CPP”). Así, estos autores argumentan que en cualquiera de los dos casos el resultado sería el mismo, es decir, se aplicaría la regulación más favorable al imputado.

La objeción anterior ha sido rebatida por Mañalich⁴⁶ en un trabajo reciente. Efectivamente, para el citado autor el artículo 11 del CPP establece que la legislación procesal penal es aplicable a procesos ya iniciados, a menos que (“a juicio del tribunal”) la ley anterior fuese más favorable al imputado. Aquí hay que observar que la aplicabilidad in actum de reglas procesales a procesos ya iniciados no constituye una aplicación retroactiva. Pues eso es precisamente lo que significa que la regulación procesal sea aplicable *in actum*. Desde el punto de vista del tiempo de los correspondientes actos procesales entonces, la exclusión de esa aplicabilidad *in actum* conlleva una exigencia de aplicación preteractiva de la norma anterior, que era la vigente al momento de inicio del proceso.

Así, como el artículo 11 del CPP sólo puede aplicarse cuando ya existe un proceso vigente, para Mañalich⁴⁷ por “ley anterior” debe entenderse la ley vigente al inicio del proceso, pero que ha perdido vigencia al momento de la actuación procesal en cuestión. Así, lo que ese sector de la doctrina no advertiría es la posibilidad de que la regulación de la prescripción de la acción penal se vea modificada después de la perpetración del delito pero antes del inicio del proceso. En tal caso, entendiendo que las reglas sobre prescripción constituyen normas procesales, de conformidad al citado artículo 11 la aplicación de la nueva ley resulta ordenada en tanto se trata del régimen jurídico vigente al inicio del proceso, a menos que durante el desarrollo de este entre en vigencia una regulación más favorable.^{48 49}

ii. *Validez temporal de las leyes que regulan la prescripción a la luz del principio de irretroactividad penal*

Ahora bien, para una parte de la doctrina nacional⁵⁰ el problema de la validez temporal de las leyes que regulan la prescripción, no debe ser estudiado a la luz de la natu-

⁴⁵ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; y, Ramirez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, op. cit., pp. 582 y 583; y, Oliver Calderón, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, op. cit., p. 220 (nota 249).

⁴⁶ Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., p. 225

⁴⁷ Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., p. 225.

⁴⁸ Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., p. 225.

⁴⁹ En cambio, de considerarse que la prescripción tiene un carácter sustantivo, regiría el artículo 18 del Código Penal que hace aplicable la norma más favorable, operando -en su caso- la retroactividad.

⁵⁰ Entre otros ver: Oliver Calderón, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, op. cit., p. 220; y, Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., p. 225.

raleza jurídica de la prescripción. Así para Oliver⁵¹ este problema debe ser analizado determinando si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia vulnera o no el fundamento del principio de irretroactividad penal. Si resulta atacado, entonces debe concluirse que tal aplicación está prohibida. En caso contrario, la prohibición no le afecta. Para el citado autor, si el basamento de la irretroactividad penal se encuentra en la idea de seguridad jurídica -entendida como la posibilidad de los ciudadanos de conocer el ordenamiento jurídico y calcular la calificación jurídico-penal de sus conductas para evaluar si serán o no castigados y, en caso efectivo, cómo lo serán-, forzoso es sostener que las ampliaciones de los plazos de prescripción no puedan extenderse a delitos cometidos antes de la entrada en vigencia de las leyes que las introducen en el mismo ordenamiento. Para que no sea imposible que las personas evalúen los riesgos penales de sus actuaciones y decidan si delinquen o no, es necesario que puedan saber durante cuánto tiempo el Estado puede perseguirlas criminalmente. Como las normas secundarias refuerzan la función motivadora de las normas primarias mediante la amenaza de pena, la consideración del tiempo durante el cual esta amenaza se puede concretar, es un importante factor que incide en que los ciudadanos decidan ejecutar o no los hechos a cuya abstención se les pretende motivar. Y la única forma de hacer posible esto según OLIVER, es asegurando que las modificaciones desfavorables en las leyes sobre prescripción no se apliquen a hechos anteriores a su entrada en vigencia.⁵²

Este informante no comparte la opinión antes esbozada. En efecto, lo que se encuentra detrás de la concepción anterior es un compromiso con una visión de la relación entre el Estado y el ciudadano en términos radicalmente estratégicos⁵³ hasta el extremo de volverse apenas reconocible la posibilidad de dar cuenta del juicio de atribución de responsabilidad jurídico-penal como un juicio de reproche, ya que el juicio de reproche jurídico-penal tiene condiciones (institucionales) de sinceridad que no resisten el grado de instrumentalización sugerido por una comprensión de la imposición y ejecución de la pena como la mera confirmación de la seriedad de un mecanismo de incentivo disuasivo.⁵⁴

Como señala Mañalich⁵⁵, dado que el reproche de culpabilidad, que debe honrar el mandato de neutralidad del derecho, no puede imponer al ciudadano motivo alguno para el seguimiento de la norma que de él se esperaba, es necesario reconocer -para evitar así que el reproche de culpabilidad jurídica pudiera colapsar en un reproche de culpabilidad moral- que la norma de sanción penal puede operar como una razón prudencial auxiliar a favor del seguimiento de la norma de compor-

⁵¹ Oliver Calderón, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, op. cit., p. 220.

⁵² Oúver Calderón, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, op. cit., pp.220 y 221.

⁵³ Ver: Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1999, pp.379 y ss.

⁵⁴ En este punto seguimos a: Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., pp. 84 ss.; 94 y ss.; y 227 y ss.

⁵⁵ Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., pp. 227 y 228.

tamiento. Pero esta no puede ser la razón principal en atención a la cual el Estado pretenda *justificar* la imposición y ejecución de la pena como consecuencia jurídica del quebrantamiento de la norma de comportamiento, en la medida en que esa justificación dependa de la satisfacción de una exigencia de merecimiento. Y en definitiva, la única razón que puede justificar el reproche de culpabilidad jurídico-penal por la falta de reconocimiento de una norma como razón eficaz para la acción, se encuentra en la consideración de que, bajo un paradigma democrático, la norma quebrantada es una norma que el autor del delito tiene que poder reconocer como válida en tanto suya. Pues sólo de este modo es posible entender que el objeto del reproche de culpabilidad jurídico-penal consiste en la objetivación de un déficit de la medida de fidelidad al derecho que cabía esperar del destinatario de la norma.⁵⁶

Ahora bien, que el ciudadano pueda prudencialmente motivarse a seguir la norma de comportamiento en atención exclusiva a su preferencia por evitar la irrogación del mal que representa la eventual imposición y ejecución de la pena fijada en la norma de sanción, no quiere decir que cualquier expectativa de evitación de la punición que él pueda albergar haya de resultar jurídicamente protegida, en términos de encontrarse cubierta por el principio de irretroactividad de la ley penal. El cumplimiento del plazo de prescripción de la acción penal no trae consigo una modificación del juicio sustantivo de merecimiento de pena, entendido como expresión de un reproche categórico de culpabilidad jurídica. Y esto significa que el autor de un hecho delictivo no puede esgrimir la pretensión de que su eventual punición esté negativamente condicionada por un plazo de prescripción.⁵⁷

Con todo, lo antes expresado no se opone a que la protección de la confianza de ciudadano frente a una eventual arbitrariedad asociada a alteraciones del régimen de persecución penal pueda constituir una tarea irrenunciable para el Estado de Derecho. Precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán en su decisión de 1969,⁵⁸ admitió la existencia de una diferencia -constitucionalmente relevante- entre la modificación posterior de plazos de prescripción aún no vencidos (“retroactividad impropia”) de una parte, y la modificación posterior de plazos de prescripción ya vencidos (“retroactividad propia”) de otra. Mas esta diferencia no vendría exigida por la prohibición de retroactividad impuesta por el principio de legalidad -la cual, según la tesis defendida por este informante, no se extiende a la modificación posterior de plazos de prescripción-, sino por un mandato general de

⁵⁶ En el mismo sentido: Kindhäuser, Urs, “Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho”, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (Kindhäuser y Mañalich), Ara Editores, Lima, 2009, pp. 2009 y ss.

⁵⁷ Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., p. 228

⁵⁸ BVerfGE 25, pp. 269 y ss. El tribunal entendió que los plazos de prescripción no influyen en la punibilidad, sino en la posibilidad de persecución y, por tanto, no les afecta la prohibición de retroactividad del artículo 103 de Ley Fundamental. Asimismo, consideró que la seguridad jurídica no debía proteger la confianza de un sujeto en que su hecho iba a prescribir en una fecha determinada, del mismo en que no protege la confianza de un asesino en que su crimen nunca será descubierto. Un buen resumen del contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán se puede consultar en: ESER, ALBIN y BURKHARDT, BJÖRN, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Colex, Madrid, 1995, pp. 47 y ss.

seguridad jurídica que se deriva del principio del Estado de Derecho, del cual se seguirán estándares oponibles al legislador relativos a la protección de la confianza del ciudadano.⁵⁹

iii. *La prescripción de los ilícitos anticompetitivos y los problemas de validez temporal de las leyes que lo regulan*

Una vez llegados a este punto, corresponde trasladar las conclusiones a que arribamos en el apartado anterior al ámbito del Derecho de la Libre Competencia. En efecto, como se ha señalado, los resultados de la presente investigación sobre el fundamento y naturaleza jurídica de la prescripción penal son plenamente aplicables al análisis de la prescripción de los ilícitos anticompetitivos. Todo ello en atención a que los ilícitos anticompetitivos contenidos en el artículo 3º del DL 211 son una manifestación del llamado Derecho Administrativo sancionador del Estado.

Con todo, se debe dejar en claro que el bloque de garantías constituciones materiales y formales del orden penal no se trasladan *in totum* al campo de las sanciones del Derecho de la Libre Competencia. En otras palabras, las garantías constitucionales que rigen el ámbito de las sanciones del Derecho de la Libre Competencia no constituyen una mera aplicación analógica o traslaticia del estatuto penal. Así, si bien la aplicación del régimen jurídico de estas garantías deriva de la finalidad punitiva de las sanciones penales y administrativas, no existe una unidad “ontológica” entre ambas, sino un escalón de intensidad, un salto cualitativo.⁶⁰ En consecuencia, el estatuto jurídico de las sanciones en Derecho de la Libre Competencia comprendería las garantías constituciones de legalidad, principio de culpabilidad, entre otras, pero con un menor grado de intensidad que en el orden jurisdiccional penal.⁶¹

Con las prevenciones anteriores, cabe concluir que la institución de la prescripción de los ilícitos anticompetitivos, en el marco del sistema contemplado por el DL 211, tiene un fundamento y naturaleza procesal. Por tanto, las modificaciones legislativas en torno a los plazos de prescripción regirían *in actum*.

La conclusión anterior no se vería afectada por la norma del artículo 11 del CPP ya que la misma se refiere a una regla propia del enjuiciamiento criminal, que no es aplicable al procedimiento establecido en el DL 211, especialmente considerando que, de acuerdo al artículo 29 de este cuerpo legal, sus normas supletorias son las contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que sean incompatibles con las disposiciones del propio DL 211.⁶²

⁵⁹ Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., p. 229

⁶⁰ Huergo Lora, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, op.cit., pp.359 y ss.

⁶¹ Para una visión desde la óptica de las políticas de intervención confrontar por todos: Rando Casemirino, Pablo, *La distinción entre el Derecha penal y el Derecho Administrativo sancionador: Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 143 y ss.

⁶² Ver sobre el procedimiento ante TDLC (antes de la reforma introducida por la ley 20.361): Poblete Iturrate, Orlando, “El proceso civil de competencia desleal”, *Competencia desleal*, Cuadernos de extensión jurídica (Universidad de los Andes), 14, Santiago, 2007, pp.95 y ss.

Lo señalado en el párrafo anterior no se contrapone con la tesis defendida en este Informe respecto de que la prescripción de los ilícitos anticompetitivos se encuentra más cerca de la prescripción penal que de la prescripción civil (o de derecho privado). Lo que ocurre es que, al regular el procedimiento ante el TDLC, el legislador nacional escogió un criterio de organización de la tutela procesal, a saber, el de escrituración por sobre el de oralidad. Como consecuencia de ello, el legislador quedó obligado a fijar como norma supletoria el Código de Procedimiento Civil (en perjuicio del Código Procesal Penal) por ser este el único modelo de enjuiciamiento que mantiene como criterio de organización de la tutela procesal el de escrituración.

Por otro lado y como se señaló, la prescripción de las acciones por ilícitos anticompetitivos (al igual que la prescripción de la acción penal) puede ser estructurada como una promesa del Estado de Derecho de que no mantiene indefinidamente abierta la contingencia de la punición. Y, de conformidad con la estructura de distribución de competencias que es propia de un Estado de Derecho, la determinación del espacio de tiempo en que la punición es contingente corresponde a una decisión del legislador democrático. Ello no quiere decir que esta determinación de la extensión y el cómputo de los plazos de prescripción quede sujeta a estándares específicos que el principio constitucional de legalidad prevé para la producción (legal) y -por vía indirecta- la aplicación (judicial) de las normas de sanción⁶³; razón por la cual el estatuto de legal de la prescripción de las acciones por ilícitos anticompetitivos no queda alcanzada por la prohibición de retroactividad (Art. 19 N° 3 inc. 7° CPR), así como tampoco por el mandato de determinación (Art. 19 N° 3 inc. 8° CPR), en cuanto éstas son normas que sólo se aplican al Derecho Penal sustantivo.

Finalmente, cabe hacer presente que en la sentencia del TDLC de fecha 27 de enero del año en curso (Rol C N° 109-2011), el órgano de adjudicación reconoció la naturaleza procesal de la institución de la prescripción de las acciones emanadas de los ilícitos anticompetitivos, al hacer aplicable el artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes para afirmar que el plazo de prescripción en el caso objeto de la sentencia era de dos años⁶⁴. Esto porque, si el tribunal considerara que la prescripción tiene una naturaleza material, el fundamento de su decisión lo debería haber sustentado en la garantía constitucional de prohibición de retroactividad de la ley sancionatoria desfavorable (Art. 19 N° 3 inc. 7° CPR). Con todo, este informante no comparte la interpretación que el TDLC hace de las hipótesis de aplicación del artículo 25 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, por las razones que se expresarán más adelante.

⁶³ Mañalich Raffo, Juan Pablo, *Terrorismo, pena y amnistía*, op. cit., p. 230

⁶⁴ El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la sentencia 109/2011 considerando décimo señala: “Que ambas fechas son posteriores al 10 de agosto de 2009, último día en el que se habría podido interrumpir el plazo de prescripción de la acción bajo el imperio del texto vigente del Decreto Ley N° 211 en esa fecha, que era de dos años, y que debe aplicarse en la especie por mandato del artículo 25° de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes”.

c) Ley aplicable para el cómputo del plazo de prescripción en el requerimiento presentado por la FNE en contra Tecumseh do Brasil y otro

En la contestación de Whirlpool se deduce la excepción perentoria o material de prescripción (extintiva) de la acción. En opinión de la requerida, regiría el antiguo artículo 20 del DL 211, por lo cual el plazo de prescripción aplicable a la acción deducida por la FNE sería de dos años contados desde la ejecución de la conducta imputada. En consecuencia, habida consideración que el requerimiento se tendría por notificado, y la prescripción por consiguiente interrumpida, con fecha 8 de noviembre de 2010 y, en cualquier caso, el 25 de noviembre del mismo año, para Whirlpool cualquier hecho acaecido con anterioridad al 8 de noviembre de 2008 no sería susceptible de ser cuestionado mediante acción alguna, por encontrarse prescrito por el transcurso del tiempo.

En otras palabras, la parte requerida señala con total seguridad, *por un lado*, que es aplicable el antiguo artículo 20 del DL 211 que estuvo vigente hasta octubre de 2009, por lo que el plazo de prescripción sería de dos años; y *por otro*, que la acción de autos estaría prescrita, por haber transcurrido dos años contados desde la conducta imputada.

En opinión de este informante ambas afirmaciones son erradas, como se explicará a continuación. La primera afirmación implica resolver la pregunta de cuál es la ley aplicable en materia de prescripción al caso de autos, para así determinar cuál es el plazo de prescripción. La segunda afirmación debe analizarse respondiendo a la pregunta de cuándo debe comenzar a contarse dicho plazo en el caso en comento, lo cual a su vez dependerá de las condiciones que para ello establece la ley que se considera aplicable.

i. La ley aplicable al caso es la que estaba vigente al inicio del presente proceso, esto es, la Ley 20.361 que establece un plazo de prescripción de cinco años

Para dar una respuesta a la primera pregunta y determinar así cuál es el plazo de prescripción que debe aplicarse al caso en comento, dada la naturaleza procesal que tiene la institución de la prescripción, es necesario analizar el problema desde el prisma de la eficacia temporal de la ley procesal.⁶⁵

Así las cosas, debemos recordar que la vida de la ley se extiende entre su promulgación y publicación hasta su derogación. Excepcionalmente, hay situaciones acaecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que van a resultar regidas por ésta (retroactividad) y por otra parte existen situaciones que no obstante producirse después de que la ley ha sido derogada serán regida por ella (ultraactividad). Por tanto, se debe distinguir:⁶⁶

⁶⁵ Con todo, debemos hacer presente que en el apartado 2.4 del presente informe controvertiremos la opinión de la requerida sobre el momento del inicio del cómputo del plazo de prescripción en los términos de la antigua redacción del artículo 20 del DL 211.

⁶⁶ Sobre el tema ver también: Casarino Viterbo, Mario, *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal orgánico (t. I)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 15 y 16.

- a) Procesos afinados o fenecidos. Es aquel que se ha puesto término por sentencia ejecutoriada. La sentencia ejecutoriada es aquella contra la cual no procede recurso alguno adquiriendo el carácter de inmutable, condición que define la cosa juzgada. Aunque la ley tenga efecto retroactivo expreso en nada afecta a estos procesos.
- b) Procesos que no han comenzado a tramitarse cuando se dicta la nueva ley y que comienzan su tramitación durante la vigencia de esta. La regla general será que estos procesos se rijan íntegramente por la ley vigente en ese momento.
- c) Procesos que comienzan a tramitarse después de derogada la ley. Por regla general no resulta afectado por la ley derogada.

Excepciones (*Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes de 7 de octubre de 1861*):

- a) Si mientras el proceso se está tramitando se dicta una nueva ley sobre organización de los Tribunales de Justicia, esta rige in actum porque se trata de una norma de derecho público, terreno en el cual no se aplica la teoría de los derechos adquiridos. Por tanto, el juicio que se tramitaba de acuerdo con la ley anterior ahora se tramitará con arreglo a la nueva.
- b) Si tramitándose el juicio se dicta una ley que modifica la competencia de los Tribunales de Justicia. De acuerdo con el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones. Por otra parte el sistema procesal reconoce la llamada regla de la radicación en su artículo 109 Código Orgánico de Tribunales que señala que radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente. Con todo, por aplicación del principio que en Derecho Público no hay derechos adquiridos, se debe interpretar la expresión “causa sobreviniente” como referida a hechos del hombre y no alcanza por tanto a la ley. Por lo tanto, si la ley modifica la competencia de los tribunales, dicha norma entraría en vigor de inmediato y afectaría al proceso que está en tramitación (Arts. 108 y 109 COT).
- c) La ley que se refiere a la prueba. Para resolver esta materia es necesario tener presente el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes que dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Dentro de este marco debemos analizar la situación de las leyes probatorias. Por tanto, hay que distinguir:
 - Problemas de los medios de prueba (aquellos medios que sirven para reconstruir al interior del proceso los hechos que las partes hacen valer). Los actos o contratos celebrados válidamente bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquella establecía para su justificación. Aquí es un caso de ultra actividad de la ley ya que no obstante estar derogada sigue rigiendo.

- Forma de hacer valer los medios de prueba. En cuanto al problema de la forma en que debe rendirse la prueba, ésta se subordinará a la ley vigente al tiempo en que la prueba se rinde.
- d) Leyes cuyo contenido normativo es la substanciación y ritualidad de los juicios. Este supuesto dice relación con aquel juicio que comienza bajo el imperio de una determinada ley, la cual sufre modificaciones por una ley que se dicta durante su desarrollo (ej. si una ley nueva establece que el proceso debe ser oral). La regla general es que la nueva ley rige desde el momento en que entra en vigencia (*in actum*). Excepciones:
- Términos que ya hubiesen comenzado a correr. Estos continúan rigiéndose por la ley antigua.
 - Aquellas actuaciones que hubiesen comenzado a desarrollarse se rigen por la ley antigua. Es decir, actuaciones o diligencias ya iniciadas continúan sometidas a la ley antigua aunque la ley nueva señale una forma de realizarse diferente.

Así la cosas, aparece de manifiesto de que en autos se aplica la regla general de que, **en caso de procesos que no han comenzado a tramitarse cuando se dicta nueva ley y que comienzan su tramitación durante la vigencia de ésta, el cambio legislativo sobre el termino de prescripción rige *in actum***, no siendo aplicable ningunas de las excepciones legamente consagradas. Lo anterior se desprende de la simple comparación de fechas dado que, cuando el requerimiento fue presentado con fecha 29 de julio de 2010 y notificado en noviembre de 2010, la Ley 20.361 ya se encontraba plenamente vigente desde el 11 de octubre de 2009.

Por lo demás, este fue el criterio seguido por el TDLC en la sentencia de fecha 21 de enero de 2010 (Rol C N° 96-2010), al señalar en su considerando octavo: “Que, para tal fin, debe tenerse presente en primer término que el artículo 20, inciso 3°, del Decreto Ley N° 211, señalaba, **en su texto vigente a la fecha de interposición y notificación de la demanda de autos**, que *‘(l)as acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular; formulados ante el tribunal’*” (el destacado es nuestro).

En consecuencia, entendiendo que la institución de la prescripción tiene una naturaleza procesal, se resuelve la interrogante acerca de cuál es la ley aplicable en materia de prescripción y en consiguiente, cuál es el plazo de prescripción, ya que el caso en comento queda regido por la nueva redacción del artículo 20 del DL 211, que en su inciso cuarto dispone: “Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3 prescribirán en el plazo de **cinco años**, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción”.

Por otro lado, se debe tener presente que la Ley 20.361 no contiene ninguna referencia en sus normas transitorias al régimen de la prescripción de las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° del DL 211. También debe

recordarse que en ámbito del Derecho de la Libre Competencia no rige el artículo 11 del CPP -sin perjuicio de que, en todo caso, sólo se refiere a las leyes que estaban vigentes al momento del inicio del proceso y a sus posteriores modificaciones-. Finalmente, se debe tener a la vista que una ampliación de los plazos de prescripción establecidos por el legislador no resulta alcanzado por la prohibición de retroactividad (Art. 19 N° 3 inc. 7° CPR) como tampoco por el mandato de determinación (Art. 19 N° 3 inc. 8 CPR).

En conclusión, el plazo de prescripción aplicable al caso de autos es de cinco años y su cómputo no se inicia mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a las conductas objeto de la acción.

ii. *La derrotabilidad de la regulación contenida en los artículos 25 y 26 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes a la prescripción civil extintiva*

Por otro lado, cabe hacer presente que la referencia de Whirlpool a los artículos 25 y 26 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes es incorrecta, toda vez que los citados artículos sólo son aplicables respecto a la institución de la prescripción civil y no a la pena. Por otra parte se refieren a la prescripción adquisitiva y no a la extintiva, tal como se pasa explicar.

En efecto, el artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes dispone: “La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir”. Por su parte, el artículo 26 del mismo cuerpo normativo señala: “Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción”.

Si bien parte de la doctrina nacional ha pretendido hacer aplicable los artículos 25 y 26 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes tanto a la prescripción adquisitiva como a la extintiva,⁶⁷ no señala ningún argumento en favor de esta particular interpretación de ambos artículos.⁶⁸ Así, cabe preguntarse si esta opción interpretativa es la única posible o si existen otras que se ajustan en mejor medida al sistema jurídico en su conjunto.

⁶⁷ Ver entre otros: Pescio Vargas, Victorio, *Manual de Derecho Civil (t. I)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pp. 329 y 330; Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, pp. 67 y 68; y, Vodanovic, Antonio, *Manual de Derecho Civil. Parte preliminar y general*, Editorial ConoSur, Santiago, 1996, pp. 143 y 144. Un apartado especial merece el texto de Alessandri, Somarriva y Vodanovic (Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y, Vodanovic, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general (t. I)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 255 a 257) quien hace aplicable el artículo 25 de la ley de efectos retroactivo de las leyes a ambas prescripciones, pero al dar ejemplos parece tener en mente la prescripción adquisitiva.

⁶⁸ De la lectura de los breves párrafos dedicados al problema podría desprenderse que sólo existe una aplicación del viejo axioma “donde el legislador no distingue al hombre no le es digno distinguir”.

Cada norma jurídica reconoce hipótesis de aplicación y de no aplicación que se encuentran implícitas en la misma. En efecto, sería absurdo que el legislador realizara una enumeración pormenorizada de cada una de ellas. Es más, sería imposible pedir semejante esfuerzo del legislador. Con todo, es labor del juez poner en correspondencia las hipótesis de aplicación que se encuentran implícitas en cada norma jurídica que se pretende aplicar con los supuestos de hecho que rodean al caso concreto de que conoce. La labor anterior se le conoce con el nombre de “discurso de aplicación o adecuación” por la dogmática contemporánea. Efectivamente, como este informante ha sostenido en otro lugar,⁶⁹ se debe distinguir entre el discurso de fundamentación (o justificación) y el discurso de aplicación o adecuación, como formas discursivas complementarias.⁷⁰ El primero tiene por objeto justificar la validez o corrección de una norma, justificación que viene dada por el principio de universalidad. Aun cuando atendiendo al discurso de justificación o fundamentación una norma sea válida, ello no significa que esa norma deba ser automáticamente aplicada al caso concreto. Es aquí donde entra en juego el discurso de aplicación o adecuación: este discurso se refiere a la corrección de la decisión jurídica, en la cual hay que establecer si la norma *prima facie* aplicable es adecuada a una situación determinada, para lo que es necesario tener en cuenta todos los datos que caracterizan a esa situación, es decir, la situación de aplicación. La diferencia entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación de las normas jurídicas reside en que el primero es un discurso práctico sobre la validez de las normas independientemente de la situación individual en la que serán aplicadas; mientras que el discurso de aplicación está centrado en la adecuación de las normas a las circunstancias relevantes del caso concreto (aspectos o circunstancias de hecho).⁷¹ Por tanto, fundamentación y aplicación son dos formas discursivas complementarias, la primera es labor del Poder Legislativo y la segunda es propiamente el discurso del órgano jurisdiccional.

Sobre el particular, la hipótesis de aplicación de los artículos 25 y 26 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes es clara. En efecto, una interpretación sistemática de ambas disposiciones muestra que la referencia a la prescripción debe entenderse hecha a la prescripción adquisitiva y no a la extintiva. En efecto, el citado artículo 26 no puede sino referirse únicamente a la prescripción adquisitiva. Por otro lado, la denominación “prescribiente” usada en ambos artículos se ajusta más a la

⁶⁹ Núñez Ojeda, Raúl, “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, W 14, 2008, págs. 199 a 223. También publicado en la Revista Peruana de Derecho Procesal número XI, 2008, págs. 307 a 338.

⁷⁰ Aquí seguimos el pensamiento estructurado por Habermas y su discípulo Günther (Günther, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1988, *passim*, y, Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1992, págs. 238 y ss.). Con todo, existe una opinión diversa del profesor Alexy (Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, *passim*) que hacer referencia a la tesis del “caso especial”. El citado autor sostiene que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de los que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones jurídicas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas.

⁷¹ Günther, Klaus, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, op. cit., *passim*; y, Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, op. cit., págs. 272 y ss.

institución de la prescripción adquisitiva, en atención a que se refiere a un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales, pues a través de ella el “prescribiente” adquiere cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto tiempo y cumpliendo los demás requisitos legales.⁷²

Por otra parte, como ya señalamos, el régimen jurídico de la prescripción de las acciones por ilícitos anticompetitivos se encuentra más cerca de la prescripción penal que de la civil, ya que éstos constituyen una manifestación del llamado Derecho Administrativo sancionador del Estado.

Esta conclusión se ve reforzada con la introducción en materia penal del artículo 11 al CPP el cual asegura la aplicación, en los procesos ya iniciados: de la ley procesal más favorable para el imputado, demostrando así que en esta materia el legislador penal no consideró aplicable acaso los artículos 25 y 26 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

d) Momento desde el que comienza a correr la prescripción de los ilícitos anticompetitivos que constituyen acuerdos colusorios, de estimarse que es aplicable la antigua redacción del artículo 20 del DL 211

i. Planteamiento del problema

Si se acepta la naturaleza procesal de la institución de la prescripción, queda claro cuál es la ley aplicable en el caso de autos y por consiguiente cuál es el plazo de prescripción de la acción entablada, tal como se explicó en el apartado 2.3 del informe. En este supuesto, no surge el problema de cuándo debe empezar a contarse dicho plazo esto es, cuándo se entiende que dejan de mantenerse en el mercado los efectos imputables a las conductas objeto de la acción, por cuanto en el caso en comento se encuentran cubiertos por el plazo de cinco años contenidos en la nueva ley.

Ahora bien, de *estimarse que la institución de la prescripción tiene naturaleza material y que la ley aplicable sería la vigente al momento de los hechos como sostiene Whirlpool*, correspondería entonces responder la segunda pregunta sobre la determinación del momento desde el cual comienza a correr el plazo de prescripción de los dos años contenido en la antigua redacción del artículo 20 del DL 211. Así las cosas, como cuestión preliminar abordaremos la regla en esta materia en el Derecho Penal y en seguida determinaremos el real sentido y alcance del artículo 20 en su anterior redacción.

⁷² Al parecer el problema tiene su origen en la regulación conjunta que hace el Código Civil de la prescripción adquisitiva y la extintiva. Si bien puede tener cierta lógica que la prescripción adquisitiva y extintiva son dos manifestaciones de un mismo mecanismo, esto nos lleva a aceptar una posesión (de los créditos) bastante ficticia y muy alejada de la actividad que se supone en todo poseedor (Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p.391 (nota 567).

ii. *Fijación del término inicial (dies a quo) en la prescripción penal*

En el Derecho Penal chileno es el artículo 95 del Código Penal el que señala la regla en esta materia. En efecto, el citado artículo dispone: “El término de prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”.

Un primer comentario que la doctrina formula respecto del artículo antes transcrito, es lo acertada de la decisión que adoptó la comisión redactora del Código Penal chileno de prescindir del período que hacía *de facto* imprescriptible los delitos según el Código Penal español de 1870, que disponía que: “(...) y si entonces no fuere conocido, desde que se descubra y empiece a proceder jurídicamente para su averiguación y castigo”.⁷³

Por otro lado, hace tiempo que el nudo gordiano del artículo 95 del Código Penal quedó fijado en determinar el tiempo en que el delito se estima cometido. Esto no ofrece dificultades en los delitos de predominante actividad o formales (como el falso testimonio, las amenazas, injurias, etc.) cuando su resultado aparece cronológicamente unido a la manifestación de voluntad -ni en los que se llaman “materiales” (homicidios, lesiones, aborto, etc.), supuesto asimismo que su resultado se verifique el propio día de la manifestación de la voluntad. Pero la nada insólita escisión temporal entre acción u omisión y resultado (por ejemplo, un homicidio en que la muerte sobreviene semanas o meses después de la actividad homicida), obliga a asumir un principio general que permita resolver adecuadamente los casos en que se dé esta disyuntiva.⁷⁴

Un primer criterio para resolver el problema anterior es la llamada *teoría de manifestación de voluntad*. De acuerdo con ella, en los delitos materiales, si ha mediado un plazo entre la acción misma y el resultado, debe considerarse “momento de la comisión” aquel en que se ejecuta la acción⁷⁵. Esta posición es criticada por Politoff,⁷⁶ ya que si estamos frente a un delito culposo (imprudente) el mismo se entendería perpetrado al momento de la acción, así la responsabilidad del constructor de un edificio que se derrumba aplastando a sus moradores luego de pasado cinco años desde la fecha de su negligente ajuste, estaría prescrita antes del fallecimiento de las víctimas.

El segundo criterio para resolver el problema es la denominada *teoría del resultado* como correctivo, para la cual el delito “se entiende cometido en el momento en que termina su total realización por parte del delincuente”,⁷⁷ es decir cuando la actividad está

⁷³ Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno. Edición crítica con motivo de su centenario (estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Edeval, Valparaíso, 1974, p. 501.

⁷⁴ Guzmán Dálbora, José Luis, *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Dir. Politoff y Ortiz), op. cit., p.469.

⁷⁵ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal. Parte general (t. II)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 257. En el mismo sentido: CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 801.

⁷⁶ Politoff Lifschitz, Sergio, *Derecho Penal (t. I)*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1997, p. 199.

⁷⁷ Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte general (t. II)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 404.

completa, incluyendo su resultado.⁷⁸ En opinión de este informante, este último criterio sería el adecuado para resolver la cuestión planteada,⁷⁹ además de contar con el apoyo de las nuevas redacciones de los Códigos Penales de Alemania⁸⁰ e Italia.⁸¹

Para los casos de los *delitos permanentes*, la prescripción no comienza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su período consumativo.⁸² Por otro lado, si se trata de un *delito habitual*,⁸³ la prescripción corre desde el último acto independientemente punible.⁸⁴ Finalmente, tratándose de *delitos continuados* la prescripción no comienza a correr separadamente para cada uno de los actos que lo componen, sino al término de la serie de los mismos.⁸⁵

iii. Fijación del término inicial (*dies a quo*) en la prescripción de ilícitos anticompetitivos

Una vez revisado el estado de la cuestión en el ámbito del Derecho Penal, es necesario asumir el estudio de la norma contenida en el artículo 20 del DL 211 *en su redacción previa a la reforma de la Ley 20.361*, el cual señalaba: “Las acciones con-

⁷⁸ Guzmán Dálbora, José Luis, *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Dir. Politoff y Ortiz), op. cit., pp. 469 y 470. En el mismo sentido: Yuseff Sotomayor, Gonzalo, *La prescripción penal*, op. cit., p. 51.

⁷⁹ En este sentido, también en el ámbito de la responsabilidad extracontractual la doctrina y la jurisprudencia es unánime en alejarse de una interpretación formalista de expresiones como las contenidas en el artículo 2332 del Código Civil (“*las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto*”). En efecto, en el campo del derecho de daños hoy no se discute que la idea de perpetración del acto no sólo hace referencia a la materialidad de la acción, sino a sus efectos dañosos en la víctima. Ver por todos: Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 922 y ss.

⁸⁰ § 78a (Beginn) StGB: «Die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet ist. Tritt ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später ein, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkt».

⁸¹ Art. 158 del Codice Penale: “Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui è cessata l’attività del colpevole; per il reato permanente, dal giorno in cui è cessata la permanenza”.

“Quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata. Nondimeno nei reati punibili a querela, istanza o richiesta, il termine della prescrizione decorre dal giorno del commesso reato”.

⁸² Guzmán Dálbora, José Luis, *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Dir. Politoff y Ortiz), op. cit., p. 470.

⁸³ El delito habitual es aquel en el que la reiteración de la conducta descrita en la ley es lo que configura el delito y, por tanto, es indiferente el número de veces que tal reiteración se produzca: siempre se comete un único delito desde la primera reiteración, tal como ocurre en el favorecimiento de la prostitución del artículo 367 del Código Penal (MATOS ACUÑA, JEAN PIERRE, *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Dir. Politoff y Ortiz), op. cit., p. 386).

⁸⁴ Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; y, Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, op. cit., p. 584.

⁸⁵ Garrido Montt, Marlo, *Derecho Penal. Parte general (t. I)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 376. En el mismo sentido: Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 801. Otros autores como Politoff, Matus y Ramírez (Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; y, Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, op. cit., p. 584), piensan distinto señalando que si la reunión en una sola figura delictiva resulta de una ficción doctrinal o legal que beneficia al *reo* (el delito continuado), debe considerarse la prescripción de cada delito que lo constituyen por separado. De la misma opinión es: Guzmán Dálbora, José Luis; *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Dir. Politoff y Ortiz), op. cit., p. 470.

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

El artículo 20 del DL 211 -en su antigua redacción- no parece presentar problemas interpretativos en los supuestos de infracciones instantáneas, que son las más frecuentes, pero deja sin regular las demás manifestaciones de los ilícitos anti-competitivos, en los términos que apreciamos en el campo penal.⁸⁶

Por tanto, es necesario abordar el estudio de las diversas manifestaciones de los ilícitos administrativos. En efecto, la ciencia del Derecho Administrativo distingue entre:⁸⁷

- a) **Infracciones instantáneas.** Aquí la ilegalidad se comete a través de una actividad momentánea por la que se consuma el ilícito sin que ello suponga la creación de una situación duradera posterior. Aquí la prescripción se cuenta desde la ejecución del acto ilícito.
- b) **Infracciones continuadas.** Hay una infracción de este tipo cuando en su comisión persiste el infractor de forma continua y realiza acciones u omisiones que infringen el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan concebido o aprovechando idéntica ocasión.⁸⁸ En este tipo de faltas, como la infracción se continúa cometiendo hasta que se abandona la situación antijurídica el plazo de prescripción no se inicia hasta ese momento.
- c) **Infracciones de estado.** Estas pueden considerarse como una subvariante de la figura anterior caracterizada porque el tipo normativo se refiere a la producción de una situación (estado) antijurídica mas no su mantenimiento. En otras palabras: la infracción, tanto en este caso como en la permanente, se conecta con un acto instantáneo de ilicitud que -a diferencia de las infracciones instantáneas en sentido propio- provoca la creación de una situación ilícita indefinida que -por contraste con las infracciones permanentes- no se integran al tipo y, por ende, no merecen reproche alguno del legislador. En este último extremo es el

⁸⁶ Un camino distinto para solucionar los problemas de fijación del término inicial para el cómputo de los plazos de prescripción en los ilícitos anticompetitivos es el seguido por el profesor Domínguez. Aguilar (Domínguez Aguilar, Ramón, “Informe en derecho en requerimiento de la FNE en contra de Bertonati Vehículos especiales y otros”, Concepción, 2010, p. 18). Para el citado profesor, la modificación del artículo 20 del DL 211 por la Ley 20.361 tuvo dos objetivos: aumentar los plazos de prescripción y además esclarecer en forma precisa el momento desde cual se cuenta la prescripción en los casos de actos colusivos y demás conductas previstas en el artículo 3º letra a) del DL 211. Así, entonces, en cuanto se indica que la prescripción no se inicia mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción, resulta evidente que la norma tiene carácter interpretativo y que, por ende, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 9 inciso 2 del Código Civil, ha de entenderse incorporada esa parte del texto precedente, como si siempre hubiere existido.

⁸⁷ Se sigue la tipología utilizada por PALMA DEL TESEO citado por: NIETO, ALEJANDRO, *Derecho Administrativo Sancionador*, op.cit, pp. 544 y ss

⁸⁸ El concepto se estructura sobre la base del artículo 4.6 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (REPEPOS) de España, aprobado por el Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto.

momento en que empieza a correr el plazo de prescripción.

- d) **Infracciones permanentes.** En esta variante se producen, simultánea o sucesivamente, varias acciones distintas, pero a las que la ley cubre con un tipo único, manteniéndose la infracción hasta que el autor cambia su conducta. Aquí el cómputo del plazo de prescripción comienza a correr cuando se comete la última acción aunque las anteriores tuvieran lugar en fecha pasada lejana.
- e) **Infracciones de hábito.** Estas infracciones se caracterizan por la necesidad de repetición de actos en una conexión objetiva tal que permite hablar de hábito y hasta antes de dicho momento no se consuma la infracción. Por lo mismo, el cómputo del plazo de prescripción deberá empezar a contar a partir de realizarse la última acción que forma parte de la infracción.

Por su parte los ilícitos antimonopólicos se encuentran regulados en el DL 211 en su artículo 3° inciso primero que consagra lo que la doctrina denomina como “tipo universal de ilícito monopólico”,⁸⁹ en el cual cabe subsumir cualquier conducta humana relevante que ponga en peligro o lesione el bien jurídico libre competencia. En efecto, el citado artículo en su inciso primero señala:

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.

Acto seguido, con el objeto de ilustrar al intérprete con respecto del tipo genérico del artículo 3° inciso primero, el legislador decidió tipificar una serie de ilícitos específicos en el siguiente inciso segundo, en cuyos literales a), b) y c) se da cuenta de la colusión, del abuso de posición dominante, de los precios predatorios y de la competencia desleal, respectivamente.

Más específicamente, los supuestos de acuerdos colusorios horizontales sobre precios (cartel) se encuentran tipificados con una particular técnica legislativa en el mencionado artículo 3° inciso segundo letra a), que señala:

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

Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan

⁸⁹ Valdés Prieto, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, op. cit., pp. 242 y ss. En el mismo sentido: Valdés Prieto, Domingo, “Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales”, *Anales de Derecho UC*, 4, 2008, pp.81 y ss.

en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

Así las cosas, cabe preguntarse: ¿A qué tipo de infracciones administrativas corresponden los acuerdos expresos o tácitos entre competidores o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de ventas?

Para este informante la respuesta sólo puede ser una, a saber: constituyen *infracciones permanentes*. Efectivamente, en este tipo de infracciones se producen, simultánea o sucesivamente, varias acciones a las que la ley engloba en una unidad de ilícito, permaneciendo el resultado lesivo en el tiempo según la voluntad del autor. En otras palabras, el ilícito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor y, por tanto, se sigue ejecutando, mientras subsista el estado antijurídico creado por el mismo.⁹⁰

Así las cosas, el plazo de prescripción en los ilícitos anticompetitivos permanentes⁹¹ se contará desde que cesa el estado antijurídico generado por la voluntad del autor, ya que sólo a partir de ese momento termina la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia.

Por lo demás, la conclusión anterior es plenamente concordante con la reiterada jurisprudencia del TDLC que señala:

“Que, al respecto, debe analizarse cuándo se deben entender los hechos imputados como ‘ejecutados’, pues el término o fin de dicha ‘ejecución’ señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, cualquiera que este sea. Este tribunal ya se ha pronunciado en casos anteriores al respecto (Sentencia N° 42, de 6 de septiembre de 2006), estableciendo (a) que el Diccionario de la Real Academia Española, en su Vigésima Segunda Edición (2001), define ‘ejecución’ como la acción y efecto de ejecutar, y el verbo ‘ejecutar’ como “poner por obra algo”, esto es según su etimología, ‘consumir, cumplir’ una acción o conducta determinada; (b) que para los efectos de las materias de que conoce generalmente este Tribunal, la ejecución de actos anticompeti-

⁹⁰ Se sigue en parte la definición de: Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Band I)*, CH. Beck, München, 1997, pp. 274 y 275. También consultar sobre los llamados delitos permanentes: Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, op. cit., p. 281; y, Stratenwerth, Günther, *Derecho Penal. Parte general I*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 418.

⁹¹ Esta tipología se encuentra reconocida también por la jurisprudencia de la Corte Suprema en la sentencia de fecha 28 de enero de 2009 que rechaza el recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia dictada por el TDLC el 30 de septiembre de 2008 (ROL C N° 75-2008). Efectivamente, en su considerando tercero señala: “Que en lo tocante al rechazo de la excepción de prescripción de las acciones que resultaron acogidas, toda vez que el artículo 20 del citado cuerpo legal junto con establecer el término de dos años previno que este se computaría desde la ‘ejecución de la conducta’, y que en la especie es inobjetable que esta se desarrolla continuadamente porque las demandantes no cesan en el ejercicio de su actividad y que a esta se aplican las tarifas cuestionadas, no puede menos que concluirse que **la infracción es permanente** y que en la especie el término referido puede correr íntegramente sólo en caso de que la concesionaria deje de percibir las tarifas impugnadas” (el énfasis es nuestro).

tivos ha de entenderse referida a la comisión o celebración de hechos de significación jurídica, sean éstos actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales (convenciones); (c) que la única forma de discernir las fechas o períodos de ejecución de las conductas sometidas al tribunal es la identificación de aquellos datos temporales objetivos, contenidos en el expediente, a partir de los cuales sea posible determinar su inicio y su término; y (d) que los acuerdos entre competidores -que es la materia *sub lite*-, en general, atendida su particular naturaleza -esto es, que su éxito depende de la voluntad concertada de sus miembros de persistir en él-, **implican normalmente una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener vigente dicho acuerdo y a prolongar sus beneficios esperados; siendo así, por ejemplo, que en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste tal acuerdo -esto es, que este está siendo ejecutado- mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; y en los acuerdos de reparto de mercado, ya sea geográfico, de clientes o de cuotas de producción, mientras se ejecuten por las partes involucradas las acciones materiales concretas necesarias para mantener cada zona geográfica, cada cliente, o cada cuota de producción asignados, en manos de su titular**⁹² (el destacado es nuestro).

iv. *Fijación del término inicial (dies a quo) en la prescripción de ilícitos anticompetitivos en el caso Tecumseh*

La conducta imputada por la FNE a las empresas requeridas (Tecumseh y Whirlpool) es de la adopción e implementación de una serie de acuerdos destinados a incrementar artificialmente el precio de los compresores herméticos de baja potencia comercializados en el mercado chileno, equipos que constituyen un insumo esencial para las empresas nacionales que fabrican equipos de refrigeración.⁹³ En consecuencia, jurídicamente se puede calificar como un ilícito de colusión monopólica horizontal. Más específicamente, consiste en acuerdos colusorios horizontales sobre precio (cartel), lo cual se encuentra tipificado en el artículo 3° del DL 211, en especial en su letra a).

Así las cosas, bajo el supuesto que se ha venido desarrollando, cabe preguntarse: ¿Cuándo debe comenzar el cómputo del plazo de prescripción de dos años? Como se señaló anteriormente, en la antigua redacción del artículo 20 del DL 211 el plazo se cuenta desde “la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan”, sin dar luces sobre la correcta interpretación del mismo en hipótesis de ilícitos anticompetitivos permanentes.

Ahora bien, para ejecutar o poner en práctica un acuerdo colusorio horizontal sobre precios, es necesaria la realización de una sucesión de actos en el tiempo,

⁹² Considerando vigésimo de la sentencia de 12 de julio del 2007 (Rol 57-2007). El TDLC ya se había pronunciado en idéntico sentido en el considerando vigésimo séptimo de la sentencia de 7 de septiembre de 2006 (Rol 43-2006).

⁹³ Página 2 del Requerimiento de la FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda y otra.

destinada a mantener vigente dicho acuerdo y a prolongar los beneficios esperados. Así, se entiende que el acuerdo está siendo ejecutado mientras subsista la voluntad concertada, manifestada en la mantención del sistema de determinación y aplicación de los precios pactados.

Según los antecedentes que constan en el proceso, el acuerdo entre Whirlpool y Tecumseh habría sido adoptado a través de reuniones o llamados telefónicos de sus ejecutivos, a objeto de coordinar y consensuar el rango o porcentaje de aumento de precios que finalmente sería aplicado en los compresores herméticos que serían comercializados en el mercado chileno.

Posteriormente, en forma individual cada empresa ejecutaba dicho acuerdo, informándole a las compañías chilenas importadoras de los compresores el aumento del precio, de conformidad a lo ya acordado, enviándoles las nuevas listas de precios. Posteriormente, los ejecutivos de Tecumseh y Whirlpool por separado viajaban a Chile para reunirse con sus clientes y explicarles las (supuestas) razones del incremento de los precios, junto con negociar el reajuste porcentual definitivo. Finalmente, se realizaba la venta a las compañías chilenas importadoras de compresores herméticos, al precio determinado en función a lo previamente acordado entre las competidoras.

Por tanto, en el caso en comento el cómputo del plazo de prescripción de los dos años debe contarse desde que se puso término por completo al sistema de determinación y aplicación de precios que fue concertado entre las requeridas, esto es, desde que dejó de manifestarse la voluntad de Whirlpool y Tecumseh de persistir en el aumento y cobro de los precios previa e ilícitamente concertados, a través de un cambio en el patrón de conducta.

En consecuencia, **de estimarse que es aplicable a autos la antigua redacción del artículo 20 del DL 211, aparece de manifiesto que el cómputo del plazo de los dos años se debe comenzar a contar desde la pérdida de vigencia de la última lista de precios que da cuenta de dicha voluntad concertada.**

Alternativamente, de estimarse que el plazo de prescripción debe comenzar a correr desde que se realiza un acto concreto que manifieste el término por completo del sistema de determinación y aplicación de precios concertados, deberá contarse desde la primera compra realizada por las empresas chilenas a las empresas requeridas a precios que sean el resultado de una interacción competitiva, ya que sólo en este momento los clientes dejarán de pagar el sobreprecio y se terminarán los beneficios del acuerdo colusorio.

III. CONCLUSIONES

1. Tanto la prescripción civil como la penal derivan del reconocimiento de los efectos jurídicos producidos por el transcurso del tiempo. Con todo, es posible encontrar entre ellas sustanciales diferencias en lo relativo a los fundamentos, objetivos, propósitos y características. En efecto, no es posible traspasar la dogmática de la prescripción civil al ámbito penal, como tampoco parece acertado hacerlo en sentido inverso.

2. La prescripción de los ilícitos anticompetitivos se encuentra más cerca de la prescripción penal que de la prescripción civil. En efecto, no parece ser discutido que los ilícitos anticompetitivos contenidos en el artículo 3º del DL 211 son una manifestación del llamado Derecho Administrativo sancionador del Estado. Con todo, ello no significa que entre un ilícito penal y un ilícito administrativo no existan diferencias, como tampoco que el estatuto de garantías penales deba trasladarse íntegramente al ámbito del Derecho Administrativo sancionador.
3. En el Derecho Comparado se discute si la prescripción penal es una institución de naturaleza sustantiva (causa de exclusión de la punibilidad que implica que cuando un delito prescribe pierde su condición de tal) o procesal (impedimento procesal que acarrea que el delito prescrito sigue siendo delito, pero ya no puede ser perseguido). Este informante es de la opinión de que la prescripción penal tiene una naturaleza procesal y que, por tanto, constituye un impedimento procesal, mediante el cual se evita la prosecución de un enjuiciamiento criminal en el que falta uno de los presupuestos de admisibilidad en la persecución (presupuestos procesales).
4. Los presupuestos procesales penales se pueden clasificar en atención a tres criterios, a saber: a) Los que apuntan a la capacidad jurisdiccional del tribunal; b) Los que miran a la perseguibilidad del hecho concreto; y, c) Los que apuntan a la perseguibilidad del acusado. Respecto del segundo grupo, se encuentra precisamente el requisito de que el delito de cuya persecución se trata no puede estar prescrito.
5. La determinación de la naturaleza de la prescripción penal tiene una repercusión especial en la validez temporal de las leyes que la regulan. Si se considera que son leyes de forma, regirían *in actum* aunque afecten hechos verificados con anterioridad. Así, una ampliación de los plazos de prescripción regiría siempre *in actum*. Por el contrario, si se le asigna una naturaleza material, su vigencia inmediata quedaría subordinada a la garantía constitucional de la extractividad de las leyes penales más benignas (Art. 19 N° 3 CPR).
6. El artículo 11 del Código Procesal Penal establece que la legislación procesal penal es aplicable a procesos ya iniciados, a menos que la ley anterior fuese más favorable al imputado. Aquí hay que observar que la aplicabilidad de una nueva regla procesal a procesos ya iniciados no constituye una aplicación retroactiva sino, por el contrario, constituye precisamente lo que significa que la regulación procesal sea aplicable *in actum*.
7. Como el artículo 11 del Código Procesal Penal sólo puede aplicarse cuando ya existe un proceso vigente, debe interpretar por “ley anterior” la que regía al inicio del proceso, pero que ha perdido vigencia al momento de la actuación procesal en cuestión. Sin embargo, puede ocurrir que la regulación de la prescripción de la acción penal se vea modificada después de la perpetración de delito y antes del inicio del proceso. En tal caso, entendiendo que las reglas

sobre prescripción constituyen normas procesales, el artículo 11 ordena aplicar la ley vigente al inicio del proceso, a menos que durante el desarrollo de este entre en vigencia una regulación más favorable.

8. Para un sector de la dogmática, el problema de la validez temporal de las leyes que regulan la institución en comento no debe ser estudiado a la luz de cuál es la naturaleza jurídica de la prescripción, sino que se debe analizar si la aplicación de una ley sobre prescripción más desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia vulnera o no el fundamento del principio de irretroactividad penal. Si resulta atacado, entonces debe concluirse que tal aplicación está prohibida. En caso contrario, la prohibición no le afecta.
9. Frente a lo anterior debe señalarse que el reproche de culpabilidad, que debe honrar el mandato de neutralidad del derecho, no puede imponer al ciudadano motivo alguno para el seguimiento de la norma que de él se esperaba. Así, la norma de sanción penal no puede ser la razón principal mediante la cual el Estado pretenda *justificar* la imposición y ejecución de la pena como consecuencia jurídica del quebrantamiento de la norma de comportamiento, en la medida en que esa justificación depende de la satisfacción de una exigencia de merecimiento. Por tanto, la única razón que puede justificar el reproche de culpabilidad jurídico-penal por la falta de reconocimiento de una norma como razón eficaz para la acción, se encuentra en la consideración de que, bajo un paradigma democrático, la norma quebrantada es una norma que el autor del delito tiene que poder reconocer como válida en tanto suya.
10. Dada la conclusión anterior, el hecho de que el ciudadano pueda prudencialmente motivarse a seguir la norma de comportamiento en atención exclusiva a su preferencia por evitar la irrogación del mal que representa la eventual imposición y ejecución de la pena fijada en la norma de sanción, no quiere decir que cualquier expectativa de evitación de la punición que él pueda tener haya de resultar jurídicamente protegida por el principio de irretroactividad de la ley penal. Por tanto, el cumplimiento del plazo de prescripción de la acción penal no implica modificar el juicio sustantivo de merecimiento de pena, entendido como expresión de un reproche categórico de culpabilidad jurídica, porque un delito prescrito sigue siendo un delito, pero existe un impedimento procesal para perseguirlo.
11. Lo expresado acerca del fundamento y naturaleza jurídica de la prescripción penal es plenamente aplicable a la prescripción de los ilícitos anticompetitivos, porque ambos son una manifestación del Derecho Administrativo sancionador del Estado.
12. Lo anterior no significa que el bloque de garantías constitucionales que rigen el ámbito de las sanciones del Derecho de la Libre Competencia constituya una mera aplicación analógica o traslativa del estatuto penal. Esto porque, si bien la aplicación del régimen jurídico de estas garantías deriva de la finalidad punitiva de las sanciones penales y administrativas, no existe una unidad “ontológica” entre ambas, sino un escalón de intensidad, un salto cualitativo. Así el estatuto

jurídico de las sanciones en derecho de la libre competencia comprendería las garantías constitucionales de legalidad, principio de culpabilidad, etc., pero con un menor grado de intensidad que en el orden jurisdiccional penal.

13. En conclusión, la institución de la prescripción de los ilícitos anticompetitivos, en el marco del sistema contemplado por el DL 211, tiene un fundamento y naturaleza procesal. Por tanto, las modificaciones legislativas en torno a los plazos de prescripción regirían *in actum*. La conclusión anterior no se ve afectada por la norma del artículo 11 del Código Procesal Penal, ya que la misma se refiere a una regla propia del enjuiciamiento criminal que no es aplicable al proceso contenido en el DL 211, especialmente considerando que las normas supletorias aplicables son las contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.
14. El fundamento de la institución de la prescripción de las acciones por ilícitos anticompetitivos (al igual que la prescripción de la acción penal) puede ser estructurado como una promesa del Estado de Derecho, consistente en que no mantiene indefinidamente abierta la contingencia de la punición. De conformidad con la estructura de distribución de competencias propia de un Estado de Derecho, la determinación del espacio de tiempo en que la punición es contingente corresponde al legislador democrático. Sin embargo, esta determinación de la extensión y el cómputo de los plazos de prescripción no queda sujeto a la prohibición de retroactividad (Art. 19 N° 3 inc. 7° CPR) ni tampoco al mandato de determinación (Art. 19 N° 3 inc. 8° CPR), pues éstos sólo se aplican al Derecho Penal Sustantivo.
15. Más aún, mediante sentencia dictada en causa Rol C N° 109-2011, el propio TDLC ha reconocido la naturaleza procesal de la institución de la prescripción de las acciones emanadas de los ilícitos anticompetitivos al hacer aplicable el artículo 25 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Esto porque, de haber considerado que este tipo de prescripción tiene naturaleza material, el fundamento de su decisión habría estado en la garantía constitucional de la prohibición de retroactividad de la ley sancionatoria desfavorable (Art. 19 N° 3 inc. 7° CPR).
16. Si se acepta la tesis de la naturaleza procesal de la institución de la prescripción, queda claro cuál es la ley aplicable en el caso de autos y por consiguiente cuál es el plazo de prescripción de la acción entablada. En efecto, sería aplicable la nueva redacción del artículo 20 del DL 211, siendo su plazo de prescripción de **cinco años** y no empezando a correr su cómputo mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a los acuerdos colusorios.
17. Por otro lado, la interpretación sistemática de los artículos 25 y 26 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes muestra que la referencia a la prescripción no puede entenderse hecha a la prescripción extintiva pues, por un lado, el artículo 26 sólo puede referirse a la prescripción adquisitiva y, por otro, la denominación “prescribiente” se ajusta más a la institución de la prescripción

adquisitiva, en atención a que se refiere a un modo de adquirir.

18. Los mencionados artículos no son aplicables a la prescripción penal (y por ende tampoco a la de los ilícitos anticompetitivos), lo que se ve reforzado por el hecho de que el legislador en materia penal haya introducido el artículo 11 al Código Procesal Penal que asegura la aplicación de la ley procesal más favorable en los procesos penales ya iniciados.
19. Ahora bien, de estimarse que la institución de la prescripción tiene naturaleza material y que la ley aplicable sería la vigente al momento de los hechos como sostiene Whirlpool, debe determinarse el momento desde el cual comenzaría a correr el plazo de prescripción de los dos años contenido en la antigua redacción del artículo 20 del DL 211.
20. En el Derecho Penal chileno el artículo 95 del Código Penal es el que señala la regla en esta materia al disponer que: “El término de prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”. Precisamente los casos de escisión temporal entre acción u omisión y resultado, son los que obligan a asumir un principio general que permita resolver adecuadamente los casos en que se dé.
21. El criterio para resolver el problema es la *teoría del resultado* como correctivo, para la cual el delito “se entiende cometido en el momento en que termina su total realización por parte del delincuente”, es decir cuando la actividad está completa, incluyendo su resultado. Para los casos de los *delitos permanentes*, la prescripción comienza a correr una vez que ha cesado la duración de su período consumativo. Si se trata de un *delito habitual*, la prescripción corre desde el último acto independientemente punible. Finalmente, tratándose de *delitos continuados* la prescripción no comienza a correr separadamente para cada uno de los actos que lo componen, sino al término de la serie de los mismos.
22. En el ámbito del derecho de la libre competencia, artículo 20 del DL 211 -en su antigua redacción- no parece presentar problemas interpretativos en los supuestos de infracciones instantáneas, pero deja sin regular las demás manifestaciones de los ilícitos anticompetitivos.
23. Por su parte, la ciencia del Derecho Administrativo distingue entre: a) Infracciones instantáneas; b) Infracciones continuadas; c) Infracciones de estado; d) Infracciones permanentes y f) Infracciones de hábito.
24. Los acuerdos (expresos o tácitos) entre competidores o las prácticas concertadas entre ellos que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de ventas, constituyen *infracciones permanentes* que son aquellas en que existen simultánea o sucesivamente varias acciones distintas a las que, la ley cubre con un tipo único, manteniéndose la infracción hasta que el autor cambia su conducta. Esto por cuanto el ilícito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor -y por tanto se sigue ejecutando- mientras subsiste el estado antijurídico creado por el mismo. El plazo

de prescripción en los ilícitos anticompetitivos permanentes se contará desde que cesa el estado antijurídico generado por la voluntad del autor, ya que sólo a partir de ese momento termina la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia.

25. La conclusión anterior se ve reforzada por la propia jurisprudencia del TDLC que señala que para ejecutar o poner en práctica un acuerdo colusorio horizontal sobre precios, es necesario la realización de una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener vigente dicho acuerdo y a prolongar los beneficios esperados. Así se entiende que el acuerdo está siendo ejecutado mientras subsista la voluntad concertada, manifestada en la mantención del sistema- de determinación y aplicación de los precios pactados. (Sentencias C N° 43-2006 y 57-2007) Por tanto, el cómputo del plazo de prescripción de los dos años se contará desde que se puso término por completo al sistema de determinación y aplicación de precios concertados entre las empresas requeridas (Tecumseh y Whirlpool) a través de un cambio en el patrón de conducta.
26. En el caso objeto del informe, el cómputo del plazo de los dos años empieza contarse desde que dejó de manifestarse la voluntad de Whirlpool y Tecumseh de persistir en el aumento y cobro de los precios previa e ilícitamente concertados, esto es, desde la pérdida de vigencia de la última lista de precios que da cuenta de dicha voluntad concertada.
27. Alternativamente, de estimarse que el plazo de prescripción se cuenta correr desde que se realiza un acto concreto que manifieste el término por completo del sistema de determinación y aplicación de precios concertados, deberá contarse desde la primera compra realizada por las empresas chilenas a las empresas requeridas a precios que sean el resultado de una interacción competitiva, ya que sólo en este momento los clientes dejarán de pagar el sobreprecio y se terminarán los beneficios del acuerdo colusorio.

LA JURISDICCIÓN CHILENA SOBRE INFRACCIONES AL DECRETO LEY 211 CUYA EJECUCIÓN PARCIAL O TOTAL TIENE LUGAR EN EL EXTRANJERO*

Antonio Bascuñán Rodríguez**

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Fiscalía Nacional Económica (“la FNE”) ha solicitado un Informe en derecho que dé respuesta a las siguientes preguntas:

1. El Art. 18-1) del Decreto Ley 211, en su texto refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, otorga al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) la atribución de conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico (también, indistintamente, “FNE”), las situaciones que pudieren constituir infracciones a esa ley. ¿Es competente el TDLC para conocer situaciones que pudieren constituir dichas infracciones que provengan de acuerdos adoptados o acciones realizadas en el extranjero?
2. El Art. 39 inciso segundo-a), -b) y -c) del Decreto Ley 211, en su texto refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, otorga al Fiscal Nacional Económico (“el FNE”) la atribución de instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esa ley, actuar como parte ante el TLDC ejerciendo sus funciones acusadoras y requerir del TLDC medidas preventivas con ocasión de sus investigaciones. ¿Es competente el FNE para instruir investigaciones en relación con infracciones a la ley que correspondan de acuerdos adoptados o acciones realizadas en el extranjero?

Para los efectos de este Informe, la respuesta a la segunda pregunta es dependiente de la respuesta a la primera. La interrogante de la FNE no se refiere a sus posibles atribuciones en el contexto de la cooperación internacional con la investigación realizada por algún organismo extranjero equivalente, sino a sus atribuciones con vistas al conocimiento de la infracción por el órgano adjudicador chileno, es decir, con afirmación de jurisdicción sobre el asunto por parte del Estado de Chile.

En el derecho chileno no existe una regla que afirme explícitamente la

* Una versión de este informe se encuentra publicado en el libro Estudios Sobre la Colusión del mismo autor publicado por la editorial Thomson Reuters (2016).

** Profesor de Derecho Penal y Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, con estudios de posgrado en la Universidad de München.

competencia del TDLC para aplicar el DL 211 a hechos acaecidos fuera del territorio nacional, como sí se la encuentra en el Derecho Comparado. Tampoco existe en el derecho chileno una regla general de jurisdicción extraterritorial para el conocimiento de infracciones administrativas, comparable al artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales (“COT”), que otorga a los tribunales chilenos competencia para ejercer jurisdicción extraterritorial en materia penal.

Para enfrentar esta situación de la legislación hay dos vías interpretativas posibles.

Una alternativa consiste en elaborar una teoría especial de la determinación del ámbito de la jurisdicción del Estado de Chile para la aplicación del derecho de la libre competencia. El argumento es teleológico: el logro de las finalidades de política económica perseguidas por el DL 211 exige dotar a sus normas de un ámbito de alcance cuya determinación es independiente de las reglas existentes sobre otra clase de jurisdicción, en particular la jurisdicción penal.

La otra alternativa consiste en extender a la determinación de la jurisdicción del Estado de Chile en materia de derecho de la libre competencia las reglas sobre determinación de la jurisdicción estatal que sean susceptibles de generalización, en particular las reglas sobre jurisdicción penal. El argumento es sistemático.

Las consecuencias de la opción por una u otra alternativa son claras. La aplicación por generalización de los principios relativos a la jurisdicción penal exige someter las competencias de la FNE y el TLDC a los límites del principio de territorialidad. La elaboración de un principio especial de jurisdicción, en cambio, sólo debe atender a los límites que el Derecho Internacional público y privado imponen a la jurisdicción estatal en general y en particular al derecho de la libre competencia. Bajo los estándares actualmente vigentes en el Derecho Internacional de la libre competencia, la distinción entre jurisdicción territorial y jurisdicción territorial no es fundamental.

El presente informe explora ambas vías.

En relación con la elaboración de una concepción especial de la jurisdicción estatal en materia de libre competencia, se ofrecen los ejemplos de la jurisprudencia federal norteamericana y de la corte europea de justicia. En ambos casos, aplicando normas de derecho de la competencia que no establecían expresamente una regla especial de jurisdicción, esos tribunales elaboraron un conjunto de principios aplicables a esa clase de jurisdicción. Esos principios justifican el ejercicio de jurisdicción sobre acciones realizadas fuera del respectivo territorio.

En relación con la aplicación por generalización de los principios establecidos por el Derecho Internacional penal del Estado de Chile, se ofrece un examen los criterios de localización de la infracción presupuestos por el principio de la territorialidad a la luz del Derecho Comparado y la doctrina y jurisprudencia chilenas. Ese examen demuestra que también bajo el principio de territorialidad se puede justificar un margen considerable de ejercicio de jurisdicción sobre acciones realizadas fuera del respectivo territorio.

Adelantando los resultados del Informe, puede decirse que son identificables cuatro posibles principios de justificación de la jurisdicción estatal en materia de derecho de la libre competencia, que ordenados de mayor a menor amplitud del ámbito abarcado por la jurisdicción que ellos justifican son los siguientes:

- (i) la doctrina de los efectos, en su formulación por la jurisprudencia federal norteamericana y su recepción por la legislación y la doctrina alemanas;
- (ii) la doctrina de los actos de implementación, en su formulación por la Corte Europea de Justicia y su recepción por la legislación inglesa,
- (iii) la generalización de la teoría de la ubicuidad como teoría del lugar de comisión del delito en conjunto con un criterio material de localización del efecto (resultado), en su formulación por la doctrina minoritaria alemana y recogida por el Tribunal Federal en lo Penal alemán;
- (iv) la generalización de la teoría de la ubicuidad como teoría del lugar de comisión del delito en conjunto con un criterio formal de localización del efecto (resultado), de la infracción, en su formulación por la doctrina mayoritaria alemana y recogida por la mayoría de la doctrina chilena.

El principio (i) se desentiende de la distinción entre jurisdicción territorial y extraterritorial. Los principios (iii) y (iv) representan maneras alternativas de atender a esa distinción, justificando jurisdicción territorial sobre hechos parcialmente acaecidos fuera del territorio. El principio (ii) es equívoco a este respecto.

En la solución de esta cuestión hay dos clases de consideraciones involucradas. Un primer grupo de consideraciones se refiere a la identificación de la jurisdicción que el Estado de Chile afirma en materia de derecho de la libre competencia como el resultado de la interpretación correcta de las disposiciones legales chilenas pertinentes. El otro grupo de consideraciones se refiere a la legitimidad de esa afirmación ante el Derecho Internacional. La cuestión de si ambas clases de consideraciones deben ser examinadas conjuntamente por el TLDC, o eventualmente la Corte Suprema, depende de la respuesta que se dé a la cuestión más general de las relaciones entre el Derecho Internacional público y el derecho interno. Sin pronunciarse sobre esa cuestión, este Informe ofrece también antecedentes para apreciar la legitimidad *prima facie* ante el Derecho Internacional público de cualquiera de los cuatro principios.

Para los efectos del presente informe, se entiende como cuestiones no controvertidas, es decir, no requeridas de pronunciamiento, las siguientes:

- la determinación del territorio sobre el que ejerce soberanía el Estado de Chile: para todas las situaciones analizadas se entiende que es posible afirmar inequívocamente si un lugar determinado es o no parte del territorio chileno;
- la determinación del derecho aplicable: para todas las situaciones analizadas se entiende que el derecho aplicable por el TLDC y la FNE es exclusivamente el derecho chileno, en su calidad de *lex fori*;
- la determinación de eventuales exenciones o inmunidades personales a la aplicación del DL 211: para todas las situaciones analizadas se entiende que el autor de la infracción al DL 211 es alcanzado por las normas que comprenden sus acciones;
- la determinación de las condiciones procesales referidas a la jurisdicción de un Estado extranjero que no obstan el ejercicio de la jurisdicción del Estado

de Chile: para todas las situaciones analizadas se entiende que se encuentran satisfechas las condiciones impuestas por el principio de *ne bis in ídem* o prohibición de doble exposición a la pena.

- el ámbito territorial de ejecución de las decisiones del FNE y las resoluciones del TLDC: para todas las situaciones analizadas se entiende que la ejecución de esas decisiones o bien tiene lugar dentro del territorio nacional o bien cuenta con la debida autorización y colaboración del Estado extranjero.

Asimismo, el presente informe sólo se ocupa del caso en que la acción realizada en todo parte en el extranjero sea significativa para algún mercado chileno. La afirmación de competencia del TLDC para conocer o del FNE para investigar acciones realizadas dentro del territorio chileno que produzcan efectos exclusivamente en mercados extranjeros, en interés de esos mercados, tampoco forma parte del objeto de análisis de este informe.

II. CONCEPTOS Y PRINCIPIOS

a) La distinción entre jurisdicción territorial y extraterritorial

La doctrina moderna del Derecho Internacional público relativa al reconocimiento de la jurisdicción regulativa de los Estados, surgida con posterioridad a la decisión del caso *Lotus* por la Corte Permanente Internacional de Justicia (1927), se caracteriza por dos rasgos que sirven de contraste con la doctrina clásica del Derecho Internacional:

- (i) una considerable relativización de la importancia de la distinción entre jurisdicción territorial y jurisdicción extraterritorial, como consecuencia de la subordinación del reconocimiento de toda jurisdicción estatal a la satisfacción del principio de la conexión suficiente (razonable, legítima) entre el Estado y la persona, cosa o situación sometida a su poder de afectación;
- (ii) un considerable grado de disociación entre el reconocimiento de la jurisdicción estatal y la atribución de exclusividad a la jurisdicción reconocida; el principio de la conexión suficiente implica al menos provisoriamente la posibilidad de una pluralidad de jurisdicciones legítimas sobre una misma persona, cosa o situación.¹

Esto no significa que la distinción entre jurisdicción territorial y extraterritorial se haya hecho irrelevante para el reconocimiento de jurisdicción regulativa, ni tampoco que la reducción o ampliación de posibles conflictos de competencia haya pasado a ser impertinente como consideración favorable o desfavorable para

¹ Estos dos rasgos no se predicen de la doctrina de la legitimación de la jurisdicción de ejecución (*enforcement jurisdiction*), donde el principio de territorialidad mantiene con más fuerza su relevancia tradicional. La cuestión de la jurisdicción ejecutiva de la FNE o el TLDC fuera del territorio chileno no es materia de este Informe (*supra* 1-4).

la asignación de significación (razonabilidad, legitimidad) a un determinado punto de conexión como base para el reconocimiento de la jurisdicción. Si implica el abandono de la aspiración a eliminar la concurrencia de jurisdicciones mediante el establecimiento de condiciones excluyentes para su reconocimiento.

La distinción entre jurisdicción territorial y jurisdicción extraterritorial es equívoca. Afirmar jurisdicción regulativa territorial implica ciertamente invocar una conexión suficiente de carácter espacial, entre la persona, cosa o situación que es objeto de la regulación estatal y el territorio del Estado. Pero tratándose de comportamientos humanos como objeto de regulación, esa conexión puede hacerse atendiendo como mínimo a cinco aspectos distintos: (i) el principio de ejecución del comportamiento, (ii) los actos ejecutivos sucesivos, (iii) la terminación de la ejecución del comportamiento, (iv) el acaecimiento de un efecto producido por el comportamiento, (v) acciones o efectos futuros previstos, esperados o perseguidos deliberadamente por el agente. Además, la identificación de estos aspectos puede depender de criterios estrictamente formales, criterios semiformales o criterios abiertamente informales de localización, según el grado de correlación que se exija entre el aspecto que se considera y el supuesto de hecho configurado por la norma regulativa. El criterio estrictamente formal exige que el aspecto sobre el que se basa la conexión espacial con el territorio del Estado sea un elemento constitutivo de la infracción.

Todos estos aspectos reciben consideración en la actual práctica punitiva de los distintos estados que conforman la comunidad internacional. De esta pluralidad de posibles puntos de conexión territorial suficiente se deduce como consecuencia, primero, la relativa incertidumbre del concepto de territorialidad, y, en segundo lugar, la posibilidad de que el Derecho Internacional público reconozca una pluralidad de jurisdicciones territoriales sobre un mismo hecho.

Esta situación es conocida en la doctrina penal como el problema de los “delitos a distancia”. De un delito cuyo principio de ejecución tiene lugar en el territorio de un Estado y que se consuma en el territorio de otro Estado puede decirse que no está cubierto por la jurisdicción territorial de ninguno de ellos o que está cubierto por la jurisdicción de ambos. Puesto que sostener lo primero conduce al absurdo de la impunidad, lo razonable es sostener lo segundo. El razonamiento se remonta al menos hasta el tratado *De criminibus* (1622), del tratadista holandés Matthaeus (1610-1654).

Lo dicho implica que la definición del concepto de jurisdicción extraterritorial es dependiente de la definición del concepto de jurisdicción territorial. En otras palabras, es jurisdicción regulativa extraterritorial aquella pretensión regulativa estatal que no descansa en una conexión significativa de algún aspecto de la situación regulada con el territorio del Estado y por lo tanto requiere otra conexión significativa que la justifique.

La idea de que la presencia de un “elemento extranjero” en la situación regulada, esto es, que algún aspecto relevante de la situación regulada se encuentre conectado suficientemente con el territorio de otro Estado, hace por definición a la jurisdicción pretendida sobre esa situación una pretensión de jurisdicción extraterritorial, es errada. Aunque parezca plausible a la luz de representaciones coloquiales de la extraterritorialidad, esa idea descansa en una concepción excesivamente restringida de jurisdicción territorial, conforme a la cual sólo es reconocible como ju-

jurisdicción territorial aquella que se ejerce en relación con una situación respecto del cual todos sus aspectos relevantes se encuentran conectados exclusivamente con el territorio del Estado que ejerce esa jurisdicción. Esta es la concepción que conduce al absurdo de la impunidad a título de jurisdicción territorial de los delitos a distancia. Por eso no tiene defensores.

Los puntos de conexión afirmados como base para la justificación de la jurisdicción extraterritorial reconocibles en la práctica punitiva extendida de los estados que forman la comunidad internacional son los siguientes:

- (i) una conexión de pertenencia a la nación del Estado por parte de quienes intervienen en el hecho punible (principio activo de la personalidad);
- (ii) una conexión de pertenencia a la nación del Estado por parte de quienes son víctimas del hecho punible (principio pasivo de la personalidad);
- (iii) una conexión de relevancia del hecho punible para ciertos intereses colectivos de particular relevancia para la subsistencia del Estado, como la que tienen los atentados contra su seguridad exterior o interior (principio de protección);
- (iv) una conexión de relevancia del hecho punible para intereses prioritarios comunes a toda la comunidad internacional, como la que tuvo tradicionalmente el delito de piratería y hoy tienen también los delitos contra la humanidad (principio de jurisdicción universal).

Respecto de estos principios, la principal cuestión del Derecho Internacional público consiste en la asignación de peso suficiente al respectivo punto de conexión como base de justificación de la jurisdicción estatal. Dado que en el derecho chileno de la libre competencia no existe una regla que afirme jurisdicción extraterritorial y dado que ninguna de las reglas chilenas que afirman jurisdicción extraterritorial penal es aplicable al ejercicio de las competencias de la FNE y el TDLC, esa cuestión no es relevante para este Informe. Desde el punto de vista de este informe, la principal cuestión que plantean los principios legitimadores de la jurisdicción penal extraterritorial es la de sus posibles relaciones con la justificación de la jurisdicción sobre la base de la territorialidad.

De los cuatro puntos de conexión señalados el que más se acerca a una de las conexiones espaciales que sirven de base a la afirmación de la jurisdicción territorial es el del principio de protección. De hecho, uno de los fundamentos de la territorialidad objetiva es la consideración de las normas punitivas (o más precisamente, de comportamiento correlativas a las normas punitivas) como normas protectoras de bienes. El principio de la protección no se refiere, sin embargo, a cualquier clase de bienes, sino a intereses colectivos de particular importancia para la conservación del Estado.

Dada la relación entre Estado, nación y territorio presupuesta por el Derecho Internacional público, es obvio que la defensa de intereses colectivos implica -al menos indirectamente- una consideración de carácter espacial. Suponiendo que la afectación de esos intereses colectivos tiene un correlato fáctico, es decir, que se identifica mediante la constatación de la producción de determinados estados de cosas en el mundo o que al menos se la asocia a la producción de esos estados de cosas, lo usual

será que la invocación del principio de protección suponga como razón justificatoria la afirmación como mínimo de una probabilidad de producirse esos estados de cosas. Suponiendo, además, que existe una relación directamente proporcional entre la gravedad de la afectación de esos intereses y la localización de los estados de cosas correlativos en el territorio ocupado por la nación, lo usual será que la invocación del principio de protección suponga como razón justificatoria la afirmación de una probabilidad de producirse esos estados de cosas en el territorio del Estado. Esa es la relación existente entre el principio de protección y el principio objetivo de territorialidad.

Entre uno y otro principio existe, sin embargo, una diferencia crucial. La invocación del principio de protección opera como una razón abstracta respecto de esa conexión espacial implícitamente afirmada como razón justificatoria. Es decir, el principio de protección justifica la jurisdicción respecto de hechos punibles totalmente ocurridos en el extranjero sin exigir la constatación del acaecimiento de algún estado de cosas en el territorio del Estado o de su representación por el que actúa en el extranjero. La regla de jurisdicción se encuentra pragmáticamente desvinculada de la aplicación de la norma punitiva: la correlación entre ambas sólo se da en el nivel de referencia más general de la política legislativa. En cambio, la invocación del principio objetivo de territorialidad opera bajo la presuposición de una afirmación concreta de la conexión espacial. El caso más nítido de esta concreción corresponde obviamente al uso de criterios formales de localización del efecto del hecho punible. Cuando el efecto sobre el cual descansa la conexión espacial significativa es un elemento integrante de la infracción, la afirmación de jurisdicción territorial se encuentra vinculada a un deber de probar en juicio el acaecimiento de ese efecto en el territorio del Estado, o, en el caso de la tentativa, la intención de producirlo dentro del territorio del Estado.

Eso no significa, sin embargo, que la regla de jurisdicción territorial sea analíticamente considerada como integrante de la norma punitiva o su norma de comportamiento correlativa. Así, quien creyéndose equivocadamente en territorio argentino intencionalmente mata a otro en territorio chileno, no comete homicidio imprudente por error de tipo, sino homicidio doloso. La localización de la acción o sus efectos, requerida por la regla de jurisdicción territorial, no forma parte del supuesto de hecho de la norma regulativa. El vínculo es siempre externo;² sólo que concreto y no simplemente abstracto, como en el caso del principio de protección.

b) El tratamiento del delito a distancia

En el Derecho Penal europeo continental la respuesta a la interrogante planteada por

² El legislador podría, ciertamente, configurar en sus normas punitivas un supuesto de hecho que incorporara la localización territorial de alguno de sus elementos constitutivos. En ese caso se plantearía la cuestión interpretativa de si el legislador efectivamente ha incorporado la regla de jurisdicción (extra)territorial en la norma de comportamiento o si no es más que una manera anómala de establecer una regla de jurisdicción para la pretensión punitiva que expresa esa norma.

el delito de distancia constituye una controversia de larga data. Las opciones de la doctrina del derecho común eran el lugar de la *inchoatio* (equivalente al principio de ejecución) o el lugar de la *consumatio* (consumación), afirmadas más tarde por la doctrina de Julius Clarus (1525-1575) y Prosperus Farinacius (1554-1618) como consideraciones alternativas igualmente válidas. En el siglo XVIII la distinción entre *inchoatio* y *consumatio* fue doctrinariamente sustituida por la distinción entre acción y resultado. Este cambio genera dos consecuencias importantes. Por una parte, la acción delictiva considerada en toda su ejecución puede fraccionarse en acciones parciales mucho más intensamente que el principio de ejecución. Por otra parte, el concepto de resultado admite ser concebido no sólo formalmente, como resultado consumativo, sino también materialmente, como lesión del bien jurídico protegido. En el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX se impuso la consideración del lugar en el que se encontraba presente el autor al momento de la comisión del delito, criterio que acompañó la consolidación de la primacía del principio de territorialidad sobre el principio de la personalidad activa en relación con el Estado del cual era nacional el extranjero. El criterio de la presencia en el territorio se vinculaba obviamente a la consideración de la acción (“acción principal”, “acción esencial”) como hecho al cual debía atenderse, en comparación con sus efectos o consecuencias.

La codificación del siglo XIX prescindió por lo general de resolver la controversia, generándose entre los autores las siguientes posturas:

- (i) la teoría de la acción o de la actividad, que considera a la actividad personal como el único hecho relevante para la determinación del lugar de comisión del delito (coincidente con la teoría del lugar de presencia del autor); sus razones más importantes son que la acción es el único elemento esencial del delito y común a todas sus manifestaciones, que es el elemento en el cual se expresa la voluntad culpable o rechazo de la norma y que el principio de territorialidad del Derecho Internacional público presupone la presencia del individuo dentro del territorio;
- (ii) la teoría de la mano larga o del efecto intermedio, cuyo punto de partida es la teoría de la acción, extendiéndola a los efectos lesivos cuya producción se mantiene bajo control de la acción del autor o que son consecuencias inmediatas de esa acción; era la teoría dominante en la segunda mitad del siglo XIX y se explica como una variación orientada a suplir el defecto de la teoría de la acción consistente en dejar los bienes jurídicos indefensos frente a ataques provenientes del extranjero;
- (iii) la teoría mixta o de la unidad, después denominada teoría de la ubicuidad, que considera igualmente relevantes al resultado y a cualquier etapa de la ejecución de la acción o actividad; su justificación se basa en la equivalencia de todos los elementos del delito, en su operatividad práctica y en la consideración de que el principio de territorialidad del Derecho Internacional público toma en consideración el interés de cada Estado en la ausencia de perturbación del orden jurídico entendido como un orden de bienes.

La postura dominante en el Derecho Penal europeo continental es la teoría de la ubicuidad. Esta teoría se encuentra establecida en el **§ 9 del CP alemán, vigente** desde 1975, en los siguientes términos:

§ 9. Lugar del hecho. (1) Un hecho es cometido en cualquier lugar en el que el autor ha actuado o en el que habría debido actuar, en caso de omitir, o en el que se ha producido el resultado que pertenece al supuesto de hecho o en el que debería producirse conforme a la representación del autor.

La doctrina alemana asume unánimemente que el § 9 CP alemán consagra la teoría de la ubicuidad en términos tales que conforme a la ley basta para considerar cometido el hecho dentro del territorio:

- que cualquier parte de la ejecución de la acción típica tenga lugar dentro de él;
- que, tratándose de un delito de omisión, el autor haya debido actuar dentro de él;
- que el resultado típico tenga lugar dentro de él, y
- que, tratándose de una tentativa, el autor se haya representado que el resultado típico acaecería dentro del territorio.

La teoría de la ubicuidad es compartida por el Código Penal francés³, el Código Penal italiano⁴ y el Código Penal suizo.⁵

En ausencia de regulación legal expresa,⁶ la doctrina penal española también considera mayoritariamente preferible la teoría de la ubicuidad.

La posición dominante en la doctrina alemana considera que el § 9 CP alemán exige el uso de un criterio de localización estrictamente formal: como acción ejecutada (o que debió ejecutarse) sólo puede contar una acción típica, y como resultado acaecido (o que el autor se representó que acaecería) sólo puede contar un resultado típico.

En cuanto a la localización de la acción, la concepción formal es sustentada unánimemente por la doctrina. Para efectos de este Informe interesa advertir tres constelaciones de casos:

- (i) cualquier acción típicamente relevante, es decir, cualquier acto parcial de ejecución del delito hace el lugar en que acaece un lugar de comisión del delito;
- (ii) los hechos meramente instrumentales que forman parte de la ca-

³ Código Penal, Art. 113-2, inciso segundo: “La infracción se reputa cometida en el territorio de la República en tanto uno de sus hechos constitutivos haya tenido lugar en su territorio”.

⁴ Código Penal Art. 6. *Delitos cometidos en el territorio del Estado.* (inciso segundo): “El delito se considera cometido en el territorio del Estado cuando la acción o la omisión que lo constituye ha ocurrido allí en todo o parte, o bien si allí se ha verificado el hecho que es la consecuencia de la acción o la omisión”.

⁵ Código Penal, artículo 8. “Un delito o crimen cuenta como cometido allí donde el autor lo ejecuta o contra el deber permanece inactivo, y allí donde el resultado se ha producido. / La tentativa cuenta cometida allí donde el autor la ha ejecutado y allí donde conforme a su representación habría debido producirse el resultado”.

⁶ El Art. 23-1 de la Ley de Organización del Poder Judicial española (LOC 6/1981) establece el principio de territorialidad en los siguientes términos: “En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte”.

dena de eventos situada entre la ejecución de la acción principal y el resultado de un delito de distancia, ambos acaecidos en el extranjero (por ejemplo, la conducción postal de una carta extorsionadora desde un territorio extranjero a otro, pasando por el territorio propio: “delitos de tránsito”) generan discusión: (a) un sector de la doctrina nunca los considera relevantes, (b) otro sector de la doctrina se abre a la posibilidad de considerarlos relevantes, en virtud de criterios específicos;

- (iii) En los delitos reiterativos o compuestos, o en los casos de apreciación de unidad natural o legal de acción, es decir en los casos en que la ley asume que eventualmente pueden ser realizados típicamente por más de una acción individual, cada acción típica cuenta para la determinación del lugar del hecho, aunque el delito se encuentre formalmente consumado.

En cuanto al lugar del resultado, la discusión en la doctrina y jurisprudencia alemanas gira en torno al sentido y alcance de la expresión legal “resultado que pertenece al supuesto de hecho”. Basándose principalmente en la diferencia de redacción con la regulación preexistente a 1975⁷ la posición mayoritaria exige que el hecho que se considera como resultado constituya un elemento objetivo del tipo de delito en cuestión. La posición minoritaria, representada principalmente por Hans-Heinrich Jescheck, acepta también la relevancia de los resultados pertenecientes a la fase de terminación del delito, es decir, aquella fase que tiene lugar con posterioridad a su consumación (formal) y con anterioridad al término de la lesión del bien jurídico protegido. En sus palabras:

También debe considerarse como resultado típico aquel que por el cual se produce la terminación del hecho (por ejemplo, el acaecimiento del perjuicio patrimonial en la estafa), en tanto el punto de la consumación esté anticipado por consideraciones político-criminales, porque en esta sección final del hecho radica el punto principal del contenido de injusto del hecho.⁸

⁷ El § 3-(3) CP alemán en su redacción conforme a la Ordenanza de 6 de mayo de 1940 y la 3ª Ley de Modificación del Código Penal de 4 de agosto de 1953, disponía: “Un hecho es cometido en cualquier lugar en que el autor ha actuado o habría debido actuar, en caso de omitir, o en el que el resultado se ha producido o debió producirse”.

⁸ Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil* (“Tratado de Derecho Penal-Parte General”), 5ª ed., Berlín, p. 1998 (traducción personal). La traducción de Francisco Muñoz Conde de la 3ª ed. Alemana (1978) intensifica el sentido de la afirmación, usando la expresión “aunque” en vez de la expresión “en tanto” para traducir la expresión alemana “während” (= durante, mientras: Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal-Parte General*, Barcelona, 1981, Tomo I, p. 240). La traducción de Miguel Olmedo Cardenete de la 5ª ed. Alemana invierte por completo el sentido de la afirmación, dando a entender que el momento de la consumación sería el “punto nuclear” del injusto del hecho (Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal-Parte General*, Granada, 2002, p. 191). La posición de Jescheck es compartida por Gerhard Werle y Florian Jeßberger, *Comentario al § 9*, en: *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, 12a ed, Tomo I, 2006, p. 630-631, y por Bernd Heinrich, “Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdeltikt”, (= “El lugar del resultado en los delitos de peligro abstracto”), *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (1999), p. 72. También ha sido recogida por el Tribunal Supremo Federal en lo Penal en su sentencia de 12 de diciembre de 2000 (BGHSt 46, 212, p. 220 y 223).

Esta discusión doctrinaria alemana pone de manifiesto el dilema en que se encuentra el legislador en relación con la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. La justificación de esa decisión legislativa se encuentra en la intensificación de la protección dispensada al bien en cuestión: no se espera a la lesión del objeto en el cual se lo entiende concretado para imponer la pena por el delito consumado, sino que ella se anticipa a estadios previos a la lesión, que por lo general corresponde a la mera ejecución de una acción. Este es el caso de los delitos de peligro abstracto. También es el caso de la tipificación como delito de emprendimiento, en que lo que otro modo sería una tentativa pasa a ser delito consumado, o como delito de tendencia interna trascendente, en que lo que de otro modo sería elemento objetivo del tipo pasa a ser elemento puramente subjetivo, cuando la consumación pospuesta o el elemento objetivo subjetivado corresponden a la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico.

Para quienes defienden el uso de un criterio estrictamente formal de localización del resultado o de la acción, al adoptar esas estructuras típicas el legislador estaría renunciando a ejercer jurisdicción territorial sobre casos en que se realice ese tipo anticipado en el extranjero y se produzca el resultado o se ejecute la acción ulterior dentro del territorio. Es decir, la intensificación de la protección del bien jurídico, bajo la forma de la anticipación de la consumación, acarrearía como consecuencia su desprotección en casos de comisión como delito a distancia. Desde el punto de vista de la finalidad preventivo-general de la pena, la consecuencia es por supuesto absurda. La única manera de afirmar jurisdicción territorial sobre tipos con esta estructura realizados en el extranjero es usando un criterio semiformal de localización, como el propuesto por Jescheck. Conforme a este criterio de localización, el resultado relevante como punto de conexión territorial puede definirse como “el efecto jurídicamente desvalorado que excede de la mera ejecución de una acción y que constituye precisamente el mal cuya evitación tiene por fin la norma penal”.⁹

El Código Penal francés comparte la concepción formal dominante en Alemania. Las disposiciones sobre el lugar del delito consagradas en los códigos penales italiano y suizo, en cambio, admiten una interpretación compatible con el uso de un criterio de localización semiformal del resultado.¹⁰

En el derecho del *common law* el principio de territorialidad tuvo incluso mayor importancia que en el derecho europeo continental, debido principalmente a razones procedimentales relacionadas con el carácter local de la competencia del jurado y la accesibilidad a la evidencia. En relación con el tratamiento de los delitos de distancia (*cross-border offences*), en el *common law* inglés se mantiene hasta el día de hoy la antigua distinción del derecho común europeo entre el lugar de la *inchoatio* denominado “principio subjetivo de territorialidad”, y el lugar de la *consumatio*, denominado “principio objetivo de la territorialidad”. En el *common law* norteamericano es usual la distinción entre el lugar de la acción u omisión y el lugar

⁹ Heinrich, *op. cit. supra*, nota 6, p. 80.

¹⁰ *Supra*, notas 3, 4 y 5.

del resultado. La asunción más estricta del principio de territorialidad se manifestó en la idea de la exclusividad de la jurisdicción incluso para los delitos de distancia, postulándose en el derecho inglés reglas de conflicto de competencias basadas tanto el principio subjetivo como el objetivo de territorialidad, y, prefiriéndose el criterio del resultado en el derecho norteamericano. No obstante, la controversia entre los principios objetivo y subjetivo parece haberse resuelto en el siglo XX en la admisión de ambos criterios para la constatación de una conexión significativa con el territorio del Estado. En todo caso, el *common law* adhiere también al uso de un criterio de localización formal para la justificación de la jurisdicción regulativa penal: tanto los hechos relevantes para la territorialidad subjetiva como los hechos relevantes para la territorialidad objetiva, y tanto la acción como el resultado deben ser elementos constitutivos del delito.

Una particularidad de la doctrina del delito de distancia del *common law* se encuentra sin embargo en el tratamiento de la conspiración. Aunque la conspiración se concibe como un delito *sui generis* y no como un acto preparatorio de un delito principal, se asume que los Estados pueden juzgar la conspiración cometida en el extranjero en ejercicio de su jurisdicción territorial con tal que cualquier acto ostensible (*overt act*) de ejecución del acuerdo conspirativo se haya cometido en su territorio. Esto es particular, porque no se requiere que sea ejecutado dentro del territorio el acto ostensible que consuma la conspiración, sino cualquiera. Es decir, también la ejecución en el territorio de actos ostensibles posteriores a la consumación de la conspiración justifica la afirmación de jurisdicción territorial. Esto implica, o bien el uso un criterio de localización semiformal (si asume que el acto manifiesto ulterior a la consumación no es elemento constitutivo de la infracción), o bien una comprensión de la conspiración como delito reiterativo o complejo (si se entiende que el acuerdo conspirativo sigue consumándose con la realización de actos manifiestos sucesivos).

En el Derecho Penal federal norteamericano, donde el delito de la conspiración a veces no requiere la realización de un acto ostensible, se ha considerado el lugar donde se intentará cometer el delito objeto de la conspiración para justificar el ejercicio de jurisdicción territorial. Es decir, pese a su carácter de delito *sui generis* consumado, se ha hecho valer a su respecto una consideración que es propia de la tentativa o los actos preparatorios (*inchoate crimes*).

c) El Derecho Internacional de la libre competencia

Con el trasfondo del principio de la territorialidad, en 1945 surgió en Estados Unidos la doctrina de los efectos para justificar la jurisdicción regulativa sobre acciones ejecutadas fuera del territorio norteamericano. Su origen se remonta a la sentencia de Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, *United States v. Aluminium Corp. Of America* (“*Alcoa*”).¹¹ En esta decisión se afirmó que la jurisdicción

¹¹ 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

afirmada por el Congreso en la *Sherman Act* se extendía a acciones totalmente ejecutadas fuera del territorio, que de ser ejecutadas dentro de él serían ilícitas (violaciones a la sección 1), si lo fueron con la intención de afectar el mercado norteamericano (importaciones) y si produjeron ese efecto.¹²

Es evidente que la doctrina de los efectos tiene sus raíces en el principio objetivo de la territorialidad. Sin embargo, ella va más allá de ese principio, porque prescinde del criterio formal de localización de los efectos, esto es, del requisito de que los efectos sean un elemento constitutivo de la ofensa. Esto es lo que provocó desconcierto y alarma en la doctrina anglonorteamericana en su momento. La doctrina se impuso no obstante en la jurisprudencia. En 1977 y 1979 las Cortes de Apelaciones del Noveno y el Tercer Circuito reconocieron la validez de la doctrina de los efectos,¹³ aunque sometiéndola a condiciones restrictivas. En 1987 el *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations of the United States* de 1987 recogió la doctrina de los efectos como principio del Derecho Internacional de la libre competencia en los siguientes términos:

§ 415 *Jurisdiction to Regulate Anti-Competitive Activities*

(...)

(2) Any agreement in restraint of United States trade that is made outside of the United States, and any conduct or agreement in restraint of such trade that is carried out predominantly outside of the United States, are subject to the jurisdiction to prescribe of the United States, if a principal purpose of the conduct or agreement is to interfere with the commerce of the United States, and the agreement or conduct has some effect on that commerce.

(3) Other agreements or conduct in restraint of United States trade are subject to the jurisdiction to prescribe of the United States if such agreements or conduct have substantial effect on the commerce of the United States and the exercise of jurisdiction is not unreasonable.

Los comentarios a estas reglas aclaran que las propiedades que debe reunir el efecto no son de carácter formal, sino material. Estas propiedades varían según el grado de intensidad del propósito de producir el efecto: “algún efecto” (es decir, que el efecto no sea insignificante) basta para el caso de máxima intensidad del propósito de causarlo, pero se requiere un efecto “substancial” para los casos de

¹² *Cit.*, p. 443-444.

¹³ *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* 549 F. 2d 597, 610-611 (9th Cir. 1976, enmendada en 1977); *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corporation* 595 F. 2d 1287, 1291-1292 (1979).

menor intensidad.¹⁴

En 1965, el segundo *Restatement* había exigido para la doctrina de los efectos que el efecto fuera un resultado directo, substancial y razonablemente previsible de la acción realizada en el extranjero.¹⁵ De estas exigencias sólo perdura la relevancia material (efecto substancial) en el *Restatement* de 1987.¹⁶ El hecho de que la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982 haya mantenido la antigua formulación para configurar la excepción a la regla de exclusión del comercio exterior y los actos de exportación del alcance de la *Sherman Act*¹⁷ no es juzgado por el *Restatement* de 1987 como un hecho indicador de una regla de alcance general para la afirmación de jurisdicción sobre atentados contra la libre competencia cometidos en el extranjero.

La Corte Suprema sostuvo al respecto en *Hartford Fire Insurance Co. et al v. California*¹⁸ que no resultaba claro si esta fórmula de 1987 modificaba el derecho vigente o meramente lo codificaba.¹⁹ En todo caso, en dicha decisión la Corte Suprema afirmó inequívocamente la doctrina de los efectos, sosteniendo:

It is well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States.²⁰

Todos los casos citados corresponden a litigación civil bajo la legislación antimonopolios. La jurisdicción criminal para sancionar infracciones a la legislación

¹⁴ “The “effects doctrine.” In *Alcoa*, (...) [t]he court established a twofold test for application of United States antitrust law: intent to affect the commerce of the United States, and actual effect on that commerce. *148 F.2d at 444*. Numerous decisions of United States courts, in the context of antitrust and other regulation, have built on Judge Hand’s test. Reflecting later developments, Subsections (2) and (3) refine the two factors: where a principal purpose of an agreement or course of conduct is to have effect in the United States, the effect need not be great to support assertion of United States jurisdiction, but it must not be insignificant (Subsection (2)); where there is no principal purpose to affect the United States market, Subsection (3) calls for an evaluation of the effect in the United States, as well as the gravity of the offense sought to be prevented or punished. (...) In order for conduct to give rise to liability under United States antitrust laws, there must be an actual or presumed “anti-competitive” effect. It has been suggested that this is a jurisdictional test. More accurate analysis distinguishes between the requirement of sufficient effect on commerce of the United States to support application of United States law, and the requirement of sufficient injury or anticompetitive effect to establish liability” (REST 3d FOREL, Comment 3).

¹⁵ REST 2d FOREL § 18(b).

¹⁶ En el *Restatement* de 1987 esta única exigencia caracteriza no sólo la regla de jurisdicción del derecho de la libre competencia, sino el principio general de afirmación de jurisdicción territorial objetiva: “Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to (...) (c) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory” (REST 3d FOREL § 401(1)(c)).

¹⁷ La *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982 [15 U.S.C. § 6 (a)], excluye la aplicabilidad de las normas federales antimonopólicas a actos de comercio exterior (salvo que sean importaciones), a menos que dichos actos tengan un efecto directo, sustancial y razonablemente previsible en el comercio no-exterior o en las importaciones o en las exportaciones de una persona que participe en ese comercio y ese efecto genere acciones bajo los §§ 1 a 7 del título 15. La posición de la Corte Suprema federal norteamericana sobre esta regla se encuentra en *Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.* 542 U.S. 155 (2004).

¹⁸ 509 U.S. 764 (1993).

¹⁹ 509 U.S. 764 (1993), p. 639 nota 23.

²⁰ 509 U.S. 764 (1993), p. 796.

antimonopolios fue afirmada en 1997 por la Corte de Apelaciones del Primer Circuito en *United States v. Nippon Paper Industries*.²¹

En el contexto de la cultura jurídica norteamericana sigue siendo objeto de controversia la cuestión de si la doctrina de los efectos justifica jurisdicción extraterritorial o lleva a su máxima amplitud concebible el principio objetivo de la territorialidad. Ian Brownlie expresa con agudeza el núcleo de esta controversia, señalando que la vasta extensión del principio territorial en los casos de *anti-trust* norteamericanos puede explicarse como un principio de protección, aunque no sea expresable de esa manera.²²

Por contraste, la adopción por Alemania de la doctrina de los efectos carece de ambigüedad. Ello se debe a que la consideración de los efectos como conexión significativa extraterritorial se encuentra expresamente establecida por la ley. El § 130-(2) de la Ley contra Restricciones de la Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* = “GWB”), vigente desde 1957, es del siguiente tenor:

Esta ley es aplicable a todas las restricciones de la competencia que produzcan efectos dentro del ámbito de vigencia de esta ley, aun cuando ellas sean ocasionadas fuera del ámbito de vigencia de esta ley.

La redacción de la disposición explícita de manera inequívoca que se trata de una regla que extiende el ámbito de aplicación de las disposiciones de la GWB más allá del ámbito territorial de validez que le corresponde conforme a los principios generales de afirmación de jurisdicción regulativa del sistema jurídico alemán, especialmente el principio de territorialidad. En otras palabras, que se trata de una regla que afirma jurisdicción extraterritorial del derecho alemán de la libre competencia. La regla se entiende basada en la consideración del efecto para el mercado interno como punto de conexión significativa, en un sentido enteramente independiente de los principios del Derecho Internacional penal alemán.

No obstante, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del § 130-(2) GWB ha producido un importante acercamiento del concepto de “efectos” como base para la afirmación de jurisdicción extraterritorial al concepto de resultado que es característico del principio objetivo de territorialidad. Así, se sostiene que el efecto relevante debe ser identificado mediante una referencia al fin de protección de cada norma sustantiva y procedimental específica de la GWB, considerándose que la mejor garantía de relevancia se encuentra en la correspondencia con alguno de los elementos de su respectivo supuesto de hecho. Esto origina una tematización diferenciada de qué cuenta como efecto relevante, atendiendo las distintas normas sobre atentados contra la libre competencia contempladas en la GWB.

Además de esta concreción por referencia a las normas del derecho estatal, la doctrina y la jurisprudencia asumen que el Derecho Internacional público impone exigencias relativas a la magnitud del efecto, de modo que justifiquen el interés del

²¹ 109 F. 3d 1 (1st Cir. 1997), *certiorari* denegado 552 U.S. 1044 (1998).

²² *Principles of Public International Law*, 6ª ed., Oxford, 2003, p. 300, nota 14.

Estado en ejercer su jurisdicción con efectos extraterritoriales. Las exigencias son semejantes a las contempladas en la versión de la doctrina de los efectos formulada por el *Restatement* de 1965: inmediatez (efecto directo) y relevancia por efectividad o potencialidad (efecto sustancial). Por ejemplo, el hecho de que dentro de las empresas que intervinieron en la ejecución de las acciones en el extranjero haya o no empresas residentes en el territorio incide sobre la intensidad de estas exigencias: son más intensas en caso de tratarse de empresas exclusivamente extranjeras.

Una de las defensas doctrinarias más contundentes de la doctrina de los efectos asumida como jurisdicción indistintamente territorial o extraterritorial del derecho de la libre competencia se encuentra en el escrito de habilitación de Karl Matthias Messen. Partiendo de un modelo de acuerdo de cartel horizontal, Messen ofrece como posibles puntos de conexión para el Derecho Internacional de la libre competencia los siguientes:²³:

Puntos de conexión	Ejemplo	Principio de conexión
Lugar del acuerdo	Extranjeros acuerdan dentro del territorio un precio de cartel referido a mercados en el extranjero y efectivo sólo allí	Principio estricto de la territorialidad
Lugar de la ejecución	Extranjeros acuerdan en el extranjero un precio de cartel referido a(l mercado de) un tercer Estado y venden dentro del territorio los bienes respectivos a importadores de ese tercer Estado	Principio estricto de la territorialidad
Lugar del efecto típico	El precio de cartel acordado por extranjeros en el extranjero restringe directamente la libertad de competencia en el territorio y la libertad económica de los agentes en el mercado interno	Principio objetivo de la territorialidad y principio del efecto
Lugar de los demás efectos	Influencia indirecta del nivel de precios interno mediante un acuerdo de precio de cartel acordado entre extranjeros en extranjero y referido a mercados extranjeros	Principio del efecto
Nacionalidad de los intervinientes	Nacionales son parte en un cartel de exportación acordado en el extranjero y que no produce efectos constatables en el territorio	Principio de la personalidad activa

²³ *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts* [= “Principios internacionales del derecho de carteles”], Baden-Baden, 1975, p. 109-110.

Meessen elabora los ejemplos de este cuadro sistemático de modo tal que cada punto de conexión y su respectivo principio aparezcan aislados de los demás como punto/principio aplicable al caso. A la luz de la finalidad de política legislativa del derecho de la libre competencia (*Kartellrecht* = “derecho de cartel”), orientado a contrarrestar la tendencia monopólica inherente al orden económico del libre mercado, según Meessen los ejemplos demuestran que el Derecho Internacional de la libre competencia se basa en dos principios básicos:

- (i) que la conexión con el lugar del efecto sobre la libre competencia en un mercado determinado es significativa;
- (ii) que las conexiones con lugar del acuerdo, de la ejecución o de la nacionalidad activa sólo son significativas en tanto se mantenga simultáneamente la conexión al lugar del efecto.²⁴

Ciertamente, esta conclusión no prejuzga la cuestión de si ese efecto ha de ser identificado mediante un criterio más restrictivo (conexión del lugar del efecto típico) o un criterio más extensivo (conexión del lugar de los efectos). Ello es así porque la configuración del supuesto de hecho de las normas prohibitivas de comportamientos monopólicos depende de distintas consideraciones de política y técnica legislativa. En la medida en que el legislador de un Estado incluya dentro del supuesto de hecho, como resultado típico, la producción de un efecto restrictivo de la libre competencia en un mercado interno, la conexión del efecto típico (principio objetivo de territorialidad) basta para realizar la finalidad de política legislativa consistente en la evitación de ese efecto. Pero si por alguna razón ese legislador omite la inclusión de ese u otro efecto restrictivo de la libre competencia, no obstante su compromiso con la evitación de esos efectos como finalidad de política legislativa, cobra importancia la conexión de los demás defectos (principio del efecto).²⁵

En todo caso, la fundamentación que este autor da a la teoría de los efectos como justificación de jurisdicción extraterritorial no se basa simplemente en la redacción del § 130-(2) GWB, sino en las diferencias objetivas existentes entre la legislación penal genera y el derecho de la libre competencia. En palabras de Meessen:

Hasta dónde la multiplicidad de las regulaciones de la libre competencia son reconducibles a una menor medida de la fundamentación ética del derecho de la libre competencia [por comparación con el Derecho Penal], eso puede quedar pendiente de respuesta. Lo decisivo son los datos de la realidad jurídica. Las diferencias se encuentran en la configuración jurídico-técnica, la aplicación divergente de las cláusulas generales, la orientación a la política de la competencia y las concepciones político-sociales que a subyacen a esa orientación. (...) El fin conductor de la política de la competencia, que (...) “hay que realizar diariamente” debe ser perma-

²⁴ *Op. cit.* p. 120, 151.

²⁵ *Op. cit.*, p. 112-113, 115-116.

nementemente defendido al mismo tiempo hacia el exterior. Bajo estas circunstancias aparece fuertemente como preponderante el pensamiento de la seguridad respecto del pensamiento de la justicia individual. La mera conexión al lugar del hecho, que no en último término obedece al interés del autor, es difícil de justificar económico-políticamente.²⁶

La doctrina de los efectos ha sido favorecida también por la Comisión de las Comunidades Económicas Europeas y por el abogado general de la comisión ante la Corte Europea de Justicia. Pero la propia corte no la ha aceptado, al menos no en lo que respecta a los términos explícitos de su discurso.

El caso central es *Ahlström Osaakeyhtiö and others v Commission of the European Communities*,²⁷ conocido también como “Woodpulp”. Los hechos consistieron en la venta de pulpa de celulosa efectuada por proveedores de Canadá, Estados Unidos, Suecia y Finlandia, bajo acuerdos, decisiones y prácticas concertadas de fijación de precios y otras limitaciones a consumidores de la Comunidad Económica Europea. La Comisión de las Comunidades Económicas Europeas impuso multas a 40 empresas por infracción al artículo 85 (actualmente, 81) del Tratado de la Comunidad Económica Europea basando su competencia en el hecho de sus acuerdos y prácticas produjeron un efecto substancial y deliberado en los precios y en la reventa de la pulpa de celulosa dentro de la comunidad, que era el resultado primario y directo de dichos acuerdos y prácticas²⁸. Es decir, adoptó la doctrina de los efectos como base para afirmar jurisdicción.

Las empresas afectadas reclamaron de la decisión ante la corte, argumentando su incompetencia por falta de jurisdicción. El abogado general instó a la Corte a afirmar jurisdicción basándose en la doctrina de los efectos adoptada por la Comisión²⁹. El Reino Unido, que actuó como interviniente en el caso, se opuso a ese argumento, instando en su lugar a la corte a afirmar jurisprudencia territorial sobre la base de la ejecución de acciones dentro del territorio de la comunidad, es decir, bajo una consideración propia del principio de la territorialidad.

La Corte Europea de Justicia siguió el punto de vista del Reino Unido en los siguientes términos:

15. The applicants have submitted that the decision is incompatible with public international law on the grounds that the application of the competition rules in this case was founded exclusively on the economic repercussions within the common market of conduct restricting competition which was adopted outside the Community.

16. It should be observed that an infringement of Article 85, such as

²⁶ Meessen, *op. cit. supra*, nota 20, p. 98-99.

²⁷ Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (1988 ECR 5193), casos reunidos 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85.

²⁸ Decisión de 19 de diciembre de 1984 (85/202/EEC), considerando 79.

²⁹ Opinión presentada el 25 de mayo de 1988, IV-53/58, citando la opinión del abogado general Mayras en los casos “Dyestuffs”: *Imperial Chemical Industries (ICI) Ltd. v. Commission*, Caso 48/69, 1972 ECR 619.

the conclusion of an agreement which has had the effect of restricting competition within the common market, consists of conduct made up of two elements, the formation of the agreement, decision or concerted practice and the implementation thereof. If the applicability of prohibitions laid down under competition law were made to depend on the place where the agreement, decision or concerted practice was formed, the result would obviously be to give undertakings an easy means of evading those prohibitions. The decisive factor is therefore the place where it is implemented.

17. The producers in this case implemented their pricing agreement within the common market. It is immaterial in that respect whether or not they had recourse to subsidiaries, agents, sub-agents, or branches within the Community in order to make their contacts with purchasers within the Community.

18. Accordingly the Community's jurisdiction to apply its competition rules to such conduct is covered by the territoriality principle as universally recognized in public international law.

Como se puede apreciar, la razón de la decisión de la Corte Europea en este caso se encuentra en la distinción entre actos de formación y actos de implementación de un acuerdo, decisión o práctica concertada, y la afirmación de que el factor decisivo para identificar el lugar de comisión de la infracción se encuentra en los actos de implementación.³⁰ Eso le permite sostener que la infracción al artículo 85 (81) fue cometida dentro del territorio europeo y basar en dicha consideración la afirmación de la competencia de la comisión como ejercicio de jurisdicción territorial.

La prioridad de los actos de implementación fue establecida en 1998 por el Reino Unido como criterio de aplicabilidad de la prohibición de acuerdos, decisiones o prácticas atentatorias contra la libre competencia.³¹

El alcance de la tesis de la Corte Europea es opaco en grado sumo. Un autorizado comentarista lo ha calificado incluso de “fallo délfico”.³²

El argumento pareciera descansar en la consideración del lugar de ejecución de acciones posteriores a la consumación de una infracción -las acciones de implementación, en este caso- como criterio de localización. Ese es un criterio

³⁰ La afirmación de que es irrelevante si los actos de implementación fueron realizados por filiales o agentes de las empresas que operan dentro del territorio de la Comunidad Económica debe entenderse como una revocación del criterio afirmado anteriormente por la corte en los casos “Dyestuff” (*supra*, nota 22). En dicho caso, la corte imputó a las matrices extranjeras los actos realizados por sus filiales o agentes dentro del territorio de la Comunidad Económica para justificar el ejercicio de jurisdicción territorial.

³¹ *Competition Act 1998*, sección 2(3): “Subsection (1) applies only if the agreement, decision or practice is, or is intended to be, implemented in the United Kingdom”. La subsección (1) comprende “agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which (a) may affect trade within the United Kingdom, and (b) have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the United Kingdom”.

³² Vaughan Lowe, “International Law and the Effects Doctrine in the European Court Of Justice”, 48 *Cambridge Law Journal* 9, 10 (1989).

referido a la acción, pero informal, análogo al criterio informal de localización del efecto. La relación que existe entre los actos de formación de un acuerdo para fijar precios a un producto y poner condiciones que limitan a su reventa y los actos de venta bajo ese precio y de recompra o rechazo de reventa bajo esas condiciones, si estos últimos son los actos lesivos del bien jurídico, es semejante a la que existiría entre actos preparatorios (conspiración) y actos ejecutivos, si el supuesto de hecho de la infracción estuviera configurado como un ilícito de lesión del interés protegido por la ley. Así interpretada, la tesis de la Corte Europea implicaría que el adelantamiento formal de la consumación de la infracción a su etapa preparatoria (conspiración) no tendría el efecto de hacer irrelevante el lugar de ejecución de las acciones de implementación como factor de conexión, a pesar de ser acciones posteriores a la consumación y, por lo tanto, situadas más allá del supuesto de hecho (tipo) de la infracción. Se trataría de una concepción informal de la consumación por actividad, muy semejante a la teoría que justifica la jurisdicción territorial de la conspiración acordada fuera del territorio.³³

Pero también es posible entender la teoría de los actos de implementación como una formulación particular de la doctrina de los efectos. En la medida en que implementar es hacer efectivo, la conducta que implementa un acuerdo es aquella que produce los efectos perseguidos por dicho acuerdo. La evolución posterior de la jurisprudencia de la Corte Europea parece confirmar esta interpretación.³⁴

Es claro que ni la doctrina de los actos de implementación, ni menos la doctrina de los efectos garantizan la exclusividad de la jurisdicción estatal que justifican. Su aplicación crea un riesgo de conflictos de jurisdicción. La cuestión de si el Derecho Internacional público consuetudinario contiene o no un conjunto de principios y reglas que brinden una solución efectiva a los conflictos de jurisdicción es controvertida. Quienes lo niegan insisten en la necesidad de una regulación internacional convencional que genere una armonización sustantiva del derecho de la libre competencia. Con todo, en la práctica estatal de la libre competencia son reconocibles algunos criterios limitativos del ejercicio de la jurisdicción en principio legítima. En general, la doctrina se refiere al conjunto de esas condiciones limitativas como el principio de razonabilidad.

Ese es el caso de la decisión de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito en el caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*,³⁵ que introdujo la conside-

³³ *Supra*, II-2.8. Esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que a la época de “Dyestuff” y de “Woodpulp”, el Reino Unido hiciera valer ante la Corte Europea de Justicia la doctrina de la jurisdicción territorial sobre la conspiración como criterio de justificación de la jurisdicción para el derecho de la libre competencia (*Aide-Mémoire* de 20 de octubre de 1969). Lowe considera que este es el sentido de la decisión de la Corte Europea (*op. cit. supra*, nota 30 p. 11).

³⁴ En abstracto, es claro que la teoría de los actos de implementación resulta en parte más exigente que la doctrina de los efectos, pues requiere que la acción inmediatamente anterior al efecto haya sido ejecutada dentro del territorio. No obstante, en ninguno de los casos posteriores a “Woodpulp” ha sido relevante este potencial carácter más restrictivo (casos *Nestlé/Perrier* [1992], *Javico* [1992], *Benetton International* [1993], *Gencor* [1999] y *TACA* [2003]. En el caso *Gencor*, referido a una fusión, la corte incluso postuló una armonización entre el principio de los actos de implementación y la doctrina de los efectos.

³⁵ 549 F. 2d 597 (1977), especialmente p. 608 s.

ración de los intereses estatales contrapuestos al ejercicio de la propia jurisdicción como condición para su afirmación. En *Timberlane* se sostiene que la doctrina de los efectos (*Alcoa*) es en sí misma incompleta, porque no considera los intereses de otras naciones.³⁶ En su lugar, en *Timberlane* propone un análisis tripartito: (i) la constatación de algún efecto en el comercio norteamericano, para justificar inicialmente la competencia del tribunal, (ii) tratándose de litigios civiles bajo el derecho de la libre competencia, la constatación de que ese efecto es suficientemente vasto como para constituir daño reconocible al demandante, y (iii) en casos internacionales, si los intereses de los Estados Unidos y sus vínculos con el caso, incluyendo la magnitud de los efectos sobre el comercio norteamericano son lo suficientemente fuertes, contrastados con los de otras naciones, como para justificar la afirmación de jurisdicción extraterritorial.³⁷ Esta tercera parte del análisis es un juicio de ponderación de las consideraciones relevantes en cada caso concreto, que la corte denomina “regla de razón jurisdiccional”, y para el cual indica un listado no exhaustivo de elementos.³⁸

La teoría de la ponderación de *Timberlane* fue acogida por la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito en *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corporation*,³⁹ aunque con un cambio de enfoque: el juicio de ponderación no forma parte de la base para la afirmación de la jurisdicción sobre un comportamiento realizado en el extranjero, sino más bien una condición restrictiva de su ejercicio.⁴⁰ La consideración a los intereses de los otros Estados fue recogida también por el *Restatement* de 1987 en su § 403.

La posición de la Corte Suprema en relación con esta regla de razonabilidad es ambigua. En el caso *Hartford Fire Insurance Co., et al. v. California et al*⁴¹ redujo su relevancia a un margen mínimo de aplicabilidad, sosteniendo que el juicio de ponderación tiene lugar allí donde exista un “conflicto” entre dos o más jurisdicciones estatales y que ese conflicto sólo se da cuando el comportamiento prohibido por un Estado es al mismo tiempo un comportamiento mandado o compelido por otro Estado. En los casos en que un Estado simplemente permita o tolere el comportamiento que prohíbe el Estado que afirma su jurisdicción -como era el caso, relativo a compañías reaseguradoras inglesas-, este último no tiene necesidad de efectuar el juicio de ponderación. Con posterioridad, sin embargo, y basándose en la opinión disidente redactada por el juez Scalia en *Hartford*, la corte ha restablecido -al menos en el nivel de su discurso- la relevancia de la consideración de los intereses de las demás naciones en su sentencia *Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*⁴²

³⁶ *Cit.*, p. 611-612.

³⁷ *Cit.*, p. 613.

³⁸ *Cit.*, p. 613-615.

³⁹ 595 F. 2d 1287 (1979).

⁴⁰ *Cit.*, p. 1296-1298.

⁴¹ 509 U.S. 764 (1993).

⁴² 542 U.S. 155 (2004).

En la doctrina y la jurisprudencia alemanas, el examen de posibles limitaciones al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en consideración a los intereses contrapuestos de otros Estados es asumido como un deber impuesto por el Derecho Internacional, que es parte integrante del derecho interno alemán y con rango suprallegal, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Fundamental. Su aplicación tiene lugar bajo la forma de tres principios: (i) la prohibición del abuso del derecho, que en rigor tiene más bien el carácter de una restricción al ejercicio de una competencia en abstracto legitimada, (ii) la prohibición de la intromisión en los asuntos internos de los demás Estados, y (iii) el principio de proporcionalidad, tanto en su mandato de adecuación (necesidad) como en su prohibición de exceso (ponderación o proporcionalidad *stricto sensu*). Su relevancia como criterios restrictivos es en todo caso comparativamente menor que la concreción normativa del concepto de efecto como conexión significativa para la afirmación de la jurisdicción extraterritorial (*supra* II-3.5).

III. EL DERECHO CHILENO

a) La ausencia de regulación aplicable a la jurisdicción del Estado de Chile sobre libre competencia

Las reglas de los artículos 18-1) y 39 inciso segundo-a) DL 211 afirman la competencia exclusiva del TDLC para conocer de las infracciones a la ley de libertad de competencia y del FNE para investigar dichas infracciones. No se trata de reglas de distribución, sino de concentración de competencia.

Ni la ley orgánica constitucional de bases de la administración del Estado (DFL N° 1/19.653) ni tampoco la Ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos administrativos de los órganos de la administración del Estado (Ley 19.880) establecen una regla de jurisdicción para el Derecho Administrativo sancionador.

El artículo 14 del Código Civil (“CC”) afirma jurisdicción regulativa sobre todas las personas presentes en el territorio chileno. Entendido, además, como criterio de aplicabilidad, niega relevancia a la condición de extranjero para excusarse del cumplimiento de las leyes chilenas dentro del territorio chileno. En cuanto referida al Derecho Público chileno, específicamente al Derecho Administrativo sancionatorio, la norma es por cierto funcional al principio de *lex fori*. En ningún caso, sin embargo, establece en sus propios términos una regla negativa de jurisdicción, es decir, una regla que limite la jurisdicción estatal chilena al principio de territorialidad.

El artículo 5° COT no establece una regla de competencia local o internacional, sino que, por el contrario presupone que otras reglas determinan la competencia de los tribunales chilenos. El sentido del artículo 5° COT, determinado por su proveniencia del artículo 5° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de

1875, consiste en centralizar el ejercicio de la jurisdicción adjudicativa del Estado de Chile en la organización de judicial que establece dicha(o) ley/código.⁴³

En la medida en que la infracción administrativa es una acción ilícita, podría ser relevante como base para una generalización la consideración de una regla de competencia civil que atendiera a la realización de la acción o al acaecimiento de sus consecuencias.⁴⁴ El COT no contempla, sin embargo, ni siquiera para efectos de la competencia local, una regla especial distinta de la regla general del domicilio del demandado (artículo 134 COT).

El Código de Derecho Internacional Privado (“Código Bustamante”: “CB”) contempla reglas de competencia internacional sobre las siguientes materias: asuntos civiles y mercantiles en general (artículos 318-322), acciones personales (artículo 323), acciones reales sobre bienes muebles (artículos 324 y 326), sobre bienes inmuebles y mixtas de deslinde y división de comunidad (artículo 325 y 326), sucesión testamentaria o abintestato (artículo 327), concurso de acreedores y quiebra (artículos 328 y 329), jurisdicción voluntaria (artículos 330 y 331), reglas excepcionales sobre asuntos civiles y mercantiles (artículos 333 a 339), asuntos penales (artículos 340 a 344).

El ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios por daños producidos por una acción ilícita no es objeto de una regla especial de competencia internacional que atienda a la acción o su resultado, como lo hace por ejemplo el Convenio de Bruselas de la Comunidad Económica Europea de 1968.⁴⁵ El conocimiento de las obligaciones derivadas de la causación de un daño por un hecho ilícito queda sujeto a las reglas de la sumisión (artículos 318-322) y a la regla general que considera alternativamente al tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación, o bien del domicilio o de la residencia del demandado (artículo 232).

Tampoco consagra el Código Bustamante una regla de competencia internacional para el conocimiento de infracciones administrativas y la aplicación de la sanción respectiva. Lo más cercano a esta materia es la autorización que otorga a los Estados parte para regular discrecionalmente su competencia *ratione loci* (artículo 316).

De todo lo dicho se desprende que no existe en el derecho chileno una re-

⁴³ En *Holzmann, Ernesto y otros con Gainsborg, José M.*, sentencia de 21 de noviembre de 1950 (casación en el fondo), Revista de Derecho y Jurisprudencia XLVII (1950), Segunda Parte, Sección Primera, p. 511, la Corte Suprema negó el carácter de regla de competencia internacional del artículo 5° COT, advirtiendo que la calificación de “temporal” se define por oposición a “espiritual” y que su función consistió en eliminar las jurisdicciones especiales existentes a la época de su establecimiento originario (1875), especialmente el fuero eclesiástico (considerandos 5° y 6°, p. 512-513). La lectura de los comentarios de Manuel Egidio Ballesteros confirma la interpretación de la Corte Suprema: el artículo 5° de la Ley 1875, calificada por este autor como “base fundamental de la presente Lei”, tuvo por función someter el ejercicio de la jurisdicción judicial al principio de la igualdad ante la ley (Manuel E. Ballesteros, *La Lei de Organizacion y Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago, 1890, Tomo I, p. 46). Con su decisión la Corte Suprema invalidó la sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 20 de mayo de 1949, que estimó que el artículo 5° COT restringía la competencia internacional de los tribunales chilenos en un sentido enteramente análogo al principio de territorialidad en material penal.

⁴⁴ Art. 5-4 del Convenio de Bruselas de 1968 de la Comunidad Económica Europea, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil autoriza al demandante para demandar ante el tribunal donde se hubiere producido el hecho dañoso.

⁴⁵ *Supra*, nota 42.

gla que explícitamente afirme o restrinja el ejercicio de jurisdicción por parte de la FNE o el TDLC, o que deba ser asumida como principio general de la jurisdicción regulativa de Derecho Público del Estado de Chile.

b) El Derecho Internacional penal del Estado de Chile

En contraste con lo anterior, la jurisdicción penal sí se encuentra regulada.

Del examen en conjunto de las reglas de los artículos 5° y 6° CP (1875), 1° del Código de Procedimiento Penal (1906, “CdePP”) y 6° del COT (1875/1943) se deduce que el Estado de Chile afirma como principio general la competencia de sus tribunales para conocer los hechos punibles “perpetrados” (CP, COT)/” “cometidos” (CdePP) dentro del territorio de la República de Chile. Excepcionalmente, el Estado de Chile afirma además competencia para conocer los hechos punibles “perpetrados” fuera del territorio nacional, en los casos específicos señalados por los N° 1° a 7° y 10° del artículo 6° COT y en los demás casos comprendidos en tratados internacionales en los que el Estado de Chile sea parte (“celebrados con otras potencias”: artículo 6° N° 8° COT).⁴⁶

Por su parte, el CB efectúa la distinción entre jurisdicción territorial y jurisdicción extraterritorial en forma paralela a la distinción entre el Derecho Internacional penal internacional y el Derecho Internacional procesal penal

El artículo 296 CB dispone que “las leyes penales obligan a todos los que residen en el territorio, sin más excepciones que las establecidas en este capítulo”, encontrándose su correlato procesal en el artículo 340 CB, que dispone: “Para conocer de los delitos y faltas y juzgarlos son competentes los jueces y tribunales del Estado contratante en que se hayan cometido”. A su vez, los artículos 305 a 308 CB contemplan situaciones en que la ley penal de un Estado es aplicable a personas que cometen los hechos fuera de su territorio, situación cubierta por la regla de competencia del artículo 341 CB: “La competencia se extiende a todos los demás delitos y faltas a que haya de aplicarse la ley penal del Estado conforme a las disposiciones de este Código”.

A diferencia del derecho alemán, francés e italiano, y a semejanza del derecho español, el derecho chileno no precisa cuándo debe entenderse que un delito ha sido cometido/perpetrado dentro o fuera del territorio chileno. En el caso del artículo 6° CP, ello se debe a que su fuente material, el Código Penal belga de 1867, tampoco regulaba esta cuestión, limitándose a usar la expresión “dentro/fuera del territorio del reino”.⁴⁷

En sus reglas de competencia en lo penal, el CB tampoco precisa cuán-

⁴⁶ En rigor el principio consagrado por el derecho chileno consiste en una regla general de renuncia a la jurisdicción extraterritorial penal, salvo declaración expresa en contrario mediante una regla legal. Ese principio se encuentra establecido en el artículo 6° CP. Además, debe tenerse presente que el catálogo del artículo 6° COT no es exhaustivo. La disposición complementaria más importante se encuentra en el artículo 3° del Código de Justicia Militar (“CJM”), que reproduce la distinción entre jurisdicción territorial y extraterritorial. El criterio que utiliza el artículo 3° CJM para efectuar la distinción es el lugar en que el delito haya “sobrevenido”.

⁴⁷ Sesión 4ª en 3 de mayo de 1870, en: Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Santiago, 1873, p.6. Los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del Código Penal belga no contienen pronunciamientos sobre esta cuestión (J.-S.-G. Nypels, *Legislation Criminelle de la Belgique, ou Commentaire et Complément du Code Pénal Belge*, Bruselas, 1867, Tomo I, p. xiv-xv, 27).

do debe entenderse que un delito ha sido cometido en un Estado determinado. Sin embargo, a propósito de las reglas de Derecho Internacional penal, para el caso de que los actos de que se compone un delito sean realizados en Estados contratantes diversos, establece dos reglas:

- a) si el acto realizado en los distintos Estados constituye por sí solo un hecho punible, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país (artículo 302 inciso primero);
- b) de lo contrario, debe darse preferencia a la soberanía local en que el delito se haya consumado (artículo 302 inciso segundo).

Entendida esta “preferencia a la soberanía local” como una regla de competencia -ese es su único sentido posible bajo el principio de la *lex fori*-, se tiene que el Código de Bustamante reconoce como criterio de determinación del lugar de comisión al lugar de la consumación.

Conforme al criterio formal de localización, por “lugar de la consumación” debe entenderse el lugar donde acaece el hecho que determina la realización total del supuesto de hecho de la norma punitiva. Ese hecho puede ser una acción ejecutiva (si se trata de un supuesto de hecho que configura un delito de mera actividad) o un resultado (si se trata de un supuesto de hecho que configura un delito de resultado).

La postura mayoritaria de la doctrina chilena es partidaria de la teoría de la ubicuidad, al menos en el sentido de que tanto en el caso de la consumación como de la ejecución parcial del hecho punible dentro del territorio son competentes para conocer de él los tribunales del Estado de Chile.⁴⁸ La postura minoritaria es sostenida por Alfredo Etcheberry, quien adhiere a la teoría de la acción.⁴⁹

Se encuentra fuera de duda que la competencia territorial local en el derecho chileno en materia penal usa como criterio de localización el principio de la ejecución del delito (artículo 157 inciso tercero COT).⁵⁰ Aunque Etcheberry no justifica su adhesión a la teoría de la acción mediante una generalización de esta regla de

⁴⁸ Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Santiago, 1960, Tomo I, p. 162-165; Luis Cousiño MacIver, *Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Santiago, 1975, p. 188-196; Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, *Comentario a los Artículos 5° a 9°*, en: Sergio Politoff Lifschitz, Luis Ortiz Quiroga (directores), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Santiago, 2002, p. 72-73; Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Martínez G., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Santiago, 2003 (2ª ed.), p. 118-119; Enrique Cury Urzúa, *op. cit. supra*, nota 17, p. 212-213. En rigor, sólo Cury, Politoff/Matus y Politoff/Matus/Ramírez adhieren irrestrictamente a la teoría de la ubicuidad. Novoa parte por afirmar su adhesión a la teoría de la consumación para luego extender la regla a la realización de actos de ejecución, en el sentido de la teoría de la acción. Cousiño renuncia a adoptar una definición genérica, pero en el tratamiento de los casos demuestra adherir a la teoría de la ubicuidad: la competencia para conocer de las acciones parcialmente ejecutadas en el territorio chileno estaría dada por una generalización del artículo 157 COT y la competencia para conocer de un delito consumado dentro del territorio, por la generalización del artículo 302 inciso segundo CB.

⁴⁹ *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Santiago, 1987, p. 71-72.

⁵⁰ El inciso tercero del artículo 157 COT fue añadido por la Ley 7.836, de 7 de septiembre de 1944. Es interesante observar que la disposición equivalente en la Ley de Organización de los Tribunales de 1875 establecía un criterio congruente con la teoría de la ubicuidad: “Art. 231. Si el delito se hubiere cometido (...) en dos o más lugares (...) será competente para conocer de él el tribunal de cualquiera de los lugares en que se hubiere cometido” (citado según Manuel E. Ballesteros, *op. cit.*, p. 264).

competencia local, Enrique Cury le atribuye ese argumento para criticarlo.⁵¹ En opinión de este autor, la cuestión de cuál de los tribunales de una misma jurisdicción estatal es competente para conocer de un delito total o parcialmente cometido dentro del territorio de ese Estado no es analogable a la cuestión de la cuál de las jurisdicciones estatales es competente para conocer de un delito parcialmente cometido en el territorio de distintos Estados. En el primer caso no hay variación en la legislación aplicable ni eventualmente en el interés estatal en la persecución del hecho.⁵² El argumento de Cury es concluyente: los problemas que resuelve un principio de reconocimiento de jurisdicción no son los mismos que los resueltos por una regla de competencia local.

En rigor, la regla del inciso tercero del artículo 157 COT ni siquiera implica una consagración de la teoría de la acción. Bajo la teoría de la acción es una anomalía atender exclusivamente al principio de ejecución, en vez de atender a la ejecución de cualquier acción típicamente relevante. El propósito de los principios del Derecho Penal internacional, incluyendo los Arts. 5º y 6º CP, es identificar una conexión significativa entre el Estado y hecho punible, y evidentemente esa no es la finalidad del artículo 157 COT. Lo que esta disposición persigue es fijar una conexión única entre el hecho y el territorio, para reducir al máximo el posible número de tribunales territorialmente competentes.

Los argumentos auténticamente esgrimidos por Etcheberry para preferir la teoría de la acción son tres.

En primer lugar, considera que ese sería el criterio afirmado preferentemente por el Código de Bustamante en su artículo 302 inciso primero. Eso es un error. El artículo 302 inciso primero se refiere al caso en que un acto de ejecución parcial de un delito a distancia constituya a la vez un acto de ejecución consumada de otro delito dentro del territorio.⁵³ El criterio afirmado por el Código de Bustamante, como ya se vio, es precisamente el opuesto al defendido por Etcheberry: la preferencia por la jurisdicción (“soberanía”) del Estado en cuyo territorio se consumó el delito.

En segundo término, estima que la teoría de la ubicuidad, aunque útil, puede dar lugar a problemas de *bis in idem*. Esta afirmación es correcta, pero no representa un argumento concluyente para desechar la teoría. Los eventuales problemas de *bis in idem* se resuelven aplicando el principio del *ne bis in idem* y las instituciones que lo hacen efectivo, como la declinatoria de jurisdicción y la excepción de cosa juzgada, o la vía procedimental que el sistema jurídico ofrezca para prevenir o remediar la violación de los derechos reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos.

En tercer lugar, considera que las razones que obligan a atender al momento de la acción en vez del momento del resultado para fijar el tiempo de comisión del delito son también decisivas para determinar el lugar de comisión del delito. Este es

⁵¹ Cury, *op. cit.*, p. 213. Quien generaliza esa regla es Cousiño (*supra*, nota 48), aunque sin atribuirle efectos excluyentes de consideraciones alternativas.

⁵² *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁵³ Correctamente, Cousiño, *op. cit.*, p. 191; Cury, *op. cit.*, p. 213.

un argumento relevante, que el resto de la doctrina no ha tomado en consideración. Lo que Etcheberry plantea es precisamente el núcleo conceptual de la teoría de la acción. La exigencia de identidad de criterio en la determinación del tiempo de la comisión y el lugar de la comisión se basa en la premisa de que para ambas cuestiones lo decisivo es el principio de la culpabilidad: el acaecimiento del hecho expresivo de la desobediencia a la norma, que sólo puede consistir en una acción humana, debe ser el punto de referencia para establecer ambas consecuencias.

La tesis falla porque las exigencias del principio de culpabilidad como fundamento parcial del principio de legalidad, esto es, la prohibición de efecto retroactivo de las leyes o garantía de *nullum crimen sine lege praevia*, que impide considerar a un hecho independizado de la agencia del destinatario de la norma como momento de la comisión del hecho, no impiden considerarlo como lugar de la comisión del hecho. La satisfacción de las exigencias propias de la imputación del hecho al autor (imputación a dolo o imprudencia) y el reconocimiento de la posibilidad de eximir de responsabilidad o atenuarla por error de prohibición evitan cualquier conflicto entre el principio de culpabilidad y la afirmación de jurisdicción penal respecto de acciones ejecutadas en el extranjero.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, la sentencia más relevante es el caso contra *Mario Luna Molina y otra*,⁵⁴ en la cual se plantea la cuestión de si una estafa cuya ejecución comenzó en territorio chileno y su consumación tuvo lugar en territorio extranjero cae o no dentro de la jurisdicción de los tribunales chilenos. Rechazando el recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la sentencia condenatoria por incompetencia del tribunal, entre otras consideraciones la Corte Suprema afirma:

(...) [E]l legislador no ha definido la palabra “perpetrados”, por cuyo motivo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil, ese vocablo debe entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de ese mismo vocablo;

(...) [D]e acuerdo con el léxico una de las acepciones del verbo “perpetrar” es “cometer” un crimen o un delito, y por lo tanto al referirse la ley a “crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República” debe entenderse que ha querido referirse a tales hechos “cometidos” en el extranjero y no exclusivamente a los “consumados” en otro país. A su vez, el Diccionario de la Lengua da entre otras acepciones al verbo “consumar” el significado de “llevar a cabo enteramente”, y al adjetivo “consumado” el de “perfecto”, de todo lo cual puede colegirse que las expresiones “perpetrados” y “consumados” no son sinónimas, como lo afirma el recurso. Ahora bien, a contrario, puede lógicamente sostenerse que los delitos “cometidos” en Chile, aunque su ejecución se hubiere completado, con posterioridad, fuera del territorio de la República, quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales chilenos, y no cabe discutir que un delito complejo, como el de estafa a que se refiere

⁵⁴ Corte Suprema, sentencia de casación en la forma de 14 de septiembre de 1964, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXI (1964), Segunda Parte, Sección Cuarta, p. 363 s.

este proceso, ha tenido en su gestación objetiva distintas etapas (...) [y] la totalidad de los actos de ejecución del delito (...) se realizaron aquí en Chile (...) con la sola excepción (...) [del acto] que únicamente vino a producir el perjuicio pecuniario de que resultó víctima la ofendida⁵⁵.

Es problema resuelto por la Corte Suprema en este caso es el inverso al problema que interesa a este Informe: este caso se trata de un delito parcialmente ejecutado en el territorio chileno y consumado en territorio extranjero. No obstante, el hecho de que el argumento de la Corte Suprema descansa principalmente en sostener que no sólo el lugar de consumación cuenta como lugar de perpetración implica que en sus resultados la decisión de la Corte Suprema es consistente con la teoría de la ubicuidad. Esta conclusión se ve confirmada por el hecho adicional de que la Corte Suprema no resolvió la cuestión sobre la base el artículo 157 COT, a pesar de la sentencia de segunda instancia apoyaba su consideración como tribunal competente precisamente en dicha disposición.⁵⁶

En suma, conforme a la posición dominante en la doctrina chilena el lugar de comisión del delito debe determinarse conforme a la teoría de la ubicuidad. Esta postura es consistente con la jurisprudencia de la Corte Suprema. No existe de parte de la doctrina ni de la jurisprudencia un pronunciamiento explícito acerca del carácter formal, semiformal o material del criterio de localización de las acciones o el resultado en tanto lugar de comisión.

Entre Estados parte en la Convención de Derecho Internacional Privado de 1968 (CB) el criterio obligatorio es el del lugar de la consumación del delito. El CB no resuelve la cuestión de si el criterio de localización de la consumación es formal o material.

IV. EXAMEN DEL DL 211

a) La estructura de los supuestos de hecho del artículo 3° DL 211

Concebida formalmente, tal como el delito la infracción administrativa está constituida por el/los hecho(s) correlativo(s) al supuesto de hecho de una sancionatoria ad-

⁵⁵ *Cit.*, considerandos 4° y 5°, p. 368-369.

⁵⁶ La justificación de la competencia del tribunal en base al artículo 157 COT fue criticada por el Fiscal (judicial), señor García Pica, sosteniendo que una regla de competencia entre tribunales de igual jerarquía no podía extenderse a “conflictos internacionales de legislaciones” (*cit.*, p. 367). En el considerando 3° de su sentencia sobre el recurso de casación en la forma, la Corte Suprema deduce “del sentido general de nuestra legislación” que “procede considerar cometido el delito en el lugar donde se dio comienzo a su ejecución, y, por consiguiente, no sólo puede ser perseguido en el país donde se produjo su total acabamiento o consumación” (*cit.*, p. 368). En otras palabras, la Corte Suprema relativiza el alcance del artículo 157 COT en dos sentidos: (a) no le asigna peso prevalente, (b) no entiende que excluya la competencia del tribunal del lugar de la consumación.

ministrativa.⁵⁷ La descripción de las infracciones a la libre competencia en el derecho chileno se encuentra en el artículo 3° DL 211, que es del siguiente tenor:

Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

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

- a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.
- b) La explotación abusiva por parte de un agente económico o un conjunto de ellos de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.⁵⁸

Esta regulación sustituyó el año 2004 la antigua descripción del delito genérico de atentado a la libre competencia, consagrada en el artículo 1° inciso primero del texto originario del DL 211.⁵⁹ El esclarecimiento de su sentido y alcance requiere precisar dos cuestiones interpretativas: (i) la relación existente entre los supuestos a), b) y c) del inciso segundo y el supuesto del inciso primero, y (ii) la relación existente entre la primera y la segunda hipótesis del inciso primero.

⁵⁷ Esta concepción formal de infracción corresponde al sentido del término en los artículos 18 N° 1° y 39 inciso segundo-a) del D.L. 211. La medida de la imputación subjetiva requerida por la norma sancionatoria administrativa no es objeto de análisis en este informe. Para simplificar el análisis, se parte siempre de la base de que las acciones examinadas son intencionales.

⁵⁸ Texto según el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Economía, de 7 de marzo de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211, con las modificaciones introducidas por el artículo 1° N° 1) de la Ley 20.361, de 7 de julio de 2009.

⁵⁹ “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados”. El inciso segundo, introducido por el DL 2760, de 5 de julio de 1979, calificaba la pena para el caso de que el atentado incidiera en artículos o servicios esenciales. Por su parte, el artículo 37 de la Ley 19.733, de 4 de junio de 2001, establecía que “Para los efectos de lo dispuesto en el decreto ley N° 211, de 1973, se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que tienden a impedir la libre competencia, los que entran en la producción de informaciones, el transporte, la distribución, circulación, el aviso y la comercialización de los medios de comunicación”.

Se encuentra fuera de duda que la modificación introducida por la Ley 19.911 en la tipificación de las infracciones al DL 211 consistió en sustituir un tipo penal único por una regulación sancionatoria administrativa que consagra un supuesto amplio (inciso primero) que no prejuzga *per se* la ilegalidad del comportamiento y tres casos ejemplares (inciso segundo).⁶⁰

La cuestión controvertida se refiere al sentido que cabe asignar a esos tres casos ejemplares. Una posibilidad es considerarlos como reglas hermenéuticas o bien como reglas probatorias (presunciones), es decir, como una explicitación legislativa del sentido que cabe atribuir a los términos con que la ley tipifica el supuesto genérico de atentado a la libre competencia o bien como una explicitación legislativa de las situaciones en las que puede tenerse por acreditado algún hecho cuya concurrencia es un requisito del supuesto genérico. La otra posibilidad es considerarlos como supuestos de hecho específicos que tipifican infracciones de modo independiente del supuesto genérico del inciso primero. Las consecuencias prácticas de una y otra opción son obvias: la segunda opción releva al requirente de la carga de la prueba de los elementos del supuesto de hecho genérico relacionados con los “efectos” producidos por la acción o a cuya producción tienda ella, y excluye para el requerido el argumento de atipicidad por la falta de producción de dichos efectos o falta de tendencia de la acción a producirlos.⁶¹

Si se sigue la primera opción interpretativa, toda acusación de infracción al DL 211 debe efectuarse bajo el supuesto genérico, por lo que no tiene mayor sentido analizar la estructura típica de los supuestos de hecho correspondientes a las letras a), b) y c) del inciso segundo.

Si se adhiere a la segunda opción interpretativa, entonces el análisis de la estructura típica de los respectivos supuestos de hecho pasa a ser relevante para la determinación de sus posibles lugares de comisión. Esta determinación puede ser decisiva para la discusión acerca de la afirmación de jurisdicción territorial sobre los casos concretos o puede no serlo, según si se estima que la calificación de un caso bajo uno de los supuestos específicos de las letras a), b) o c) del inciso segundo es obligatoria o facultativa para el FNE y el TDLC en relación con la calificación bajo el supuesto genérico del inciso primero. Sólo si se considera obligatoria esa calificación, la determinación de los posibles lugares de comisión de estas infracciones resulta decisiva para el ejercicio de jurisdicción sobre los casos concretos que caigan bajo dicha calificación.

El supuesto de hecho configurado en el inciso primero del artículo 3° DL 211 configura la infracción genérica contra la libre competencia equiparando dos

⁶⁰ Así lo afirma el mensaje presidencial al proyecto de ley que crea el Tribunal de la Libre Competencia (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley 19.911*, 2003, p. 12).

⁶¹ Domingo Valdés Prieto sostiene enérgicamente la primera opción interpretativa, en su variante de reglas hermenéuticas, *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, 2006, p. 389 s.; el mismo, “Tipicidad y regla *per se* en las colusiones monopólicas horizontales”, 4 *Anales Derecho UC - Temas de libre competencia* 2 (2008), p. 81 s., especialmente p. 102 s. Quien suscribe este informe no considera convincentes esas razones, pero no tiene sentido problematizarlas en este lugar. Entre otras consideraciones, porque esa argumentación no agota las razones relevantes para la discusión. Basta aquí con mantener abierta la cuestión.

hipótesis: la primera constituye inequívocamente una infracción de resultado y la estructura de la segunda depende de cómo se interprete la expresión “tienda a producir los efectos”.

Por analogía con la terminología de la doctrina penal, una infracción de resultado es aquella cuyo supuesto de hecho requiere para su realización el acaecimiento de un resultado *stricto sensu*, esto es, un estado de cosas espacio-temporalmente distinguible de la completa ejecución de la acción típica.⁶²

El resultado requerido por el tipo puede consistir en la alteración de un estado de cosas que se entiende correlativo al bien jurídico protegido por la norma que prohíbe el comportamiento constitutivo de la infracción. Esta parece ser, también, la condición de la primera hipótesis del inciso primero del artículo 3°. La correlación del artículo 1° DL 211⁶³ con el resultado requerido por la primera hipótesis de la infracción genérica a la libre competencia demuestra que los efectos de “impedir”, “restringir” o “entorpecer” la libre competencia corresponden a una alteración del estado de cosas -el tráfico económico- correlativo al bien jurídico protegido. Por eso puede decirse, por analogía también con la terminología de la doctrina penal, que se trata de una infracción (de resultado) de lesión.⁶⁴

En lo que respecta a la segunda hipótesis, la expresión “tienda a producir los efectos” puede concebirse como referida exclusivamente al sentido de la acción, lo que usualmente se formulará como una referencia a la intencionalidad del autor, o bien como referida, además, a su idoneidad objetiva para producir los efectos. Si se la concibe como exigencia puramente subjetiva, se trata de una infracción de peligro abstracto contra la libertad de competencia. Si se la concibe, además, como exigencia objetiva, se trata de una infracción de peligro concreto.

Lo segundo no implica, sin embargo, que tenga la estructura de una infracción de resultado. Por cierto, desde el punto de vista de la situación en que se encuentra el estado de cosas correlativo al bien jurídico la ejecución de una acción peligrosa implica una alteración de su condición previa. Pero esa alteración no constituye necesariamente un estado de cosas espacio-temporalmente distinguible de la ejecución de la acción, o sea, no constituye un resultado *stricto sensu*. Dado que toda ejecución de una acción altera el mundo preexistente a su ejecución, todo delito o infracción tendría la estructura de un delito o infracción de resultado, y

⁶² Para la distinción entre delitos de resultado y delitos de actividad, por todos: Jescheck/Weigend, *op. cit. supra*, nota 6, p. 278, 282.

⁶³ El artículo 1° del DL 211, según su modificación por la Ley 19.911, establece que la ley en cuestión “tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”. Conforme a la exposición efectuada por el entonces ministro de Economía, Jorge Rodríguez Grossi, esta declaración distinguiría a la libre competencia “de los ámbitos de la protección del consumidor, de la competencia desleal y las prácticas restrictivas en el comercio internacional, que cautelan bienes jurídicos distintos” (Boletín N° 2.944-03, Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, *Historia..cit.*, p. 42).

⁶⁴ La distinción entre delito de resultado/de actividad y la distinción entre delito de lesión/de peligro no es correlativa. El resultado *stricto sensu* previsto por el tipo puede consistir en una puesta en peligro (usualmente, concreto) y la actividad consumativa del delito conforme al tipo puede consistir en la lesión del objeto de ataque correlativo al bien jurídico protegido. Por todos Jescheck/Weigend, *op. cit.*, p. 282.

entonces la categoría carecería de sentido sistemático⁶⁵.

Para que la segunda hipótesis del inciso primero del artículo 3° tenga la estructura de una infracción de resultado es necesario explicitar en qué consiste ese estado de cosas diferenciable del hecho, la convención o la práctica que corresponde a la fórmula verbal “tender a producir”. No se divisa en qué pueda consistir tal estado de cosas. A falta de esclarecimiento de ese punto, debe asumirse que la segunda hipótesis se encuentra configurada como una infracción de mera actividad.

Desde el punto de vista subjetivo, la expresión “tender a” puede tener o no tener significación adicional al conocimiento de la idoneidad objetiva de la acción realizada para producir esos efectos. Si se le atribuye significación adicional, entonces la segunda hipótesis del inciso primero de artículo 3° es, además, una infracción de resultado cortado. Es decir, una infracción en cuya estructura el acaecimiento de un resultado *stricto sensu* es objeto de referencia por la descripción legal, pero no constituye un elemento objetivo de dicho supuesto de hecho, sino un elemento subjetivo. La manera usual en que la descripción legal de la infracción tematiza al acaecimiento de un resultado ulterior a la acción en esta clase de infracciones es mediante una referencia a la intencionalidad del autor: al momento de ejecutar la acción el autor debe tener el propósito de alcanzar un determinado resultado. El término técnico con que se designa este propósito es el de “tendencia interna trascendente”.

Las hipótesis de las letras a), b) y c) del inciso segundo tienen la misma estructura que la segunda hipótesis del inciso primero del artículo 3°.

Salvo por el sentido que pueda darse al elemento de la infracción descrita en la letra a) consistente en “conferir poder de mercado”, cuya relevancia sistemática dentro de la estructura de la infracción ha sido realzada por la Ley 20.361, las infracciones descritas en el inciso segundo constituyen infracciones de mera actividad, es decir, infracciones cuyo supuesto de hecho es realizado por la sola ejecución de una acción (o de varias acciones), sin que se requiera, además, el acaecimiento de un resultado *stricto sensu*.

Así concebida su estructura formal, se puede afirmar que las tres infracciones descritas en el inciso segundo son casos sistemáticamente vinculados a la segunda hipótesis del inciso primero, esto es, a la infracción genérica de mera actividad y resultado cortado, y constituyen un atentado de peligro contra la libre competencia.

Esto es indiscutible, tratándose de las infracciones de las letras b) y c).

En lo que respecta a la infracción de la letra a), si se considera que el elemento “conferir poder de mercado” corresponde a un estado de cosas espacio-temporalmente distinguible del hecho, acto o convención que lo confiere, entonces se trataría de un caso muy especial del supuesto de infracción de resultado cortado del

⁶⁵ Lo dicho permite apreciar el error en que incurre Valdés en su análisis. Del hecho que, a su juicio, la expresión “tender a producir” no exija sólo un determinado sentido del acto, convención o práctica, sino también su idoneidad o aptitud para lesionar la libre competencia, Valdés deduce que se trata de una puesta en peligro concreto de ese bien jurídico (*Libre Competencia...cit.*, p. 275). Esto es correcto. De aquí deduce, además, que se trata de un “resultado de peligro” (*op. cit., loc. cit.*), lo que es incorrecto. Lo que él llama “resultado de riesgo” no es más que la “eficacia causal” de las acciones para producir el resultado de lesión. Pero una propiedad de la acción no constituye un estado de cosas espacio-temporalmente distinguible de la acción, o sea, no constituye un resultado *stricto sensu*.

inciso segundo: una infracción de resultado de peligro concreto, con una tendencia -subjetiva y/u objetiva- referida a un resultado ulterior como resultado cortado (el correlativo a la lesión del bien jurídico).

En cualquiera de las cinco hipótesis legales, es importante advertir que la realización del supuesto de hecho puede corresponder a acciones complejas, es decir, a varias acciones individualmente distinguibles en cuya ejecución pueden intervenir varios individuos, que poseen en conjunto un mismo sentido normativo.

Algunas de las hipótesis legales parecieran constituir infracciones necesariamente complejas, por su carácter reiterativo: la infracción de la letra c) del inciso segundo es el caso más evidente, y siguiéndola, la infracción de la letra b) del inciso segundo. Otras constituyen infracciones eventualmente complejas. Así, las dos hipótesis del inciso primero y la de la letra b) del inciso segundo, y, si se estima que pudiera realizarse mediante una acción simple, desde luego la infracción de la letra c) del inciso segundo.

En el mismo sentido anterior, es también importante advertir que en las cinco hipótesis del artículo 3° existen descripciones de acciones que se encuentran situadas en distintos niveles de referencia.

Así, en la primera hipótesis del inciso primero del artículo 3° es reconocible una cadena cronológica de tres etapas o secuencias: (i) la celebración, individual o colectiva, de cualquier acto o convención, (ii) la ejecución del acto o convención celebrada y (iii) la producción del efecto de impedimento, restricción o entorpecimiento de la libre competencia.

Asimismo, en ese supuesto genérico la expresión “ejecutar (...) cualquier hecho que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia” es portadora de un sentido tan genérico que abarca por igual los dos primeros momentos de la secuencia temporal recién advertida. Así, la celebración del acto o convención (formación de un acuerdo, por ejemplo) es un hecho de esa naturaleza. La ejecución de ese acto o convención celebrado (implementación del acuerdo) es también un hecho de esa naturaleza.

En cuanto a las hipótesis de las letras b) y c) del inciso segundo del artículo 3° DL 211, también puede atribuirse a sus expresiones adverbiales (gerundios) el sentido de descripción de acciones eventualmente complejas o compuestas. Esto se encuentra facilitado por el hecho de que las formas verbales del supuesto genérico del inciso primero -“ejecutar o celebrar ... cualquier hecho, acto o convención”- aparecen en estas hipótesis especiales como sustantivos -“la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado”, “las prácticas predatorias”-. Por tal razón, los verbos y adverbios (gerundios) de estas hipótesis deben entenderse como descripciones de acciones complementarias de esas formas verbales sustantivizadas. Así, por ejemplo, cada acción de venta con imposición de venta otro producto realizado en explotación abusiva de una posición dominante en el mercado cuenta como acción típica bajo la letra b) del inciso segundo del artículo 3°⁶⁶.

⁶⁶ Esto no implica que cada una de esas acciones típicas individuales pueda contar como un cargo específico, con su pena específica, y por lo tanto acumulable a las penas por cada una de las demás acciones. La respuesta a esta pregunta pasa por una consideración de proporcionalidad (*ne bis in idem* simultáneo o prohibición de exceso por sanción múltiple).

b) La jurisdicción territorial del Estado de Chile sobre infracciones parcialmente ejecutadas en el extranjero y parcialmente ejecutadas en territorio chileno

Dado el carácter necesaria o eventualmente complejo de las infracciones configuradas en el artículo 3°, existe una alta probabilidad de que sean realizadas dentro del territorio nacional acciones constitutivas de ejecución parcial de las infracciones al DL 211. Conforme a la teoría de la acción en su formulación extendida en el Derecho Comparado (bajo la teoría de la ubicuidad), la ejecución parcial de la acción constitutiva de un elemento de la infracción justifica el ejercicio de jurisdicción territorial respecto de toda la infracción.

En todo caso, es indispensable que la acción ejecutada dentro del territorio chileno sea una acción que constituya un elemento de la infracción, es decir, que realice al menos parte del supuesto de hecho de la norma sancionatoria respectiva. Satisfaciéndose esa exigencia, la jurisdicción ejercida sobre el hecho es plenamente justificable como jurisdicción territorial, en el sentido del artículo 5° CP.

La regla de competencia relativa por razón de territorio del artículo 157 COT es irrelevante. Como ya se ha visto (*supra* III-2.6) esa regla no es generalizable como principio de reconocimiento de jurisdicción penal. Además, la regla tiene por objetivo distribuir competencia territorial entre una pluralidad de tribunales. Puesto que la competencia del TDLC es exclusiva, falla el presupuesto de aplicación de la regla.

Lo aseverado en el punto anterior es, además, consistente con la jurisprudencia administrativa del derecho chileno de la libre competencia.

La resolución N° 354 de la Comisión Resolutiva, de 22 de enero de 1991, afirma en lo pertinente lo siguiente:

La jurisprudencia reiterada de esta comisión, contenida en las Resoluciones N° 100, de 1981, 225, de 1986 y 251, de 1987, ha concluido que los Organismos Antimonopolios son plenamente competentes para conocer y resolver las materias que atañen al transporte marítimo efectuado por las empresas navieras conferenciadas que ejercen actividades en Chile, o cuyos actos producen efectos en Chile (considerando 5°-1).

El sentido en que esta afirmación forma parte de la razón decisoria de la Comisión Resolutiva no es directamente pertinente para la cuestión de la aplicabilidad espacial del DL 211. La controversia del caso se refería a una cuestión de competencia *ratione materiae*, a saber, si el artículo 5° del DL 3.509, de 1979, eximía o no a las compañías navieras de dar cumplimiento a los deberes y prohibiciones establecidos por el DL 211. No obstante, dado que el acuerdo que motiva el reclamo fue adoptado por conferencias marítimas en el extranjero, la frase “que ejercen actividades en Chile o cuyos actos producen efectos en Chile” implica la adopción del principio de territorialidad para determinar el ámbito de aplicación del DL 211⁶⁷ y de la teoría de

⁶⁷ Así lo entiende Valdés Prieto, *Libre Competencia...cit.*, p. 364.

la ubicuidad para determinar el lugar de comisión del atentado contra la libre competencia. Y, conforme a la teoría de la ubicuidad, la frase implica la consideración de una ejecución parcial -“ejercer actividades en Chile”- como condición suficiente para justificar la jurisdicción del Estado en aplicación del DL 211.

Asimismo, la Comisión Preventiva Central, en su dictamen N° 1243, de 28 de marzo de 2003, rechazó una denuncia formulada en contra de Microsoft Chile S.A. por conductas contrarias a la libre competencia realizadas en el extranjero por su matriz, Microsoft Corporation, ofreciendo como razón el siguiente argumento:

(...) la denuncia no contiene conductas directamente imputables a Microsoft Chile S.A. que atenten contra la libre competencia en el mercado nacional, ni se ha acompañado antecedentes fundados y graves que permitan concluir que las conductas imputadas a Microsoft Corporation que son objeto de procesos seguidos en el extranjero hayan afectado la libre competencia en Chile (considerando 8).

Como se puede apreciar, el hecho de que el objeto principal de la denuncia hayan sido acciones ejecutadas en el extranjero no implica, según la Comisión Preventiva Central, la exclusión de la jurisdicción chilena sobre el caso. Si esas acciones se relacionan con acciones realizadas en Chile, entonces el DL 211 es aplicable al caso y tienen competencia los órganos estatales chilenos. Esto también es consistente con la teoría de la ubicuidad.

No puede sostenerse, sin embargo, que la jurisprudencia administrativa citada haya afirmado la teoría de la equivalencia de los actos parciales de ejecución que es propia de la teoría de la ubicuidad. Para atribuirle ese sentido tendría que haber afirmado al menos *prima facie* la competencia del órgano adjudicador chileno para aplicar el DL 211 a todos los que intervinieron en esos acuerdos o prácticas: a todos los integrantes de las conferencias marítimas y a Microsoft Corporation. Evidentemente, ese no fue el sentido de la decisión en ninguno de los dos casos. Lo que interesaba a la Comisión Resolutiva y a la Comisión Preventiva Central era la justificación de la competencia para conocer los cargos contra las empresas navieras que ejercían actividades en Chile o contra Microsoft Chile S.A. En rigor, los casos antedichos parecieran expresar más bien la aceptación por la jurisprudencia administrativa del principio de fragmentación del ilícito, en el sentido del artículo 302 inciso primero CB.

c) La jurisdicción territorial de Chile sobre acciones totalmente ejecutadas en el extranjero

Como ya se ha visto, conforme a la teoría de la ubicuidad el lugar del acaecimiento del resultado típico cuenta como lugar de la comisión del hecho para efectos de justificar el ejercicio de jurisdicción territorial. El acaecimiento dentro del territorio chileno del resultado que es un elemento constitutivo de la infracción genérica del inciso primero del artículo 3° DL 211 -impedir, restringir o entorpecer la libre competencia- justifica la competencia del TDLC y del FNE respecto de los hechos, actos

o convenciones ocurridos en el extranjero que produzcan ese resultado. A la misma conclusión se llega generalizando la regla del artículo 302 inciso segundo CB, que otorga preferencia a la soberanía del lugar de la consumación del delito.

La consideración de un estado de cosas acaecido dentro del territorio como resultado típico implica la satisfacción de determinados requisitos:

- Debe atribuirse objetivamente el acaecimiento de ese estado de cosas a la acción típica, como la concreción del peligro creado por ella,
- Debe atribuirse subjetivamente el acaecimiento de ese estado de cosas al autor de la acción, conforme las exigencias de atribubilidad (imputación subjetiva) que sean aplicables al caso.

Además, para la imposición de la sanción respectiva debe probarse todos los hechos cuya concurrencia fundamenta los dos juicios de atribución, junto, por supuesto, con la prueba del acaecimiento del estado de cosas que constituye el resultado.

Si se estima que el FNE no está obligado a requerir bajo los supuestos del inciso segundo del artículo 3° DL 211 cuando se trate de comportamientos subsumibles en cualquiera de ellos, y si además el FNE está dispuesto asumir la carga argumentativa y probatoria que implica requerir bajo la primera hipótesis del inciso primero del artículo 3° DL 211, entonces la afirmación de jurisdicción territorial sobre esas conductas no es problemática, incluso si han sido completamente ejecutadas en el extranjero, con tal que hayan producido cualquiera de los efectos típicos de dicho inciso primero en el territorio chileno. Satisfaciéndose las condiciones especificadas *supra*, 3.2, se trata de afirmación de jurisdicción territorial en el sentido de los artículos 5° y 6° CP bajo la teoría de la ubicuidad, que es la teoría dominante en el Derecho Comparado, aceptada por la posición mayoritaria de la doctrina chilena y consistente con la jurisprudencia chilena.

Si, por el contrario, se estima que el FNE está obligado a requerir bajo la hipótesis del inciso segundo del artículo 3° que sea aplicable al caso, o bien si es el caso que el FNE tiene razones prudenciales para preferir no requerir bajo el supuesto genérico de infracción de resultado, entonces puede resultar más problemática la afirmación de jurisdicción territorial sobre comportamientos realizados en el extranjero. Pues se trata de supuestos de hecho que tienen la estructura de infracciones de mera actividad, en los que el resultado de lesión de la libre competencia no es elemento de la infracción.

Una manera de justificar la cobertura de estos casos como jurisdicción territorial consiste en postular un criterio semiformal de localización del resultado. Tal es el concepto material de resultado, en el sentido defendido por Jescheck y definido por Heinrich, es decir, como el efecto de una acción típica que excede de la mera ejecución de esa acción, jurídicamente desvalorado porque constituye el mal cuya evitación tiene por fin la norma penal.

Dado que el derecho chileno no impone al intérprete de los artículos 5° y 6° CP una concepción formal del resultado como elemento constitutivo de la infracción, se puede defender el uso de un criterio semiformal de localización como el que mejor responde a las necesidades de ejercicio de jurisdicción territorial frente a delitos configurados con adelantamiento de la consumación al momento de la lesión del bien jurídico. Desde el punto de vista del Derecho Internacional de la libre

competencia, el uso de un criterio semiformal de localización no presenta problema alguno de justificación de la jurisdicción, ya que es un criterio más restrictivo que la doctrina de los efectos.

La postulación de un criterio semiformal de localización del efecto o resultado como punto de conexión significativa se expone a tres objeciones. En primer lugar, su improcedencia. Lo usual entre los partidarios de la teoría de la ubicuidad es la aplicación del criterio formal de localización del resultado y el uso establecido genera una convicción acerca de su corrección. Eso no es una auténtica razón, pero sí indica de lado de quién se encuentra la carga de la argumentación. En segundo lugar, su ilegitimidad. El criterio formal de localización corresponde a la concepción formal del delito o la infracción, culturalmente afianzada como única concepción legítima en virtud del principio de legalidad. Pero sostener que el criterio de localización del resultado para justificar la jurisdicción tenga que satisfacer el principio de legalidad con el mismo rigor con que debe satisfacerlo la formulación de cargos por la comisión de la infracción sólo puede justificarse bajo una teoría que entienda a la regla de jurisdicción como parte integrante de la norma sancionatoria. Como arriba se dijo, esa es una teoría errada.⁶⁸ Tener que demostrar su error ante un tribunal aumenta considerablemente la carga argumentativa. Finalmente está la objeción de la pendiente resbaladiza: una vez que se deja el criterio formal de localización, se termina encubriendo el principio de protección. La objeción desconoce la existencia de un nutrido repertorio de criterios de apoyo institucional, provenientes de la teoría de la protección del bien jurídico, la sistematización de las clases de tipos y la teoría del concurso aparente y auténtico de delitos, que restringen las posibilidades argumentativas de localización del resultado. Pero, una vez más, la necesidad de demostración incrementa la carga de la argumentación.

En todo caso, la disyuntiva entre la ausencia de jurisdicción territorial bajo criterios formales de localización del resultado y la justificación de jurisdicción territorial bajo criterios semiformales de resultado no agota las opciones argumentativas. Para el tratamiento de estos casos es posible sostener una vía intermedia, basada en la extensión del principio de jurisdicción territorial a la tentativa y los actos preparatorios ejecutados en el extranjero.

Las hipótesis del inciso segundo del artículo 3° no son simplemente infracciones de mera actividad y resultado cortado. Ellas tienen una relación sistemática con la hipótesis de resultado del supuesto genérico del inciso primero del artículo 3° que es enteramente similar a que tiene con ella la hipótesis de mera actividad y resultado cortado del mismo inciso primero. Se trata de tipos de mera actividad y resultado cortado en los que el resultado ulterior a su consumación, de acaecer o ejecutarse realizaría otro tipo, alternativo al tipo de consumación anticipada.

⁶⁸ *Supra*, II-1.4: Si la teoría fuera correcta, el error acerca de la condición de pertenencia al territorio chileno del lugar donde el autor ejecuta su acción, por ejemplo a bordo de una nave, constituiría error de tipo y haría su comportamiento imprudente: el asesinato sería cuasidelito de homicidio y la violación restaría impune. Mucho más acertado intuitivamente resulta sostener que la eventual relevancia de ese error para la atribución de responsabilidad deba evaluarse conforme a las exigencias de conocimiento de ilicitud (error de prohibición): en los dos casos señalados como ejemplo, el error no tendría efecto.

Si estas disposiciones formaran parte del Código Penal podría sostenerse que las hipótesis de consumación anticipada (mera actividad y resultado cortado) constituyen un tratamiento punitivo especial de la tentativa de la respectiva hipótesis de resultado. Se trataría del equivalente a una tentativa cualificada: dado que su ejecución acabada implica consumación del delito de mera actividad y resultado cortado, no sería aplicable a su respecto la institución del desistimiento activo.⁶⁹ Por tal razón, sería aplicable a esta constelación de casos la regla de determinación del lugar de comisión del delito en consideración al lugar donde el resultado debería acaecer según la representación del autor de la tentativa, tal como lo afirma la teoría de la ubicuidad.

Por cierto, el DL 211 no establece una regla sobre sanción de la tentativa de las infracciones tipificadas en el artículo 3°, ni existe en el derecho chileno una regla general de sanción de la tentativa de infracciones administrativas. Más bien, el hecho de que el Código Penal excluya a las faltas de sus reglas generales de punición de la tentativa (artículo 7° CP) brinda apoyo institucional al principio opuesto, o sea, a considerar que la regla general del derecho chileno dispone que la tentativa de infracciones administrativas no es sancionable.

Lo dicho no quita que la relación existente entre las infracciones del DL 211 que “tienden a producir” los efectos cuyo acaecimiento constituye un elemento objetivo del tipo de la infracción genérica de resultado del mismo DL 211 es sistemáticamente equivalente a la que existe en el Derecho Penal entre una tentativa calificada y el respectivo tipo de consumación por producción del resultado, si esas infracciones son cometidas al menos con el nivel de intencionalidad requerido por la institución de la tentativa.

Esta semejanza estructural permite sostener que el lugar del acaecimiento del resultado que se representa el autor en las infracciones de resultado cortado del DL 211 cuenta como lugar de comisión de la infracción, conforme a la teoría de la ubicuidad.

Lo afirmado en las secciones precedentes debe entenderse bajo la observación de la aplicabilidad del artículo 302 inciso segundo CB, por generalización. Entre Estados parte en la Convención de Derecho Internacional Privado de 1968 puede estimarse como criterio aplicable (por generalización) el de la consumación de la infracción.

Todas las alternativas expuestas en esta sección para afirmar jurisdicción territorial sobre acciones completamente ejecutadas en el extranjero son consistentes con la jurisprudencia administrativa del derecho chileno de la libre competencia.

Tanto la resolución N° 345 de la Comisión Resolutiva, de 22 de enero de 1991, como el dictamen N° 1243, de 28 de marzo de 2003, de la Comisión Preventiva Central, aceptan que la producción de efectos/la afectación de la competencia en Chile es una base suficiente para otorgar competencia a los órganos estatales chilenos (*supra*, V-2.3, 2.4).

⁶⁹ Por todos, Jescheck/Weigend, *op. cit.* p. 590, 795.

d) ¿Jurisdicción del Estado de Chile conforme a la doctrina de los efectos?

Las dificultades a que da lugar la justificación de jurisdicción territorial sobre infracciones configuradas como adelantamiento de la consumación a un momento previo a la lesión del bien jurídico protegido quedarían completamente superadas si se justificara la jurisdicción de la FNE y el TLDC conforme a la doctrina de los efectos.

El artículo 5° COT no es obstáculo para la afirmación de la doctrina de los efectos: no consagra un principio de reconocimiento de la jurisdicción en el sentido del Derecho Internacional de la jurisdicción estatal.

Los artículos 5° y 6° CP, 6° COT y 296, 302, 305-308, 340 y 341 CB, que en conjunto regulan la jurisdicción territorial y extraterritorial penal del Estado de Chile, no imponen necesariamente un límite a la jurisdicción de la libre competencia del Estado de Chile, entendida como regulación administrativa sancionatoria.

La tesis de que las reglas de jurisdicción penal representan un límite insuperable para la jurisdicción de la libre competencia se basa en la consideración de ésta como Derecho Administrativo sancionador, y en la suposición de que la potestad punitiva y la potestad sancionatoria administrativa comparten una misma naturaleza.⁷⁰ Lo primero es correcto, lo segundo exige diferenciación.

Las garantías configuradoras y limitativas del ejercicio de la potestad punitiva del Estado son primariamente garantías del individuo frente a la amenaza de afectación de su libertad ambulatoria y los derechos consecuencialmente afectados por la privación de libertad, ya sea como pena o como medida procesal coercitiva. Ausente esa eventual afectación de derechos individuales en el Derecho Administrativo sancionatorio, la justificación de la extensión a él de los principios antedichos requiere razones adicionales.

Ciertamente, la existencia del artículo 6° CP representa un límite para la pretensión de ejercer jurisdicción penal. Si el DL 211 contuviera normas punitivas y careciera de una regla que afirmara jurisdicción extraterritorial respecto de los delitos sancionados por esas normas, difícilmente podría eludirse la consecuencia de someter esa pretensión de jurisdicción punitiva al principio de territorialidad. Más que expresar una presunción de intención legislativa interpretativamente refutable, el artículo 6° CP exige que la pretensión de jurisdicción extraterritorial sea declarada expresamente por el legislador mediante una disposición legal. Pero en la misma línea argumentativa de Meessen puede entenderse que esa exigencia es una auto-restricción del Estado en interés del destinatario de una reacción punitiva estatal atendida la peculiar gravedad de esa reacción.

Asumir que los límites autoimpuestos por el legislador para la validez de la reacción sancionatoria más intensa rigen *a fortiori* para la menos intensa es en rigor tan precipitado como asumir que las reglas sobre jurisdicción extraterritorial penal

⁷⁰ La consideración del Derecho Administrativo sancionatorio como manifestación del *ius puniendi* del Estado, deduciendo de ello la extensión de los principios legitimadores de la potestad punitiva a ese ámbito jurídico ha sido afirmada por el Tribunal Constitucional (Rol N° 244-1996, citado en Rol N° 480-2006).

validan *a fortiori* la regulación administrativo sancionatoria en todos los posibles ámbitos materialmente coincidentes del Derecho Administrativo sancionatorio. Lo razonable es partir de la premisa de que la generalización de las reglas sobre jurisdicción penal es posible y examinar a la luz de todas las consideraciones pertinentes si esa posibilidad es además la mejor solución como regla de jurisdicción administrativo sancionatoria de la libre competencia.

Coincide con este planteamiento la aproximación al problema de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionatorio adoptada recientemente por la Corte Suprema.⁷¹ En esta sentencia, referida a la aplicabilidad de la regla de prescripción de las faltas penales a las multas administrativas, el voto de mayoría -que extiende su aplicación- sólo afirma “la posibilidad” de aplicar el estatuto penal a la potestad administrativa sancionadora (cons. 7°) y el de minoría, sin negar esa posibilidad, insiste en que la aplicación extensiva de ese estatuto debe ser diferenciada y limitada (cons. 5° a 9°). Independientemente de lo que se considere correcto como decisión del asunto concreto, parece evidente que la apreciación de la posibilidad advertida por el voto de mayoría tiene que sujetarse al menos a alguno de los estándares diferenciados aludidos por el voto de minoría. De otro modo, la afirmación como correcto de aquello que es posible, sin razones adicionales a la admisión de la mera posibilidad, resta arbitraria.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto precedentemente puede concluirse que el hecho de que sean ejecutados parcial o totalmente los comportamientos constitutivos de infracción a la libre competencia conforme al artículo 3° DL 211 no excluye la jurisdicción del Estado de Chile para investigar y sancionar esas infracciones.

Esa jurisdicción puede afirmarse justificadamente, primero, como jurisdicción territorial en el mismo sentido con que se entiende el principio de territorialidad como fundamento de la jurisdicción regulativa penal. Es decir, se la puede justificar mediante la generalización del principio de territorialidad de la jurisdicción penal.

La afirmación de jurisdicción territorial puede justificarse, en primer lugar, sobre la base de considerar a la ejecución parcial de la infracción como conexión significativa con el territorio chileno. Esa justificación es incontrovertible. Si el acto parcial de ejecución, además, representa el momento de la consumación de la infracción, entonces el CB contribuye a su justificación. Para estos efectos, debe tenerse presente la alta probabilidad de que la realización de la infracción típica conforme al artículo 3° DL 211 tenga lugar mediante la ejecución de una pluralidad de acciones.

La afirmación de jurisdicción territorial puede justificarse, en segundo lugar, sobre la base de considerar a los efectos típicos previstos en la primera

⁷¹ Sentencia de 11 de mayo de 2010 (Rol N° 4627-2008).

hipótesis del inciso primero del artículo 3° DL 211 como conexión significativa con el territorio chileno. Esta justificación es sostenida por la teoría de la ubicuidad, que representa la concepción dominante en el Derecho Comparado y mayoritaria en la doctrina chilena. Además, puesto el acaecimiento de dichos efectos representa el momento de la consumación de la infracción, el CB contribuye a su justificación.

La afirmación de jurisdicción territorial puede justificarse, en tercer lugar, sobre la base de considerar las relaciones sistemáticas existentes entre la primera hipótesis del inciso primero del artículo 3° DL 211 y todas sus demás hipótesis como una relación equivalente a la que existe en el Derecho Penal entre un delito y su respectiva tentativa o acto preparatorio punible. Esa relación permite afirmar jurisdicción territorial sobre la base de considerar al efecto o acción ulterior que el autor de la infracción ejecutada en el extranjero se representó como un efecto o acción que se produciría o ejecutaría en territorio chileno. La consideración del lugar previsto para la consumación del delito por el autor de su tentativa como conexión territorial significativa también es sostenida por la teoría de la ubicuidad, que como se ha dicho representa la concepción dominante en el Derecho Comparado y mayoritaria en la doctrina chilena.

La afirmación de jurisdicción territorial puede justificarse, en cuarto lugar, sobre la base de considerar como base para una conexión significativa con el territorio chileno a los efectos o a las acciones ulteriores a la consumación de la infracción en el extranjero que son cuasi-institucionalmente relevantes, aunque no tengan el carácter de elementos constitutivos de la infracción. Esta justificación es sostenida por una variante de la teoría de la ubicuidad que postula la utilización de un criterio semiformal de localización. Esa variante es defendida por una postura minoritaria de la doctrina alemana y respaldada por el Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales. Quien suscribe este informe adhiere también a esta variante de la teoría de la ubicuidad.

Finalmente, podría justificarse la afirmación de jurisdicción sobre la base de la doctrina de los efectos, en el sentido defendido por la jurisprudencia federal norteamericana y consagrado por la legislación alemana. Esta justificación requiere demostrar que atendidas todas las consideraciones relevantes la mejor regla de jurisdicción para el derecho de la libre competencia del Estado de Chile, en tanto Derecho Administrativo sancionatorio, no se encuentra en una generalización de los principios que justifican la jurisdicción penal sino en la adopción de los principios extendidos en el Derecho Internacional de la libre competencia.

La selección del argumento justificatorio de la jurisdicción del FNE y el TDLC debe efectuarse a la luz de las características de cada caso concreto, bajo un principio de subsidiariedad argumentativa: debe preferirse siempre el argumento menos controvertible. El orden en que han sido expuestos los argumentos en estas conclusiones (tres a siete) corresponde a una secuencia de creciente controvertibilidad del argumento. Representa por lo tanto un orden de preferencia pragmática de esos argumentos.

INFORME EN DERECHO ACERCA DE LA COSA JUZGADA EN EL ORDEN ANTIMONOPÓLICO

Domingo Valdés Prieto*

I. INTRODUCCIÓN

El presente Informe se refiere a la institución de la cosa juzgada bajo la óptica del Derecho de la Libre Competencia Infraccional previsto en el Decreto Ley 211 de la República de Chile (en adelante DL 211), en la especial forma que aparece regulada por el artículo 32 del mencionado cuerpo normativo. Este precepto legal alcanza todas las formas decisionales que puede adoptar el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC), lo cual requiere considerar la específica naturaleza de cada una de ellas. Corresponde advertir que de las diversas potestades públicas asignadas por el legislador al TDLC sólo nos ocuparemos en el presente estudio de aquellas que se actualizan mediante sentencias y resoluciones antimonopólicas en relación con el referido artículo 32. La razón de esta distinción radica en que sólo las sentencias y resoluciones antimonopólicas generan inmutabilidad jurídica en la forma estricta de cosa juzgada, en tanto que las demás decisiones del TDLC producen efecto de cosa juzgada en un sentido analógico.

El análisis de las resoluciones y sentencias antimonopólicas, desde el punto de vista de la inmutabilidad jurídica que producen será complementado con jurisprudencia emitida por el TDLC y por la Excma. Corte Suprema de la República (en adelante la Corte Suprema).

Este estudio ha sido elaborado a solicitud de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE). Sin embargo, las conclusiones del mismo son responsabilidad privativa de su autor y, por tanto, no representan necesariamente el parecer o la visión de la FNE acerca de los tópicos aquí tratados. Cabe advertir que el presente Informe en Derecho de la Libre Competencia se realiza desde una perspectiva general, esto es, sin relación o referencia a una causa contenciosa o no contenciosa en curso o fenecida ni en consideración a una situación particular.

El presente informe se divide en cuatro secciones.

La Primera Sección (II), denominada Análisis del Artículo 32 del DL 211. Se subdivide en los siguientes capítulos: a. Antecedentes Normativos; b. Finalidad y c. Ámbito de Aplicación.

La Segunda Sección (III), titulada Cosa Juzgada Antimonopólica se estructura en base a los siguientes capítulos: a. Concepto de Cosa Juzgada en General; b.

* Abogado, Universidad de Chile y Master of Laws, University of Chicago. Profesor Titular de Derecho Económico y Libre Competencia, Universidad de Chile

Cosa Juzgada Antimonopólica: Fundamentación; c. Categorías de Cosa Juzgada y Cosa Juzgada Antimonopólica; d. La Identidad en la Cosa Juzgada Antimonopólica, y e. Cosa Juzgada Antimonopólica: Función Positiva y Función Negativa.

La Tercera Sección (IV), llamada Los Nuevos Antecedentes, se subdivide en los siguientes capítulos: a. Concepto de Nuevos Antecedentes; b. Naturaleza de los Nuevos Antecedentes; c. Requisitos de los Nuevos Antecedentes, y d. Vías Procesales para Presentar Nuevos Antecedentes.

La Cuarta Sección (V), denominada CONCLUSIONES, cierra este estudio entregando un breve resumen de las principales conclusiones.

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 32 DEL DL 211

a) Antecedentes normativos

Para comprender a cabalidad la institución de la cosa juzgada antimonopólica resulta importante considerar la evolución normativa que aquella ha experimentado a través de las sucesivas modificaciones del DL 211.

La Ley 13.305, cuyo Título V estableció el primer sistema tutelar de la libre competencia en la República de Chile, guardó silencio sobre la inmutabilidad de las decisiones adoptadas por la Comisión Antimonopolio, así como acerca de la posibilidad de recalificar o modificar los contenidos y alcances de las mentadas decisiones.

Por ello, más tarde, cuando en 1973 se resuelve reemplazar esta normativa, se contempla en el “Proyecto de Decreto-Ley para la Defensa de la Libre Competencia”, la siguiente disposición:

Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones de las Comisiones Preventivas Provinciales o Central no acarrearán responsabilidad sino en el caso que posteriormente sean calificados como contrarios a la libre competencia por ellas mismas o por la Comisión Resolutiva, y a partir desde que se notifique o publique la resolución que haga esta calificación.¹

Dicho texto se transformó en ley, concretamente en el artículo 14 del Decreto Ley 211 de 1973, aunque con una importantísima enmienda: para recalificar un acto o contrato se requería la aportación de nuevos antecedentes que justificasen tal recalificación. Así, se arribó al texto que rigió hasta el año 2003 y que disponía:

¹ Boletín de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno de Chile, p.329, año 1973.

Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones de las Comisiones Preventivas Regionales o Central no acarrearán responsabilidad sino en el caso que, posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes, sean calificados como contrarios a la libre competencia por ellas mismas o por la Comisión Resolutiva, y a partir desde que se notifique o publique la resolución que haga esta calificación.

La substancia de dicho precepto ha sido conservada en el nuevo y vigente artículo 32 del Decreto Ley 211, precisándose por la Ley 19.911, modificatoria del referido Decreto Ley 211, que la recalificación indicada queda entregada al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (continuador legal de las Comisiones Resolutiva y Preventivas), que la ausencia de responsabilidad alude a responsabilidad monopólica y que los ministros que concurrieron a la absolución de una consulta no quedarán inhabilitados para un nuevo pronunciamiento. Dispone el actual artículo 32 del Decreto Ley 211:

Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.

En todo caso, los ministros que concurrieron a la decisión no se entenderán inhabilitados para el nuevo pronunciamiento.

En el presente estudio nos ocuparemos de interpretar este último texto legal, que es el que se encuentra vigente, y al cual referiremos simplemente como artículo 32.

b) Finalidad

Se ha dicho por un profesor de Derecho Comercial que el DL 211 contempla una causal de justificación referida al tipo infraccional antimonopólico previsto en el artículo tercero, inciso primero, del antes mencionado cuerpo normativo y que aquella causal de justificación se hallaría formulada por el artículo 32.

Así, estima aquella opinión, que quien actúe ajustándose a lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no incurrirá en responsabilidad monopólica alguna y, por tanto, se encontraría justificado en su actuar. Si bien la conclusión expuesta, en lo que se refiere a la exención de responsabilidad es verdadera en tanto que dicho tribunal haya concluido que no había lugar a responsabilidad monopólica, constituye, a nuestro juicio, un grave error creer que ello es el resultado de una causal de justificación. Si recordamos que una causal de justificación consiste en uno o más preceptos legales o supralegales de contenido permisivo que impiden la calificación de antijurídica de una conducta que ha sido subsumida en una determinada prohibición típica o imperativo típico, procede concluir que el artículo 32 del

DL 211 no contiene causal de justificación alguna. Sólo hay causal de justificación allí donde existe una permisión que remueva la prohibición o imperativo típicos. El Tribunal Antimonopólico no está habilitado para “justificar” o remover la antijuridicidad de una conducta típica, esto es, una conducta que se encuentra en contradicción con la libre competencia, de conformidad con el DL 211. Todo lo contrario, el TDLC tiene el deber de ejercitar su potestad jurisdiccional y consultiva en orden a aplicar el tipo infraccional previsto en el artículo 3 del DL 211. Mediante la actividad jurisdiccional el TDLC debe determinar si se ha perpetrado una conducta reñida con el bien jurídico tutelado y, en caso afirmativo, proceder a sancionar a quien ha cometido una ofensa contra la libre competencia (proceso jurisdiccional sancionatorio) y análogamente, mediante actividad consultiva el TDLC debe determinar si se ha perpetrado una conducta reñida con el bien jurídico tutelado y, en caso afirmativo, proceder a imponer condiciones o medidas propiamente tales al autor de una conducta incompatible con la libre competencia (procedimiento judicial consultivo), en ambos casos aplicando el tipo infraccional antimonopólico. De lo expuesto se sigue que el Tribunal Antimonopólico aplica en ambas clases de procedimientos -sancionatorio y consultivo- el tipo infraccional del DL 211, pero no puede en forma alguna dispensar una conducta demandada (o requerida) o consultada que vulnere la libre competencia.

El artículo 32 del Decreto Ley 211 no autoriza en forma alguna al Tribunal Antimonopólico a crear una exención monopólica respecto de una conducta que transgrede el tipo infraccional antimonopólico. Por lo tanto, si dicho tribunal crease tal exención, además de las responsabilidades en que pueden quedar incursos los ministros integrantes de este órgano jurisdiccional, nos podríamos hallar frente a la instauración de un monopolio de privilegio, establecido por la vía del ejercicio de potestades públicas conferidas al Tribunal Antimonopólico. Lo anterior, de verificarse, podría configurar una transgresión del artículo cuarto del Decreto Ley 211 por parte del propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. De allí que no concordamos con la idea expuesta de que el artículo 32 del DL 211 pueda contemplar una causal de justificación establecida por el propio TDLC.

Así, la finalidad del artículo 32 en comento es otra: conferir certeza jurídica en el ámbito antimonopólico para quienes se han ceñido a las decisiones del TDLC.² Esta certeza es fundamental atendida la apertura del tipo infraccional, universal y bipartito, que presenta el artículo tercero del DL 211, la complejidad que exhibe la determinación *in concretum* del bien jurídico tutelado libre competencia y la sofisticación jurídica y económica que muestra la jurisprudencia emanada del TDLC y de la Corte Suprema en la resolución de estas delicadas materias.

Podría surgir la duda de si el artículo 32 consagra una *acción de revisión*; creemos que no es así por las siguientes razones. La acción de revisión persigue la impugnación de una sentencia firme fundada sobre documentos o testigos falsos; cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta; o bien pronunciada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y no alegada en el juicio en el cual la sentencia

² Auto Acordado N°5/2004 del TDLC, acuerdo tercero, inciso segundo. La referencia que dicho Auto Acordado realiza al artículo 19 debe entenderse efectuada al actual artículo 32 del DL 211.

firme recayó.³ Por contraste, el artículo 32 requiere “*nuevos antecedentes*”, lo cual es muy diferente de afirmar que los antecedentes empleados en el procedimiento anterior fuesen falsos, fraudulentos o violatorios de la cosa juzgada. En otras palabras, la *acción de revisión* busca determinar la irregularidad de los antecedentes empleados para alcanzar la sentencia con una *finalidad reparatoria*, en tanto que la *acción o petición fundada en nuevos antecedentes* presenta un *objetivo actualizador* de la respectiva sentencia o resolución antimonopólica. Podría alguien argüir que la irregularidad de los antecedentes ya invocados en el previo proceso constituye un nuevo antecedente; discrepamos de esta logomaquia, toda vez que según demostraremos los nuevos antecedentes no consisten en volver con nuevos argumentos sobre los antecedentes ya expuestos en el proceso anterior, sino en presentar antecedentes adicionales a los ya invocados previamente. En la Sección III.4 nos ocuparemos de las vías procesales para presentar nuevos antecedentes y allí contrastaremos la *acción y petición fundada en nuevos antecedentes* con la *acción de revisión*.

c) **Ámbito de aplicación**

Si bien el TDLC es un tribunal especial,⁴ es más que un órgano jurisdiccional, puesto que el legislador le ha dotado de una variedad de funciones extrajurisdiccionales inusuales en un Tribunal de la República, las cuales se hallan orientadas a la tutela de la libre competencia en los mercados.⁵ Así, aquella constituye la finalidad a la cual se ordenan todas las potestades públicas que conforman la autoridad pública del Tribunal Antimonopólico. Lo anterior amerita realizar, en el presente acápite, una brevísima descripción de sus potestades públicas para efectos de exponer cómo éstas se relacionan con el artículo 32.

De allí que nos ocuparemos primero del ámbito formal de aplicación del artículo 32, configurado por las potestades del TDLC y luego trataremos el ámbito material del artículo 32, consistente en las conductas, objeto de las referidas potestades públicas, que resultan alcanzadas por aquel precepto legal.

Es importante advertir que las atribuciones de la FNE no quedan comprendidas bajo el ámbito de aplicación del artículo 32 del DL 211.

i. *Ámbito formal*

Cada una de las formas de ejercitar la autoridad pública conferida al TDLC se traduce en diferentes actos de autoridad y estos constituyen el término y causa final de las potestades públicas asignadas al Tribunal Antimonopólico para la tutela de la libre competencia. En síntesis, esta relación entre las conductas conocidas por el TDLC y la libre competencia y sus diversas modalidades de relación constituyen la especial

3 Artículo 810, Título XX, Código de Procedimiento Civil.

4 Artículo 5, Decreto Ley 211.

5 Artículo 1, inciso primero, Decreto Ley 211.

razón bajo la cual y por la cual interviene en cada caso el Tribunal Antimonopólico. Esta razón es la forma especificativa de la modalidad de autoridad pública ejercitada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y da lugar a los siguientes principales actos de autoridad:

- i) **sentencias**, esto es, actividad jurisdiccional, mediante la cual se determina la existencia o inexistencia de un injusto monopólico y en el primer caso establece la sanción aplicable;
- ii) **resoluciones**, esto es, actividad judicial no contenciosa mediante la cual se absuelve una consulta antimonopólica y de verificarse contradictoriedad entre la conducta consultada y la libre competencia pueden fijarse condiciones o medidas propiamente tales para eliminar tal contradictoriedad;
- iii) **informes**, es decir actividad pericial del TDLC acerca de ciertos competidores o mercados relevantes, según prescriba la legislación sectorial correspondiente;
- iv) **reglamentos externos**, denominados “instrucciones de carácter general”;
- v) **reglamentos internos**, denominados generalmente “auto acordados” y
- vi) **proposiciones normativas o requisiciones** actos mediante los cuales propone la dictación, modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios según lo exija la tutela de la libre competencia.

En relación a las **sentencias antimonopólicas** es importante comprender en esta categoría los equivalentes jurisdiccionales reconocidos por el DL 211: conciliaciones antimonopólicas⁶ y acuerdos extrajudiciales antimonopólicos,⁷ los cuales deben ser aprobados por el TDLC para producir el efecto de cosa juzgada. Entre los acuerdos extrajudiciales quedan comprendidas las transacciones antimonopólicas.⁸

Es importante advertir que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no tiene otras potestades públicas que las conferidas por el DL 211 u otras leyes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N°5 del DL 211 y por ello cualquier petición o solicitud que no corresponda a las potestades públicas del Tribunal Antimonopólico debe ser rechazada. Así, este tribunal ha resuelto: “*Que, la solicitud de interpretación de los peticionarios no corresponde a ninguna de las vías procesales que contempla el artículo 17 del Decreto Ley N°211 para dar inicio a un procedimiento ante este tribunal, y que este tribunal, además, carece de facultades para iniciar causas de oficio.*”⁹

⁶ Artículo 22, inciso primero, DL 211. Resolución Intermedia de fecha 15 de octubre de 2008 del TDLC, considerandos 6 y 7, Rol C N°169-08.

⁷ Artículo 39, letra ñ), DL 211.

⁸ Corte Suprema, 6 de agosto de 1951, RDJ, t. 48, sec. 1ª, pg.385.

⁹ Sentencia N°3/2004 del TDLC, considerando 4°.

Cabe observar que las potestades públicas que procederemos a analizar suelen clasificarse en preventivas y sancionatorias, esto es, en aquellas que tienen por finalidad impedir, evitar o disuadir la perpetración de un ilícito monopólico y aquellas cuyo objeto consiste en sancionar las conductas vulneratorias de la libre competencia ya perpetradas. En algunas situaciones este distingo se difumina en atención a que entre las modalidades de ilícito sancionado se halla aquel injusto monopólico que pone en riesgo la libre competencia, sin causar a ésta lesión efectiva. En otras palabras, si bien colocar en riesgo próximo o probable la libre competencia es constitutivo de un ilícito monopólico, es discutible si la sanción de este último cumple una función preventiva o una función sancionatoria o ambas simultáneamente.

La potestad jurisdiccional es aquella que permite decir el derecho, el *ius* o lo justo del caso particular, causa del conflicto intersubjetivo. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha recibido del legislador una potestad jurisdiccional con una finalidad muy determinada: resolver conforme a derecho y justicia las pretensiones procesales que puedan plantearse como consecuencia de los ataques o vulneraciones al bien jurídico tutelado libre competencia, las cuales son calificadas como infracciones monopólicas de conformidad al Decreto Ley 211. De allí que toca a este tribunal decir lo justo antimonopólico o, si se prefiere, el derecho de cada cual en un conflicto de libre competencia. Esta altísima tarea se resolverá en decir que a tal conducta corresponde una determinada sanción por conculcar la libre competencia o bien que a esa conducta no corresponde sanción alguna por no concurrir todas las exigencias necesarias para la configuración de un injusto monopólico. Esta potestad jurisdiccional se ejercita a través de un proceso contencioso que debe cumplir cabalmente con las exigencias propias de un debido proceso: i) bilateralidad de la audiencia, esto es, notificación y audiencia del afectado; ii) presentación y debida valoración de las pruebas; iii) sentencia dictada por un tribunal imparcial y objetivo; iv) dictación de sentencia dentro de un plazo razonable; v) razonable fundamentación de resoluciones intermedias y sentencia, y vi) posibilidad de impugnación de sentencia ante órgano superior.¹⁰

La potestad jurisdiccional del TDLC se halla señalada en el artículo 18 N°1 del DL 211 y si bien es cierto que aquella sólo menciona el *conocer*, no cabe duda que comprende los tres momentos jurisdiccionales previstos constitucionalmente: conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.¹¹ En efecto, una lectura sistemática de los artículos 3, 18 N°1, 26 y 28 del mencionado cuerpo normativo confirma que la potestad jurisdiccional reúne los tres momentos señalados y que el TDLC tiene competencia para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir un injusto monopólico o infracción a la libre competencia.¹² Esta potestad se halla sometida a un procedimiento, calificado como contencioso, que se rige por los artículos 19 a 29 del DL 211 y supletoriamente por los Libros I y II del Código

¹⁰ Sesión 101 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en Evans de la Cuadra, Enrique, “Los Derechos Constitucionales”, Tomo II, pgs. 139-148, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

¹¹ Artículo 73, Constitución Política de la República y artículo 1, Código Orgánico de Tribunales.

¹² Resolución Intermedia del TDLC, de fecha 27 de septiembre de 2012, dictada en Rol C 242/12, considerando 1.

de Procedimiento Civil. En ocasiones esta potestad pública ha sido interpretada por el propio Tribunal Antimonopólico en un sentido más lato.¹³

El primer inciso del artículo 32 en comento emplea la expresión “*decisiones del tribunal*”, con lo cual aquel precepto legal debe aplicarse a lo dispuesto por el Tribunal Antimonopólico en ejercicio de cualesquiera de sus potestades públicas, sea que rematen en sentencias, resoluciones, reglamentos internos o externos, informes y propuestas normativas (requisitoria). Ciertamente que los efectos sobre la responsabilidad monopólica del artículo 32 sólo refieren a aquello que específicamente corresponde a la decisión del TDLC manifestada en ejercicio de una o más de las referidas potestades públicas.

El propio TDLC ha confirmado, con alcance general y no para un caso particular, que el artículo 32 del DL 211 aplica no sólo a las sentencias antimonopólicas sino que también a las resoluciones antimonopólicas.¹⁴

ii. *Ámbito material*

Los hechos, actos o convenciones realizados por autoridades públicas, personas jurídicas de derecho público o privado y personas naturales sólo pueden ser conocidos por el Tribunal Antimonopólico en lo que dice relación con la libre competencia y por la Corte Suprema en su calidad de superior jerárquico con motivo del ejercicio de ciertos recursos.

El legislador de la Ley 19.911 incurrió en una omisión: si bien amplió la consulta antimonopólica a “hechos” según lo prueba el artículo 18 numeral 2º, olvidó luego incluirlos al tratar los efectos de aquellos “*hechos*” que sean ejecutados de conformidad con la resolución emitida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Este olvido legislativo es lamentable, puesto que resulta obvio y así lo confirma la jurisprudencia, que quien consulta un determinado “*hecho*” y se ajusta a lo resuelto por el Tribunal Antimonopólico, debe quedar exento de responsabilidad monopólica por la ejecución del mismo.

En tal sentido, no tenemos duda alguna que el ámbito material del artículo 32 en comento está conformado por hechos, actos y convenciones, según lo demuestra la sistemática del DL 211.

¹³ Resolución Intermedia del TDLC, de fecha 27 de septiembre de 2011, dictada en Rol C 184/08. Véase especialmente considerandos tercero y séptimo, en virtud de los cuales el TDLC ha resuelto que en cuanto a la competencia que el artículo 697 del Código de Procedimiento Civil entrega para efectos de conocer de los juicios sobre pagos de honorarios, este tribunal es, sin lugar a dudas, la primera instancia del juicio principal en el que se originó la obligación que se pretende cobrar, dado lo preceptuado en el artículo 27 del DL 211; y en consecuencia, que una correcta y armónica interpretación del DL 211 y del artículo 697 del Código de Procedimiento Civil permite concluir que dicha disposición otorga sin duda alguna competencia a este tribunal para conocer de la materia allí señalada y que, dado que el propio artículo 697 ordena dar tramitación incidental a la reclamación deducida ante el tribunal que haya conocido del asunto, ha de estarse respecto de dicha tramitación incidental, a lo dispuesto por el artículo 24 del DL 211 en materia de incidentes.

¹⁴ Auto Acordado N°5/2004 del TDLC, acuerdo tercero, inciso segundo. La referencia que dicho Auto Acordado realiza al artículo 19 debe entenderse corresponde al actual artículo 32 del DL 211.

iii. Alcance del artículo 32 DL211

La protección que entrega el artículo 32 está construida en forma amplia y por ello dicho precepto está formulado en los términos bajo los cuales está escrito. La certeza que confiere el artículo 32 DL 211 exhibe matices según cuál sea la naturaleza de la decisión judicial adoptada en cada oportunidad, lo cual no impide afirmar que todas las decisiones del TDLC se encuentran capturadas por la ritualidad judicial atendido que sus correspondientes potestades se hallan radicadas en un Tribunal de la República.

Resulta relevante distinguir ante qué clase de ejercicio de potestad del TDLC se está, puesto que hay decisiones que versan sobre casos concretos, que dan lugar a una cosa juzgada en un sentido estricto, y decisiones que refieren a situaciones generales, que pueden dar lugar a una cosa juzgada en un sentido analógico, concepción que modernamente se ha abierto paso en relación a otras decisiones judiciales de carácter general.¹⁵ Asimismo, las situaciones de carácter general se rigen, además, por institutos diversos de la cosa juzgada que no trataremos en esta oportunidad.

En la categoría de decisorias genéricas se encuentran las potestades reglamentarias interna y externa, así como la propositiva o requisitoria que necesariamente versan sobre preceptos de alcance general, sea éstos de jerarquía legal o reglamentaria. Las decisiones del TDLC que refieren a casos particulares -sentencias y resoluciones antimonopólicas- generan cosa juzgada en un sentido estricto o propio al amparo del artículo 32.

Los informes antimonopólicos que emite el TDLC también son de alcance particular, pero atendida la naturaleza de pericia que aquellos exhiben carecen del sentido decisional que demanda el efecto de cosa juzgada y, por tanto, estimamos que no producen cosa juzgada en un sentido propio y riguroso.

¹⁵ Si bien es cierto que el asunto es controvertido a nivel doctrinario, puede citarse a modo de ejemplo al destacado jurista y profesor Juan Colombo Campbell, quien afirma: “(...) es de la esencia de todo proceso que los efectos de la sentencia que le pone término se traduzcan en una verdad jurídica indiscutible e inamovible, o sea, que produzca cosa juzgada; que las sentencias emanadas de los procesos que tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto, de competencia de los Tribunales Constitucionales, producen cosa juzgada sustancial y absoluta, con efecto erga omnes; por lo tanto, lo resuelto no puede volver a debatirse”, en “Las Sentencias Constitucionales: Tipología y Efectos”, pg. 285, en obra colectiva “Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina. Presente y Prospectiva”, coordinada por Nogueira Alcalá, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.

III. COSA JUZGADA ANTIMONOPÓLICA

a) Concepto de cosa juzgada en general

El principio del *non bis in idem* ha sido destacado entre los principios generales, tanto de la moral¹⁶ como del derecho,¹⁷ reconocidos por las naciones civilizadas. No sólo la litis pendencia sino que también la cosa juzgada constituyen expresiones en el orden judicial del principio jurídico *non bis in idem*,¹⁸ en cuanto impiden doble persecución, doble juzgamiento y doble sanción.¹⁹ La cosa juzgada es manifestación judicial del principio mentado en su dimensión substantiva, en cuanto implica la prohibición de sanciones múltiples,²⁰ en tanto que la litis pendencia es manifestación judicial del referido principio en su dimensión procesal, en cuanto prohibición de acción (persecución) múltiple. La prohibición de sanción múltiple entraña la prohibición de juzgamiento múltiple y ello encuentra fundamento en nuestro orden jurídico a través de tratados internacionales suscritos por la República de Chile.²¹

La fórmula “cosa juzgada” presenta dos acepciones: i) *lo decidido*, esto es, aquel juicio dotado de imperio mediante el cual un tribunal realiza la justicia distributiva del caso particular determinando lo suyo de cada cual y ii) *la inmutabilidad de lo decidido y sus efectos*; según observa Enrico Tullio Liebman: “La autoridad de la cosa juzgada es (...) aquel más alto grado de inmutabilidad que va a reforzar la eficacia de la sentencia que ha decidido sobre la acción o sobre el mérito”.²² La eficacia corresponde a los efectos de lo decidido. Aquella inmutabilidad es una cualidad de los efectos de lo decidido, un modo de ser de estos o, puesto en otros términos, la particular intensidad con que aquellos se producen.²³ Observa Carnelutti que aquella inmutabilidad extingue tanto el poder del juez de pronunciar como el derecho de la

¹⁶ Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, Tomo VIII, Tratado de la Justicia, 2-2, Cuestión 68, artículo 4, objeción 3, pg.540, Madrid, 1956.

¹⁷ Cheng, “General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals”, pgs. 336 y ss., London, 1953.

¹⁸ Article 50, The European Union Chart of Fundamental Rights. Artículo 1, inciso final, Código Procesal Penal de la República de Chile.

¹⁹ Para un contraste entre cosa juzgada y litis pendencia, véase Carlos Anabalón Sanderson, “Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno”, N°1264, pgs. 146-147, Vol II, Escuela Tipográfica Salesiana, Santiago, 1963.

²⁰ Resolución Intermedia de 23 de diciembre de 2010 del TDLC, considerando 24, Rol N° C212-10.

²¹ Artículo 5, Constitución Política de la República en relación con artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De esta forma, el principio del *non bis in idem* está incorporado a nuestro derecho interno, tanto en referencia a sentencias penales absolutorias como condenatorias. En el mismo sentido, artículo 42, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal y artículo 433 N°4 del Código Procesal Penal.

²² Enrico Tullio Liebman, “Corso di Diritto Processuale Civile”, N°154 y stes, pgs. 26 y stes, Milano, 1952.

²³ Enrico Tullio Liebman, “Eficacia y Autoridad de la Sentencia”, pg. 19 y ss., Editorial Ediar, S.A., Buenos Aires, 1946.

parte de provocar, sobre la misma litis una nueva decisión.²⁴ Un destacado iusfilósofo no ha vacilado en afirmar que el establecimiento de la cosa juzgada es el fin inmanente del proceso.²⁵

Esta segunda significación de cosa juzgada no debe ser confundida con la coercibilidad, imperatividad o ejecutabilidad de lo decidido, ya que éstas acompañan virtualmente a todo acto de autoridad pública.²⁶

La finalidad de aquella inmutabilidad es impedir que se controvierta lo mismo nuevamente, razón por la cual ya enseñaban las Pandectas: “Se determinó por razón probable que cada controversia había de ser por distinta acción y que terminaba por la sentencia; pues de lo contrario sería grande la multitud de los pleitos y dificultosa su determinación, particularmente si se pronunciasen diversas sentencias; luego, se debe oponer la excepción de cosa juzgada”.²⁷ Es por ello que la cosa juzgada se ha estimado fundada en la seguridad jurídica, derivada de la esencia misma del hombre en cuanto ser sociable.²⁸

Se ha dicho que la cosa juzgada puede conceptualizarse como un vínculo de naturaleza jurídico público que obliga a los Tribunales de Justicia a no juzgar nuevamente lo ya decidido.²⁹ Consideramos que esta definición es insuficiente, toda vez que la inmutabilidad de lo resuelto no sólo obliga a los Tribunales de Justicia, sino que a todas las autoridades públicas de la Nación, sean éstas legislativas, administrativas, contraloras, de banca central o de otra naturaleza.³⁰ A nuestro juicio esta inmutabilidad es no sólo interna al Poder Judicial sino que también externa a éste, toda vez que ha de ser respetada por los demás poderes públicos conforme prescribe nuestra Constitución Política de la República.

La cosa juzgada ha sido también descrita como un estado jurídico en el cual se encuentran algunos asuntos judiciales por haber sido objeto de una decisión juris-

²⁴ Francesco Carnelutti, “Derecho y Proceso”, Tomo I, pg. 319, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971. En sentido semejante, Elio Fazzalari, “La Giurisdizione Volontaria”, pgs. 149 y 150, Padova, 1953, quien lo resume como “incontestabilità per le parti e irrettrabilità per i giudici”.

²⁵ Werner Goldschmidt, “Introducción Filosófica al Derecho”, pg. 586, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.

²⁶ Eduardo J. Couture, “Vocabulario Jurídico”, pg.196, Montevideo, 1960. Este tratadista distingue los siguientes atributos de la cosa juzgada: coercibilidad, inmutabilidad e irrevisibilidad. Consideramos que sólo la inmutabilidad define la cosa juzgada, en tanto que la primera cualidad señalada pertenece a todo acto de autoridad pública a firme y que la irrevisibilidad equivale a la preclusión.

²⁷ Pandectas, XLIV.II.6.

²⁸ Augusto Durán Martínez, “Cosa Juzgada Administrativa”, pg.123, Ius Publicum N°3, Universidad Santo Tomás, Santiago, 1999.

²⁹ Emilio Alfonso Garrote Campillay, “La Cosa Juzgada Constitucional ante la Doctrina y Jurisprudencia Nacional”, pg. 167, en “Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales en la Litigación Pública”, obra colectiva coordinada por Arancibia, Martínez y Romero, U. de los Andes, Legal Publishing Chile, Santiago, 2013.

³⁰ Artículo 76, inciso primero, Constitución Política de la República. Si bien consideramos que dicho precepto constitucional no consagra la cosa juzgada en forma directa, indubitadamente refrenda que ésta no puede ser intervenida ni por el Congreso ni por el Presidente de la República.

diccional definitiva en un proceso.³¹ Consideramos que esta descripción no explica en qué consiste el mentado estado jurídico y para ello cumple recordar a Liebman, quien con gran precisión ha dicho que la cosa juzgada es “la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia”. La inmutabilidad de lo resuelto permite incorporar los derechos generados por la respectiva decisión judicial al patrimonio de los afectados en virtud de la garantía del derecho de propiedad prevista constitucionalmente³². En efecto, la mentada inmutabilidad da lugar a derechos adquiridos y éstos se generan con el ingreso de los mismos al patrimonio de una persona, lo cual acontece en virtud de un acto subjetivo o al verificarse el supuesto de hecho previsto en una norma general, pero en este último caso no derivan directamente de la norma general sino que de la referida situación de hecho.³³ Naturalmente, tales derechos perderán la calidad de adquiridos si luego aquella sentencia resulta invalidada a través de una acción de revisión o mediante acciones equivalentes.

La inmutabilidad de lo resuelto es protegida a través de la acción (*actio iudicati*) y excepción de cosa juzgada (*exceptio rei iudicate*).³⁴ En tal sentido, la doctrina ha concluido que la *excepción de cosa juzgada* permite preservar la inmutabilidad constitutiva de la cosa juzgada y, por tanto, aquella debe ser imprescriptible. La excepción de cosa juzgada no requiere que haya identidad actual entre el juicio que nuevamente se promueve y el que ya se falló, toda vez que basta que la nueva demanda tienda a colocar en peligro el cumplimiento de la primera sentencia³⁵. Para invocar la excepción de cosa juzgada basta que aquellos a los cuales aprovecha la decisión anterior en conformidad con la ley impidan un nuevo pronunciamiento, sea en el mismo o en otro sentido del preexistente y sea que se pretenda que aquel tenga lugar en el mismo procedimiento o en otro diverso. Asimismo, la cosa juzgada requiere que sea la misma situación jurídica la que se pretende someter nuevamente a decisión judicial, sin que desaparezca esta igualdad de situación por no ser unas mismas las expresiones con que el demandante sustenta su derecho, si substancialmente tienen el mismo alcance.

Por contraste, la *acción de cosa juzgada* guarda más bien relación con la ejecutabilidad o cumplimiento forzado de lo resuelto y no con la inmutabilidad de lo decidido.

La Excma. Corte Suprema de la República ha sentenciado que “*la cosa juzgada es una institución de orden público y constituye uno de los fundamentos necesarios del régimen jurídico al asegurar la certidumbre y estabilidad de los derechos que ella consagra*”.³⁶

³¹ Andrés de la Oliva, “Sobre la Cosa Juzgada Civil, Contencioso Administrativa y Penal, con Examen de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, pg. 17, Editorial Ramón Areces, Madrid, 1991.

³² Artículo 73, Constitución Política de la República y artículo 9, inciso segundo, Código Civil.

³³ Augusto Durán Martínez, “Cosa Juzgada Administrativa”, pg. 131, Ius Publicum N°3, Universidad Santo Tomás, Santiago, 1999.

³⁴ Artículos 174 y 175, Código Procedimiento Civil.

³⁵ José Bernardo Lira, “Prontuario de los Juicios o Tratado de Procedimientos Judiciales i Administrativos con Arreglo a la Lejislación Chilena”, Tomo I, N°435, pg. 304, Librería Central de Mariano Servat, Santiago, 1895.

³⁶ Corte Suprema, 9 de mayo de 1958, RDJ, t.55, sec 1ª, pg. 71

Conviene observar que la certidumbre y estabilidad aludidas por la Corte Suprema son las que resultan de la inmutabilidad de la decisión judicial, toda vez que ésta no puede ser alterada por una decisión judicial posterior y menos por un acto emanado de una autoridad pública diversa de la judicial. La certidumbre y estabilidad aludidas por la Corte Suprema como esenciales a la cosa juzgada corresponden a la inmutabilidad antes expuesta y, por tanto, son diferentes de la certeza que subyace a la decisión judicial,³⁷ toda vez que esta última guarda estrecha relación con los medios probatorios aportados en el procedimiento respectivo y que corresponde a la llamada *certeza moral* de las decisiones judiciales por oposición a la certeza de orden metafísico o físico.

Si bien la descripción que realiza la Corte Suprema resulta muy precisa, da lugar a la paradoja de que si bien este instituto se encuentra reconocido indirectamente a nivel constitucional, la substancia de su regulación ha quedado entregada a la jerarquía legal. Ello explica las variantes que presenta el instituto de la cosa juzgada en función de la materia regida por el legislador; así, la cosa juzgada civil, la cosa juzgada penal y la cosa juzgada antimonopólica exhiben perfiles propios y características singulares, según veremos. La diversidad de materias y sus particulares exigencias también explican las diferentes clases de cosa juzgada elaboradas por el legislador, cuyas categorías principales son la cosa juzgada substancial y la cosa juzgada formal.

La cosa juzgada en nuestro sistema, por contraste con lo que acontecía en la antigua Roma, se refiere no sólo a las sentencias que se pronuncian sobre el fondo, sino que también a las sentencias de contenido puramente procesal.³⁸

Se ha dicho que la cosa juzgada civil -sea material o formal- sólo puede operar respecto de un juicio contradictorio o litigio.³⁹ Asimismo, se añade que el fundamento de esta exigencia radicaría en que la Constitución garantiza a todas las personas que la sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción ha de basarse en un proceso previo y no se configura éste sin que previamente exista un emplazamiento, que permita que lo decidido por dicho órgano se haga extensivo a quienes figuraron como parte.⁴⁰ Como corolario de lo expuesto se ha señalado que en los procedimientos en los cuales no existe contradictor resulta imposible alcanzar la cosa juzgada.⁴¹

Es interesante mencionar el artículo 821 del Código de Procedimiento Civil que dispone: “*Pueden los tribunales, variando las circunstancias y a solicitud del interesado, revocar o modificar las resoluciones negativas que hayan dictado, sin*

³⁷ Elio Fazzalari, “La Giurisdizione Volontaria”, pg. 147, Padova, 1953: “L’esame di tutti e tipi di sentenza dimostra che essa in nessun caso (e nemmeno quand’è sentenza così detta di accertamento) consiste in un accertamento.”

³⁸ Francisco Hoyos Henrichson, “La Cosa Juzgada”, pg. 43, Revista de Derecho Procesal N°11, Año VI, Universidad de Chile, Santiago, 1976.

³⁹ Alejandro Romero Seguel, “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno”, pgs. 43 y ss, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

⁴⁰ Alejandro Romero Seguel, “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno”, pg. 44, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

⁴¹ Alejandro Romero Seguel, “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno”, pg. 45, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

sujeción a los términos y formas establecidos para los asuntos contenciosos. Podrán también en igual caso revocar o modificar las resoluciones afirmativas con tal que esté aún pendiente su ejecución”.

Así, las sentencias firmes pronunciadas en el ámbito civil no contencioso exhiben la estabilidad prevista en el antes transcrito artículo 821, en tanto no varíen las circunstancias en que se dictan las resoluciones negativas y las afirmativas cuya ejecución esté pendiente.

A contrario sensu, tratándose de resoluciones afirmativas y ejecutadas no cabe la revocación o modificación de las mismas, aunque se verifique un cambio de circunstancias y medie solicitud de interesado. Sin embargo, aquella estabilidad de las resoluciones no contenciosas es improcedente invocarla contra sentencias firmes pronunciadas en el contencioso, asunto en el cual existe unanimidad en materia procesal.⁴²

Cabe recordar lo dispuesto en el Código Procesal Civil para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que al regular los Procesos Voluntarios dispuso: “Las providencias de jurisdicción voluntaria no pasan en autoridad de cosa juzgada, salvo expresa disposición legal en contrario”.

Lo expuesto para el orden civil, contencioso y no contencioso, es correcto. Sin embargo, el legislador antimonopólico ha mudado substantivamente para el ámbito del Decreto Ley 211 varios de los principios y criterios que rigen los procedimientos civiles, según expondremos en las secciones siguientes del presente estudio.

b) Cosa juzgada antimonopólica: fundamentación

Advertíamos que el presente informe sólo versa sobre las decisiones del TDLC que, por su naturaleza concreta, dan lugar a la cosa juzgada en un sentido estricto y propio. Esta concepción estricta de la cosa juzgada, referida a decisiones concretas, esto es, sentencias y resoluciones antimonopólicas, es compartida por el TDLC.⁴³ Las decisiones judiciales concretas son aquellas que permiten identificar personas determinadas y materias específicas; de allí que nuestra legislación consagre el principio de la relatividad de la cosa juzgada en alusión a sus correspondientes límites subjetivos y objetivos.⁴⁴

Respecto de las **sentencias antimonopólicas**, que deciden una controversia que necesariamente versa sobre la eventual existencia de una infracción al DL 211, no genera sorpresa el que aquellas produzcan el efecto de cosa juzgada. Esto se debe a que la cosa juzgada es generalmente concebida como un atributo de ciertas senten-

⁴² Hugo Pereira Anabalón, “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil”, pg. 14, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1997.

⁴³ Resolución 8/2005 del TDLC, considerando 3: “(...) En consecuencia, puede desprenderse de la norma citada que las decisiones de este tribunal y la de los organismos de que es sucesor legal producen el efecto de cosa juzgada, el que es eficaz tan sólo en lo que dice relación con el proceso concreto en el que se ha producido o con relación al estado de cosas (persona, objeto, causa) tenido en consideración al decidir” (énfasis añadido).

⁴⁴ Artículo 3, inciso segundo, Código Civil.

cias judiciales que efectivamente resuelven una materia, acogiendo o denegando lo solicitado en una demanda o requerimiento. Así, la cosa juzgada resulta de la solución definitiva de un asunto. De conformidad a los artículos 174 y 175 del Código de Procedimiento Civil las sentencias definitivas⁴⁵ o interlocutorias⁴⁶ firmes producen cosa juzgada. La firmeza viene dada por el agotamiento de los recursos, sea que éstos hayan sido interpuestos o bien se haya dejado transcurrir el plazo correspondiente sin habérselos entablado. La cosa juzgada impide iniciar un nuevo juicio en el que concurren las identidades correspondientes, salvo algunas situaciones de excepción como acontece, por ejemplo, en el orden civil con la acción de revisión.⁴⁷ Si bien la regla general es que la cosa juzgada refiera a un juicio preexistente, también podría ser invocada respecto del mismo proceso en el cual se ha dictado una sentencia interlocutoria que resuelve un asunto de fondo estableciendo derechos permanentes para las partes.

Por contraste, respecto de las **resoluciones antimonopólicas** que deciden una consulta antimonopólica, que necesariamente versa sobre la eventual contradictoriedad de una conducta actual o futura con el DL 211, podría llamar la atención que aquellas produzcan el efecto de cosa juzgada. Esta sorpresa sería explicable para quien observara que el artículo 18 N°2 del DL 211 califica esta materia como *no contenciosa* y recordara que, de conformidad a la doctrina procesal autorizada, los actos judiciales no contenciosos producen cosa juzgada sólo en los casos previstos por los artículos 820 y 821 del Código de Procedimiento Civil, esto es, tratándose de sentencias afirmativas cumplidas.⁴⁸ La circunstancia de que el artículo 32 del DL 211 no siga esta regla civil se explica por las siguientes razones:

- (i) Ninguno de los preceptos substantivos o adjetivos que reglan la potestad consultiva y, por tanto, tampoco la resolución antimonopólica mediante la cual termina el procedimiento correspondiente, remite ni supletoria ni subsidiariamente al Libro IV del Código de Procedimiento Civil, en el cual se hallan localizadas las disposiciones que limitan la cosa juzgada en materia no contenciosa en el sentido antes expuesto;
- (ii) La potestad consultiva se asimiló legislativamente a una materia no contenciosa por razones eminentemente operativas, no obstante lo cual aquella presenta multitud de particularidades que la distancian de los procedimientos civiles no contenciosos y, por tanto, resulta razonable que la actividad judicial consultiva del TDLC no haya sido sometida a las reglas del Libro IV del Código de Procedimiento Civil. La potestad consultiva se caracteriza por

⁴⁵ Artículo 158, inciso 2, Código de Procedimiento Civil.

⁴⁶ Artículo 158, inciso 3, Código de Procedimiento Civil.

⁴⁷ Artículos 810-816, Título XX, Libro III, Código de Procedimiento Civil.

⁴⁸ Juan Colombo Campbell, "La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Procesal Chileno", pgs. 131-132, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980.

- estructurarse a través de un procedimiento no contencioso, sin perjuicio que en función del estado del hecho, acto o convención consultado aquel puede transformarse en contencioso, en las situaciones previstas por el Auto Acordado 5/2004 del TDLC. El procedimiento no contencioso en comento se caracteriza por permitir al TDLC determinar la eventual contradictoriedad o incompatibilidad entre la conducta consultada y el bien jurídico libre competencia apreciado *in concretum* en el respectivo mercado relevante. Si bien en ciertos casos los procedimientos no contenciosos - ambién llamados de jurisdicción voluntaria o graciosas⁴⁹ no dan lugar a cosa juzgada, ello ha sido modificado por el legislador antimonopólico en los términos del artículo 32 del DL 211.
- (iii) Como certeramente ha observado la Excma. Corte Suprema la materia antimonopólica presenta una naturaleza diversa de la puramente civil⁵⁰ y ello se manifiesta no sólo en la interpretación de normas substantivas, tales como el tipo infraccional antimonopólico, sino que también en normas adjetivas como acontece con la cosa juzgada que rige el procedimiento consultivo antimonopólico; y
- (iv) La potestad consultiva está íntimamente asociada a la potestad sancionatoria toda vez que ambas se encuentran radicadas en el mismo Tribunal Antimonopólico y no constituyen sino el anverso (eminentemente preventivo) y el reverso (eminentemente represivo) de la tutela del bien jurídico libre competencia. De allí que lo decidido bajo la potestad sancionatoria impida modificar lo decidido bajo la potestad consultiva y viceversa. En otras palabras, el TDLC constituye una autoridad pública dotada de unidad y, por tanto, lo decidido en casos concretos - ya sea por consulta o bien por demanda y/o requerimiento - debe preservar la coherencia que reclama el bien jurídico tutelado. Dicha coherencia se determina mediante la identidad subjetiva y objetiva que caracteriza la cosa juzgada antimonopólica. Concurriendo aquellas identidades, resulta improcedente que lo resuelto en una consulta antimonopólica sea desconocido en una sentencia antimonopólica y viceversa. Lo anterior, según tendremos oportunidad de demostrar, condiciona la flexibilidad con que deben ser construidas las identidades subjetiva y objetiva que operan como presupuestos de procedencia de la *res iudicata* en el ámbito de la libre competencia.

Tanto las sentencias como las resoluciones emitidas por el TDLC presentan

⁴⁹ Artículo 2, Código Orgánico de Tribunales y Libro IV del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁰ Corte Suprema, 17 de julio de 2013, considerando 10 *in fine*.

la estructura lógica de un juicio, en virtud del cual se resuelve algo con un alcance particular. De allí la fundada preocupación del TDLC de asegurar coherencia entre una y otra forma decisoria, lo que le llevó a la dictación del Auto Acordado N°5/2004. En efecto, la existencia de contradicción entre las decisiones mediante las cuales el TDLC imparte la justicia antimonopólica menoscabaría la autoridad de sus sentencias y resoluciones ya firmes, fomentaría un revisionismo de las mismas por los afectados y desincentivaría las consultas por resultar inútiles sus resoluciones. Esto generaría un estado de incertidumbre que finalmente afectaría adversamente la operatoria misma de la libre competencia en los mercados al incentivarse una litigación desmesurada. De allí que el legislador antimonopólico haya extendido el manto de la cosa juzgada en el ámbito de la tutela de la libre competencia no sólo a las sentencias que dicta el TDLC sino que también a las resoluciones que emanan de este tribunal especial. Sobre el particular debe recordarse lo resuelto por el TDLC: “(...) *las decisiones de este tribunal y de los organismos de que es sucesor legal, producen el efecto de cosa juzgada (...)*”.⁵¹

Así, la cosa juzgada antimonopólica resguarda la inmutabilidad de lo decidido mediante sentencias y resoluciones, impidiendo la reapertura de procedimientos fenecidos y la modificación de lo decidido, a menos que medien nuevos antecedentes.

El carácter concreto de las decisiones del TDLC consistentes en sentencias y resoluciones ha quedado de manifiesto en el Auto Acordado N°5/2004 del TDLC. En éste, el Tribunal Antimonopólico dispone que dicho auto acordado persigue evitar decisiones contradictorias entre lo resuelto en una sentencia y lo decidido en una resolución: “*Que existe la posibilidad de que ante este tribunal se presenten consultas y demandas o requerimientos que se refieran a unos mismos hechos, actos o convenciones, circunstancia que podría dar lugar a procedimientos paralelos y a decisiones contradictorias*”.⁵²

Esta eventual contradictoriedad entre lo resuelto y lo sentenciado prueba que ambas formas decisionales son manifestaciones de un juicio concreto y referido a un caso particular que, de ser el mismo, presenta riesgo de contradicción. El TDLC es sumamente preciso y acertado a este punto, toda vez que al evitar decisiones contradictorias cautela la justicia distributiva que como tribunal le corresponde aplicar, evitando así incurrir en discriminaciones arbitrarias.⁵³ Esto se explica porque una resolución antimonopólica genera efectos sobre una sentencia antimonopólica - en tanto medie identidad subjetiva y objetiva entre ambas - y viceversa. Este efecto es el previsto en el artículo 32, que aplica por igual para ambas categorías de decisiones del TDLC, según lo ha confirmado la Corte Suprema.⁵⁴ De allí que el legislador antimonopólico y luego el TDLC hayan debido velar para evitar contradicciones entre decisiones constitutivas de resoluciones y decisiones constitutivas de sentencias.

⁵¹ Resolución 18/2006 del TDLC, considerando 3.

⁵² Auto Acordado N°5/2004 del TDLC, considerando segundo.

⁵³ Artículo 19 N°22, Constitución Política de la República.

⁵⁴ Corte Suprema, sentencia de 10 de junio de 2013, considerando 8. Rol N° 982-2012.

Lo que es regla y está resuelto en una sentencia antimonopólica y no puede ser desconocido por otra sentencia antimonopólica, lo he denominado “*cosa juzgada intrasentencias*”. Asimismo, lo que es regla y está resuelto en una resolución antimonopólica y no puede ser puesto en duda por otra resolución antimonopólica, lo he llamado “*cosa juzgada intra-resoluciones*”. Sin embargo, cabe añadir que lo resuelto en una sentencia antimonopólica tampoco puede ser puesto en duda en una resolución antimonopólica ni viceversa, situación que he designado “*cosa juzgada interdecisiones*”.⁵⁵

Precisamente el instituto de la cosa juzgada en el orden antimonopólico tiene por finalidad dar certeza jurídica, en el sentido de evitar la existencia de decisiones contradictorias o la renovación de acciones respecto de asuntos ya resueltos.⁵⁶

Estas tres formas de *res iudicata antimonopólica* resultan tuteladas por el artículo 32 del DL 211 y, asimismo, cualquiera de ellas puede ser desafiada mediante la aportación de nuevos antecedentes, según desarrollaremos en la sección correspondiente.

Esta *cosa juzgada interdecisiones* da cuenta de que en las decisiones concretas del TDLC -resoluciones y sentencias- la misma conducta es examinada respecto del mismo bien jurídico protegido, el cual es siempre apreciado *in concretum*, esto es, al interior del correspondiente mercado relevante. En otros términos, lo preventivo del caso particular manifestado en una resolución da cuenta de una eventual contradictoriedad o incompatibilidad entre una conducta concreta y el bien jurídico libre competencia expresado en forma consultiva y, por tanto, referido a una eventual remoción de una posible responsabilidad monopólica mediante la imposición de condiciones. Por contraste, lo sancionatorio del caso particular manifestado en una sentencia da cuenta de una eventual contradictoriedad o incompatibilidad entre una conducta concreta y el bien jurídico libre competencia expresado en forma infraccional y, por tanto, referido a la eventual responsabilidad monopólica que, de configurarse, deberá ser sancionada. De allí que mediando la correspondiente identidad subjetiva y objetiva, la decisión del caso particular de una resolución supone un juzgamiento que vincula al TDLC en relación a una sentencia sobre el mismo caso particular. Si no fuese así, no tendría sentido que el legislador antimonopólico hubiese conferido al TDLC una potestad consultiva cuyas resoluciones carecen de efecto alguno y pueden ser enmendadas mediante el simple expediente de la emisión de una nueva resolución o bien de una nueva sentencia.

A nuestro juicio, este efecto de las decisiones sobre casos particulares que hemos descrito como *res iudicata antimonopólica* del TDLC se manifiesta en todos los aspectos de conducta sometida al escrutinio del TDLC, en la siguiente forma:

⁵⁵ Un ejemplo de cosa juzgada parcial “interdecisiones” lo hallamos en Resolución Intermedia de 6 de diciembre de 2007 del TDLC, considerando 7, Rol C N°147-07: “(...) se acogerá parcialmente la excepción de cosa juzgada, sólo en cuanto este tribunal no se pronunciará respecto de los hechos a que se refirió el conflicto que la Comisión Preventiva Central resolvió en el año 2002 mediante su Dictamen N°1229.” Decimos que esta cosa juzgada es “intradecisiones” toda vez que vincula un Dictamen de la Comisión Preventiva Central a una resolución intermedia del TDLC emitida en un proceso contencioso.

⁵⁶ Resolución 667/2002 de la Comisión Resolutiva, considerando 3.

- a) tratándose de una sentencia antimonopólica, impide una nueva sentencia antimonopólica o una posterior resolución antimonopólica;
- b) tratándose de una resolución antimonopólica, impide una nueva resolución antimonopólica o una posterior sentencia antimonopólica.

Estas conclusiones se ven modificadas, en los términos que desarrollaremos oportunamente si median nuevos antecedentes.

El antiguo Tribunal Antimonopólico (Comisión Resolutiva) consideró que las interpretaciones que puedan producirse respecto del mejor cumplimiento de una sentencia antimonopólica⁵⁷ no afectan la cosa juzgada, máxime cuando la sentencia misma ha contemplado que Compañía de Teléfonos de Chile S.A. debía efectuar una proposición al efecto⁵⁸ y ésta se ha revisado no sólo por la Comisión Resolutiva sino que también por la Fiscalía Nacional Económica, la Subsecretaría de Telecomunicaciones y el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción a fin de verificar conjuntamente con su idoneidad técnica sus efectos a la luz de la libre competencia.⁵⁹ La circunstancia de que intervengan denunciantes cuestionando la forma de cumplimiento propuesta por Compañía de Teléfonos de Chile S.A. y en revisión por las mencionadas autoridades públicas no transforma este procedimiento que busca verificar el debido cumplimiento de las resoluciones anteriores⁶⁰ en una nueva sentencia de la Comisión Resolutiva que desafíe la cosa juzgada establecida por aquellas.⁶¹ Asimismo, el antiguo Tribunal Antimonopólico declara que, de oficio o a instancias de la autoridad pública respectiva, reestudiaría cualquier nuevo planteamiento relativo al cumplimiento de las mentadas decisiones antimonopólicas sin que ello quedara impedido por la autoridad de la cosa juzgada.⁶²

Hemos explicado el alcance del artículo 32 del DL 211 y cómo éste dota de fuerza de cosa juzgada las resoluciones y sentencias antimonopólicas, en cuanto manifestaciones de la potestad consultiva y de la potestad sancionatoria, respectivamente. Así, hemos distinguido tres modalidades de cosa juzgada antimonopólica, las cuales trataremos en forma unitaria para efectos de los análisis que siguen.

c) Categorías de cosa juzgada y cosa juzgada antimonopólica

La cosa juzgada ha sido llamada por Chiovenda la suma preclusión,⁶³ toda vez que ésta mira a la estabilidad de los actos procesales, incluidas las resoluciones judiciales, que conforman el proceso. La preclusión es la pérdida, extinción o consuma-

⁵⁷ Resolución 250/1987 de la Comisión Resolutiva.

⁵⁸ Resolución intermedia de 9 de agosto de 1988 de la Comisión Resolutiva.

⁵⁹ Resolución 300/1988 de la Comisión Resolutiva.

⁶⁰ Resolución intermedia de 24 de octubre de 1989 de la Comisión Resolutiva.

⁶¹ Resolución 358/1991 de la Comisión Resolutiva, considerando 7.

⁶² Resolución 358/1991 de la Comisión Resolutiva, considerando 8.

⁶³ Chiovenda, Principios, Tomo II, pg. 358

ción de una facultad procesal.⁶⁴ Esta institución opera como presupuesto de la cosa juzgada por la vía de conferir estabilidad a los actos y etapas procesales, de modo que éstos adquieran la estabilidad e irrevocabilidad necesaria para la emisión de la decisión final por parte del TDLC, esto es, la sentencia o resolución definitiva que, en el ámbito antimonopólico, está dotada de fuerza de cosa juzgada.

La inmutabilidad de lo resuelto, que constituye la esencia de la cosa juzgada, admite diversas gradaciones o intensidades. Son estas gradaciones las que dan lugar a la formación de distintas categorías de cosa juzgada: i) la **cosa juzgada formal**: inmutabilidad intraproceso y, por tanto, susceptible de ser preservada o modificada en un proceso posterior; ii) la **cosa juzgada substancial**: inmutabilidad extraproceso y, por tanto, inmutabilidad perpetua (con la prevención de la acción de revisión) y iii) la **cosa juzgada substancial provisional**: inmutabilidad extraproceso y, por tanto, susceptible de ser preservada perpetuamente en tanto y en cuanto permanezcan los hechos que la legitiman (con la prevención de la acción de revisión). Como bien explicara Werner Goldschmidt: “1) lo que fue concedido por sentencia definitiva no puede impugnarse ya, y que lo que fue denegado por sentencia definitiva no se puede hacer valer de nuevo ya, todo ello dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal: sentencia firme); y 2) que la pretensión del actor valga en el porvenir ante los tribunales como jurídicamente fundada o no fundada (cosa juzgada material)”.⁶⁵

La contraposición entre la cosa juzgada substancial y la formal resulta notablemente ilustrada por una sentencia de la Excma. Corte Suprema de la República que manifiesta:

Se entiende por cosa juzgada formal el efecto que produce una sentencia definitiva o interlocutoria firme, en cuanto no puede ser objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificarse lo resuelto en un procedimiento posterior. La sentencia es inimpugnable por recurso alguno, pero es mutable mediante sentencia dictada en un juicio diverso. En cambio, la cosa juzgada material o substancial, es el efecto que produce una sentencia firme, definitiva o interlocutoria, en cuanto no puede ser objeto de recurso alguno, ni de modificación en el mismo juicio ni en un procedimiento diverso.⁶⁶

Así, la **cosa juzgada material o substancial**, que constituye la regla generalísima en nuestro sistema, se estructura sobre dos presupuestos copulativos: i) la inimpugnabilidad, esto es, la imposibilidad de modificar o desconocer una decisión en el mismo procedimiento en el cual aquella se dictó; y ii) la inmutabilidad propiamente tal, esto es, la imposibilidad de modificar o desconocer una decisión en un procedimiento posterior a aquel en el cual esa decisión se dictó. Como ya hemos ex-

⁶⁴ Hugo Pereira Anabalón, “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil”, pg. 135, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1997.

⁶⁵ Werner Goldschmidt, “Introducción Filosófica al Derecho”, pg. 586, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.

⁶⁶ Corte Suprema, 23 de junio de 1980, RDJ, t.77, sec 1ª, pg. 49.

plicado, la suma de la denominada inimpugnabilidad y la inmutabilidad propiamente tal no constituye sino el grado máximo de inmutabilidad de las decisiones judiciales sobre la cual descansa la majestad de la cosa juzgada. Es decir, estamos ante una inmutabilidad perpetua que sólo puede ser perturbada por la acción de revisión en aquellos casos en que ésta resulte procedente.

La descripción de la **cosa juzgada formal o procesal** que, con gran precisión, efectúa la Excm. Corte Suprema en el pasaje transcrito no es consistente con la caracterización que del mismo instituto pretende realizar Couture: “(...) determinadas decisiones judiciales tienen, aún agotada la vía de los recursos, una eficacia meramente transitoria. Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que han sido dictadas y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obsta a que en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse.”⁶⁷

Esta definición del jurista Couture, que parece haber sido tenida a la vista por el TDLC en un pronunciamiento específico para concluir que la cosa juzgada antimonopólica corresponde a una de naturaleza formal,⁶⁸ adolece en opinión de los doctrinarios del derecho procesal del defecto de haber confundido la *cosa juzgada formal* con la *cosa juzgada substancial provisional*, según expondremos.

El fundamento doctrinario que suele asignarse a la **cosa juzgada formal** descansa en razones de economía procesal que permiten conocer sumariamente de un asunto y posterior y eventualmente, por consideraciones de justicia,⁶⁹ pronunciarse nuevamente sobre lo ya decidido mediante un proceso diverso, generalmente de cognición ordinaria o lata, pero nunca en el mismo proceso en el cual se ha dictado la sentencia.⁷⁰ Así, la cosa juzgada formal sólo produce sus efectos en el proceso en el cual queda a firme la sentencia; de allí que aquella sea asociada a la inmutabilidad de la sentencia o resolución en ese proceso. Por ello un gran jurista italiano no ha vacilado en afirmar: “(...) aquel fenómeno meramente procesal que es la cosa juzgada formal (...) considerando como tal aquella sentencia que no esté ya sujeta ni a regulación de competencia, ni a apelación, ni a recurso de casación, ni a revocación por los motivos que se indican en los números 4 y 5 del Art. 395”.⁷¹

Así, una decisión judicial que produzca *cosa juzgada formal* no obstante

⁶⁷ Eduardo J. Couture, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, pg. 257, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958.

⁶⁸ Resolución 8/2005 del TDLC, considerando 3.

⁶⁹ Mensaje del Ejecutivo al Congreso Nacional remitiendo el Proyecto de Código de Procedimiento Civil para la República de Chile. Citado por Francisco Hoyos Henrichson, “La Cosa Juzgada”, pg.49, Revista de Derecho Procesal N°11, Año VI, Universidad de Chile, Santiago, 1976.

⁷⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de diciembre de 1996, Gaceta Jurídica, N°198, pg. 65, 1996: “(...) la sentencia de protección sólo produce cosa juzgada formal en cuanto a la titularidad del derecho cuyo ejercicio ha sido conculcado, pero no cosa juzgada material, desde el momento que la titularidad reclamada puede ser objeto, con posterioridad, de un proceso contradictorio y de lato conocimiento”. En este mismo sentido, Corte Suprema, sentencia de 29 de mayo de 2003, Rol N°3.084-2001.

⁷¹ Mario Vellani, “Naturaleza de la Cosa Juzgada”, pgs. 13-14, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

hallarse firme y ejecutoriada⁷² e incluso cumplida, puede ser modificada a través de un procedimiento posterior. Por contraste, la *cosa juzgada material o substancial* da cuenta de la máxima inmutabilidad de una sentencia o resolución, toda vez que rige también para procesos futuros, impidiendo así nuevos pronunciamientos sobre el mismo asunto ya resuelto.

En síntesis, la *cosa juzgada formal* sólo opera al interior del mismo proceso (intraproceso), en tanto la *cosa juzgada material* opera respecto de procesos diversos y futuros (extraproceso). De esta forma, la cosa juzgada formal es un presupuesto de la cosa juzgada material⁷³. A su vez, la firmeza o ejecutoriedad de una decisión judicial es un presupuesto de la cosa juzgada formal, toda vez que ésta no consiste en el agotamiento de los recursos sino que en la inmutabilidad que alcanza lo resuelto una vez que la sentencia está firme. De allí que no resulte procedente identificar la cosa juzgada formal con la preclusión.

La institución de la *cosa juzgada formal* es excepcional y, por tanto, su invocación y aplicación exige texto legal expreso que la autorice.⁷⁴ Esta exigencia es de toda lógica, ya que la cosa juzgada formal rompe la regla generalísima de que no puede juzgarse lo mismo a través de un nuevo procedimiento y, por tanto, a su respecto no proceden las identidades subjetiva y objetiva que permiten detectar cuándo se trata del mismo juzgamiento en un nuevo procedimiento. Con todo, consideramos que respecto de la cosa juzgada formal sí aplican las identidades subjetiva y objetiva para preservar al interior de un mismo procedimiento la coherencia entre una sentencia interlocutoria y una sentencia definitiva. De allí que la *cosa juzgada formal* no consista en una mera coherencia consigo misma, sino que cautela el *principio non bis in idem* en forma intraprocesal y, por tanto, estimamos perfectamente justificada su pertenencia al género cosa juzgada.

Se ha entendido por alguna jurisprudencia antimonopólica que la *cosa juzgada formal* tendría aplicación en el orden de la libre competencia a través del artículo 32 del DL 211 que contempla, en forma clara e inequívoca, la posibilidad de decidir nuevamente lo ya juzgado. Sin embargo, el artículo 32 del DL 211 no estableció una simple cosa juzgada formal sino que añadió la necesidad de aportar nuevos antecedentes que permitan rever lo ya resuelto. En otras palabras, se trataría bajo esta interpretación jurisprudencial de una inmutabilidad característica de la cosa juzgada formal y que, como tal, puede ser desafiada en un nuevo proceso, pero ello exige acompañar y probar la existencia de nuevos antecedentes⁷⁵.

Sobre este particular, resulta interesante recordar el lenguaje utilizado por el antiguo Tribunal Antimonopólico al sentenciar: “*Que sin desmedro de lo anterior; el efecto propio de las sentencias que este tribunal emite debe asimilarse al de la*

⁷² Artículo 174, Código de Procedimiento Civil.

⁷³ Mario Vellani, “Naturaleza de la Cosa Juzgada”, pg. 16, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

⁷⁴ Suele citarse, como ejemplos de cosa juzgada formal en el orden civil, los artículos 467, 473, 478, incisos 2 y 3, 570, 576, 581 y 615 del Código de Procedimiento Civil.

⁷⁵ Resolución 667/2002 de la Comisión Resolutiva, considerando 4.

*cosa juzgada denominada formal*⁷⁶ (énfasis añadido). A nuestro juicio es de la mayor importancia que se aluda a una *asimilación*, porque, según tendremos oportunidad de observar, la cosa juzgada antimonopólica no es perfectamente equivalente a la cosa juzgada formal, según aparece ésta concebida para efectos de los procedimientos civiles.

La **cosa juzgada material provisional** ha sido caracterizada por la Excm. Corte Suprema en los siguientes términos:

Atendida la naturaleza de los juicios de alimentos, los fallos que en ellos se pronuncian tienen un carácter transitorio, en el sentido de que pueden ser modificados y aun dejados sin efecto si las circunstancias que sirvieron para justificarlos llegan también a variar o desaparecer.

Esas circunstancias que según la ley determinan y condicionan la obligación alimenticia haciendo exigible su cumplimiento son, por consiguiente elementos procesales característicos de la causa de pedir, que la individualizan diferenciándola en los respectivos casos, aun cuando la relación jurídica invocada y que vincule a las partes entre sí, sea en todos ellos una misma.⁷⁷

Es por lo expuesto que la cosa juzgada provisional ha sido calificada como la más débil de todas las inmutabilidades, toda vez que ésta admite modificación de lo resuelto en el mismo proceso.⁷⁸ Para bien comprender este aserto resulta necesario distinguir la *cosa juzgada material provisional* de la *cosa juzgada formal provisional*, donde la primera está referida a una sentencia definitiva y firme, en tanto que la segunda se aplica a ciertas resoluciones intermedias, esto es, sentencias interlocutorias dictadas durante el curso del procedimiento. Así, la *cosa juzgada material provisional* emanada de una sentencia o resolución definitiva firme puede ser revisada en un procedimiento posterior si se verifica un cambio en las circunstancias que fundaron su dictación. Por contraste, la *cosa juzgada formal provisional* emanada de una resolución intermedia, esto es, de una sentencia interlocutoria firme puede ser revisada en el mismo procedimiento si se verifica un cambio en las circunstancias que fundaron su dictación.

Suele citarse como ejemplos de cosa juzgada provisional la situación de las medidas cautelares y su regulación;⁷⁹ privilegio de pobreza⁸⁰ y alimentos.⁸¹

La provisionalidad de esta *cosa juzgada material* remonta sus raíces a la teoría canónica de la “*rebus sic stantibus*”, según la cual las cosas deben permanecer inmutables mientras no varíen las causas que las originan. Si bien aquella teoría

⁷⁶ Resolución 667/2002 de la Comisión Resolutiva, considerando 3.

⁷⁷ Corte Suprema, sentencia de 13 de septiembre de 1950, RDJ, tomo 47, 2da parte, sec. 1ª, pg. 406.

⁷⁸ Francisco Hoyos Henrichson, “Temas Fundamentales de Derecho Procesal”, pg. 200, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.

⁷⁹ Artículo 301, Código de Procedimiento Civil.

⁸⁰ Artículo 136, Código de Procedimiento Civil.

⁸¹ Artículo 322 y ss, Código Civil.

se ha desarrollado principalmente en relación con promesas y contratos, también ha realizado importantes contribuciones respecto de la ley.⁸² Una manifestación de aquella teoría en la operatoria de los tribunales de justicia es precisamente la *cosa juzgada material provisional*, según la cual las decisiones judiciales cesarán de ser obligatorias una vez que los hechos y condiciones sobre las cuales aquellas se fundaron hayan sufrido cambios esenciales. Estimamos que la excepcionalidad con que ha sido recepcionada la *rebus sic stantibus* en nuestro sistema jurídico y la circunstancia de que la regla general sea la cosa juzgada substancial hace necesario que la *cosa juzgada material provisional* cuente con texto expreso.⁸³

De allí que hay quienes han sostenido, bajo una óptica civil, que la esencia de la cosa juzgada material provisional radica en una alteración de los elementos constitutivos de la causa de pedir. Así, podría afirmarse que lo juzgado previamente ha sido correctamente juzgado, pero que ahora corresponde un nuevo juicio en atención a que media una nueva causa de pedir y esta nueva causa de pedir descansa en una variación de las circunstancias tenidas en vista para dictación de la decisión judicial primigenia. Así, si bien los derechos conferidos por aquella decisión judicial no han dejado de ser permanentes, estos se encuentran condicionados a la subsistencia de la situación fáctica existente a la época del pronunciamiento de la resolución.⁸⁴ A nuestro juicio, esta explicación no es satisfactoria, porque si se altera la causa de pedir ya no concurriría la triple identidad exigida en el orden civil y no procedería en consecuencia invocar el instituto de la cosa juzgada. Siguiendo este raciocinio hasta sus últimas consecuencias, alguna jurisprudencia ha llegado a sostener que en materia de alimentos no existe cosa juzgada.⁸⁵

A contrario sensu, si la causa de pedir es la misma, pero se admite que una mutación en las circunstancias que sustentan la decisión primigenia permite revisar lo decidido, sería preciso concluir que nos hallamos ante la más frágil de todas las cosas juzgadas. En efecto, la identidad entre lo resuelto primigeniamente y lo decidido posteriormente permitiría invocar el instituto de la cosa juzgada y, por tanto, afirmar la inmutabilidad de lo resuelto. Sin embargo, la identidad de lo decidido podría quebrarse ante alteraciones fácticas sobrevinientes que comprometiesen el fundamento mismo de lo resuelto.

La distinción entre *cosa juzgada formal* y *cosa juzgada substantiva provi-*

⁸² James Gordley, "Foundations of Private Law", pg. 347 y ss, Oxford University Press, Great Britain, 2007.

⁸³ La exigencia de texto legal expreso es observada no sólo en el derecho chileno, sino que también en el italiano. Así, afirma Elio Fazzalari, "La Giurisdizione Volontaria", pg. 152, Padova, 1953: "Tale discorso non può, però, ripetersi per le sentenze determinative che impongano comportamenti svolgentisi e perduranti nel tempo: nel caso classico della condanna *ad alimonia*, gli effetti della precedente sentenza sono, come risulta anche dalla formulazione legislativa (Art. 440 cod. civ.), incisi direttamente dal giudice che, nel determinare la nuova misura e nell'abolire gli alimenti, toglie di mezzo, in tutto o in parte, il precedente provvedimento."

⁸⁴ Hugo Pereira Anabalón, "La Cosa Juzgada en el Proceso Civil", pg. 120, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.

⁸⁵ Corte Suprema, sentencia de 15 de octubre de 1952, RDJ, tomo 47, 2da. parte, sec. 1ª, pg.353.

sional es sutil. Prueba de ello es que Couture las confunde,⁸⁶ porque aún firmes las decisiones correspondientes es posible un nuevo pronunciamiento al cambiar las circunstancias. Se objeta a Couture por los maestros del Derecho Procesal y adherimos a aquella objeción que lo que permite diferenciar una de otra categoría de cosa juzgada -la formal versus la sustantiva provisional- es que mientras en la *provisional* lo resuelto puede llegar a perder su vigencia como consecuencia de un cambio de las circunstancias fácticas que fundaron el respectivo pronunciamiento, en la *formal* lo resuelto puede llegar a perder su inmutabilidad si se inicia un nuevo proceso del cual resulta una decisión diversa de la primigenia, no obstante ser idénticos los fundamentos de una y otra decisión.

A pesar de la diferencia anotada, la cosa juzgada formal opera como un presupuesto de la cosa juzgada substancial provisional, de la misma forma como aquella es funcional a la cosa juzgada substancial en general. Ello se debe a que la cosa juzgada formal es presupuesto de la cosa juzgada substancial provisional en tanto no se verifique un cambio de circunstancias que dé lugar a un nuevo procedimiento en el cual se reconozca tal mudanza fáctica y se adopte una decisión diversa de la primigenia. En otras palabras, tanto el efecto intraproceso como el efecto extraproceso de la cosa juzgada se hallan supeditados a un cambio de circunstancias que se manifieste en una nueva decisión.

Ya decíamos que la *cosa juzgada formal* requiere texto legal expreso para operar, toda vez que la regla generalísima en nuestro sistema es la cosa juzgada material. Consideramos que la cosa juzgada provisional al ser funcional a la mutación fáctica de su fundamento requiere también de una ley que así lo autorice, toda vez que la *rebus sic stantibus* presenta un carácter muy excepcional en nuestro sistema y tal exigencia aplica sea que aquella mutación opere al interior del respectivo procedimiento (cosa juzgada formal provisional) o bien respecto de futuros procedimientos (cosa juzgada material provisional).

La doctrina y la jurisprudencia se han preguntado por mucho tiempo si el artículo 32 del DL 211 - y antes el artículo 14 del antiguo texto del DL 211 - constituye un caso de cosa juzgada formal o bien de cosa juzgada provisional.

El antiguo Tribunal Antimonopólico había señalado:

En efecto, como lo indica la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, en los asuntos de índole económico, que atañen al orden público económico, en razón de la permanente movilidad de los mercados y sus variables condiciones de funcionamiento, no son aplicables los principios de inamovilidad y rigidez que se observan en las sentencias de carácter civil, sin que se pueda, en consecuencia, reconocer dicho efecto en carácter sustancial o de fondo, sino en carácter formal.⁸⁷

⁸⁶ Eduardo J. Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", pgs. 416 y stes., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958.

⁸⁷ Resolución 667/2002 de la Comisión Resolutiva, considerando 3.

A nuestro juicio, este considerando sigue la confusión creada por Couture entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material provisional, toda vez que asocia los cambios de circunstancias con la cosa juzgada formal. Aquel considerando presenta interés en tanto se interprete que refiere al mercado relevante de autos, esto es, a los cambios que experimenta un determinado mercado relevante en relación al bien jurídico tutelado libre competencia y cómo aquellos podrían, en ciertos casos, alcanzar una entidad tal que permita rever un asunto, concurriendo la identidad subjetiva y objetiva propias de la *res iudicata antimonopólica* y reuniéndose los requisitos exigidos a los nuevos antecedentes.

Contra la idea de que el artículo 32 del DL 211 da cuenta de una *cosa juzgada provisional* se ha dicho que esta última sólo requiere un *cambio de circunstancias*; sin embargo, el precepto en comento exige expresamente la concurrencia de “*nuevos antecedentes*”. Efectivamente, un *cambio de circunstancias* no necesariamente corresponde a *nuevos antecedentes*, toda vez que el cambio de circunstancias debe hallarse expresamente preestablecido en una sentencia o resolución y contar para ello con fundamento legal. Ni las sentencias antimonopólicas ni las resoluciones antimonopólicas suelen contemplar un cambio de circunstancias en forma expresa y en tal sentido no suele observarse que lo decidido se halle supeditado a una determinada mudanza fáctica.

En cuanto a la posibilidad de que el artículo del 32 del DL 211 aluda a la *cosa juzgada provisional* se aprecia la paradoja de que el propio tribunal está facultado, ante una aportación de nuevos antecedentes, a revocar, alterar o preservar lo decidido previamente (naturalmente que en el ámbito antimonopólico infraccional ello requeriría iniciativa de alguna persona, toda vez que el TDLC está vedado de iniciar de oficio un proceso sancionatorio o bien un procedimiento consultivo).⁸⁸

Por otra parte, la *cosa juzgada formal* suele fundarse en que el proceso originario era abreviado o sumario y podía, por tanto, la brevedad del mismo lesionar la justicia, dejando así lugar a un eventual nuevo litigio de lato conocimiento que permitiría rever lo resuelto.⁸⁹ Ello no sucede ni con los procesos sancionatorios ni con los procedimientos consultivos antimonopólicos, los cuales no pueden ser calificados de abreviados o sumarios; tampoco se observa en aquellos disposición alguna que permita una ulterior oportunidad de activar un nuevo proceso de lato conocimiento. En efecto, el proceso sancionatorio regido por los artículos 19 a 29 del DL 211 es de lato conocimiento, según lo prueba la estructura del mismo y la remisión supletoria a los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil,⁹⁰ en tanto que el procedimiento consultivo también lo es según muestra la estructura del artículo 31 del DL 211 que permite multitud de intervinientes, consistentes en la FNE (sea que actúe o no como consultante), autoridades públicas concernidas y competidores y

⁸⁸ *Nemo iudex sine actore*. Así lo confirma la Resolución 8/2005 del TDLC, considerando 2.

⁸⁹ Augusto Durán Martínez, “Cosa Juzgada Administrativa”, pg.129, *Ius Publicum* N°3, Universidad Santo Tomás, Santiago, 1999. Este autor considera que el fundamento de la cosa juzgada formal se halla en la distinción entre juicio ordinario y juicios extraordinarios.

⁹⁰ Artículo 29 del DL 211 que remite al Libro I intitulado Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento y al Libro II denominado Del Juicio Ordinario, ambos del Código de Procedimiento Civil.

agentes económicos relacionados con la materia consultada y quiénes en general tengan interés legítimo en aportar antecedentes.⁹¹ Asimismo, existe una oportunidad para recibir las recomendaciones de la FNE y realizar una evaluación de las mismas por parte de las personas que participan en el hecho, acto o convención consultada;⁹² luego, una audiencia pública con la activa participación de quienes hubiesen aportado antecedentes,⁹³ así como recepción de informes solicitados por el TDLC.⁹⁴ Tanto las sentencias antimonopólicas como las resoluciones de término antimonopólicas pueden ser objeto del recurso de reclamación ante la Corte Suprema.⁹⁵

En este sentido, el artículo 32 del DL 211 resulta más exigente que la *cosa juzgada formal* toda vez que reclama nuevos antecedentes para que el asunto pueda ser nuevamente resuelto en un procedimiento posterior. Asimismo, el artículo 32 del DL 211 es también más estricto que la *cosa juzgada sustantiva provisional*, toda vez que aquel expresamente reclama la concurrencia de nuevos antecedentes y no se basta con lo que una sentencia o resolución antimonopólica pueda disponer específicamente acerca de la mutación de ciertas circunstancias que fundan la respectiva decisión, supuesto que el artículo 32 autorizara la cosa juzgada material provisional. Estos nuevos antecedentes podrían consistir en cambios de circunstancias, pero deberían ser de una entidad tal que permita dar cumplimiento a todas y cada una de las notas exigidas para configurar nuevos antecedentes, según desarrollaremos en la sección correspondiente de este estudio. De allí que estimamos que en el ámbito de la libre competencia no procede aludir a la existencia de una cosa juzgada formal ni a una cosa juzgada substancial provisional, entendidas ambas instituciones en su sentido más riguroso o estricto.

d) La identidad en la cosa juzgada antimonopólica

Luego de analizar las particularidades de la cosa juzgada en el orden antimonopólico, que la asemejan a la cosa juzgada formal y a la material provisional, aunque con las diferencias que perfilan el antiguo artículo 14 del DL 211 y el actual artículo 32 del mismo cuerpo normativo, corresponde ocuparse de la identidad que activa el instituto de la cosa juzgada.

La ubicación del artículo 32 es, a nuestro juicio, muy relevante, toda vez que demuestra que aquel precepto no se halla adscrito privativamente ni al proceso jurisdiccional (artículos 19 a 29 del DL 211) ni al procedimiento consultivo (artículo 31 del DL 211), sino que se encuentra localizado a continuación de aquellos dos procedimientos que finalizan en una decisión concreta del TDLC. Asimismo, el artículo 32 alude genéricamente a las *decisiones* del TDLC y se ubica, en la sistemática del

⁹¹ Artículo 31, numeral primero, DL 211.

⁹² Artículo 31, numeral segundo, DL 211.

⁹³ Artículo 31, numeral tercero, DL 211.

⁹⁴ Artículo 31, numeral cuarto, DL 211.

⁹⁵ Artículos 27 y 31, inciso final, DL 211.

DL 211, después del artículo 18, que enuncia todas las potestades públicas de que está dotado el Tribunal Antimonopólico.

Por tanto, el artículo 32 - según ya vimos - se predica de todas las potestades del TDLC y en el caso de las sentencias y resoluciones da lugar, en un sentido estricto y propio, a una cosa juzgada que versa sobre decisiones concretas. Las sentencias y resoluciones antimonopólicas producen el efecto propio de la cosa juzgada antimonopólica, particularmente la llamada función negativa, toda vez que estas decisiones dan cuenta de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión consultada, demandada o requerida, según corresponda, fijando los hechos y aplicando el derecho correspondiente.

Surge a este punto la interrogante de si este efecto de cosa juzgada que rige las sentencias y resoluciones antimonopólicas se estructura sobre la triple identidad que gobierna el ámbito civil⁹⁶ y constitucional⁹⁷ o bien sobre la doble identidad que domina el ámbito penal y sancionatorio o bien sobre alguna otra forma de identidad.

i. Improcedencia de la triple identidad civil en el ámbito antimonopólico

La triple identidad, en el ámbito civil, se compone de los siguientes elementos copulativos: identidad de personas, identidad de cosa pedida e identidad de causa de pedir⁹⁸; de allí que reciba el calificativo de triple. La cosa juzgada de naturaleza civil quedó establecida en tres disposiciones del Código de Procedimiento Civil.⁹⁹

La identidad que caracteriza el ámbito civil exige en la *identidad subjetiva* dar cuenta de las personas que constituyen partes en el litigio.¹⁰⁰ Se atiende a la identidad jurídica y no a la física; en rigor, debe tratarse de la misma calidad jurídica en virtud de la cual se comparece. Así, la eficacia jurídica se extiende a las partes y a quienes puedan ser equiparados a partes.

La *identidad objetiva* en el ámbito civil se desdobra en identidad de cosa pedida e identidad de causa de pedir, donde la primera da cuenta del beneficio jurídico inmediato que se pide. La segunda ha sido definida por el legislador civil en los siguientes términos: “Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”.¹⁰¹

⁹⁶ Artículo 177, Código de Procedimiento Civil.

⁹⁷ Esta triple identidad también opera también en el ámbito constitucional. Véase, Enrique Navarro Beltrán, “Notas sobre Cosa Juzgada y Acción de Inaplicabilidad”, pg. 210, en obra colectiva “Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes Jurisdiccionales en la Litigación Pública”, coordinada por Arancibia, Martínez y Romero, U. de los Andes, Legal Publishing Chile, Santiago, 2013.

⁹⁸ Artículo 177, Código de Procedimiento Civil.

⁹⁹ Artículos 175, 176 y 177, Código de Procedimiento Civil.

¹⁰⁰ Debe distinguirse entre *partes del proceso*, es decir, personas que investidas del ius postulandi conducen la relación procesal y *partes de la litis*, esto es, sujetos de la relación substancial controvertida. Confrontar, Francisco Hoyos Henrichson, “La Cosa Juzgada”, pg. 56, Revista de Derecho Procesal N°11, Año VI, Universidad de Chile, Santiago, 1976.

101

Artículo 177, inciso final, Código de Procedimiento Civil.

Podría alguien imaginar que por la remisión en carácter supletorio que realiza el artículo 29 del DL 211 a las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, debería necesariamente interpretarse que la cosa juzgada aludida por el artículo 32 debe estructurarse en base a la triple identidad de orden civil establecida por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.¹⁰² Sin embargo, un examen del mentado artículo 29 conduce a observar que esa remisión en supletoriedad está limitada a las normas contempladas en los referidos libros del Código de Procedimiento Civil que resulten aplicables en “*todo aquello que no sean incompatibles con él* [el procedimiento mencionado precedentemente]”.¹⁰³ De allí que corresponde determinar si la triple identidad prevista en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil es compatible con un proceso sancionatorio por infracción monopólica. En caso de que aquella sea incompatible con el proceso sancionatorio antimonopólico, deberá determinarse si éste ha de ceñirse a una fórmula semejante a la doble identidad prevalente en el orden penal y sancionatorio o bien debe considerarse alguna otra forma de identidad.

Por contraste, en el caso del procedimiento consultivo - gobernado por el artículo 31 del DL 211 - no existe una remisión con carácter supletorio al Código de Procedimiento Civil. Si bien se trata de un procedimiento donde en rigor no se busca sancionar, semeja al proceso sancionatorio antes comentado por la circunstancia de que lo que interesa determinar es si la ejecución actual o realización futura de una conducta supondría la perpetración de un determinado injusto monopólico. En consecuencia, al igual que en el caso anterior, surge la incógnita de si el procedimiento consultivo debe regirse por la identidad civil, por la identidad penal o bien por alguna otra identidad.

Ya había observado el jurista y ministro de la Excma. Corte Suprema, Sr. Enrique Zurita Camps, a la sazón presidente de la Comisión Resolutiva:

Que los procesos emanados de las disposiciones del D.L. 211, de 1973, no son idénticos en propósitos y tramitación a los de la jurisdicción privada civil (...) Que atento a lo que se ha reseñado en el fundamento que precede, es útil analizar tres presupuestos previos: si existe la triple identidad que señala el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil; **si debe exigirse esta identidad, en el caso de autos, con la misma rigurosidad de la ley procesal civil** y si es efectivo que la Excma. Corte Suprema ordenó un nuevo requerimiento. Que despejando las incógnitas que surgen de las interrogantes planteadas en el motivo anterior, procede acoger la excepción perentoria de cosa juzgada alegadas por las empresas eléctricas, en razón de que la identidad de personas, cosa pedida y causa de pedir existe, ya que quien pide es

¹⁰² En este sentido, Resolución 488/1997 de la Comisión Resolutiva, considerando 7, aunque con la disidencia de los dos únicos juristas que a la sazón integraban dicho Tribunal Antimonopólico: el presidente del tribunal, don Enrique Zurita Camps, y el ministro, don Arturo Yrarrázaval Covarrubias. También Resolución 667/2002 de la Comisión Resolutiva, considerando 8.

¹⁰³ La forma de operar del artículo 29 del DL 211 es análoga a la del antiguo artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, que permitía la aplicación al proceso penal de las reglas contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil en aquello que no fuese contrario al procedimiento penal.

el Fiscal y el denunciante, a quienes se pide es al grupo de empresas eléctricas que o son propiedad de Enersis o están bajo su control y la cosa pedida como causa última y finalista es decretar las medidas que prevengan la posible realización de actos que atenten contra la libre competencia”¹⁰⁴ (énfasis añadido).

Como puede apreciarse, el presidente de la Comisión Resolutiva había anticipado, con gran visión, que la *res iudicata antimonopólica* no admitía una aplicación rigurosa de la triple identidad imperante en el orden civil.

Por otra parte, la Excma. Corte Suprema de la República ha sentenciado recientemente, en el probablemente más elaborado y profundo de los fallos que el Máximo Tribunal ha emitido en el ámbito de la libre competencia, que:

En este sentido no cabe duda - y así lo afirman los autores - que las reglas del proceso civil acerca de la triple identidad no le son aplicables, puesto que las normas sancionatorias razonan siempre sobre la base del hecho que constituye el ilícito y la persona responsable de éste. (...) **Para que pueda aplicarse la cosa juzgada en un proceso administrativo-económico sancionador tiene que producirse una doble identidad: del hecho punible y del actual procesado.** Dicho en otros términos, si entre ambos procesos el hecho investigado y el requerido es el mismo, existirá cosa juzgada¹⁰⁵ (énfasis añadido).

A nuestro juicio, no resulta posible aplicar la triple identidad civil en el orden antimonopólico por las siguientes razones asociadas a la *cosa juzgada intrasentencias*: i) en la *cosa juzgada intrasentencias* no aplica la identidad subjetiva civil porque no interesa quién es la parte activa procesalmente; en otras palabras, para invocar la *res iudicata antimonopólica* no interesa si la sentencia originaria resultó de un requerimiento o de una demanda, resultando relevante sólo la persona del requerido o del demandado; ii) en la *cosa juzgada intrasentencias* no aplica la identidad objetiva civil, toda vez que el beneficio jurídico inmediato que se pide pierde relevancia, ya que no puede entenderse ni como la sanción solicitada ni como la calificación jurídica asociada a la pretensión punitiva antimonopólica, y iii) en la *cosa juzgada intrasentencias* no aplica la identidad objetiva civil, toda vez que la causa de pedir se desdibuja, ya que no puede entenderse por ésta un título que no sea o la ley antimonopolio o el hecho, acto o convención que se supone ha transgredido el DL 211.

Consideramos que a las razones anteriores deben sumarse las más radicales asociadas a la *cosa juzgada intra-resoluciones*: i) en la *cosa juzgada intra-resoluciones* no aplica la identidad subjetiva civil, porque no interesa quién es la parte activa procesalmente; en otras palabras, para invocar la *res iudicata antimonopólica* no interesa si la resolución originaria resultó de una consulta de la FNE o de una consulta

¹⁰⁴ Resolución 488/1997 de la Comisión Resolutiva, prevención del presidente de la Comisión Resolutiva, don Enrique Zurita Camps, en cuanto a la excepción de cosa juzgada, numeral segundo.

¹⁰⁵ Corte Suprema, sentencia de 7 de septiembre de 2012, considerando 6. Rol N° 2578-2012.

del o de uno de los autores de un hecho, acto o convención, resultando relevante sólo la persona del autor de dichas conductas; ii) en la *cosa juzgada intra-resoluciones* no aplica la identidad objetiva civil, toda vez que la causa de pedir se desdibuja, ya que no puede entenderse por ésta un título que no sea o la ley antimonopolio o el hecho, acto o convención que ha de calificarse a la luz del DL 211, y iii). Asimismo, de aplicarse la triple identidad civil tampoco podría operar la *cosa juzgada intra-resoluciones*, reseñada anteriormente, por faltar el conflicto entre partes y no concurrir sentencias en su estricta acepción civilística.

Debe añadirse que la aplicación de la triple identidad civil impediría la *cosa juzgada inter-decisiones* ya explicada, lo que facilitaría la emisión de decisiones contradictorias entre resoluciones de término y sentencias definitivas dictadas por el TDLC. La consecuencia de esta situación, de no mediar la acción y excepción de cosa juzgada entre resoluciones y sentencias antimonopólicas, sería la de privar completamente de valor jurídico a la potestad consultiva del TDLC, toda vez que en tal escenario nadie consultaría ya que lo decidido a través de una resolución de término estaría privado de toda eficacia y validez, toda vez que podría ser desconocido mediante una nueva resolución o bien una sentencia. A la inversa, lo sentenciado por el TDLC podría ser revocado por una resolución.

ii. *Improcedencia de la doble identidad penal en el ámbito antimonopólico*

Se ha dicho que la cosa juzgada de orden penal quedó tratada en los tres preceptos siguientes a aquellos que tratan la triple identidad civil.¹⁰⁶ Actualmente, podemos mencionar los artículos 251, 264, 265 y 374 del Código Procesal Penal.

En el orden sancionatorio basta el hecho constitutivo del delito y la persona a la que se atribuye participación en el mismo.¹⁰⁷

Conviene observar que la identidad del hecho constitutivo (*eadem res*) no alude a los delitos imputados (*eadem causa petendi*), sino que sólo a los hechos imputados y esto implica dar cuenta exclusivamente del hecho principal y central de la imputación. Como recuerda el célebre jurista Francesco Carrara, debe rechazarse la exigencia del “*hecho*” y del “*título*” que se pretende asignar a aquel (delito con que se busca calificar el hecho) como elementos copulativos y necesarios para configurar la identidad objetiva penal, rechazo que ha sido generalmente seguido por la jurisprudencia por considerar que aquella doble y artificiosa exigencia destruye el principio de la cosa juzgada.¹⁰⁸

A nivel de doctrina nacional, destaca el gran tratadista don Rafael Fontecilla Riquelme, quien confirma que la cosa juzgada en el orden penal está conformada por

¹⁰⁶ Artículos 178, 179 y 180, Código de Procedimiento Civil.

¹⁰⁷ Corte Suprema, 30 de mayo de 1995, RDJ, t.92, sec 4ª, pg. 70.

¹⁰⁸ Francesco Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, Tomo I, Sección 578, pg.379, nota 1, Editorial Temis, Bogotá, 1996.

dos elementos “que constituyen la médula de la decisión que el juez debe hacer en la sentencia: el hecho punible y la persona a quien se atribuye la ejecución y participación de ese hecho”.¹⁰⁹

La Corte Suprema ha resuelto sobre el particular:

La triple identidad que exige la cosa juzgada en el proceso civil es inaplicable en materia criminal. De diferentes preceptos del Código de Procedimiento Penal, artículos 13, 76, 108, 109 y muchos otros, se desprendían los requisitos de la res iudicata penal, que en forma expresa aparecen actualmente del artículo 42 del aludido código, es decir: a) la existencia de un juzgamiento que termine en condena, absolución o sobreseimiento definitivo del imputado; b) la identidad del hecho que constituye el delito; y c) la identidad del sujeto pasivo de la acción penal, es decir, de aquel a quien se achaca la ejecución del hecho o a quien se le atribuye participación en él.¹¹⁰

Niceto Alcalá-Zamora manifiesta que la identidad subjetiva se despliega frente a todos, opera *erga omnes*, por contraste con la cosa juzgada civil, cuya eficacia opera únicamente frente a las partes del juicio y arguye como fundamento de este aserto el carácter público del objeto del proceso penal y la normal intervención del Ministerio Público, es una parte desinteresada.¹¹¹

iii. La doble identidad de la res iudicata antimonopólica

Ante el DL 211 la *res iudicata* antimonopólica exige para operar la existencia de un juzgamiento que determine si una conducta consultada o demandada o requerida, según sea el caso, resulta compatible o incompatible o bien inocua o reprochable, según corresponda, ante la libre competencia apreciada *in concretum* en el respectivo mercado relevante; y que en dicho juzgamiento concorra la siguiente doble identidad:

- a) la **identidad del hecho, acto o convención** (genéricamente denominados “hechos”) consultado o demandado o requerido, según corresponda, que constituye o bien la contradicción con el bien jurídico libre competencia o bien el injusto monopólico, según sea el caso, ambos apreciados *in concretum* en el respectivo mercado relevante; y
- b) la **identidad del autor del hecho, acto o convención**, es decir, de aquel a quien se imputa o atribuye, según corresponda, el hecho, acto o convención consultado o demandado o requerido, según sea pertinente.

¹⁰⁹ Rafael Fontecilla Riquelme, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, pgs. 177 y ss., tomo III, Santiago, 1978.

¹¹⁰ Corte Suprema, sentencia de 30 de mayo de 1995, RDJ, tomo 92, 2da parte, sección 4, pg. 70.

¹¹¹ Niceto Alcalá-Zamora, “Derecho Procesal Penal”, tomo III, pgs. 248-249, Editorial Guillermo Kraft Ltda, EDIAR, Buenos Aires, 1945.

Así lo ha confirmado el TDLC al señalar: “*Que para resolver las excepciones de cosa juzgada planteadas en estos autos es necesario determinar si las demandantes imputan al mismo agente económico la comisión de los mismos hechos que constituyen la conducta que ya fue juzgada y sancionada en la Sentencia N°85/2009. Lo anterior en razón de que, para que se produzca el efecto negativo de cosa juzgada en esta sede, deben concurrir copulativamente las dos identidades anotadas, esto es, de hechos imputados y de sujeto infractor.*”¹¹²

El **juzgamiento antimonopólico** a que aludimos debe consistir en una resolución (entiéndase de término, según la conceptualiza el DL 211), en una sentencia o sus equivalentes jurisdiccionales debidamente emitidos o aprobados, según corresponda, por el TDLC o la Corte Suprema. Este juzgamiento debe estar firme o ejecutoriado, es decir resueltos los recursos interpuestos y si éstos no fueron interpuestos, agotados los plazos correspondientes. Es importante advertir que los juzgamientos señalados deben proceder o bien del TDLC o de la Corte Suprema, toda vez que ninguna jurisdicción extranjera puede conocer ni castigar conductas realizadas en Chile, aunque sea parcialmente, que hubieren afectado la libre competencia nacional.¹¹³

Este juzgamiento realizado por el TDLC o por la Corte Suprema versa sobre un hecho, acto o convención en su relación con la libre competencia y sobre el autor de aquellos. Es, por tanto, sobre estos dos elementos que se construye la identidad subjetiva y objetiva que permite comparar aquel juzgamiento con uno nuevo que se promueve en sede antimonopólica, sea a través de una consulta o bien mediante una demanda o requerimiento. Este juzgamiento al producir el efecto negativo de cosa juzgada, extingue la posibilidad de que el Estado investigue (mediante la FNE), acuse o consulte (mediante la FNE o alguna persona diversa) y sancione o absuelva una consulta (mediante el TDLC o la Corte Suprema) en relación con hechos ya juzgados y sobre los cuales ha recaído una decisión a firme. De allí que las identidades relevantes a estos efectos son: i) la del autor del hecho, acto o convención y ii) la del hecho acto o convención mismo, eventualmente constitutivo de un injusto monopólico o una contradicción con la libre competencia.

El **autor del hecho, acto o convención (identidad subjetiva)** es la persona que ha ejecutado o celebrado tales conductas o que planifica la perpetración de las mismas, conductas que podrían acarrear responsabilidad monopólica. El autor o bien padece una acción antimonopólica (por causa de un requerimiento y/o demanda) o bien realiza o padece una petición antimonopólica (por causa del mismo autor de la conducta o de una consulta de la FNE), según corresponda. En síntesis, se trata del autor (lato sensu) del hecho, acto o convención objeto de una consulta o bien materia de una demanda o requerimiento.

El autor es también denominado, bajo una óptica substantiva, *sujeto activo*, pero sólo en tanto y en cuanto la decisión preexistente haya sido de naturaleza procesal sancionatoria, toda vez que la calidad de sujeto activo refiere al tipo infraccional

¹¹² Resolución Intermedia de 23 de diciembre de 2010 del TDLC, considerando 13, Rol N° C212-10.

¹¹³ Corte Suprema, sentencia de 24 de septiembre de 2013, considerando 3. Rol 5308-2012.

antimonopólico en cuanto referente para una eventual sanción.¹¹⁴ En algunas resoluciones el TDLC denomina “*sujeto infractor*” al autor,¹¹⁵ lo cual debe ser entendido en un contexto donde la decisión previa consistió en una sentencia condenatoria, esto es, el sujeto activo no sólo realizó la conducta típica, sino que, además, esta fue declarada antijurídica y culpable, transformándose aquel en un infractor del DL 211 y por consiguiente en un responsable monopólico.

En algunos contextos, el autor del hecho, acto o convención es llamado *sujeto pasivo*, denominación que resulta adecuada en tanto se entienda que alude a quien padece los efectos de una sentencia antimonopólica o bien quien procedimentalmente padece los efectos de una resolución antimonopólica. Este rótulo de *sujeto pasivo* no necesariamente tiene una significación procesal, toda vez que en el procedimiento consultivo puede suceder que el autor sea el propio consultante o bien que aquel sea llevado a un procedimiento consultivo activado por la FNE.

El autor del hecho, acto o convención puede ser una autoridad pública, una persona jurídica de derecho público o derecho privado o bien una persona natural.¹¹⁶ Esto plantea una diferencia significativa con la identidad subjetiva penal, donde por regla generalísima el autor de la conducta debe ser una persona natural o persona física.¹¹⁷

Un proceso sancionatorio antimonopólico, donde lo que interesa es determinar quien perpetró un determinado injusto monopólico, no considera para efectos de la identidad subjetiva si quien accionó fue la FNE o algún demandante que puede ser una autoridad pública, una persona jurídica o una persona natural dotada de interés. Así, la pretensión punitiva de un particular no es sino la misma pretensión punitiva que podría tener la FNE que, por lo demás, es de interés general.¹¹⁸ Lo relevante es quién es el afectado por la sentencia, esto es, quién ha perpetrado el hecho, acto o convención objeto de la sentencia y ha resultado absuelto o condenado por la omisión o perpetración de la conducta imputada.

Asimismo, en el procedimiento consultivo no resulta relevante a efectos de la identidad subjetiva si quien consultó fue la FNE o bien una autoridad pública, una persona jurídica o una persona natural, que se encuentren dotadas de legítimo interés. Lo relevante es quién es el afectado por la resolución, esto es, quién realiza o realizaría el hecho, acto o convención consultado y si ésta se ha considerado contradictoria con la libre competencia.

La doble identidad que prevalece en el ámbito sancionatorio exige en la *identidad subjetiva* dar cuenta de la persona a quien se atribuye participación, esto es, del sujeto activo que puede ser autor, cómplice o encubridor de un injusto (*eadem persona*). Conviene advertir que si bien la *res judicata antimonopólica* opera sobre

¹¹⁴ Artículo 3, DL 211.

¹¹⁵ Resolución Intermedia de 23 de diciembre de 2010 del TDLC, considerandos 13 y 25, Rol N° C212-10.

¹¹⁶ Artículo 3, DL 211.

¹¹⁷ Corte Suprema, 30 de mayo de 1995, RDJ, t.92, sec 4ª, pg. 75.

¹¹⁸ Resolución Intermedia de fecha 15 de octubre de 2008 del TDLC, considerandos 12, 13 y 14, Rol C N°169-08.

la base de la concurrencia de la identidad subjetiva y objetiva, en lo concerniente a la identidad subjetiva, ésta puede aprovechar a los cómplices de un ilícito monopólico cuando el autor ha sido absuelto, en tanto y en cuanto sus posiciones y defensas sean idénticas. Lo anterior se explica porque la eventual responsabilidad monopólica emanaría de una misma conducta anticompetitiva tanto para el autor como para los cómplices. Sin embargo, la absolución del autor no puede aprovechar a los cómplices cuando aquella proviene no de la conducta supuestamente anticompetitiva (*conceptae in rem*) sino que de una excepción fundada en una característica personal del autor (*conceptae in personam*).

En el caso antimonopólico podemos también señalar que la FNE representa el interés de la sociedad toda en la persecución (requerimientos) o prevención (consultas) de los injustos monopólicos y consideramos que en el orden antimonopólico la identidad subjetiva opera *erga omnes* a diferencia de lo que acontece en materia civil. Si bien es cierto que la FNE carece del monopolio de la acción y de la petición para respectivamente requerir y consultar, ello no destruye el carácter de orden público que exhibe el proceso antimonopólico y, por tanto, la necesidad de que el correspondiente juzgamiento del TDLC se despliegue *erga omnes*.

El **hecho, acto o convención (identidad objetiva)** exhibe una particularidad importante. Tanto en un proceso sancionatorio¹¹⁹ como en un procedimiento consultivo¹²⁰ ha de tratarse de una conducta que puede consistir en hechos, actos o convenciones susceptibles de ser encuadrados en el tipo infraccional antimonopólico.¹²¹ Este posible encuadramiento en el tipo infraccional antimonopólico es lo que confiere competencia al TDLC para conocer de los respectivos hechos, actos o convenciones. Conviene advertir que la identidad objetiva se estructura sobre los mismos hechos, actos o convenciones objeto de una decisión previa, con independencia de si aquellos acaban configurando un injusto monopólico o bien una contradicción con la libre competencia.

Este aserto se explica porque tratándose de una sentencia antimonopólica y sus equivalentes jurisdiccionales el injusto monopólico debe consistir en una conducta, que perpetrada dolosa o culpablemente, lesiona o coloca en riesgo la libre competencia apreciada *in concretum*, sin concurrir causal de justificación y resultando exigible otra conducta. Por contraste, tratándose de una resolución antimonopólica dicha conducta no requiere acreditación de dolo o culpa, pero sí la concurrencia de los demás elementos integrantes de la faz objetiva del tipo infraccional antimonopólico. La razón de esta diferencia radica en que la resolución antimonopólica se inscribe en la función preventiva del TDLC, en tanto que la sentencia antimonopólica obedece a la función represiva del TDLC.

En suma, la identidad objetiva versa sobre el hecho, acto o convención juzgado bajo la óptica antimonopólica y no sobre su calificación como efectivamente contradictorio con la libre competencia o constitutivo de un ilícito monopólico. En

¹¹⁹ Artículo 20, inciso segundo, DL 211.

¹²⁰ Artículo 31, numeral segundo, y artículo 18 N°2, DL 211.

¹²¹ Artículo 3, DL 211.

efecto, no resultaría aceptable que la identidad objetiva consistiera en la calificación de un mismo hecho, acto o convención como lesivo de la libre competencia, puesto que en un proceso éste podría ser sancionado y luego en otro posterior ser declarado inocuo a la luz del bien jurídico tutelado. Asimismo, la calificación de un mismo hecho, acto o convención tampoco podría ser la de un injusto monopólico consistente en un abuso de posición dominante colectivo, para ser después sancionado en un nuevo proceso como un caso de colusión monopólica. Tampoco sería aceptable que en un proceso se calificara el mismo hecho, acto o convención como constitutivo de un abuso de posición dominante por negativa injustificada de contratar y en otro posterior por abuso de posición dominante por discriminación arbitraria monopólica. De ser así, los procedimientos antimonopólicos serían interminables y el desmedido incremento de juicios entorpecería la operatoria de los mercados.

Lo expuesto se explica porque un mismo hecho, acto o convención puede ser susceptible de diversas calificaciones por el consultante, el demandante o el requirente y luego por el TDLC al decidir el asunto. Esto último es consecuencia de la natural discrecionalidad de que disponen los tribunales al efecto, la cual viene determinada en importante medida por la apreciación de la prueba rendida o por la información aportada en autos, según corresponda.

Bajo la misma lógica, en el procedimiento consultivo lo relevante es que la identidad objetiva verse sobre el hecho, acto o convención mismo¹²² y no sobre la calificación de contradictorio o no contradictorio con la libre competencia *in concreto*, puesto que en un procedimiento éste podría ser considerado incompatible y luego en otro posterior ser declarado inocuo o bien declararse compatible bajo el cumplimiento de ciertas condiciones o medidas propiamente tales que remuevan la contradictoriedad. Tampoco procede multiplicar o dividir los hechos, actos o convenciones artificialmente con el objeto de evitar el efecto de cosa juzgada.¹²³

En cuanto al hecho, acto o convención debe considerarse que éste determina la identidad objetiva para los efectos de la *res iudicata antimonopólica* y aquella no se ve alterada por la forma en la cual dicho hecho, acto o convención sea presentado, configurado o probado ante el TDLC ni por aspectos accidentales de tal hecho, acto o convención que se revelan en el nuevo proceso o procedimiento. Así, es irrelevante la apreciación que del hecho, acto o convención realice el demandante o requirente o bien el consultante, según corresponda, y la apreciación o calificación que de aquellos efectúe el TDLC. La identidad objetiva emana del hecho mismo y, por tanto, no guarda relación con la sanción pedida (proceso sancionatorio) y en aquel caso no es relevante - a efectos de la cosa juzgada antimonopólica - si la pena solicitada por el demandante o requirente o impuesta por el TDLC es la terminación de un contrato,

¹²² Así lo confirma la Resolución Intermedia de 6 de diciembre de 2007 del TDLC, considerandos 5 y 6, Rol C N°147-07. Esta observa que la demandante no señala claramente los hechos y circunstancias que, concretamente configurarían infracciones a la libre competencia, lo que impide determinar la concurrencia de las identidades que activan la cosa juzgada. Véase, Resolución Intermedia de fecha 15 de octubre de 2008 del TDLC, considerando 8, Rol C N°169-08.

¹²³ Resolución Intermedia de 15 de octubre de 2008 del TDLC, considerando 10, Rol C N°169-08.

la disolución de una persona jurídica de derecho privado o una multa o bien alguna combinatoria de las anteriores o meramente. Asimismo, la identidad objetiva no se ve alterada por la o las condiciones que solicite el consultante (supuesto que el consultante sea diverso del autor del hecho, acto o convención), las que recomiende la FNE o las condiciones que imponga el TDLC en su resolución de término.

Así, el *objeto pedido* no existe en el ámbito de la libre competencia de la forma como es entendido en el ámbito civil; en efecto, según la más autorizada doctrina civil la cosa pedida es el beneficio jurídico que el pretensor quiere aportar a su patrimonio, lo que carece de sentido en ámbito antimonopólico, en el cual no debate un asunto patrimonial, sino que una consideración de orden público, cual es la contradicción o la transgresión de la libre competencia.

En cuanto a la *causa de pedir* debe observarse que el legislador procesal civil la ha definido como el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio, lo cual constituye una noción extraña al orden antimonopólico, puesto que en éste no está en juego ningún *derecho susceptible de constituir un beneficio jurídico* a favor de la FNE u otro demandante o consultante, o de un requerido, demandado o autor del respectivo hecho, acto o convención.

De allí la improcedencia de aplicar la triple identidad civil en este campo.

En suma, podríamos concluir que las identidades reclamadas por la *res iudicata antimonopólica* no concuerdan con las establecidas en el orden civil por el importante contraste en la identidad subjetiva, donde sólo importa el autor, y en la causa de pedir y objeto pedido, ya que sólo importa el hecho, acto o convención.

Si bien las identidades reclamadas por la *res iudicata antimonopólica* semejan a las existentes en el orden penal y sancionatorio en general, también encuentran un significativo matiz al presentar mayor flexibilidad en la identidad subjetiva, ya que no importa la *persona del imputado* sino que la *persona del autor del hecho, acto o convención*, pudiendo ser éste tanto el supuesto sujeto activo demandado o requerido como el partícipe en el hecho, acto o convención consultado.

La circunstancia de que la *res iudicata antimonopólica* se ciña a una doble identidad, análoga a la existente en el orden penal, no impide la aplicación de los restantes artículos del Código de Procedimiento Civil. En efecto, el artículo 174 da cuenta del momento en que queda ejecutoriada una resolución, que en el caso del DL 211 sería: i) una sentencia antimonopólica o bien un equivalente jurisdiccional antimonopólico, y ii) una resolución antimonopólica.

El artículo 175 del Código de Procedimiento Civil alude a la acción y excepción de cosa juzgada que, en materia antimonopólica, debe entenderse referido no sólo a: i) una sentencia antimonopólica o bien un equivalente jurisdiccional antimonopólico, sino que también a ii) una resolución antimonopólica. Tratándose de una resolución antimonopólica, el TDLC ha reconocido acción a los intervinientes en un procedimiento consultivo - y no sólo a la FNE - para exigir el cumplimiento de las condiciones o medidas propiamente tales impuestas a un hecho, acto o convención consultada.

Después de lo expuesto, podría surgir la pregunta de si la identidad subjetiva y objetiva característica de la *res iudicata antimonopólica* al semejar a la penal, no pugnaría con la circunstancia de que pueda aceptarse un nuevo antecedente para revisar lo juzgado. Sobre el particular conviene tener presente lo siguiente:

1. La *res iudicata* antimonopólica da cuenta de infracciones y no de delitos penales, lo cual permite una mayor flexibilidad que la exigida en el orden penal, según lo ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional;
2. La historia muestra que incluso en el orden penal, donde campea una doble identidad mucho más rigurosa que la del orden antimonopólico, se ha aceptado la cosa juzgada formal. Así, se recuerda la “*absolución de la instancia (absolutio ab instantia)*”, institución de origen romano combatida por nuestra legislación¹²⁴ y que consistía en la posibilidad de rever las sentencias absolutorias a la luz de nuevos y mejores datos antes ignorados. La absolución de la instancia pervivió en la Edad Media, tanto en tribunales profanos como eclesiásticos, particularmente en Alemania.¹²⁵

e) Cosa juzgada antimonopólica: función positiva y función negativa

La cosa juzgada antimonopólica presenta una doble función: negativa y positiva. La función negativa consiste en que si el TDLC entra a conocer un nuevo asunto - por la vía de una consulta o de una demanda o requerimiento - respecto del cual concurren las identidades objetiva y subjetiva características de un asunto anterior ya resuelto, dicho Tribunal Antimonopólico debe poner término a aquel sin emitir una decisión sobre el fondo del nuevo asunto. Por contraste, la función positiva da cuenta de los efectos parciales que genera una decisión dictada en un procedimiento anterior respecto de uno nuevo, en el sentido que los hechos establecidos por la primera decisión quedan fijos e indiscutibles respecto del segundo procedimiento, en tanto la primera decisión sea prejudicial a la posterior.

La función negativa de la cosa juzgada antimonopólica se manifiesta en el artículo 32 del DL 211, en la parte que prescribe: “*Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia (...)*”.

Así, quien se ajusta a lo resuelto por la decisión primera del TDLC no incurrir en responsabilidad monopólica, lo que debe entenderse del siguiente modo:

- a) **respecto de resoluciones antimonopólicas** que, i) declaran la inexistencia de contradicción entre un hecho, acto o convención consultado y la libre competencia, si el autor de aquellos se mantiene en el marco de los términos del respectivo hecho, acto o convención consultado; ii) declaran la existencia de contradicción entre un hecho, acto o convención consultado y la libre competencia, si el autor de aquellos se mantiene dando cumplimiento al marco de las condiciones o medidas propiamente tales impuestas por el

¹²⁴ Artículo 501, Código de Procedimiento Penal.

¹²⁵ Rafael Fontecilla Riquelme, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, pgs. 199 - 200, Tomo III, Santiago, 1978.

- TDLC sobre el respectivo hecho, acto o convención consultado;
- iii) declaran la existencia de contradicción entre un hecho, acto o convención consultado y la libre competencia, y no se contemplan condiciones o medidas propiamente tales impuestas por el TDLC sobre el respectivo hecho, acto o convención consultado, si el autor de aquellos se abstiene de ejecutar la conducta consultada;
- b) **respecto de sentencias antimonopólicas** que, i) declaran la inexistencia de contradicción entre un hecho, acto o convención objeto de demanda o requerimiento y la libre competencia, se mantiene el demandado o requerido en el marco de los términos del respectivo hecho, acto o convención controvertido; y ii) declaran la existencia de contradicción entre un hecho, acto o convención objeto de demanda o requerimiento y la libre competencia, y el demandado o requerido cumple la sanción, absteniéndose en el futuro de ejecutar o celebrar nuevamente el respectivo hecho, acto o convención declarado contrario a aquel bien jurídico tutelado;

Este ajustarse a lo decidido por el TDLC trae aparejados los beneficios de la función negativa de la cosa juzgada: no puede decidirse nuevamente el mismo asunto y como consecuencia de ello una conducta declarada ajustada al DL 211 es inexpugnable en el sentido que no puede desafiarse desde el punto de vista antimonopólico, a menos que medien nuevos antecedentes. Por ello la Corte Suprema ha sentenciado que “*la función negativa de la cosa juzgada tiene una naturaleza excluyente, siendo una proyección de la regla básica del non bis in idem*”.¹²⁶

La función de positiva de la cosa juzgada se traduce en que los hechos ya fijados en la primera decisión deben considerarse como indiscutibles en un nuevo procedimiento antimonopólico.

Quien se haya acogido a una decisión del Tribunal Antimonopólico que declara inocua una conducta para la libre competencia estará exento de responsabilidad monopólica, en tanto se mantenga en la conducta sobre la que ha versado dicha decisión y no medien nuevos antecedentes concernientes a esa conducta.¹²⁷ Sin embargo, no basta la aportación de nuevos antecedentes sino que es necesaria una recalificación de la conducta ya juzgada por el Tribunal Antimonopólico a la luz de aquellos para que se genere responsabilidad monopólica.¹²⁸ De esta forma, la nueva calificación que efectúa el Tribunal Antimonopólico no es arbitraria o caprichosa, sino que es la consecuencia de nuevos antecedentes que modifican la aptitud conculcadora de la libre competencia, apreciada *in concretum* en el respectivo mercado relevante, de una conducta ya examinada y respecto de la cual había decidido previamente el TDLC. En este sentido, la recalificación de una conducta ya examinada debe hallarse

¹²⁶ Corte Suprema, 13 de septiembre de 2006, Rol N° 4416-2004.

¹²⁷ Sentencia 29/2005 del TDLC, considerando 23 y resuelto 8.

¹²⁸ Sentencia 13/2005 del TDLC, considerando 9.

debidamente fundada y la nueva calificación ser proporcionada al riesgo o lesión que aquella provoca a la libre competencia en virtud de los nuevos antecedentes.

IV. LOS NUEVOS ANTECEDENTES: REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA ANTIMONOPÓLICA.

a) Concepto de nuevos antecedentes

Los términos “nuevos antecedentes” no aparecen definidos por el DL 211 ni por otros cuerpos normativos de nuestro orden jurídico. Sin embargo, la voz “antecedentes” resulta empleada por múltiples preceptos legales, substantivos y adjetivos, del sistema, adquiriendo aquella un sentido genérico que resulta de escasa o nula utilidad para determinar el alcance de los términos antes señalados en el contexto del DL 211.

Conviene observar que la expresión “nuevos antecedentes” resulta utilizada no sólo por el artículo 32 DL 211, sino que también por el artículo 181, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil que refiere a los autos y decretos firmes. En relación con este último precepto legal, afirma un destacado tratadista: “Se ha entendido por la jurisprudencia que “nuevo antecedente” es todo hecho que no tuvo en consideración el tribunal al momento de dictar la providencia o auto, originándose con la invocación de éste una incidencia que se substancia y falla según las reglas generales propias de los incidentes ordinarios (arts. 82 y ss.)”.¹²⁹

La jurisprudencia reconoce, en relación al artículo 181, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil que la expresión “*nuevos antecedentes*” carece de definición legal, pero aquella agudamente observa que: “*Es racional y conforme al léxico entender que tal expresión denota la idea de algún hecho que produce consecuencias jurídicas, existente pero desconocido por el tribunal cuando se dicta la respectiva decisión*”.¹³⁰ En el mismo sentido se ha fallado: “*(...) debiendo entenderse por nuevo antecedente todo hecho jurídico que no estuvo en conocimiento del tribunal cuando pronunció resolución*”.¹³¹

Debe advertirse que mientras el artículo 181 mencionado se refiere a autos y decretos firmes, el artículo 32 del DL 211 se ocupa de las más altas decisiones del TDLC, esto es, de las sentencias y de las resoluciones antimonopólicas, mediante las cuales respectivamente se pone término al proceso sancionatorio y al procedimiento consultivo. Mientras los autos y decretos carecen del efecto de cosa juzgada, las sentencias y resoluciones emitidas por el TDLC se encuentran amparadas por la *res iudicata antimonopólica*, según se ha demostrado. De allí que consideramos que las exigencias establecidas para los *nuevos antecedentes* deben ser mucho más estrictas

¹²⁹ Hugo Pereira Anabalón, “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil”, pg. 142, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1997.

¹³⁰ Corte Suprema, sentencia de julio de 1975, R., t.72, sec 1ª, pg. 81.

¹³¹ Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 1911, Gaceta 1911, t. 2, p. 72, s.796.

y severas en el caso del artículo 32 DL 211 que las requeridas para los *nuevos antecedentes* aludidos por el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil. Fundamos el anterior aserto no sólo en la jerarquía e importancia de las mentadas decisiones judiciales del TDLC, sino que también en la circunstancia de que el legislador antimonopólico resolvió conferir el efecto de cosa juzgada a tales pronunciamientos mediante el artículo 32 del DL 211 y, por tanto, la remoción del efecto de la *res iudicata antimonopólica* debe efectuarse bajo patrones excepcionales y debidamente justificados. Es preciso señalar que las sentencias y resoluciones antimonopólicas pueden ya haber producido derechos adquiridos y efectos no sólo respecto del o de los autores del hecho, acto o convención sino que también respecto de terceros, los cuales son procesalmente denominados efectos reflejos o cosa juzgada refleja,¹³² y por tanto, la revisión de las mismas debe efectuarse a la luz de nuevos antecedentes que tengan una eficacia proporcionada a tal fin. En otras palabras, tales nuevos antecedentes deberán tener la eficacia suficiente para acreditar que los respectivos derechos del autor del hecho, acto o convención reñido con la libre competencia fueron adquiridos contra normas de orden público. De allí que hemos determinado ciertas notas o exigencias mínimas que deben cumplir los nuevos antecedentes para permitir una modificación de lo sentenciado o resuelto por el TDLC.

De lo expuesto se sigue que los *nuevos antecedentes* sólo pueden consistir en: i) hechos jurídicos y ii) los cuales no hayan sido conocidos por el TDLC al tiempo de dictar sentencia o resolución antimonopólicas. El TDLC ha resuelto que los nuevos antecedentes que fundan la respectiva pretensión deben consistir en “*nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o de impartir una instrucción*”.¹³³ Es decir necesariamente los nuevos antecedentes deben consistir en *hechos*, cuya naturaleza sea jurídica o económica, pero jurídicos al fin y al cabo en el sentido que deben presentar un contenido que permita modificar lo ya decidido por el TDLC.¹³⁴ Aquellos *hechos* pueden ser clasificados en hechos propiamente tales, actos o convenciones, en aplicación de la descripción de la conducta que realiza el tipo infraccional antimonopólico previsto en el artículo tercero del DL 211. Así, por ejemplo, se ha resuelto por el TDLC que los “*hechos*” pueden consistir en dos actos jurídico-procesales: una solicitud administrativa ante el Ministerio de Salud y una demanda de nulidad de derecho público.¹³⁵

Luego, no cabe identificar los nuevos antecedentes exigidos por el artículo

¹³² Es el efecto de la decisión respecto de aquel que sin ser parte en el proceso o interviniente en el procedimiento en que aquella recae ve afectada una relación jurídica en que tiene interés y que es conexas o dependiente de aquella sobre la que se pronunció la decisión que generó cosa juzgada. Confrontar, Juan Colombo Campbell, “La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Procesal Chileno”, pgs. 127-128, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980.

¹³³ Resolución 8/2005 del TDLC, considerando 2. En el mismo sentido, Resolución 18/2006 del TDLC, considerando 3.

¹³⁴ Sentencia 84/2009 del TDLC, considerandos 1, 2, 4, 8 y 9.

¹³⁵ Sentencia 84/2009 del TDLC, considerando 2.

32 del DL 211 con cualquier cambio de circunstancias. Debe recordarse que el vocablo circunstancia tiene un alcance amplísimo, toda vez que deriva de la voz latina *circumstantia*, que se origina en el verbo *circumstare*, que significa “estar alrededor de”. De allí que los nuevos antecedentes no pueden consistir en cualquier circunstancia, sino que aquellos se comportan como una especie dentro del género “circunstancia”. Apoyamos nuestra conclusión en la lúcida observación de Carrara: “Por otra parte, se ha pretendido distinguir entre el hecho que permanece *idéntico* y el hecho al cual se haya añadido después cualquiera otra *circunstancia*, y por este adminículo se ha querido eludir la cosa juzgada (Cas., 5 de febrero de 1863, Morin, “Journal”, núm. 7705, p.518), lo cual, si se aceptara como regla, sería en última instancia, lo mismo que conceder lo más cuando se niega lo menos”¹³⁶ (énfasis contemplado en el original). De lo expuesto se sigue que no cualquier circunstancia puede calificar como nuevo antecedente.

La jurisprudencia del TDLC ha observado que un dictamen, emitido por la H. Comisión Preventiva Central, una vez que se encuentra ejecutoriado, por no haber interpuesto las partes involucradas en el mismo los recursos procesales que el DL 211 establece para su impugnación, enmienda o aclaración, no puede ser modificado sino es mediante la presentación de nuevos antecedentes.¹³⁷

b) Naturaleza de los nuevos antecedentes

Los nuevos antecedentes deben consistir en *hechos jurídicos* y no meros argumentos jurídicos o económicos, así como tampoco nuevos medios probatorios¹³⁸. Si se aceptaran nuevos argumentos jurídicos o económicos, nos hallaríamos ante una interminable fase de discusión que eternizaría los juicios. Análogamente, si fuera posible presentar, bajo el rótulo de nuevos antecedentes, medios probatorios que no fueron presentados en el procedimiento primigenio, se trataría de un solo y mismo juicio que contaría con un probatorio perpetuo. Ambas situaciones resultan incompatibles con un Estado de derecho. Así, no se obtendría la certeza que requiere el Derecho y los hechos se estarían continuamente juzgando bajo nuevos argumentos y nuevas probanzas, lo que ciertamente pugnaría no sólo con la paz social sino que también con una razonable administración de justicia.¹³⁹

Hemos señalado que los nuevos antecedentes deben estar constituidos por

¹³⁶ Francesco Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, Tomo I, Sección 578, pg.379, nota 1, Editorial Temis, Bogotá, 1996.

¹³⁷ Sentencia 3/2004 del TDLC, considerandos 4 y 5.

¹³⁸ Sentencia de la Corte Suprema, 7 de agosto de 1961: “*preciso es no confundir con la causa [el hecho fundante] de una acción o de una excepción las circunstancias o medios que puedan concurrir a establecer esta causa o a justificar la existencia de ella*”. En la misma línea, Corte Suprema, 8 de julio de 1941, RDJ, t.39, sección 1ª, pg.41 y Corte Suprema, 24 de agosto de 1948, RDJ, t.45, sección 1ª, pg. 721.

¹³⁹ Por la misma razón se ha observado la necesidad de establecer un plazo para interponer los recursos y de determinar las veces que se puede recurrir sobre el mismo asunto. Confrontar, Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, Tomo VIII, Tratado de la Justicia, 2-2, Cuestión 69, Artículo 3, respuesta 3, pg.554, Madrid, 1956.

hechos jurídicos. Surge, entonces, la interrogante de qué acontece con ciertos cambios legislativos. Se ha fallado que una reforma legislativa que influya en un hecho relevante de un litigio o que genere nuevas excepciones o defensas no puede calificar como una situación jurídica que permita revisar la cosa juzgada.¹⁴⁰ Esta conclusión no es sino una aplicación del principio formulado por el Código Civil al prescribir que *“las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”*.¹⁴¹

Se ha explicado el alcance de este precepto señalándose que: “cuando se ha expedido sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada, ésta confiere un derecho irrevocable, y por ende no puede alterarlo la ley interpretativa de la que se aplicó a la controversia judicial”.¹⁴² Si se aceptara que una ley interpretativa puede modificar una sentencia dotada de la inmutabilidad de la cosa juzgada, se habría vulnerado la independencia del Poder Judicial y con ello la Constitución Política de la República.

Sin embargo, si una nueva ley converge con una decisión del Tribunal Antimonopólico, estamos de acuerdo en que aquella pueda ser considerada para efectos de rever el alcance de esa decisión, en tanto y en cuanto concuerda en dar solución a los problemas de libre competencia que aquella decisión pretendía precaver y tal solución es convergente con lo decidido judicialmente.¹⁴³ Los consultantes prefirieron asegurarse que esta aparente convergencia legislativa con la decisión del TDLC era la interpretación correcta y optaron por confirmarla con el TDLC. Por lo demás, como acertadamente resolvió el TDLC reconocer el imperio de la ley facilitaba también pasar de un régimen particular a uno de carácter general y, por tanto, reducía el riesgo de generar una discriminación arbitraria monopólica.¹⁴⁴ Es importante observar que no se trata de una nueva ley que interfiere con la cosa juzgada antimonopólica de una decisión del TDLC que se encuentra a firme, ya que ello violaría la Constitución Política al desafiar la independencia del Poder Judicial, sino que se trata de una nueva ley que concuerda con lo resuelto por la sentencia del TDLC y produce el singular efecto de que ésta queda subsumida en lo prescrito legalmente al verificarse una convergencia entre lo juzgado por el TDLC y lo resuelto legislativamente.

En cuanto a la promulgación de una ley posterior más benigna que aquella bajo la cual fue juzgada una conducta que en la decisión preexistente fue considerada contraria a la libre competencia, consideramos que ello no puede operar como nuevo antecedente. En efecto, la aplicación de la ley más benigna tiene sentido mientras no se haya producido una decisión definitiva con efecto de cosa juzgada. Sin embargo, estimamos una vez alcanzada aquella, ya no procede invocar una ley posterior más

¹⁴⁰ Corte Suprema, 22 de diciembre de 1960, RDJ, t.57, sec 3ª, pg. 126 y Corte Suprema, 14 de mayo de 1955, RDJ, t.52, sec 1ª, pg. 99.

¹⁴¹ Artículo 9, inciso segundo, Código Civil.

¹⁴² Luis F. Borja, “Estudios sobre el Código Civil Chileno”, Tomo I, N°95, pg.103, Roger y Chernoviz, París, 1901.

¹⁴³ Resolución 8/2005 del TDLC, considerando 9.

¹⁴⁴ Resolución 8/2005 del TDLC, resuelvo.

benigna. En otras palabras, deben contraponerse los procedimientos en curso a los procedimientos fenecidos mediante decisiones con efecto de cosa juzgada.

En síntesis, no cabe tratar como *nuevos antecedentes* las leyes promulgadas con posterioridad a la emisión de una sentencia o una resolución antimonopólicas que se encuentran a firmes y, por tanto, amparadas por la cosa juzgada del artículo 32 del DL 211. Los derechos adquiridos resultantes de dicha sentencia o resolución están amparados por la garantía constitucional del derecho de propiedad, razón por la cual aquellas no podrían ser modificadas por una nueva ley.¹⁴⁵ Sobre este particular, debe considerarse en relación a los *contratos* que se entienden incorporadas a los mismos las leyes vigentes al tiempo de su celebración, con la excepción de las relativas al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes de ellos y las que señalen penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos, pues ésta se castigará con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.¹⁴⁶ Sin embargo, si los nuevos antecedentes acreditados en un nuevo procedimiento diesen lugar a una decisión del TDLC que alterase la decisión originaria en el sentido de considerar que la conducta examinada presenta contradicción con la libre competencia, a pesar que la decisión primigenia establecía que aquella conducta era compatible con la libre competencia, ello importaría una revisión de la situación de los derechos adquiridos. En efecto, no puede haber derechos adquiridos contra norma de orden público preexistente y, por tanto, aquellos no podrían subsistir en lo que pugna con la libre competencia apreciada *in concreto*, a partir del momento en que se notifique o publique, según corresponda, la nueva decisión del TDLC que establezca tal contradictoriedad.

c) Requisitos de los nuevos antecedentes

A continuación desarrollamos los requisitos constitutivos de los nuevos antecedentes. La concurrencia de tales requisitos es de la mayor importancia toda vez que los nuevos antecedentes permiten, al tenor del artículo 32 del DL 211, desafiar la seguridad jurídica que confiere la cosa juzgada antimonopólica. Algunos de estos requisitos podrían parecer, a primera vista, redundantes en el sentido de que hay algunos que lógicamente presuponen los anteriores; no obstante lo anterior, hemos preferido seguir la secuencia expuesta por razones de claridad expositiva. Los nuevos antecedentes exigen las siguientes notas copulativas:

1. **Antecedentes reales.** Esto significa que los nuevos antecedentes invocados deben existir y ser susceptibles de prueba; en otras palabras, deben cobrar realidad en el expediente que se inicie con motivo de la apertura de un nuevo proceso bajo la invocación de nuevos antecedentes a la luz del artículo 32 del DL 211. El propio TDLC ha sentenciado que los hechos nuevos deben encontrarse “*debi-*

¹⁴⁵ Corte Suprema, 22 de diciembre de 1960, RDJ, t.57, sec 3ª, pg. 126.

¹⁴⁶ Ley sobre Efectos Retroactivos de las Leyes, artículo 22.

damente acreditados”.¹⁴⁷ Así, deberá probarse no sólo la existencia de los nuevos antecedentes, sino que también demostrarse que éstos cumplen con las demás notas o exigencias a continuación desarrolladas.

2. Antecedentes distintos. La voz “nuevos” empleada por el legislador antimonopólico reclama, bajo su cuarta acepción, que los antecedentes sean distintos o diferentes de los que antes había.¹⁴⁸ En otras palabras, debe tratarse de antecedentes distintos de los ya presentados en el anterior proceso/procedimiento, con independencia de si éstos hayan sido aceptados o rechazados como fundamento de la respectiva decisión judicial. En efecto, el TDLC ha confirmado que los pretendidos nuevos antecedentes carecen de la novedad exigida por el legislador antimonopólico si aquellos consistían en un expediente administrativo que “*fue acompañado por la parte demandante y tenido en cuenta por este tribunal en el N°5 del considerando vigésimo de la Sentencia N°60/2007*”.¹⁴⁹ Luego, basta que un antecedente haya sido tenido en cuenta en un procedimiento anterior para dejar de ser “nuevo” y, por tanto, no es indispensable que aquel antecedente haya constituido parte de la fundamentación de la decisión previa del TDLC.

La dificultad surge respecto de hechos jurídicos que no fueron tenidos en cuenta por no haber sido presentados oportunamente en el expediente, pero que pudieron haber sido presentados en el procedimiento primigenio. La prueba sobre hechos que antes no se propusieron y medios probatorios nuevos, ya de hecho ya de derecho, no son admisibles.¹⁵⁰ Este principio fundamental queda recogido por el aforismo latino “*tantum iudicata, quantum disputata*”, esto es, la cosa juzgada cubre no sólo lo efectivamente disputado o controvertido, sino que también todo lo que hubiese podido ser disputado o controvertido en relación con la materia resuelta. Consideramos que aquel aforismo se halla en estrecha conexión con el principio jurídico de que “*nadie puede aprovecharse de su propia torpeza*” y sería ciertamente aprovecharse de la misma el presentar con posterioridad a la decisión primigenia del TDLC hechos jurídicos que pudiendo haber sido invocados no se presentaron en el procedimiento original. Ello permitiría abrir los procedimientos “*ad infinitum*”, con la gravísima inseguridad jurídica que se seguiría de esta posibilidad. Luego, estimamos que estos hechos jurídicos, aunque no hayan sido tenidos en cuenta en un procedimiento anterior, no pueden ser considerados *nuevos antecedentes* para efectos del artículo 32 del DL 211.

En suma, los *nuevos antecedentes* deben consistir en hechos no sólo *no invocados* en el procedimiento anterior, sino que también *no invocables* en el procedimiento primigenio. La imposibilidad de invocar un nuevo antecedente en el procedimiento primigenio puede deberse a razones no imputables a la parte o al interviniente afectado, v.gr., un ocultamiento doloso de un antecedente que hizo im-

¹⁴⁷ Sentencia 84/2009 del TDLC, considerandos 5 y 9.

¹⁴⁸ Diccionario de la Lengua Española, Tomo VII, pg. 1081, acepción cuarta, Madrid, 2001.

¹⁴⁹ Sentencia 84/2009 del TDLC, considerando 4.

¹⁵⁰ Corte Suprema, 7 de agosto de 1961, RDJ, t.58, sec 1ª, pg. 273.

posible su invocación.

Surge la interrogante de si estos *nuevos antecedentes* sólo están conformados por hechos jurídicos o si conjuntamente con éstos debe considerarse la calificación jurídica que se haga de los mismos. En el evento de aceptarse esta segunda alternativa, una nueva calificación jurídica de los mismos hechos podría generar nuevos antecedentes. Quiénes se inclinan por rechazar que la calificación jurídica del tribunal constituye un nuevo antecedente invocan en su abono el principio del *iura novit curiae*, esto es, que el juez conoce el derecho y, por tanto, una diversa calificación jurídica de los mismos hechos no puede dar lugar a nuevos antecedentes. Consideramos que esta última es la interpretación correcta, por las razones indicadas y, adicionalmente, por las expuestas al tratar las identidades características de la *res iudicata antimonopólica*.

3. Antecedentes sobrevinientes. La novedad de los antecedentes no sólo reclama que estos sean distintos de los invocados o invocables en el anterior procedimiento, sino que también sean sobrevinientes. Esto se explica porque entre las acepciones de la voz “nuevo” se encuentra la sobreviniencia.¹⁵¹ La sobreviniencia de los antecedentes puede entenderse en dos sentidos: i) que aquellos se generen con posterioridad a una sentencia o resolución antimonopólica firme y ii) que aquellos se develen con posterioridad a una decisión firme del TDLC. Si se adopta la primera interpretación de sobreviniencia, quedarían excluidos aquellos antecedentes cuya existencia es anterior a la sentencia o resolución antimonopólica primigenia, aun cuando tales antecedentes hubiesen sido desconocidos de las partes en litigio o de los intervinientes en consulta. Por tanto, la novedad del antecedente presenta un sentido objetivo y no un alcance cognoscitivo, esto es, no se refiere al conocimiento que del mismo hayan tenido o debido tener el TDLC, las partes o los intervinientes, según corresponda. Si se adopta la segunda interpretación de sobreviniencia, que refiere al elemento cognoscitivo, se considerarían sobrevinientes tanto los antecedentes generados después de la decisión antimonopólica primigenia como los antecedentes develados con posterioridad a aquella aun cuando éstos preexistieran a la decisión antimonopólica original. De seguirse esta segunda interpretación, la sobreviniencia sería un requisito redundante, toda vez que ya estaría comprendido bajo la nota de distinción o diferenciación que deben presentar los nuevos antecedentes y que ya ha sido analizada en el numeral precedente.

Por el contrario, si se adopta la interpretación objetiva de la sobreviniencia, se trataría de una exigencia adicional para los nuevos antecedentes, toda vez que se añadiría a la nota de distinción o diferenciación requerida a los nuevos antecedentes.

La dificultad que entraña la interpretación objetiva es que excluiría la posibilidad de presentar antecedentes que no fueron invocados ni eran invocables - por ejemplo por ocultamiento doloso - en un procedimiento antimonopólico primigenio. Sin embargo, el TDLC parece haber seguido hasta ahora un criterio objetivo.¹⁵²

4. Antecedentes directos. Los nuevos antecedentes invocados deben tener incidencia inmediata y directa en la decisión antimonopólica del TDLC que se pre-

¹⁵¹ Diccionario de la Lengua Española, Tomo VII, pg.1081, acepción quinta, Madrid, 2001.

¹⁵² Sentencia 84/2009 del TDLC, considerando 2: “los únicos hechos acaecidos con posterioridad a la primitiva demanda”.

tende rever mediante la fórmula prevista en el artículo 32 del DL 211. Esto significa que no cabe considerar como nuevos antecedentes una situación que podría llegar a ser relevante para el pronunciamiento antimonopólico primigenio a través de una cadena de futuribles o eventos condicionados unos a otros y de cuya ocurrencia no existe certeza. Así, la exigencia de la incidencia inmediata y directa de los nuevos antecedentes está ordenada a garantizar que éstos efectivamente sean ciertos y eficaces en su influjo sobre lo decidido anteriormente por el TDLC.

5. Antecedentes vinculados. Esta vinculación debe establecerse en función de la identidad subjetiva y de la identidad objetiva que definen el procedimiento preexistente y el nuevo procedimiento que se busca promover fundado en los pretendidos nuevos antecedentes. Mientras la identidad subjetiva alude a la(s) persona(s) que habría(n) operado como autor(es) de un hecho, acto o convención, la identidad objetiva exige atender al hecho, acto o convención eventualmente conculcador de la libre competencia.

La vinculación de los nuevos antecedentes a la conducta juzgada previamente debe dar cuenta de una accesoriedad o complementariedad de aquellos respecto de ésta y si cumple todas las notas expuestas, debe permitir una revisión del juzgamiento ya realizado. Esta exigencia de vinculación es fundamental para: i) establecer que el proceso que se inicia invocando nuevos antecedentes guarde conexión con la conducta anteriormente juzgada por el TDLC, y ii) evitar un juzgamiento de los nuevos antecedentes en forma separada de la conducta principal objeto del procedimiento anterior, lo cual llevaría al absurdo de un fraccionamiento de la unidad de la conducta anticompetitiva. En efecto, los hechos jurídicos constitutivos de los nuevos antecedentes al ser separados de la conducta primigenia a la cual acceden, carecerían del reproche moral y jurídico que presenta la unidad conductual en toda su integridad. Es por esto que el TDLC ante una demanda que planteaba nuevos hechos estrechamente vinculados a los sancionados en una sentencia preexistente, consideró que todos ellos constituían *“un conjunto de conductas equivalentes, ligadas por una estrecha relación de continuidad, por lo que pueden ser reunidas y consideradas como una unidad jurídica y, por ende, pueden considerarse como una única infracción al D.L. N°211”*.¹⁵³ Luego, precisa el TDLC que *“la reunión de diversos actos de la empresa sanitaria Nuevosur S.A. en una unidad jurídica implica reputar como única acción la suscripción de todos y cada uno de los contratos mediante los cuales abusó o habría abusado de su posición de dominio”*.¹⁵⁴ Se trata, así, de una misma conducta y no la reiteración de conductas distintas, separadas e independientes.¹⁵⁵

Resulta interesante observar que la demandante no invocó nuevos antecedentes, de conformidad al artículo 32 del DL 211, que fuesen conexos a las conductas ya juzgadas, sino que los hechos jurídicos constitutivos de tales nuevos antecedentes los presentó como conductas independientes y separadas de las que ya habían

¹⁵³ Resolución Intermedia de 23 de diciembre de 2010 del TDLC, considerando 18, Rol N° C212-10.

¹⁵⁴ Resolución Intermedia de 23 de diciembre de 2010 del TDLC, considerando 19, Rol N° C212-10.

¹⁵⁵ Resolución Intermedia de 23 de diciembre de 2010 del TDLC, considerando 23, Rol N° C212-10.

sido objeto de decisión por el TDLC.

Resulta importante advertir que la vinculación en comento exige atender copulativamente a la identidad subjetiva y objetiva de lo previamente resuelto, puesto que si sólo se atendiera a la identidad subjetiva, se podría vincular como nuevo antecedente de una decisión del TDLC una nueva conducta de las mismas personas anteriormente sancionadas y que constituyera por sí misma un injusto monopólico. Así, este nuevo hecho no puede consistir en una conducta posterior al juzgamiento del TDLC que revista por sí misma la calidad de un hecho, acto o convención vulnerador de la libre competencia y cuya individualidad, con prescindencia de la anterior decisión del TDLC, resulta un injusto monopólico por sí mismo y diverso del juzgado por el TDLC. De lo expuesto se sigue que los *nuevos antecedentes* deben presentar un grado de accesoriedad, complementariedad o vinculación a la conducta ya conocida por el Tribunal Antimonopólico, de tal forma que no pueda constituir un atentado contra la libre competencia por sí mismo, puesto que en este último evento se impondría la necesidad de un juzgamiento *ex novo* y, por tanto, totalmente separado del anterior (salvo eventualmente en lo que refiere a la configuración de la agravante de reincidencia). En otras palabras, los *nuevos antecedentes* que no exhiban la mencionada accesoriedad carecerían de la vinculación necesaria para activar una revisión de lo ya juzgado. Por ello, acertadamente el TDLC ha sentenciado que procede determinar si las conductas constitutivas de los nuevos antecedentes serían modificatorias de lo anteriormente decidido o si bien vulnerarían la libre competencia en los términos que prescribe el artículo 3 del DL 211.¹⁵⁶

En resumen, los nuevos antecedentes no pueden consistir en nuevos injustos monopólicos -aunque sean de la misma naturaleza y especie que los ya juzgados- toda vez que al ser naturalmente distintos y separados, la decisión primigenia no se pudo referir a aquellos. No modifica esta conclusión la circunstancia de que los injustos monopólicos ya juzgados se puedan encontrar en una relación de medio a fin con las conductas constitutivas de nuevas infracciones al DL 211.

De la misma forma, si sólo se atendiera a la identidad objetiva, se podría vincular como nuevos antecedentes de una decisión del TDLC un hecho jurídico, accesorio o vinculado a las conductas anteriores y ya juzgadas, pero cuya autoría pertenecería a personas distintas de las anteriormente sancionadas. De lo expuesto se sigue que los nuevos antecedentes debe presentar un grado de accesoriedad o vinculación a la conducta ya conocida por el Tribunal Antimonopólico no sólo objetivo, sino que también subjetivo, esto es, a través de los autores o sujetos activos del ilícito monopólico, de tal forma que no pueda constituir un hecho imputable a terceros, puesto que en este último evento requeriría un juzgamiento propio y separado del anterior. En otras palabras, carecería de la aptitud para activar una revisión de lo ya juzgado.

En la determinación de la identidad objetiva entre la decisión previa y el nuevo procedimiento fundado en nuevos antecedentes resulta fundamental considerar que aquella no sólo exige considerar lo deducido o explícitamente resuelto, sino

¹⁵⁶ Sentencia 84/2009 del TDLC, considerandos 5 y 9.

que también lo deducible o implícitamente resuelto. En efecto, para determinar lo decidido debe considerarse no sólo lo que se halla explícito sino que también lo implícito; de otra forma sería muy fácil multiplicar artificialmente los procedimientos mediante mínimas alteraciones fácticas o jurídicas en lo resuelto, realizadas con la pretensión de postular la existencia de juicios diversos y desconocer la majestad de la cosa juzgada material, así como también impedir la aplicación de la cosa juzgada según aparece prevista por el artículo 32 del DL 211.

6. Antecedentes sustantivos o de entidad suficiente. La substantividad o entidad suficiente de los nuevos antecedentes refiere a la aptitud que estos deben exhibir para modificar lo ya decidido en el anterior procedimiento. Supuesto que se haya acreditado la vinculación a través de la identidad subjetiva y objetiva entre lo previamente decidido y el nuevo procedimiento sustentado en nuevos antecedentes, procede establecer si éstos exhiben entidad suficiente para alterar lo ya decidido por el TDLC. Estimamos que esta vinculación de relevancia que permite conectar los hechos jurídicos constitutivos de los nuevos antecedentes a la decisión primigenia del TDLC al punto de provocar la modificación de esta última, es lo que este tribunal denomina “*aptitud para modificar lo decidido con anterioridad*”¹⁵⁷ y según aquel ello exige “*un cambio sustantivo de las circunstancias de hecho tenidas en cuenta*”.¹⁵⁸

Esta aptitud se determina en función de que los *nuevos antecedentes* puedan alterar la parte resolutive de la sentencia o resolución previamente dictada por el TDLC o bien alterar los considerandos resolutivos de aquellas¹⁵⁹. Según Savigny los motivos de una sentencia pueden clasificarse en dos categorías: i) *objetivos*, que califica de *elementos* de las relaciones del derecho litigioso y de la sentencia, y ii) *subjetivos*, que corresponden a los *móviles* que influirían en el ánimo del juez para afirmar o negar la existencia de los *elementos*. Considera este tratadista que sólo los motivos objetivos o elementos resultan inseparables de lo dispositivo de la sentencia y, por tanto, están dotados de fuerza de cosa juzgada.¹⁶⁰

A nuestro juicio, esto es muy relevante toda vez que toda decisión judicial -sentencia o resolución- presenta una unidad lógica, un raciocinio, en virtud del cual el TDLC concluye en la parte resolutive y, por tanto, esta no sólo da cuenta de una orden, sino que antes bien de una prescripción racional o acto de raciocinio dotado de coactividad. Así, no cabe separar la orden del raciocinio que la sustenta, porque ello sería minar la fundamentación misma de la decisión y, en último término, la razonabilidad de un acto de autoridad como lo es una decisión judicial. En este sentido,

¹⁵⁷ Sentencia 84/2009 del TDLC, considerandos 5, 7 y 9.

¹⁵⁸ Resolución 18/2006 del TDLC, considerando 18.

¹⁵⁹ Para una conceptualización de los considerandos resolutivos, véase Tavorali Oliveros, Raúl, “Límites Objetivos de la Cosa Juzgada Civil (Intento de Delimitar la Cuestión en el Derecho Chileno)”, en su obra “El Proceso en Acción”, pg.216, Editorial Libromar Ltda, Santiago, 2000. En sentido análogo sustenta Borja que los considerandos denominados “fundamentos objetivos” pasan en autoridad de cosa juzgada por oposición a los llamados “fundamentos subjetivos” de la sentencia, confrontar Luis F. Borja, “Estudios sobre el Código Civil Chileno”, Tomo I, N°25, pg. 27, Roger y Chernoviz, París, 1901.

¹⁶⁰ Savigny, “Tratado de Derecho Romano”, N°291, 292 y 293,

afirma un destacado procesalista: “La cosa juzgada emerge de la sentencia judicial firme observada ésta como unidad, en que la fundamentación o motivación y la resolución o conclusión son inseparables”.¹⁶¹

Sobre este particular, debe felicitarse el acierto del TDLC al aplicar a las resoluciones antimonopólicas la misma estructura silogística que preside las sentencias antimonopólicas, en virtud de la cual se distingue debidamente la parte declarativa, la considerativa y la resolutive.

La “*aptitud para modificar lo decidido con anterioridad*” debe emanar de los nuevos antecedentes y esta aptitud debe generar, a nuestro juicio, modificaciones substanciales en lo decidido primigeniamente por el TDLC. Naturalmente, esta aptitud modificatoria de los nuevos antecedentes ha de ser apreciada en relación con los antecedentes fundantes de la decisión antimonopólica originaria. Las modificaciones deben ser substanciales, porque de otra forma no tendría sentido provocar un nuevo litigio que afectará al o los autores del hecho, acto o convención ya juzgado y a los terceros que de buena fe contrataron con aquellos basados en la certidumbre que entregaba la decisión original del Tribunal Antimonopólica. Por lo señalado consideramos que si los nuevos antecedentes dan cuenta de hechos jurídicos que se limitan a agravar o atenuar la responsabilidad monopólica asignada a la conducta anteriormente, aquellos carecen de la entidad suficiente o substancia para justificar una revisión de lo ya decidido por el TDLC.

Si falla la nota de la vinculación, la nueva acción debe formularse mediante un nuevo litigio, resultando improcedente invocar el artículo 32 del DL 211. Así, debe diferenciarse entre: i) la activación del artículo 32 del DL 211 mediando nuevos antecedentes que vinculan a una decisión anterior del TDLC y ii) la iniciación de un proceso completamente nuevo, diverso e inconexo del preexistente.

Si se cumplen todas y cada una de las notas exigidas a los nuevos antecedentes habría lugar a la activación del artículo 32 del DL 211 y, por tanto, tendría lugar un nuevo litigio que revisaría lo ya decidido por el TDLC. Si el artículo 32 mentado diere cuenta de una cosa juzgada material o substancial, los nuevos antecedentes serían inútiles, toda vez que estos se estrellarían contra la inmutabilidad de lo decidido previamente y con efecto para todos los procedimientos posteriores. Sin embargo, al aceptarse por el legislador antimonopólico la procedencia de nuevos antecedentes queda evidenciado que nos hallamos ante una cosa juzgada semejante a una formal y a una provisoria, aunque no perfectamente coincidente con ninguna de estas categorías, según demostramos. Por tanto, podrá el TDLC reconsiderar su decisión anterior a través de una acción sustentada en los nuevos antecedentes que cumplen copulativamente las notas expuestas.

d) Vías procesales para presentar nuevos antecedentes

¹⁶¹ Hugo Pereira Anabalón, “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil”, pg. 261, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago, 1997.

La activación del artículo 32 del DL 211, ya no en su dimensión de cosa juzgada antimonopólica sino que en lo relativo a la invocación de nuevos antecedentes para actualizar lo ya decidido por el TDLC y, por tanto, para obtener la reapertura de una sentencia o de una resolución antimonopólica debe, a nuestro juicio, realizarse a través de un nuevo procedimiento.

La invocación y acreditación de nuevos antecedentes no tiene lugar a través de un recurso judicial toda vez que la correspondiente sentencia o resolución antimonopólica originaria ya se encuentra a firme y ha producido el efecto de *res iudicata antimonopólica*. Ello se explica porque es un requisito esencial de todo recurso el que éste pueda interponerse contra decisiones que no se encuentran firmes o ejecutoriadas, situación que evidentemente no acontece en la especie. Luego, la invocación de nuevos antecedentes no debe efectuarse mediante un recurso sino que a través de un nuevo procedimiento.

Este nuevo procedimiento antimonopólico se inicia mediante una acción o una petición, según se trate de un procedimiento contencioso o de uno no contencioso de orden consultivo y cuya finalidad es actualizar una sentencia o una resolución preexistente a la luz de nuevos antecedentes. En virtud de este nuevo procedimiento el TDLC conocerá de los supuestos nuevos antecedentes y de sus respectivas notas constitutivas, a fin de establecer si aquellos permiten actualizar lo decidido anteriormente. En caso afirmativo, el TDLC procederá a pronunciarse acerca de si la situación complementada con los nuevos antecedentes constituye una infracción monopólica o bien una contradicción con la libre competencia, según corresponda.

Una acción fundada en nuevos antecedentes permitirá iniciar un proceso contencioso regido por los artículos 19 a 29 del DL 211, en tanto que una petición fundada en nuevos antecedentes permitirá comenzar un procedimiento consultivo gobernado por el artículo 31 de aquel cuerpo normativo.

Tanto la acción como la petición fundada en nuevos antecedentes pueden dar lugar a una actualización de la correspondiente sentencia o resolución antimonopólica; sin embargo, esta circunstancia no importa identificar aquellas con la acción de revisión prevista en el Código de Procedimiento Civil, según explicaremos en la sección siguiente.

Si se trata de una acción fundada en nuevos antecedentes, el nuevo proceso contencioso y sancionatorio mediante el cual se invocan aquellos, puede iniciarse mediante un requerimiento de la FNE o bien por una demanda de quienes fueron parte activa o parte pasiva en la sentencia antimonopólica originaria a la cual refieren los nuevos antecedentes. Si se trata de una petición fundada en nuevos antecedentes, el nuevo procedimiento consultivo mediante el cual se invocan aquellos, puede iniciarse mediante una consulta de la FNE o bien por una consulta interpuesta por quienes fueron consultantes y/o intervinientes en la resolución antimonopólica a la cual se vinculan los nuevos antecedentes.

Aquellos que sin haber sido partes o intervinientes, les aproveche la sentencia o la resolución antimonopólica, según corresponda, deben ser admitidos en este nuevo proceso o procedimiento, según corresponda.

Esta doble vía - contenciosa y consultiva - para invocar y acreditar nuevos

antecedentes ha sido reconocida expresamente por el TDLC al señalar:

Por consiguiente, sobre la base de nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o impartir una instrucción, **la cuestión puede renovarse por medio de alguna de las vías procesales establecidas en el D.L. N° 211 para dar inicio a un procedimiento ante este tribunal**¹⁶² (énfasis añadido).

La reapertura de una sentencia antimonopólica o de una resolución antimonopólica requiere la realización de las siguientes etapas lógicas por parte del TDLC: i) determinar la admisibilidad del requerimiento, demanda o consulta, según corresponda; ii) determinar que se trata de nuevos antecedentes, en el sentido de concurrir las notas copulativas antes expuestas, para lo cual el Tribunal Antimonopólico deberá ordenar se traiga a la vista el expediente que dio lugar a la sentencia o resolución primigenia; iii) establecer el efecto que tales nuevos antecedentes provocan sobre los hechos, actos o convenciones que fueron objeto de una decisión firme y previa del TDLC, y iv) dictar una sentencia absolutoria o condenatoria si se trata de un proceso contencioso o bien dictar una resolución que declare que la conducta complementada con los nuevos antecedentes es inocua o bien contradictoria con la libre competencia. Si el TDLC establece, a la luz de los nuevos antecedentes acreditados, una nueva calificación de los hechos, actos o convenciones objeto de la decisión primigenia, aquella operará sólo a partir de la correspondiente notificación o publicación. Atendido que tanto la configuración de un ilícito monopólico como la determinación de una contradicción monopólica exigen determinar si la conducta originaria, junto a los nuevos antecedentes que la complementan, resultan reñidos con la libre competencia apreciada *in concretum*, deberá evaluarse nuevamente el mercado relevante en el procedimiento que se inicie mediante la acción o la petición de nuevos antecedentes.

Asimismo, aquel nuevo procedimiento deberá tratar - bajo la óptica de la libre competencia - las situaciones jurídicas que se han consolidado al alero de las decisiones previas del TDLC. En otras palabras, puede haber situaciones de derechos adquiridos generados por efectos reflejos de la respectiva sentencia o resolución antimonopólica originaria que provocarán la participación en el respectivo procedimiento de terceros de buena fe. Lo anterior, ciertamente no impide al TDLC actualizar lo decidido previamente ni modificarlo a la luz de los nuevos antecedentes, pero deberá permitir que las partes o intervinientes o terceros afectados comparezcan a hacer valer sus derechos. En tal sentido, es probable que en estos procedimientos antimonopólicos, mediante los cuales se pretende actualizar lo ya decidido por el TDLC, emerjan formas litisconsorciales.

En el evento que la sentencia o resolución antimonopólica que pone término al procedimiento en el cual se han invocado nuevos antecedentes establezca un

¹⁶² Resolución 18/2006 del TDLC, considerando 3.

injusto monopolístico o bien una incompatibilidad con la libre competencia, según corresponda, surge la pregunta de cómo se operativiza la responsabilidad asociada a aquel o el carácter contradictorio vinculada a éste, si la decisión originaria del TDLC había señalado que aquella conducta era inocua para el bien jurídico tutelado. Esta es una situación muy singular toda vez que al haber existido una decisión originaria que consideraba que el hecho, acto o convención carecía de tipicidad y/o antijuridicidad y posteriormente una nueva sentencia de naturaleza condenatoria, no puede considerarse que exista responsabilidad monopólica desde la perpetración de aquella conducta sino que sólo desde la notificación o publicación de la nueva sentencia que valora los nuevos antecedentes aportados.

Análogamente, si ha existido una resolución originaria que consideraba que el hecho, acto o convención carecía de tipicidad y/o antijuridicidad y posteriormente una nueva resolución establece una contradicción monopólica, no puede considerarse que exista responsabilidad monopólica por la perpetración o ejecución de aquella conducta sino que sólo desde la notificación o publicación de la nueva resolución que valora los nuevos antecedentes aportados. Así discurre el artículo 32 del DL 211, que la responsabilidad monopólica sólo puede surgir desde que se notifique o publique la nueva sentencia.¹⁶³

Es probable que una conducta que antes había sido calificada como inocua y en virtud de la nueva sentencia se considera conculcadora de la libre competencia no pueda ser cesada de inmediato. Tratándose de hechos ello suele resultar más fácil; sin embargo, si aquella conducta consistía en actos jurídicos y convenciones, ello presenta complejidades adicionales.

La primera dificultad es de orden temporal: una cesación de tales conductas (actos y convenciones) requiere un plazo razonable para reorganizar las actividades y negocios asociados a tales conductas. Consideramos que el otorgamiento del mencionado plazo es de la esencia de aquella sentencia que declara un injusto monopolístico o de aquella resolución que establece una contradicción monopólica, toda vez que, en el tiempo que media entre la decisión originaria y la nueva decisión del TDLC, ha estado el autor del hecho, acto o convención de buena fe y amparado por el efecto de cosa juzgada que confiere la decisión antimonopólica primigenia en virtud del artículo 32 del DL 211.

La segunda dificultad es de orden procesal: en aquel procedimiento que invocaba nuevos antecedentes debían haber participado no sólo el autor del hecho, acto o convención originariamente juzgado sino que también las respectivas contrapartes de las convenciones y beneficiarios de actos jurídicos unilaterales recepticios porque de lo contrario podría no empecerles la nueva decisión del TDLC.¹⁶⁴

La tercera dificultad es que si el procedimiento es contencioso la nueva sentencia debe contemplar sanciones para que el evento que, una vez expirado el plazo judicialmente concedido para desarticular los actos y/o convenciones, de no haber-

¹⁶³ Artículo 32, inciso primero, DL 211.

¹⁶⁴ Artículo 234, inciso segundo, Código de Procedimiento Civil.

se producido semejante desarticulación, se apliquen determinadas sanciones. Estas pueden consistir en multas, modificaciones y terminaciones de actos o convenciones y disoluciones de personas jurídicas de derecho privado.¹⁶⁵

Si el procedimiento es consultivo, la nueva resolución no puede contemplar sanciones para que el evento que, una vez expirado el plazo judicialmente concedido para desarticular los actos y/o convenciones, de no haberse producido semejante desarticulación. Lo que sí podría contemplar aquella resolución, en el escenario descrito, es que se impongan determinadas condiciones o medidas propiamente tales una vez agotado el plazo judicial establecido por la resolución.

Si al término de este nuevo procedimiento en el cual se han invocado y acreditado nuevos antecedentes el Tribunal Antimonopólico dicta una sentencia modificatoria de su decisión primigenia, no podrá demorar irrazonablemente la notificación o publicación de la nueva decisión. Esta notificación o publicación deberá realizarse, sea que esta sentencia declare que la conducta complementada por nuevos antecedentes, está libre de responsabilidad monopólica o bien sea que esta sentencia disponga que la conducta complementada por nuevos antecedentes constituye un atentado contra la libre competencia. Asimismo, esta notificación o publicación deberá realizarse, sea que esta resolución declare que la conducta complementada por nuevos antecedentes es compatible con la libre competencia o bien sea que esta resolución disponga que la conducta complementada por nuevos antecedentes contradice la libre competencia.

En efecto, si acontece lo primero -la declaración de inexistencia de responsabilidad monopólica o de contradicción monopólica- el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe comunicarlo a la brevedad, puesto que durante el tiempo que irrazonablemente demore en hacerlo se halla sustrayendo indebidamente una actividad económica del ámbito de lo lícito, con lo cual dicho tribunal podría vulnerar la garantía constitucional del derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Art. 19, N° 21 de la Constitución Política de la República) y lo que es más grave, desde la óptica del Decreto Ley 211 podría llegar a conculcar el bien jurídico tutelado por este cuerpo normativo: la libre competencia.

Por contraste, toda dilación injustificada en comunicar que la conducta juzgada conjuntamente con los nuevos antecedentes complementarios a la misma ha sido objeto de un nuevo juzgamiento, en el sentido de constituir un atentado contra la libre competencia o una contradicción con este bien jurídico, podría eventualmente generar responsabilidad para el Tribunal Antimonopólico por las lesiones o riesgos que a dicho bien jurídico se sigan de las conductas objeto de tal sentencia o resolución durante el tiempo que media entre la nueva decisión y su notificación.

Se ha cuestionado la transferencia de potestad consultiva desde las antiguas Comisiones Preventivas a favor del TDLC por la inhabilitación que importaría para los ministros integrantes de este último al haberse pronunciado previamente si un asunto que se pretende sea visto nuevamente en esta misma sede. Estimamos que la vía por la cual ello puede producirse es la siguiente: si ha mediado una invocación de

¹⁶⁵ Artículo 26, inciso segundo, DL 211.

nuevos antecedentes que justifica actualizar un asunto ya consultado o sentenciado por el TDLC a través de un nuevo proceso contencioso que podría modificar lo decidido originariamente. La precisión de que no procede la inhabilitación que realiza el inciso segundo del artículo 32 del DL 211 es importante y de gran utilidad. En efecto, en asuntos de libre competencia pueden concurrir nuevos antecedentes con aptitud para causar una modificación substantiva en una decisión previa referida a un determinado hecho, acto o convención y, por lo mismo, resultaría sumamente ineficiente que los ministros que ya conocieron del mismo caso no puedan pronunciarse sobre nuevos antecedentes que inciden sobre aquel.

e) Acción o petición fundada en nuevos antecedentes y acción de revisión

Si bien esta *acción o petición fundada en nuevos antecedentes* podría ser confundida con una *acción de revisión*, resulta de la mayor importancia advertir que existen significativas diferencias entre tales institutos.

La primera es que la *acción o petición fundada en nuevos antecedentes* sólo ocurre en sede antimonopólica y permite activar tanto la potestad contenciosa como la potestad consultiva del TDLC. Por contraste, la *acción de revisión* sólo puede ejercitarse bajo la forma de una acción impugnativa, la que es conocida exclusivamente por la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁶.

La segunda diferencia consiste en que la *acción o petición fundada en nuevos antecedentes* permite actualizar tanto una sentencia como una resolución antimonopólicas que se encuentren ejecutoriadas. Como contrapartida, la *acción de revisión* sólo permite rever una sentencia definitiva firme,¹⁶⁷ que no sea de las pronunciadas por la Corte Suprema conociendo en los recursos de casación o de revisión.¹⁶⁸

La tercera diferencia radica en que la *acción o petición fundada en nuevos antecedentes* carece de causales específicas y taxativas, quedando entregado al TDLC la determinación de si los hechos jurídicos acreditados en este nuevo procedimiento constituyen nuevos antecedentes que dan cumplimiento a todas y cada una de las notas constitutivas de los mismos. Por contraste, la *acción de revisión* contempla causales específicas, determinadas legislativamente.¹⁶⁹

La *acción o petición fundada en nuevos antecedentes* semeja a la *acción de revisión* toda vez que autoriza al tribunal correspondiente a rever lo ya decidido judicialmente y pasado en autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, la acción de revisión presenta un alcance reparatorio¹⁷⁰ de una sentencia preexistente que se ha basado en probanzas espurias, fraudes o el desconocimiento de la cosa juzgada, en tanto que la

¹⁶⁶ Artículo 810, Código de Procedimiento Civil.

¹⁶⁷ Corte Suprema, 6 de julio de 1951, RDJ, t.48, sec 1ª, pg. 260.

¹⁶⁸ Artículo 810, Código de Procedimiento Civil.

¹⁶⁹ Artículo 810, Código de Procedimiento Civil.

¹⁷⁰ Pedro Aragoneses, "Instituciones de Derecho Procesal Penal", pg. 550, Madrid, 1981.

acción o petición fundada en nuevos antecedentes exhibe un sentido eminentemente actualizador de una decisión primigenia a la luz de nuevos antecedentes.

V. CONCLUSIONES

a) Finalidad del artículo 32 del DL 211.

El artículo 32 del DL 211 no contempla una causal de justificación sino que su finalidad es otra: conferir certeza jurídica en el ámbito antimonopólico para quienes se han ceñido a las decisiones del TDLC.¹⁷¹ Esta certeza es fundamental atendida la apertura del tipo infraccional, universal y bipartito, que presenta el artículo tercero del DL 211, la complejidad que exhibe la determinación *in concretum* del bien jurídico tutelado libre competencia y la sofisticación jurídica y económica que muestra la jurisprudencia emanada del TDLC y de la Corte Suprema en la resolución de estas delicadas materias.

El artículo 32 no consagra una *acción de revisión*, toda vez que requiere “*nuevos antecedentes*”, lo cual es muy diferente de afirmar que los antecedentes empleados en el procedimiento anterior fuesen falsos, fraudulentos o violatorios de la cosa juzgada. En otras palabras, la *acción de revisión* busca determinar la irregularidad de los antecedentes empleados para alcanzar la sentencia con una *finalidad reparatoria*, en tanto que la *acción o petición fundada en nuevos antecedentes* presenta un *objetivo actualizador* de la respectiva sentencia o resolución antimonopólica. Podría alguien argüir que la irregularidad de los antecedentes ya invocados en el previo proceso constituye un nuevo antecedente; discrepamos de esta logomaquia, toda vez que según demostraremos, los nuevos antecedentes no consisten en volver con nuevos argumentos sobre los antecedentes ya expuestos en el proceso anterior, sino en presentar antecedentes adicionales a los ya invocados previamente.

b) Ámbito formal y material del artículo 32 DL 211.

El primer inciso del artículo 32 en comentario emplea la expresión “*decisiones del Tribunal*”, con lo cual aquel precepto legal debe aplicarse a lo dispuesto por el tribunal Antimonopólico en ejercicio de cualesquiera de sus potestades públicas, sea que rematen en sentencias, resoluciones, reglamentos internos o externos, informes y propuestas normativas (requisitoria). Ciertamente que los efectos sobre la responsabilidad monopólica del artículo 32 sólo refieren a aquello que específicamente corresponde a la decisión del TDLC manifestada en ejercicio de una o más de las referidas potestades públicas.

El propio TDLC ha confirmado, con alcance general y no para un caso par-

¹⁷¹ Auto Acordado N°5/2004 del TDLC, acuerdo tercero, inciso segundo. La referencia que dicho Auto Acordado realiza al artículo 19 debe entenderse efectuada al actual artículo 32 del DL 211.

ricular, que el artículo 32 del DL 211 aplica no sólo a las sentencias antimonopólicas sino que también a las resoluciones antimonopólicas.¹⁷²

Los hechos, actos o convenciones realizados por autoridades públicas, personas jurídicas de derecho público o privado y personas naturales sólo pueden ser conocidos por el Tribunal Antimonopólico en lo que dice relación con la libre competencia y por la Corte Suprema en su calidad de superior jerárquico con motivo del ejercicio de ciertos recursos.

La protección que entrega el artículo 32 está construida en forma amplia y por ello dicho precepto está formulado en los términos bajo los cuales está escrito. La certeza que confiere el artículo 32 DL 211 exhibe matices según cual sea la naturaleza de la decisión judicial adoptada en cada oportunidad, lo cual no impide afirmar que todas las decisiones del TDLC se encuentran capturadas por la ritualidad judicial, atendido que sus correspondientes potestades se hallan radicadas en un Tribunal de la República.

Resulta relevante distinguir ante qué clase de ejercicio de potestad del TDLC se está, puesto que hay decisiones que versan sobre casos concretos, que dan lugar a una cosa juzgada en un sentido estricto, y decisiones que refieren a situaciones generales, que pueden dar lugar a una cosa juzgada en un sentido analógico, concepción que modernamente se ha abierto paso en relación a otras decisiones judiciales de carácter general¹⁷³. Asimismo, las situaciones de carácter general se rigen, además, por institutos diversos de la cosa juzgada que no trataremos en esta oportunidad.

c) Cosa juzgada en general.

No sólo la litis pendencia sino que también la cosa juzgada constituyen expresiones en el orden judicial del principio jurídico *non bis in idem*,¹⁷⁴ en cuanto impiden doble persecución, doble juzgamiento y doble sanción.¹⁷⁵ La cosa juzgada es manifestación judicial del principio mentado en su dimensión substantiva, en cuanto implica la prohibición de sanciones múltiples¹⁷⁶. La fórmula “cosa juzgada” presenta dos

¹⁷² Auto Acordado N°5/2004 del TDLC, acuerdo tercero, inciso segundo. La referencia que dicho Auto Acordado realiza al artículo 19 debe entenderse corresponde al actual artículo 32 del DL 211.

¹⁷³ Si bien es cierto que el asunto es controvertido a nivel doctrinario, puede citarse a modo de ejemplo al destacado jurista y profesor Juan Colombo Campbell, quien afirma: “(...) es de la esencia de todo proceso que los efectos de la sentencia que le pone término se traduzcan en una verdad jurídica indiscutible e inamovible, o sea, que produzca cosa juzgada; que las sentencias emanadas de los procesos que tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto, de competencia de los Tribunales Constitucionales, producen cosa juzgada sustancial y absoluta, con efecto erga omnes; por lo tanto, lo resuelto no puede volver a debatirse”, en “Las Sentencias Constitucionales: Tipología y Efectos”, pg. 285, en obra colectiva “Jurisdicción Constitucional en Chile y América Latina. Presente y Prospectiva”, coordinada por Nogueira Alcalá, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.

¹⁷⁴ Article 50, The European Union Chart of Fundamental Rights. Artículo 1, inciso final, Código Procesal Penal de la República de Chile.

¹⁷⁵ Para un contraste entre cosa juzgada y litis pendencia, véase Carlos Anabalón Sanderson, “Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno”, N°1264, pgs. 146-147, Vol II, Escuela Tipográfica Salesiana, Santiago, 1963.

¹⁷⁶ Resolución Intermedia de 23 de diciembre de 2010 del TDLC, considerando 24, Rol N° C212-10.

acepciones: i) *lo decidido*, esto es, aquel juicio dotado de imperio mediante el cual un tribunal realiza la justicia distributiva del caso particular determinando lo suyo de cada cual y ii) *la inmutabilidad de lo decidido y sus efectos*. Esta segunda significación de cosa juzgada no debe ser confundida con la coercibilidad, imperatividad o ejecutabilidad de lo decidido, ya que éstas acompañan virtualmente a todo acto de autoridad pública.¹⁷⁷

La inmutabilidad de lo resuelto es protegida a través de la acción (*actio iudicati*) y excepción de cosa juzgada (*exceptio rei iudicate*)¹⁷⁸. En tal sentido, la doctrina ha concluido que la *excepción de cosa juzgada* permite preservar la inmutabilidad constitutiva de la cosa juzgada y, por tanto, aquella debe ser imprescriptible. Para invocar la excepción de cosa juzgada basta que aquellos a los cuales aprovecha la decisión anterior en conformidad con la ley impidan un nuevo pronunciamiento, sea en el mismo o en otro sentido del preexistente y sea que se pretenda que aquel tenga lugar en el mismo procedimiento o en otro diverso. Asimismo, la cosa juzgada requiere que sea la misma situación jurídica la que se pretende someter nuevamente a decisión judicial, sin que desaparezca esta igualdad de situación por no ser unas mismas las expresiones con que el demandante sustenta su derecho, si substancialmente tienen el mismo alcance.

Por contraste, la *acción de cosa juzgada* guarda más bien relación con la ejecutabilidad o cumplimiento forzado de lo resuelto y no con la inmutabilidad de lo decidido.

Si bien este instituto se encuentra reconocido indirectamente a nivel constitucional, la substancia de su regulación ha quedado entregada a la jerarquía legal. Ello explica las variantes que presenta el instituto de la cosa juzgada en función de la materia regida por el legislador; así, la cosa juzgada civil, la cosa juzgada penal y la cosa juzgada antimonopólica exhiben perfiles propios y características singulares. La diversidad de materias y sus particulares exigencias también explican las diferentes clases de cosa juzgada elaboradas por el legislador, cuyas categorías principales son la cosa juzgada substancial y la cosa juzgada formal.

d) Cosa juzgada antimonopólica.

El presente informe sólo versa sobre las decisiones del TDLC que, por su naturaleza concreta, dan lugar a la cosa juzgada en un sentido estricto y propio. Esta concepción estricta de la cosa juzgada, referida a decisiones concretas, esto es, sentencias y

¹⁷⁷ Eduardo J. Couture, “Vocabulario Jurídico”, pg.196, Montevideo, 1960. Este tratadista distingue los siguientes atributos de la cosa juzgada: coercibilidad, inmutabilidad e irrevisibilidad. Consideramos que sólo la inmutabilidad define la cosa juzgada, en tanto que la primera cualidad señalada pertenece a todo acto de autoridad pública a firme y que la irrevisibilidad equivale a la preclusión.

¹⁷⁸ Artículos 174 y 175, Código Procedimiento Civil.

resoluciones antimonopólicas, es compartida por el TDLC.¹⁷⁹

Respecto de las **sentencias antimonopólicas**, que deciden una controversia que necesariamente versa sobre la eventual existencia de una infracción al DL 211, no genera sorpresa el que aquellas produzcan el efecto de cosa juzgada. Esto se debe a que la cosa juzgada es generalmente concebida como un atributo de ciertas sentencias judiciales que efectivamente resuelven una materia, acogiendo o denegando lo solicitado en una demanda o requerimiento.

Por contraste, respecto de las **resoluciones antimonopólicas** que deciden una consulta antimonopólica, que necesariamente versa sobre la eventual contradictoriedad de una conducta actual o futura con el DL 211, podría llamar la atención que aquellas produzcan el efecto de cosa juzgada. Ello sería explicable para quien observara que el artículo 18 N°2 del DL 211 califica esta materia como *no contenciosa* y recordara que, de conformidad a la doctrina procesal autorizada, los actos judiciales no contenciosos producen cosa juzgada sólo en los casos previstos por los artículos 820 y 821 del Código de Procedimiento Civil, esto es, tratándose de sentencias afirmativas cumplidas.¹⁸⁰ La circunstancia de que el artículo 32 del DL 211 no siga esta regla civil se explica por las siguientes razones: i) La potestad consultiva se asimiló legislativamente a una materia no contenciosa por razones eminentemente operativas, no obstante lo cual aquella presenta multitud de particularidades que la distancian de los procedimientos civiles no contenciosos y, por tanto, resulta razonable que la actividad judicial consultiva del TDLC no haya sido sometida a las reglas del Libro IV del Código de Procedimiento Civil. La potestad consultiva se caracteriza por estructurarse a través de un procedimiento no contencioso, sin perjuicio que en función del estado del hecho, acto o convención consultado aquel puede transformarse en contencioso, en las situaciones previstas por el Auto Acordado 5/2004 del TDLC. Si bien en ciertos casos los procedimientos no contenciosos -también llamados de jurisdicción voluntaria o graciosa¹⁸¹ - no dan lugar a cosa juzgada, ello ha sido modificado por el legislador antimonopólico en los términos del artículo 32 del DL 211; ii) Como certeramente ha observado la Excm. Corte Suprema, la materia antimonopólica presenta una naturaleza diversa de la puramente civil¹⁸² y ello se manifiesta no sólo en la interpretación de normas substantivas, tales como el tipo infraccional antimonopólico, sino que también en normas adjetivas como acontece con la cosa juzgada que rige el procedimiento consultivo antimonopólico; y iii) La potestad consultiva está íntimamente asociada a la potestad sancionatoria toda vez que ambas se encuentran radicadas en el mismo Tribunal Antimonopólico y no constituyen sino

¹⁷⁹ Resolución 8/2005 del TDLC, considerando 3: “(...) En consecuencia, puede desprenderse de la norma citada que las decisiones de este tribunal y la de los organismos de que es sucesor legal producen el efecto de cosa juzgada, el que es eficaz tan sólo en lo que dice relación con el proceso concreto en el que se ha producido o con relación al estado de cosas (persona, objeto, causa) tenido en consideración al decidir” (énfasis añadido).

¹⁸⁰ Juan Colombo Campbell, “La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Procesal Chileno”, pgs. 131-132, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980.

¹⁸¹ Artículo 2, Código Orgánico de Tribunales y Libro IV del Código de Procedimiento Civil.

¹⁸² Corte Suprema, 17 de julio de 2013, considerando 10 *in fine*.

el anverso (eminentemente preventivo) y el reverso (eminentemente represivo) de la tutela del bien jurídico libre competencia. De allí que lo decidido bajo la potestad sancionatoria impida modificar lo decidido bajo la potestad consultiva y viceversa. En otras palabras, el TDLC constituye una autoridad pública dotada de unidad y, por tanto, lo decidido en casos concretos - ya sea por consulta o bien por demanda y/o requerimiento - debe preservar la coherencia que reclama el bien jurídico tutelado. Dicha coherencia se determina mediante la identidad subjetiva y objetiva que caracteriza la cosa juzgada antimonopólica. Concurriendo aquellas identidades, resulta improcedente que lo resuelto en una consulta antimonopólica sea desconocido en una sentencia antimonopólica y viceversa.

De allí la fundada preocupación del TDLC de asegurar coherencia entre una y otra forma decisoria, lo que le llevó a la dictación del Auto Acordado N°5/2004. En efecto, la existencia de contradicción entre las decisiones mediante las cuales el TDLC imparte la justicia antimonopólica menoscabaría la autoridad de sus sentencias y resoluciones ya firmes, fomentaría un revisionismo de las mismas por los afectados y desincentivaría las consultas por resultar inútiles sus resoluciones. De allí que el legislador Antimonopólica haya extendido el manto de la cosa juzgada en el ámbito de la tutela de la libre competencia no sólo a las sentencias que dicta el TDLC sino que también a las resoluciones que emanan de este tribunal especial. Sobre el particular debe recordarse lo resuelto por el TDLC: “(...) *las decisiones de este tribunal y de los organismos de que es sucesor legal, producen el efecto de cosa juzgada (...)*”¹⁸³

Lo que es regla y está resuelto en una sentencia antimonopólica y no puede ser desconocido por otra sentencia antimonopólica, lo he denominado “*cosa juzgada intrasentencias*”. Asimismo, lo que es regla y está resuelto en una resolución antimonopólica y no puede ser puesto en duda por otra resolución antimonopólica, lo he llamado “*cosa juzgada intra-resoluciones*”. Sin embargo, cabe añadir que lo resuelto en una sentencia antimonopólica tampoco puede ser puesto en duda en una resolución antimonopólica ni viceversa, situación que he designado “*cosa juzgada interdecisiones*”.¹⁸⁴

e) Categorías de cosa juzgada y cosa juzgada antimonopólica.

La doctrina y la jurisprudencia se han preguntado por mucho tiempo si el artículo 32 del DL 211 - y antes el artículo 14 del antiguo texto del DL 211 - constituye un caso de cosa juzgada formal o bien de cosa juzgada provisional.

Contra la idea de que el artículo 32 del DL 211 da cuenta de una *cosa juzgada*

¹⁸³ Resolución 18/2006 del TDLC, considerando 3.

¹⁸⁴ Un ejemplo de cosa juzgada parcial “inter-decisiones” lo hallamos en Resolución Intermedia de 6 de diciembre de 2007 del TDLC, considerando 7, Rol C N°147-07: “(...) *se acogerá parcialmente la excepción de cosa juzgada, sólo en cuanto este tribunal no se pronunciará respecto de los hechos a que se refirió el conflicto que la Comisión Preventiva Central resolvió en el año 2002 mediante su Dictamen N°1229.*” Decimos que esta cosa juzgada es “intradecisiones” toda vez que vincula un Dictamen de la Comisión Preventiva Central a una resolución intermedia del TDLC emitida en un proceso contencioso.

provisional se ha dicho que esta última sólo requiere un *cambio de circunstancias*; sin embargo, el precepto en comento exige expresamente la concurrencia de “*nuevos antecedentes*”. Efectivamente, un *cambio de circunstancias* no necesariamente corresponde a *nuevos antecedentes*, toda vez que el cambio de circunstancias debe hallarse expresamente preestablecido en una sentencia o resolución y contar para ello con fundamento legal. Ni las sentencias antimonopólicas ni las resoluciones antimonopólicas suelen contemplar un cambio de circunstancias en forma expresa y en tal sentido no suele observarse que lo decidido se halle supeditado a una determinada mudanza fáctica.

En cuanto a la posibilidad de que el artículo del 32 del DL 211 aluda a la *cosa juzgada provisional* se aprecia la paradoja de que el propio tribunal está facultado, ante una aportación de nuevos antecedentes, a revocar, alterar o preservar lo decidido previamente (naturalmente que en el ámbito antimonopólico infraccional ello requeriría iniciativa de alguna persona, toda vez que el TDLC está vedado de iniciar de oficio un proceso sancionatorio o bien un procedimiento consultivo).¹⁸⁵

Por otra parte, la *cosa juzgada formal* suele fundarse en que el proceso originario era abreviado o sumario y podía, por tanto, la brevedad del mismo lesionar la justicia, dejando así lugar a un eventual nuevo litigio de lato conocimiento que permitiría rever lo resuelto¹⁸⁶. Ello no sucede ni con los procesos sancionatorios ni con los procedimientos consultivos antimonopólicos, los cuales no pueden ser calificados de abreviados o sumarios; tampoco se observa en aquellos disposición alguna que permita una ulterior oportunidad de activar un nuevo proceso de lato conocimiento. En efecto, el proceso sancionatorio regido por los artículos 19 a 29 del DL 211 es de lato conocimiento, según lo prueba la estructura del mismo y la remisión supletoria a los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil¹⁸⁷; en tanto que el procedimiento consultivo también lo es según muestra la estructura del artículo 31 del DL 211 que permite multitud de intervinientes, consistentes en la FNE (sea que actúe o no como consultante), autoridades públicas concernidas y competidores y agentes económicos relacionados con la materia consultada y quienes en general tengan interés legítimo en aportar antecedentes.¹⁸⁸ Asimismo, existe una oportunidad para recibir las recomendaciones de la FNE y realizar una evaluación de las mismas por parte de las personas que participan en el hecho, acto o convención consultada,¹⁸⁹ luego, una audiencia pública con la activa participación de quienes hubiesen aportado antecedentes,¹⁹⁰ así como recepción de informes solicitados por el TDLC.¹⁹¹ Tanto

¹⁸⁵ *Nemo iudex sine actore*. Así lo confirma la Resolución 8/2005 del TDLC, considerando 2.

¹⁸⁶ Augusto Durán Martínez, “Cosa Juzgada Administrativa”, pg.129, Ius Publicum N°3, Universidad Santo Tomás, Santiago, 1999. Este autor considera que el fundamento de la cosa juzgada formal se halla en la distinción entre juicio ordinario y juicios extraordinarios.

¹⁸⁷ Artículo 29 del DL 211 que remite al Libro I intitulado Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento y al Libro II denominado Del Juicio Ordinario, ambos del Código de Procedimiento Civil.

¹⁸⁸ Artículo 31, numeral primero, DL 211.

¹⁸⁹ Artículo 31, numeral segundo, DL 211.

¹⁹⁰ Artículo 31, numeral tercero, DL 211.

¹⁹¹ Artículo 31, numeral cuarto, DL 211.

las sentencias antimonopólicas como las resoluciones de término antimonopólicas pueden ser objeto del recurso de reclamación ante la Corte Suprema.¹⁹²

En este sentido, el artículo 32 del DL 211 resulta más exigente que la *cosa juzgada formal* toda vez que reclama nuevos antecedentes para que el asunto pueda ser nuevamente resuelto en un procedimiento posterior. Asimismo, el artículo 32 del DL 211 es también más estricto que la *cosa juzgada sustantiva provisional*, toda vez que aquel expresamente reclama la concurrencia de nuevos antecedentes y no se basta con lo que una sentencia o resolución antimonopólica pueda disponer específicamente acerca de la mutación de ciertas circunstancias que fundan la respectiva decisión, supuesto que el artículo 32 autoriza la cosa juzgada material provisional. Estos nuevos antecedentes podrían consistir en cambios de circunstancias, pero deberían ser de una entidad tal que permita dar cumplimiento a todas y cada una de las notas exigidas para configurar nuevos antecedentes. De allí que estimamos que en el ámbito de la libre competencia no procede aludir a la existencia de una cosa juzgada formal ni a una cosa juzgada substancial provisional, entendidas ambas instituciones en su sentido más riguroso o estricto y prescindiendo de la confusión introducida por Couture en esta materia.

f) La doble identidad de la *res iudicata* antimonopólica.

Ante el DL 211 la *res iudicata* antimonopólica exige para operar la existencia de un juzgamiento y que en dicho juzgamiento concurra la siguiente doble identidad: a) la **identidad del hecho, acto o convención** (genéricamente denominados “hechos”) y b) la **identidad del autor del hecho, acto o convención**, es decir, de aquel a quien se imputa o atribuye, según corresponda, el hecho, acto o convención consultado o demandado o requerido, según sea pertinente. Así lo ha confirmado el TDLC.¹⁹³

El **juzgamiento antimonopólico** a que aludimos debe consistir en una resolución (entiéndase de término, según la conceptualiza el DL 211), en una sentencia o sus equivalentes jurisdiccionales debidamente emitidos o aprobados, según corresponda, por el TDLC o la Corte Suprema. Este juzgamiento debe estar firme o ejecutoriado, es decir resueltos los recursos interpuestos y si éstos no fueron interpuestos, agotados los plazos correspondientes.

El **autor del hecho, acto o convención (identidad subjetiva)** es la persona que ha ejecutado o celebrado tales conductas o que planifica la perpetración de las mismas, conductas que podrían acarrear responsabilidad monopólica. El autor o bien padece una acción antimonopólica (por causa de un requerimiento y/o demanda) o bien realiza o padece una petición antimonopólica (por causa del mismo autor de la conducta o de una consulta de la FNE), según corresponda. En síntesis, se trata del autor (*lato sensu*) del hecho, acto o convención objeto de una consulta o bien materia de una demanda o requerimiento. El autor del hecho, acto o convención puede ser

¹⁹² Artículos 27 y 31, inciso final, DL 211.

¹⁹³ Resolución Intermedia de 23 de diciembre de 2010 del TDLC, considerando 13, Rol N° C212-10.

una autoridad pública, una persona jurídica de derecho público o derecho privado o bien una persona natural.¹⁹⁴ Esto plantea una diferencia significativa con la identidad subjetiva penal, donde por regla generalísima el autor de la conducta debe ser una persona natural o persona física.¹⁹⁵

Un proceso sancionatorio antimonopólico, donde lo que interesa es determinar quién perpetró un determinado injusto monopólico, no considera para efectos de la identidad subjetiva si quién accionó fue la FNE o algún demandante que puede ser una autoridad pública, una persona jurídica o una persona natural dotada de interés. Así, la pretensión punitiva de un particular no es sino la misma pretensión punitiva que podría tener la FNE que, por lo demás, es de interés general.¹⁹⁶ Lo relevante es quién es el afectado por la sentencia, esto es, quién ha perpetrado el hecho, acto o convención objeto de la sentencia y ha resultado absuelto o condenado por la omisión o perpetración de la conducta imputada. Asimismo, en el procedimiento consultivo no resulta relevante a efectos de la identidad subjetiva si quién consultó fue la FNE o bien una autoridad pública, una persona jurídica o una persona natural, que se encuentren dotadas de legítimo interés. Lo relevante es quien es el afectado por la resolución, esto es, quién realiza o realizaría el hecho, acto o convención consultado y si esta se ha considerado contradictoria con la libre competencia.

El **hecho, acto o convención (identidad objetiva)** exhibe una particularidad importante. Tanto en un proceso sancionatorio¹⁹⁷ como en un procedimiento consultivo¹⁹⁸ ha de tratarse de una conducta que puede consistir en hechos, actos o convenciones susceptibles de ser encuadrados en el tipo infraccional antimonopólico.¹⁹⁹ Este posible encuadramiento en el tipo infraccional antimonopólico es lo que confiere competencia al TDLC para conocer de los respectivos hechos, actos o convenciones. Conviene advertir que la identidad objetiva se estructura sobre los mismos hechos, actos o convenciones objeto de una decisión previa, con independencia de si aquellos acaban configurando un injusto monopólico o bien una contradicción con la libre competencia.

Este aserto se explica porque tratándose de una sentencia antimonopólica y sus equivalentes jurisdiccionales el injusto monopólico debe consistir en una conducta, que perpetrada dolosa o culpablemente, lesiona o coloca en riesgo la libre competencia apreciada *in concretum*, sin concurrir causal de justificación y resultando exigible otra conducta. Por contraste, tratándose de una resolución antimonopólica dicha conducta no requiere acreditación de dolo o culpa, pero sí la concurrencia de los demás elementos integrantes de la faz objetiva del tipo infraccional antimonopólico. La razón de esta diferencia radica en que la resolución antimonopólica se

¹⁹⁴ Artículo 3, DL 211.

¹⁹⁵ Corte Suprema, 30 de mayo de 1995, RDJ, t.92, sec 4ª, pg. 75.

¹⁹⁶ Resolución Intermedia de fecha 15 de octubre de 2008 del TDLC, considerandos 12, 13 y 14, Rol C N°169-08.

¹⁹⁷ Artículo 20, inciso segundo, DL 211.

¹⁹⁸ Artículo 31, numeral segundo, y artículo 18 N°2, DL 211.

¹⁹⁹ Artículo 3, DL 211.

inscribe en la función preventiva del TDLC, en tanto que la sentencia antimonopólica obedece a la función represiva del TDLC.

En suma, las identidades reclamadas por la *res iudicata antimonopólica* no concuerdan con las establecidas en el orden civil por el importante contraste en la identidad subjetiva, donde sólo importa el autor, y en la causa de pedir y objeto pedido, ya que sólo importa el hecho, acto o convención.

Si bien las identidades reclamadas por la *res iudicata antimonopólica* semejan a las existentes en el orden penal y sancionatorio en general, también encuentran un significativo matiz al presentar mayor flexibilidad en la identidad subjetiva, ya que no importa la *persona del imputado* sino que la *persona del autor del hecho, acto o convención*, pudiendo ser éste tanto el supuesto sujeto activo demandado o requerido como el partícipe en el hecho, acto o convención consultado.

g) Concepto y naturaleza de los nuevos antecedentes.

Los *nuevos antecedentes* sólo pueden consistir en: i) hechos jurídicos y ii) los cuales no hayan sido conocidos por el TDLC al tiempo de dictar sentencia o resolución antimonopólicas. El TDLC ha resuelto que los nuevos antecedentes que fundan la respectiva pretensión deben consistir en “*nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o de impartir una instrucción*”.²⁰⁰ Es decir, necesariamente los nuevos antecedentes deben consistir en *hechos*, cuya naturaleza sea jurídica o económica, pero jurídicos al fin y al cabo en el sentido que deben presentar un contenido que permita modificar lo ya decidido por el TDLC.²⁰¹ Aquellos *hechos* pueden ser clasificados en hechos propiamente tales, actos o convenciones, en aplicación de la descripción de la conducta que realiza el tipo infraccional antimonopólico previsto en el artículo tercero del DL 211.

Luego, no cabe identificar los nuevos antecedentes exigidos por el artículo 32 del DL 211 con cualquier cambio de circunstancias. Debe recordarse que el vocablo *circunstancia* tiene un alcance amplísimo, toda vez que deriva de la voz latina *circumstantia*, que se origina en el verbo *circumstare*, que significa “estar alrededor de”. De allí que los nuevos antecedentes no pueden consistir en cualquier circunstancia, sino que aquellos se comportan como una especie dentro del género “circunstancia”.

h) Requisitos de los nuevos antecedentes.

Los nuevos antecedentes exigen las siguientes notas copulativas:

1. **Antecedentes reales.** Esto significa que los nuevos antecedentes invoca-

²⁰⁰ Resolución 8/2005 del TDLC, considerando 2. En el mismo sentido, Resolución 18/2006 del TDLC, considerando 3.

²⁰¹ Sentencia 84/2009 del TDLC, considerandos 1,2, 4, 8 y 9.

dos deben existir y ser susceptibles de prueba; debiendo probarse no sólo la existencia de los nuevos antecedentes sino que también demostrarse que éstos cumplen con las demás notas o exigencias a continuación desarrolladas.

2. Antecedentes distintos. La voz “*nuevos*” empleada por el legislador antimonopólico reclama, bajo su cuarta acepción, que los antecedentes sean distintos o diferentes de los que antes había.²⁰² En otras palabras, debe tratarse de antecedentes distintos de los ya presentados en el anterior proceso/procedimiento, con independencia de si éstos hayan sido aceptados o rechazados como fundamento de la respectiva decisión judicial. En suma, los *nuevos antecedentes* deben consistir en hechos no sólo *no invocados* en el procedimiento anterior sino que también *no invocables* en el procedimiento primigenio. La imposibilidad de invocar un nuevo antecedente en el procedimiento primigenio puede deberse a razones no imputables a la parte o al interviniente afectado, v.gr., un ocultamiento doloso de un antecedente que hizo imposible su invocación.

3. Antecedentes sobrevinientes. La novedad de los antecedentes no sólo reclama que éstos sean distintos de los invocados o invocables en el anterior procedimiento, sino que también sean sobrevinientes. Esto se explica porque entre las acepciones de la voz “nuevo” se encuentra la sobreviniencia.²⁰³ La sobreviniencia de los antecedentes puede entenderse en dos sentidos: i) que aquellos se generen con posterioridad a una sentencia o resolución antimonopólica firme y ii) que aquellos se develen con posterioridad a una decisión firme del TDLC. Si se adopta la primera interpretación de sobreviniencia, quedarían excluidos aquellos antecedentes cuya existencia es anterior a la sentencia o resolución antimonopólica primigenia, aun cuando tales antecedentes hubiesen sido desconocidos de las partes en litigio o de los intervinientes en consulta. Por tanto, la novedad del antecedente presenta un sentido objetivo y no un alcance cognoscitivo, esto es, no se refiere al conocimiento que del mismo hayan tenido o debido tener el TDLC, las partes o los intervinientes, según corresponda. Si se adopta la segunda interpretación de sobreviniencia, que refiere al elemento cognoscitivo, se considerarían sobrevinientes tanto los antecedentes generados después de la decisión antimonopólica primigenia como los antecedentes develados con posterioridad a aquella aun cuando éstos preexistieran a la decisión antimonopólica original. De seguirse esta segunda interpretación, la sobreviniencia sería un requisito redundante, toda vez que ya estaría comprendido bajo la nota de distinción o diferenciación que deben presentar los nuevos antecedentes y que ya ha sido analizada en el numeral precedente. Por el contrario, si se adopta la interpretación objetiva de la sobreviniencia, se trataría de una exigencia adicional para los nuevos antecedentes, toda vez que se añadiría a la nota de distinción o diferenciación requerida a los nuevos antecedentes. La dificultad que entraña la interpretación objetiva es que excluiría la posibilidad de presentar antecedentes que no fueron invocados ni eran invocables - por ejemplo por ocultamiento doloso - en un procedimiento antimonopólico primigenio. Sin embargo,

²⁰² Diccionario de la Lengua Española, Tomo VII, pg.1081, acepción cuarta, Madrid, 2001.

²⁰³ Diccionario de la Lengua Española, Tomo VII, pg.1081, acepción quinta, Madrid, 2001.

el TDLC parece haber seguido hasta ahora un criterio objetivo.²⁰⁴

4. Antecedentes directos. Los nuevos antecedentes invocados deben tener incidencia inmediata y directa en la decisión antimonopólica del TDLC que se pretende rever mediante la fórmula prevista en el artículo 32 del DL 211. Esto significa que no cabe considerar como nuevos antecedentes una situación que podría llegar a ser relevante para el pronunciamiento antimonopólico primigenio a través de una cadena de futuribles o eventos condicionados unos a otros y de cuya ocurrencia no existe certeza. Así, la exigencia de la incidencia inmediata y directa de los nuevos antecedentes está ordenada a garantizar que estos efectivamente sean ciertos y eficaces en su influjo sobre lo decidido anteriormente por el TDLC.

5. Antecedentes vinculados. Esta vinculación debe establecerse en función de la identidad subjetiva y de la identidad objetiva que definen el procedimiento preexistente y el nuevo procedimiento que se busca promover fundado en los pretendidos nuevos antecedentes. Mientras la identidad subjetiva alude a la(s) persona(s) que habría(n) operado como autor(es) de un hecho, acto o convención, la identidad objetiva exige atender al hecho, acto o convención eventualmente conculcador de la libre competencia.

La vinculación de los nuevos antecedentes a la conducta juzgada previamente debe dar cuenta de una accesoriedad o complementariedad de aquellos respecto de ésta y si cumple todas las notas expuestas, debe permitir una revisión del juzgamiento ya realizado. Esta exigencia de vinculación es fundamental para: i) establecer que el proceso que se inicia invocando nuevos antecedentes guarde conexión con la conducta anteriormente juzgada por el TDLC, y ii) evitar un juzgamiento de los nuevos antecedentes en forma separada de la conducta principal objeto del procedimiento anterior, lo cual llevaría al absurdo de un fraccionamiento de la unidad de la conducta anticompetitiva.

En resumen, los nuevos antecedentes no pueden consistir en nuevos injustos monopólicos - aunque sean de la misma naturaleza y especie que los ya juzgados - toda vez que al ser naturalmente distintos y separados, la decisión primigenia no se pudo referir a aquellos. No modifica esta conclusión la circunstancia de que los injustos monopólicos ya juzgados se puedan encontrar en una relación de medio a fin con las conductas constitutivas de nuevas infracciones al DL 211.

6. Antecedentes substantivos o de entidad suficiente. La substantividad o entidad suficiente de los nuevos antecedentes refiere a la aptitud que éstos deben exhibir para modificar lo ya decidido en el anterior procedimiento. Supuesto que se haya acreditado la vinculación a través de la identidad subjetiva y objetiva entre lo previamente decidido y el nuevo procedimiento sustentado en nuevos antecedentes, procede establecer si éstos exhiben entidad suficiente para alterar lo ya decidido por el TDLC. Estimamos que esta vinculación de relevancia que permite conectar los hechos jurídicos constitutivos de los nuevos antecedentes a la decisión primigenia del TDLC al punto de provocar la modificación de esta última, es lo que este tribunal

²⁰⁴ Sentencia 84/2009 del TDLC, considerando 2: “*Los únicos hechos acaecidos con posterioridad a la primitiva demanda*”.

denomina “*aptitud para modificar lo decidido con anterioridad*”²⁰⁵ y según aquel ello exige “*un cambio sustantivo de las circunstancias de hecho tenidas en cuenta*”.²⁰⁶

La “*aptitud para modificar lo decidido con anterioridad*” debe emanar de los nuevos antecedentes y esta aptitud debe generar, a nuestro juicio, modificaciones substanciales en lo decidido primigeniamente por el TDLC. Naturalmente, esta aptitud modificatoria de los nuevos antecedentes ha de ser apreciada en relación con los antecedentes fundantes de la decisión antimonopólica originaria. Las modificaciones deben ser substanciales porque de otra forma no tendría sentido provocar un nuevo litigio que afectará al o los autores del hecho, acto o convención ya juzgado y a los terceros que de buena fe contrataron con aquellos basados en la certidumbre que entregaba la decisión original del Tribunal Antimonopólica. Por lo señalado consideramos que si los nuevos antecedentes dan cuenta de hechos jurídicos que se limitan a agravar o atenuar la responsabilidad monopólica asignada a la conducta anteriormente, aquellos carecen de la entidad suficiente o substancia para justificar una revisión de lo ya decidido por el TDLC.

i) Vías procesales para presentar nuevos antecedentes.

La invocación y acreditación de nuevos antecedentes no tiene lugar a través de un recurso judicial toda vez que la correspondiente sentencia o resolución antimonopólica originaria ya se encuentra a firme y ha producido el efecto de *res iudicata antimonopólica*.

Este nuevo procedimiento antimonopólico se inicia mediante una acción o una petición, según se trate de un procedimiento contencioso o de uno no contencioso de orden consultivo y cuya finalidad es actualizar una sentencia o una resolución preexistente a la luz de nuevos antecedentes. En virtud de este nuevo procedimiento el TDLC conocerá de los supuestos nuevos antecedentes y de sus respectivas notas constitutivas, a fin de establecer si aquellos permiten actualizar lo decidido anteriormente. En caso afirmativo, el TDLC procederá a pronunciarse acerca de si la situación complementada con los nuevos antecedentes constituye una infracción monopólica o bien una contradicción con la libre competencia, según corresponda.

Tanto la acción como la petición fundada en nuevos antecedentes pueden dar lugar a una actualización de la correspondiente sentencia o resolución antimonopólica; sin embargo, esta circunstancia no importa identificar aquellas con la acción de revisión prevista en el Código de Procedimiento Civil.

Discurre el artículo 32 del DL 211 que la responsabilidad monopólica sólo puede surgir desde que se notifique o publique la nueva sentencia.²⁰⁷

Es probable que una conducta que antes había sido calificada como inocua y en virtud de la nueva sentencia se considera conculcadora de la libre competencia

²⁰⁵ Sentencia 84/2009 del TDLC, considerandos 5, 7 y 9.

²⁰⁶ Resolución 18/2006 del TDLC, considerando 18.

²⁰⁷ Artículo 32, inciso primero, DL 211.

no pueda ser cesada de inmediato. Tratándose de hechos ello suele resultar más fácil; sin embargo, si aquella conducta consistía en actos jurídicos y convenciones, ello presenta complejidades adicionales.

La primera dificultad es de orden temporal: una cesación de tales conductas (actos y convenciones) requiere un plazo razonable para reorganizar las actividades y negocios asociados a tales conductas. Consideramos que el otorgamiento del mencionado plazo es de la esencia de aquella sentencia que declara un injusto monopolio o de aquella resolución que establece una contradicción monopólica, toda vez que, en el tiempo que media entre la decisión originaria y la nueva decisión del TDLC, ha estado el autor del hecho, acto o convención de buena fe y amparado por el efecto de cosa juzgada que confiere la decisión antimonopólica primigenia en virtud del artículo 32 del DL 211.

La segunda dificultad es de orden procesal: en aquel procedimiento que invocaba nuevos antecedentes debían haber participado no sólo el autor del hecho, acto o convención originariamente juzgado sino que también las respectivas contrapartes de las convenciones y beneficiarios de actos jurídicos unilaterales recepticios porque de lo contrario podría no empecerles la nueva decisión del TDLC.²⁰⁸

La tercera dificultad es que si el procedimiento es contencioso la nueva sentencia debe contemplar sanciones para que el evento que, una vez expirado el plazo judicialmente concedido para desarticular los actos y/o convenciones, de no haberse producido semejante desarticulación, se apliquen determinadas sanciones. Estas pueden consistir en multas, modificaciones y terminaciones de actos o convenciones y disoluciones de personas jurídicas de derecho privado.²⁰⁹

Si el procedimiento es consultivo, la nueva resolución no puede contemplar sanciones para que el evento que, una vez expirado el plazo judicialmente concedido para desarticular los actos y/o convenciones, de no haberse producido semejante desarticulación. Lo que sí podría contemplar aquella resolución, en el escenario descrito, es que se impongan determinadas condiciones o medidas propiamente tales una vez agotado el plazo judicial establecido por la resolución.

²⁰⁸ Artículo 234, inciso segundo, Código de Procedimiento Civil.

²⁰⁹ Artículo 26, inciso segundo, DL 211.

Sanciones en el sistema de libre competencia

EL INJUSTO MONOPÓLICO Y LA GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES. LEGISLACIÓN CHILENA Y COMPARADA.

Ricardo Jungmann Davies*

I. INTRODUCCIÓN.

El presente Informe ha sido solicitado por la Fiscalía Nacional Económica, a propósito de la causa Rol n° 2658-2014-INA seguida ante el Excmo. Tribunal Constitucional, caratulada “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. respecto del literal c) del artículo 26, del DL N° 211 de 1973, en relación con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del mismo cuerpo legal, en los autos sobre recurso de reclamación, caratulados “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros”, de que conoce la Corte Suprema bajo el Rol N° 6249-2014”.

Atendido lo anterior, el informe se organiza como sigue. En el capítulo 2 se aborda la naturaleza jurídica genérica del injusto monopolístico contenido en el artículo 3° del decreto 211 de 1973 y sus símiles a nivel internacional. En el capítulo 3 se analiza el sistema de sanciones chileno (particularmente la multa) contenido en el artículo 26 del Decreto Ley 211 y la graduación de la sanción aplicable al injusto monopolístico. Se aborda, asimismo, la importancia de la discrecionalidad reglada y de la instancia de revisión judicial de la Corte Suprema vía Recurso de Reclamación. Finalmente, en el capítulo 4 se exponen las conclusiones.

II. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA GENÉRICA DEL INJUSTO MONOPÓLICO DEL DECRETO LEY 211.

a) Breve referencia al injusto monopolístico en el Derecho Comparado.

La naturaleza jurídica genérica del injusto monopolístico ha sido reconocida por el Derecho Comparado a través de distintas expresiones legislativas e interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

* Abogado, P. Universidad Católica de Chile, Magíster en Derecho, Universidad de Navarra, profesor de Libre Competencia y Derecho Económico. Agradezco la valiosa colaboración del Abogado Richard Peña Burgos.

En Estados Unidos, por ejemplo, Shenefield & Stelzer (2001)¹ señalan que en la Sherman Act (primer cuerpo legal que sustenta el sistema de defensa de la competencia estadounidense en sus secciones 1 y 2) el Congreso tuvo la opción de prohibir una larga lista de actividades específicas que con frecuencia constituyen restricciones al comercio, como fijación de precios, *bid rigging*, negativas a contratar, entre otras, sin embargo, optó por prohibir tales actividades en general, mediante una disposición amplia, para permitir el desarrollo y aplicación por los tribunales en casos específicos.²

Para zanjar eventuales problemas derivados de la amplitud de dicho concepto, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció en el caso *Standard Oil v. United States* que sólo se prohíben aquellas conductas que restringen injustificadamente la competencia.³ De esta forma, la noción “injustificadamente” ha sido analizada de dos maneras: a) Por una parte, a través de la denominada regla *per se*⁴ y, por la otra, b) a través de la regla de la razón.⁵ Este tipo de análisis conduce a establecer que una conducta pueda ser evaluada en concordancia con su potencialidad de producir un efecto sobre la competencia y/o la materialización efectiva de dicho efecto.

En los Estados Unidos, la fijación de precios (y otras restricciones análogas) son examinadas bajo la regla del *per se* por resultar manifiestamente anticompetitivas, es decir son sancionables sin necesidad de indagar sobre sus efectos específicos en el mercado, ni si cuentan con justificación comercial o de eficiencia.

Por ejemplo, en el caso *Northern Pacific Railway v. United States*,⁶ la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló lo siguiente:

Sin embargo, hay ciertos acuerdos o prácticas que, por sus efectos perniciosos en la competencia y la ausencia de cualquier otra virtud, se presume conclusivamente su irrazonabilidad, y son por consiguiente ilegales, sin necesidad de indagar el daño preciso que han provocado o su justificación comercial. Este principio de irrazonabilidad *per se* no solo otorga certeza respecto de las restricciones prohibidas por la Ley Sherman respecto de a quienes concierne, sino que además evita

¹ Cita original en inglés: “Congress had the choice of prohibiting a laundry list of specific activities that frequently constitute restraints of trade, such as price fixing, bid-rigging, refusals to deal, and the like. Instead, it chose to proscribe restraints generally, in a provision of sweeping scope, to be developed and applied by the courts in specific cases.” Shenefield, J. H., & Stelzer, I. M. (2001). *The antitrust laws: a primer* (p. 15). AEI Press.

² Véase también Hovenkamp, H. (2009). *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press, p. 20-21

³ Véase *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

⁴ En el contexto de la legislación estadounidense la regla *per se* implica considerar ilegales ciertas conductas por el solo hecho de ejecutarse, ya que son manifiestamente anticompetitivas y carecen de toda justificación legal.

⁵ En el contexto de la legislación estadounidense la regla de la razón implica sopesar las circunstancias que originaron la infracción mediante un balance entre sus efectos pro y anticompetitivos.

⁶ U.S. Supreme Court *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958); *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, No. 59, Argued January 7-8, 1958, Decided March 10, 1958.

la necesidad de una investigación económica increíblemente compleja sobre la historia de la industria involucrada, o de las industrias relacionadas, en un esfuerzo por determinar a la larga si acaso una restricción en particular ha sido irrazonable - una cuestión a menudo tan infructuosa de asumir⁷ [énfasis nuestro]

Ya el año 1927, la Corte Suprema de dicho país justificó la razonabilidad de la aplicación de la regla *per se* en los carteles de precios, desestimando cualquier alegación respecto del nivel de los precios fijados en el marco de un acuerdo colusivo:

Los acuerdos que crean ese potencial poder (de fijar precios) bien pueden ser considerados en sí mismos como restricciones irrazonables o ilegales, sin la necesidad de indagar si un precio determinado es razonable o no del modo que se ha fijado, y sin imponer a la entidad gubernamental que hace cumplir la ley Sherman, la carga de determinar día a día si este precio se ha vuelto irrazonable bajo la mera variación de condiciones económicas.⁸

En otro fallo del año 1940, la misma Corte Suprema de Estados Unidos enfatizó:

Cualquier combinación que manipula estructuras de precios implica una actividad ilegal (...) La ley (Sherman) ubica todos esos esquemas fuera del marco de la legalidad y protege esa parte vital de nuestra economía contra cualquier grado de interferencia. El Congreso no nos ha dejado la determinación sobre si un esquema de fijación de precios en particular es conveniente o inconveniente, sano o destructivo.⁹

⁷ Traducción libre de: "However, there are certain agreements or practices which, because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue, are conclusively presumed to be unreasonable, and therefore illegal, without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of *per se* unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable -- an inquiry so often wholly fruitless when undertaken." La propia Corte Suprema de Estados Unidos cita otros casos similares, en que distintos tipos de acuerdos han sido sancionados usando el mismo criterio: (Fijación de precios) *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U. S. 150, 310 U. S. 210; (Distribución de mercados) *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, *affirmed*, 175 U. S. 211; (Boycots) *Fashion Originators' Guild v. Federal Trade Comm'n*, 312 U. S. 457; (Ventas atadas) *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 332 U. S. 392.

⁸ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927), párrafo 14. Traducción libre del inglés: "Agreements which create such potential power may well be held to be in themselves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable as fixed and without placing on the government in enforcing the Sherman Law the burden of ascertaining from day to day whether it has become unreasonable through the mere variation of economic conditions"

⁹ *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940), p. 33. Traducción libre del inglés: "Any combination which tampers with price structures is engaged in an unlawful activity (...) The Act places all such schemes beyond the pale and protects that vital part of our economy against any degree of interference. Congress has not left with us the determination of whether or not particular price-fixing schemes are wise or unwise, healthy or destructive"

Por su parte, la Comunidad Europea contempla una disposición similar en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea (TFCE),¹⁰ en la que sostiene la posibilidad de que una serie de acuerdos (no especificados taxativamente por la norma) puedan ser considerados incompatibles con el mercado común europeo. Similar al caso estadounidense, el artículo 101 TFCE admite la posibilidad de analizar las conductas de acuerdo con su objeto o efecto. Sufrin & Jones (2007) señalan que si un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia no hay necesidad de mirar si el efecto del mismo es una restricción a la competencia, es decir, la sola naturaleza del acuerdo genera la probabilidad de que exista un efecto negativo en el mercado.¹¹ En el mismo sentido, si no se logra demostrar que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, deberá observarse si su efecto en el mercado la restringe.¹²

Otras jurisdicciones también han reconocido en sus legislaciones la existencia de un injusto monopolístico genérico. Por ejemplo: Argentina,¹³ España,¹⁴ Inglaterra.¹⁵

b) El injusto monopolístico en el derecho chileno.

Como se verá a continuación, la legislación y doctrina nacional reconocen la tendencia internacional en la consagración de un injusto monopolístico genérico, de tal manera que su análisis caso a caso permita imponer sanciones en la medida que se impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o se tienda a producir tales efectos.

¹⁰ El texto del artículo es el siguiente: “Artículo 101. (antiguo artículo 81 TCE).-1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior” [énfasis nuestro]

¹¹ Jones, A., & Sufrin, B. (2007). *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press, p. 220

¹² Véase la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia en: C-403/04 P - Sumitomo Metal Industries v Commission (2007), para. 43 y; Case C-551/03 P *General Motors v Commission* (2006), para. 64.

¹³ Ley 25.156 sobre Defensa de la Competencia. Artículo 1° — Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

¹⁴ Ley N° 15/2007, Artículo 1.1. *Sobre conductas colusorias* “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”

¹⁵ Competition Act (1998). Artículo 2.1 Sobre colusiones. “De conformidad a la sección 3, los acuerdos entre empresas, decisiones entre asociaciones de empresas o las prácticas concertadas que-

(a) Puedan afectar el comercio en el Reino Unido, y

(b) Tengan como objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia en el Reino Unido, están prohibidas salvo que estén exentas conforme a esta parte.” Traducción libre de: “*Subject to section 3, agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings or concerted practices which- (a) May affect trade within the United Kingdom, and (b) Have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the United Kingdom, are prohibited unless they are exempt in accordance with the provisions of this Part.*”

Así, el actual texto del artículo 3°, inciso 1°, del Decreto Ley 211, señala lo siguiente:

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 [énfasis nuestro]

En este sentido, el legislador ha optado por establecer un solo injusto, y de carácter genérico, que es el denominado “injusto monopolístico”.¹⁶

Incluso, en el mensaje presidencial de la Ley 19.911 que modificó el Decreto Ley 211 se manifestaba una clara intención por establecer un tipo legal amplio para sancionar aquellas conductas enumeradas en el Art. 3°, inciso 2°, que contravienen el tipo general del inciso 1°, señalando que:¹⁷

El nuevo artículo 3° recoge, a vía meramente ejemplar, tres figuras tradicionales de actos contrarios a la competencia, como son los carteles, los abusos de posiciones dominantes y las conductas predatorias. La idea es presentar estas figuras de manera general, dejando la calificación específica de cada caso particular a la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, el que siempre deberá tener presente el objetivo de la ley descrito en el artículo 1° [énfasis nuestro].

La Excm. Corte Suprema ha sido enfática en reconocer que nuestra legislación establece un solo injusto monopolístico de carácter genérico, señalando que:

Un primer punto que cabe señalar es evidente, el artículo 3° en su inciso primero establece un injusto genérico mientras que el inciso segundo señala diversos ejemplos (...).¹⁸

c) El resultado del injusto monopolístico genérico.

Como se ha señalado previamente, el injusto monopolístico tiene la característica de ser perseguible desde el momento en que el hecho, acto o convención tienda a pro-

¹⁶ También denominado “Tipo universal del ilícito monopolístico” por parte de la doctrina nacional. Valdés, D. (2006), Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, pp. 242-245.

¹⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹⁸ Considerando sexto, de la sentencia N° 113 de la Excm. Corte Suprema, de fecha 20 de septiembre de 2012.

ducir efectos anticompetitivos, y con mayor razón desde que, efectivamente, se producen dichos efectos anticompetitivos.

Por lo tanto, una práctica anticompetitiva puede traducirse en la puesta en peligro del bien jurídico protegido, o bien, en un daño efectivo del mismo. Esta puesta en peligro del bien jurídico se manifiesta en la posibilidad de que una conducta, al menos, tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia.

Refiriéndose al tema, la Excma. Corte Suprema¹⁹ ha establecido un criterio de análisis en los siguientes términos:

Octavo. Que de otro lado, el artículo tercero del Decreto Ley 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionadas en el considerando tercero en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta de autos no produjeron efectos [énfasis nuestro].

Asimismo, el TDLC en reiteradas ocasiones se ha manifestado de manera similar:

“Tercero. La primera cuestión que corresponde dilucidar son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo -sea expreso o tácito- para configurar una infracción a la libre competencia en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Al respecto, se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado”²⁰ [énfasis nuestro].

“Centésimo Segundo. Que, a mayor abundamiento, tanto la jurisprudencia de este tribunal como el de la Excma. Corte Suprema han sido consistentes en señalar que: (i) “la conducta colusiva para que se verifi-

¹⁹ Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, de fecha 29 de diciembre de 2010, que resuelve el recurso de reclamación contra sentencia N° 94/09 TDLC, que falla la Causa Rol N° 149-07, caratulada “Requerimiento de la FNE contra Transportes Central Ltda. y otros”, acogiendo el requerimiento.

²⁰ TDLC, sentencia n° 74/2008, FNE-AM Patagonia. Véase también, H. Comisión Resolutiva, resolución n° 67, considerando cuarto.

que no necesita desencadenar un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado (...) compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen”; y, (ii) que los requisitos para que se entienda configurado un ilícito de colusión son la existencia de un acuerdo, su objetivo, la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial, y la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo; elementos todos que, tal como se ha visto, concurren en el caso de autos, tornando en ilícitas las conductas acreditadas”²¹ [énfasis nuestro].

“Centésimo Tercero. Que de forma previa al análisis de la evidencia existente en el proceso, se debe tener presente que, a juicio de este tribunal, basta con que exista un acuerdo de precios o de frecuencias con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva”²² [énfasis nuestro].

Esta jurisprudencia demuestra que uno de los elementos primordiales de un injusto monopolístico es su aptitud objetiva para afectar la libre competencia. Por lo tanto, la entidad del daño causado para un mismo tipo genérico variaría según si dicha aptitud genera como consecuencia la puesta en peligro o una lesión efectiva sobre el bien jurídico.

Estimamos que si bien (por su naturaleza) no es posible dividir el tipo genérico, el artículo 26 del Decreto Ley 211 otorga, sin embargo, las herramientas para dar un tratamiento sancionatorio diferenciado a las infracciones del artículo 3° acorde con la entidad del resultado derivado de la conducta ilícita.

²¹ Sentencia pronunciada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 29 de enero de 2013, que resuelve la Causa Rol N° 177-08, caratulada “Requerimiento de la FNE contra ACHAPA.G y Otros”.

²² Sentencia pronunciada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 15 de enero de 2014, que resuelve la Causa Rol N° 224-11, caratulada “Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros”. El H. Tribunal, para mayor abundamiento, cita el Considerando Centésimo Segundo de la sentencia 128/2013.

III. SISTEMA DE SANCIONES DEL DECRETO LEY 211 Y LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

a) Breve referencia al sistema de sanciones en el Derecho Comparado.

La Comunidad Europea contempla un sistema de sanciones basado en dos tipos de multa: a) sancionadora y, b) coercitiva.²³ La primera se traduce en la posibilidad que tiene la Comisión Europea de, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas de hasta un 1 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior cuando, de forma deliberada o por negligencia. La segunda corresponde a la posibilidad que tiene dicho organismo de, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas coercitivas de hasta un 5% del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha que fije en su decisión, con el fin de obligar a las partes a cumplir lo ordenado.

La facultad de la comisión de imponer multas constituye uno de los elementos para poder cumplir la misión de vigilancia que le confiere el tratado. Como se señala en las directrices para el cálculo de las multas,²⁴ esta misión no comprende únicamente la tarea de proceder a la instrucción y de reprimir las infracciones individuales, sino que incluye también el deber de proseguir una política general dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas.

Así, en este sistema se reconoce que existen infracciones o conductas que producen efectos por el actuar deliberado o negligente de los agentes económicos, razón por la cual, la multa corresponde a la sanción aplicable a cualquier caso de infracción de las normas del TFCE. Esta sanción admite distintas gradaciones considerando algunos de los siguientes criterios: i) el volumen de negocios, ii) la gravedad de la infracción; iii) el tiempo de duración de la conducta. Por lo tanto, se trata de una facultad amplia pero limitada por los preceptos legales que rigen el actuar de la comisión.

En este sentido, las directrices para el cálculo de las multas señalan que:

“En el ejercicio de esta competencia sancionadora, la comisión dispone de una amplia facultad de apreciación (2), dentro de los límites previstos por el reglamento (CE) N° 1/2003” [énfasis nuestro].

La fijación de multas de la comisión se basa en una metodología compuesta por elementos primordiales: i) la determinación de un importe base para cada em-

²³ Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, capítulo VI.

²⁴Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (2006/C 210/02).

presa o asociación de empresas que participe en el ilícito;²⁵ y, (b) una segunda fase de realización de ciertos ajustes tendientes a aumentar o disminuir el importe base, considerando el aumento o disminución de la multa ante la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

En Reino Unido, por ejemplo, en la “*OFT’s guidance as to the appropriate amount of a penalty*” del año 2012²⁶ se establecen una serie de pasos para la determinación de las multas por ilícitos contra la competencia. El “punto de inicio” sobre el cual se efectúa el cálculo de las multas corresponde a un porcentaje, puede llegar hasta el 30% de las ventas relevantes del incumbente (párrafo 2.4).

De acuerdo a la guía, este porcentaje se determina según la gravedad (*seriousness*) de la infracción - siendo la más grave los acuerdos horizontales de fijación de precio o reparto de mercado - considerándose adicionalmente una serie de factores o criterios referenciados de aplicación discrecional (párrafo 2.6):

*Es la evaluación de la OFT sobre la gravedad de la infracción que se tendrá en cuenta para determinar el porcentaje del punto de inicio. Al realizar esta evaluación, la OFT toma en cuenta una serie de factores, incluyendo la naturaleza del producto, la estructura del mercado, la cuota de mercado (s) de la (s) empresa (s) que participa (n) en la infracción, las condiciones de entrada y el efecto sobre competidores y terceros. La evaluación de la gravedad también tendrá en cuenta la necesidad de disuadir a otras empresas de participar en este tipo de infracciones en el futuro. Los daños causados a los consumidores ya sea directa o indirectamente, también será una consideración importante.*²⁷

b) El sistema de sanciones en el derecho chileno.

Un adecuado sistema de sanciones en la legislación de libre competencia debe permitir al juzgador diferenciar entre si el acto anticompetitivo en cuestión ha producido sus efectos, o bien, si sólo ha existido una tendencia a producirse tales efectos.

En atención a lo anterior, estimamos que el legislador optó en forma acertada, por disponer en el inciso final del artículo 26° del Decreto Ley 211 que las multas por las infracciones al artículo 3° deben ser adecuadamente ponderadas, teniendo en consideración las siguientes circunstancias:

²⁵ El importe de base de la multa se vinculará a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción.

²⁶ Fuente: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf

²⁷ Traducción libre de: “*It is the OFT’s assessment of the seriousness of the infringement which will be taken into account in determining the percentage rate for the starting point. When making its assessment, the OFT will consider a number of factors, including the nature of the product, the structure of the market, the market share(s) of the undertaking(s) involved in the infringement, entry conditions and the effect on competitors and third parties. The seriousness assessment will also take into account the need to deter other undertakings from engaging in such infringements in the future. The damage caused to consumers whether directly or indirectly will also be an important consideration.*”

(...) el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la fiscalía antes o durante la investigación.²⁸

Lo señalado precedentemente ha sido también expresamente recogido por el TDLC, al señalar que:

“Cuarto: que lo expuesto, en todo caso, no supone equiparar las infracciones que efectivamente producen los efectos anticompetitivos con aquellas que sólo tienden a producirlos, circunstancia que, en todo caso, corresponde a este Tribunal ponderar para los efectos de establecer la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido por los infractores y, en consecuencia, determinar el monto de las multas que fueren procedentes, conforme lo dispone el inciso final del artículo 26° del Decreto Ley N° 211”²⁹ [énfasis nuestro].

Lo indicado previamente es relevante, por cuanto estimamos que las sanciones establecidas para el injusto monopolio del artículo 3° sí admiten una graduación, las cuales están expresamente recogidas en el inciso final del artículo 26 y que, entre otros aspectos, hacen referencia a criterios tales como la gravedad de la conducta y el beneficio económico obtenido. De esta forma, aun cuando se aceptara la distinción entre un tipo infraccional de riesgo y otro de daño efectivo, el tenor del inciso final del artículo 26 entrega las herramientas apropiadas para establecer una adecuada proporcionalidad y graduación de las sanciones.

Al respecto, el TDLC señaló en la sentencia 133/2014:

“Así, una vez acreditado el acuerdo y su aptitud para generar efectos lesivos de la libre competencia, éste debe ser declarado ilícito, debiendo considerarse la materialización (o no) de sus efectos y su importancia sólo como algunos de los elementos a considerar para graduar la sanción a aplicarse, conforme al requisito de gravedad de la conducta a que alude el artículo 26 del D.L. N° 211”.

Es más, en el caso citado previamente, caratulado “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros”, sin perjuicio de que el TDLC analizó una infracción cuyo resultado fue un daño efectivo a la libre competencia, el tribunal igualmente estableció que el resultado de un injusto monopolio (sea de peligro o de daño efectivo) admite una graduación basada en las disposiciones del artículo 26 del Decreto Ley 211.

En otras palabras, la aplicación del artículo 26 sí admite una graduación de la sanción a aplicarse, permitiendo de esta forma -conforme a los criterios señala-

²⁸ Art. 26°, inciso final, Decreto Ley 211.

²⁹ TDLC, sentencia N° 74/2008.

dos- considerar si la infracción ha puesto en peligro la libre competencia, o bien, si se le ha lesionado efectivamente.

Cabe mencionar, además, que la redacción del inciso final del artículo 26 es perentorio para el sentenciador:

“Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación” [énfasis nuestro].

De esta forma, acreditada la infracción, obliga a considerar los criterios diferenciadores como son, entre otros, la gravedad de la conducta y la necesidad de considerar el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción. La aplicación de estos principios ha encontrado amplio asidero en la jurisprudencia del TDLC, extendiendo los ámbitos de evaluación por la vía de criterios cualitativos³⁰ y cuantitativos.³¹

Para fundamentar aún más que la actual legislación de libre competencia contiene criterios adecuados que permiten graduar las sanciones por infracción a la libre competencia, cabe señalar que en la historia de la Ley 19.911 por la cual se creó el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se discutieron ampliamente los criterios que debían considerarse para la aplicación y graduación de las multas. Para la determinación de las multas se consideró aplicar criterios como el monto del daño; la cantidad de personas afectadas por la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente; y si la infracción estaba en grado de tentativa, delito frustrado o consumado.

Luego de discutirse ampliamente lo anterior en las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia; y de Economía, se aprobó por la unanimidad de sus integrantes aprobar el texto, en virtud del cual *“para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor”*. Se acordó -entre otros- desechar la propuesta

³⁰ En este sentido véase: TDLC, Sentencia N° 26/2005 (en lo que respecta a la aplicación del criterio de gravedad de la conducta); Sentencia N° 53/2007 (en lo que respecta a la aplicación del criterio de gravedad de la conducta y de reincidencia); Sentencia N° 64/2008 (en lo que respecta a la aplicación del criterio de gravedad de la conducta y de reincidencia).

³¹ En este sentido véase: TDLC, Sentencia N° 43/2006 (en lo que respecta al criterio de gravedad de la conducta y el nivel de ventas de las requeridas); Sentencia N° 26/2005 (en lo que respecta a la aplicación del criterio de beneficio económico obtenido).

de considerar como criterio la distinción de la etapa de desarrollo de la infracción.³²

Volviendo sobre la legislación vigente en Chile, cabe preguntarse si la disposición por la cual se contempla sancionar los hechos, actos o convenciones que tiendan a lesionar el bien jurídico es una innovación reciente en nuestra normativa de libre competencia o, por el contrario, corresponde a un precepto fundamental que se ha mantenido en el tiempo, pese a las múltiples reformas que se han implementado.

Al respecto, se debe indicar que esta concepción de sancionar el peligro concreto³³ de afectación de la libre competencia no es una situación nueva en nuestra legislación, ni tampoco difiere de las legislaciones más desarrolladas en esta materia, como ya se ha mencionado previamente en este informe.

Así, el texto original del artículo 1° del Decreto Ley N° 211 de 1973 señalaba:

“Artículo primero.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados” [énfasis nuestro]

Como se puede apreciar el texto hacía mención al peligro de impedir (“que tienda a”) la libre competencia y no así al resultado cierto sobre el bien jurídico protegido. Sin embargo, los organismos antimonopolios no manifestaron dudas en cuanto a que el injusto monopolístico que se debía sancionar también comprendía la lesión efectiva de la libre competencia. Así lo demuestran, por lo demás, los innumerables casos que fueron resueltos, donde se sancionaron indistintamente casos de peligro o de resultado.³⁴

Si bien el texto original del Decreto Ley 211 ya no está vigente, cabe mencionar que al igual que el texto actual las multas también debían considerar criterios como la gravedad de la infracción para graduar las sanciones.

³² Consta en la historia de la ley lo siguiente: *A continuación, las Comisiones Unidas analizaron los criterios que deberían considerarse para los efectos de aplicar la multa. Sobre el particular, el señor Fiscal Nacional Económico sostuvo que no debería contemplarse el monto del daño, ya que no es éste el elemento central, sino que el atentado en contra de la libre competencia, bien jurídico que no sólo tiene un alcance pecuniario. Las Comisiones Unidas acogieron ese razonamiento y, con el objetivo de reforzar la idea de que no se trata de una indemnización, acordaron desechar también el criterio referido a la cantidad de personas afectadas por la infracción. Tampoco aceptaron aquel que distingue la etapa de desarrollo de la infracción. Finalmente, se estimó adecuado expresar que las multas se regularán prudencialmente, según sea el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

³³ ¿En qué consiste el resultado de colocar en peligro concreto a la libre competencia? El resultado consiste en hacer peligrar la libre competencia, caso en el cual ésta subsiste en toda su integridad, más se deteriora de una manera cierta la seguridad de que ese bien jurídico efectivamente permanezca incólume”. Valdés, D. (2006). Libre Competencia y Monopolio, pp. 273 y 274.

³⁴ “Los organismos antimonopolísticos pueden corregir y sancionar, administrativamente, cualquier conducta que sea apta para producir un resultado lesivo de la competencia, aun independientemente de que así ocurra, porque hay acciones que, en forma natural y obvia, tienden a restar fluidez al mercado y resulta muy difícil cuantificar el perjuicio que irrogan a terceros”. H. Comisión Resolutiva, resolución N° 60, considerando 8°.

“Artículo decimoséptimo: ...*Serán deberes y atribuciones de esta comisión:*

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

(...) 4.- Aplicar multas hasta por una suma equivalente a 150 sueldos vitales anuales, escala A) del departamento de Santiago, que se destinarán a los fines señalados en el artículo 20°.- Las multas se regularán discrecionalmente según sea el capital en giro de los autores de la infracción y la gravedad de ella, atendiendo principalmente al perjuicio causado a la colectividad” [énfasis nuestro].

Es decir, el texto original del Decreto Ley 211, del cual la normativa vigente mantiene los mismos fundamentos, enunciaba el mismo injusto general, bajo el cual los organismos antimonopolios sancionaron indistintamente infracciones de peligro, como de resultado, aplicando criterios de proporcionalidad establecidos por el legislador en la propia norma.

Si bien es menos conocida, anterior al Decreto Ley 211 de 1973 estuvo vigente la Ley N° 13.305 de 1959 (desde el 6 de abril de 1959 al 22 de diciembre de 1973), la cual es considerada por la doctrina como la primera legislación antimonopolios chilena que sancionó las prácticas que tendieran a impedir la libre competencia.

Esta primera legislación estuvo fuertemente inspirada en la legislación antimonopolios de Estados Unidos,³⁵ y particularmente influenciada por las propuestas de la consultora económica Klein-Saks (más conocida como la Misión Klein-Saks). Por lo mismo, no es extraño que, al igual que la normativa antimonopolios norteamericana, ésta haya contado con un breve articulado (sólo 11 artículos), el cual combinaba el establecimiento de un injusto genérico (injusto monopolístico) con una enumeración no taxativa de actos o convenciones que podían constituir prácticas anticompetitivas.

c) Sobre la discrecionalidad reglada y los criterios para la fijación de multas.

El artículo 26, letra c), que permite que el TDLC imponga multas, constituye una expresión relevante de las potestades jurisdiccionales de dicho organismo. Esta fa-

³⁵ “Inspirado en la vasta legislación antimonopolios de Estados Unidos, el título V de la ley N° 13.305 de 1959, denominado “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”, que incluía desde el artículo 172 al 182, fue definido como parte fundamental del paquete de medidas para combatir la inflación, que había propuesto el equipo de asesores estadounidenses”. Bernedo, P. (2013), Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010.

cultad está directamente relacionada con la forma en que el tribunal debe apreciar la prueba que, para todos los efectos de la normativa vigente, es en virtud de las normas de la sana crítica.

Lo anterior no significa que el juez goce de una total libertad y discrecionalidad para apreciar el mérito probatorio de cada uno de los hechos sobre los cuales ha tenido conocimiento a través del juicio, pues debiera sujetarse a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y al conocimiento científicamente afianzado.³⁶ Esto exige un alto estándar de razonabilidad, fundamentación y justificación por parte de los jueces a la hora de apreciar las pruebas respecto de las cuales han tomado conocimiento. Así, no les bastará con hacer referencias a conceptos ambiguos o con señalar de manera genérica que la prueba se ha apreciado en conformidad a la sana crítica.

En concordancia con lo anterior, el TDLC ha reconocido los elementos de graduación del artículo 26 como el principal estándar de aplicación obligatoria para delimitar la discrecionalidad en la determinación de la multa. Por ejemplo:

“Considerando quincuagésimo: Que, sobre la base de lo expuesto, y considerando para tal efecto sólo aquellos hechos, actos o contratos ejecutados o celebrados dentro de los dos años *precedentes* a la notificación de la demanda, se impondrá a la demandada una multa a beneficio fiscal por dicha infracción, que será apreciada prudencialmente sobre la base de la información disponible en autos y conforme con los criterios establecidos en el artículo 26° del Decreto Ley N° 211, y se adoptarán las demás medidas preventivas y correctivas que se señalan en la parte resolutive de esta sentencia”³⁷ [énfasis nuestro].

“Considerando décimo: Que en mérito de lo razonado se aplicará una multa a beneficio fiscal en contra de la parte demandada Capuy S.A., la que se determinará prudencialmente, dado que no existen antecedentes en el expediente que permitan cuantificar los efectos producidos por la infracción en el mercado relevante en cuestión”.³⁸

Por lo tanto, la norma del artículo 26 impone un mandato imperativo al TDLC de considerar dichos elementos o criterios de determinación de la multa a fin de ponderar prudencialmente el efecto producido sobre el bien jurídico protegido, siempre con un grado de flexibilidad suficiente para poder optar por decisiones adecuadas en el caso concreto. Dado que la mayoría de las veces contemplan un análisis del TDLC sobre circunstancias dinámicas de mercado, incorporar una lista detallada sobre cómo debiera ponderarse cada resultado producido por el injusto monopolístico sería inviable, puesto que la lista de conductas ilícitas sería interminable, traducéndose en una lista similar de modalidades de graduación de la sanción.

³⁶ Véase Artículo 32 de la Ley N° 19.968 sobre nuevos Tribunales de Familia, que establece una noción legal moderna sobre la sana crítica, vigente en nuestro ordenamiento jurídico. En doctrina y, en el mismo sentido, véase Couture, E. (1979); Estudios de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Argentina, t. II, p. 195.

³⁷ TDLC, Sentencia n° 62/2008.

³⁸ TDLC, Sentencia n° 30/2005.

Por esta razón, un adecuado marco legal para la aplicación de las reglas de la sana crítica exige que el juez pueda desenvolverse con un grado de amplitud discrecional debidamente reglado. Para Juan Montero Aroca las reglas de la sana crítica son máximas de las experiencias judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba. Por esto, el citado jurista señala:

Esas máximas no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados.³⁹

Finalmente, si alguna duda quedara sobre la aplicación de las normas de la sana crítica, sin perjuicio de que estas siempre deben permitir la correcta fundamentación de una sentencia, nuestro sistema contempla la posibilidad de revisión judicial por la vía del recurso de reclamación.

Si bien se ha discutido en cuanto a la conveniencia de que la Corte Suprema se encuentre facultada para pronunciarse sobre los hechos en materias tan especializadas como las de libre competencia,⁴⁰ el legislador corroboró que el órgano encargado de conocer dicho recurso sería el máximo tribunal manteniendo su denominación “reclamación”.⁴¹

De esta manera, es claro que la intención del legislador fue mantener la instancia de revisión de las decisiones del TDLC ante la Excma. Corte Suprema, lo que en miras de la certeza jurídica para las partes, viene a reforzar el sistema jurisdiccional aplicable al injusto monopólico estudiado en el presente Informe.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de lo analizado en el presente Informe, estimamos que las principales conclusiones son las siguientes:

³⁹ Montero, J. (1996): *La Prueba en el Proceso Civil*, Editorial Civitas S.A., p. 343.

⁴⁰ Menchaca, T. (2007) “Evolución del antiguo al nuevo sistema”, en *Revista Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia*, Vol. 2, pp. 7-15.

⁴¹ Como señaló en su oportunidad el señor diputado Rodrigo Álvarez, es importante que la Comisión Mixta haya resuelto el problema relativo a la naturaleza jurídica del recurso que procede ante las eventuales decisiones de los organismos de libre competencia, optando por el recurso de reclamación. Con ello queda superado el problema que se originó, porque durante la tramitación del proyecto en la Cámara y en el Senado se habían propuesto recursos de nulidad y de apelación. Historia de la Ley 19.911, Discusión en Sala, pp. 566 - 567.

- (i) El artículo 3° del Decreto Ley, en su inciso 1° reconoce un solo injusto, y de carácter genérico, que es el denominado “injusto monopólico”;
- (ii) Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen la posibilidad de que dicho injusto monopólico sea sancionable desde la puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, desde que la conducta *tienda a* impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, y con mayor razón, en la medida que se produzcan tales efectos;
- (iii) Las sanciones establecidas para injusto monopólico del artículo 3° admiten expresamente una graduación, las cuales están recogidas en el inciso final del artículo 26 y que, entre otros aspectos, hacen referencia a criterios tales como la gravedad de la conducta y el beneficio económico obtenido;
- (iv) De esta forma, incluso aceptando la distinción entre un tipo infraccional de riesgo y otro de daño efectivo, el tenor del inciso final del artículo 26 entrega las herramientas apropiadas para establecer una adecuada proporcionalidad y graduación de las sanciones;
- (v) La redacción del inciso final del artículo 26 es perentorio para el sentenciador, razón por la cual, no puede excusarse de considerar tales circunstancias para la graduación de las sanciones;
- (vi) Si bien el tribunal aplica las reglas de la sana crítica, respecto de las multas es el propio Art. 26 el que delimita la discrecionalidad del juez; y
- (vii) Finalmente, si alguna duda quedara sobre la discrecionalidad en la aplicación de las normas de la sana crítica, nuestro sistema contempla una instancia de revisión de las decisiones del TDLC ante la Excma. Corte Suprema, a través del Recurso de Reclamación, lo que en miras de la certeza jurídica para las partes, viene a reforzar el sistema jurisdiccional aplicable al injusto monopólico analizado en el presente informe.

CULPABILIDAD E INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Francisco Agüero Vargas*
Danae Fenner Rivera**

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordamos el incumplimiento de las medidas de mitigación establecidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en operaciones de concentración, como un incumplimiento del Decreto Ley N° 211, de 1973 (DL 211). Posteriormente, analizamos cómo el incumplimiento de una medida de mitigación se presume contrario al DL 211 y las posibles defensas o excusas ante dicho incumplimiento.

II. EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN

a) El incumplimiento de las medidas de mitigación es una infracción a las normas de competencia

El incumplimiento de una condición establecida por el TDLC en una resolución emitida por éste es una infracción por definición a las normas de la competencia, contenidas en el DL 211,¹ y al artículo 3° de dicha ley,² como razonó el TDLC en la sentencia *John Malone*.³ Lo anterior, ya que las condiciones son requisitos de juridi-

* Abogado. Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Doctor en Derecho (c), U. de Chile, M.Sc. en Regulación Económica y Competencia. Ex Director del Centro de Regulación y Competencia (RegCom), Universidad de Chile. faguero@derecho.uchile.cl

** Abogada, Universidad de Chile. Fiscalía Nacional Económica.

¹ Ciertamente, después de la modificación al DL 211 realizada por la Ley N° 20.945, el incumplimiento de una medida de mitigación establecida para una operación de concentración es un ilícito contemplado en el artículo 3° bis, c), del DL 211 (*“incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración”*), lo que no alcanza el caso del incumplimiento de una condición establecida en una resolución favorable del TDLC, dictada en ejercicio de la potestad consultiva del artículo 18, N° 2 del DL 211 y que no se refieran a operaciones de concentración. Sin perjuicio del nuevo régimen jurídico de operaciones de concentración, creemos aplicable, con matices, lo acá señalado.

² Montt, Santiago. “Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno” en *Anuario de Derecho Público 2012* (2012), p. 468.

³ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 43°.

cidad de la aprobación, lo que implica que su incumplimiento hace que dichos actos o convenciones infrinjan el DL 211.⁴ De esta forma, el incumplimiento de la condición se entiende como una falta de observancia a las obligaciones administrativas-regulatorias establecidas por el TDLC, y a los requisitos, obligaciones y límites impuestos en la autorización,⁵ i.e. la *resolución favorable* que aprueba una operación de concentración. Como expone Baño León, las cláusulas accesorias en la autorización singular en materia de libre competencia -las “condiciones”, en nuestro ordenamiento- concretan el mandato de la ley para proteger los intereses públicos y son especificaciones de un poder previsto en la ley.⁶

El incumplimiento de condiciones como infracción al DL 211 es fruto del ejercicio de una potestad administrativa del TDLC, que evaluó y ponderó exhaustivamente el riesgo y peligro a la libre competencia de un hecho, acto o contrato en concreto, de ciertos agentes económicos, y en ciertos mercados relevantes. Es un análisis que, por regla general, se basa en una probabilidad futura.⁷ Luego, dada la naturaleza vinculante e imperativa de las condiciones establecidas al autorizar una operación de concentración o aprobar una consulta, cualquier infracción a la resolución es perseguible por quien tiene legitimidad activa para ese *enforcement* -como es la Fiscalía Nacional Económica (FNE)- lo que incluye las medidas de mitigación impuestas en una resolución favorable.⁸

Al aprobar la consulta, el TDLC otorgó seguridad jurídica al agente, determinando los límites de la actividad e informando cuándo éste se encontrará en situación de infracción a la legislación de competencia. La consulta se torna entonces en una garantía para el consultante (no cabe la aplicación de sanciones a su respecto, a pesar de existir conductas infraccionales) y en una pauta de conducta obligatoria, pues fuera de ella estará incumpliendo la normativa de competencia. Más allá de lo autorizado en la resolución, está lo prohibido. Luego, si hay incumplimiento de lo habilitado por el TDLC, hay infracción al DL 211.

b) El incumplimiento puede ser de cualquier gravedad

El incumplimiento de una condición establecida en una resolución puede ser sancionado -al incumplir una autorización-, sea que haya causado o no un daño al bien jurídico, la competencia. El incumplimiento de la medida es sancionable si hay lesión o puesta

⁴ Velozo, Javier y González, Daniela. “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” en *La libre competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago: Thomson, 2010, p. 45.

⁵ Laguna de Paz, José Carlos. *La autorización administrativa*. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2006, p. 277.

⁶ Baño León, José María. *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia*. Madrid: McGrawHill, 1996, p. 113.

⁷ Resolución 24/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 31 de enero de 2008, § 12.

⁸ Como consecuencia de lo anterior, para que un agente sea requerido, la infracción no precisa ser total, existiendo la posibilidad que la FNE requiera al agente por haber incumplido sólo parte de las condiciones impuestas, o bien, cumplido de forma deficiente todas ellas. El texto legal no hace distinción a este respecto y otorga plena discrecionalidad e independencia al Fiscal para ejercer sus funciones según sus propias apreciaciones, *vid.* Art. 39, a) y d), DL 211.

en riesgo de dicho bien jurídico, por lo que un incumplimiento a una medida de mitigación es reprochable cualquiera sea la cuantía o magnitud del mismo⁹ (o gravedad).

Así, la Comisión Resolutiva, al conocer de un requerimiento de la FNE por un incumplimiento del plan de autorregulación tarifaria establecido como medida para una fusión de aerolíneas, dispuso que el incumplimiento del plan era reprochable respecto de *cualquier* desviación o falla: “Las eventuales fallas de diseño del plan lejos de atenuar la responsabilidad de las empresas requeridas, la agravan, por cuanto ellas cuentan y han contado con los conocimientos y experiencia operativa para evaluar la pertinencia de los contenidos específicos del plan y las variables y parámetros en él utilizados *siéndole enteramente imputable cualquier falla que al respecto se alegue*”.¹⁰

Con posterioridad, en la sentencia *HidroAysén I*, el TDLC resolvió que el mero incumplimiento de la medida puso en riesgo la competencia en los mercados. En dicho caso, la operación consultada y aprobada no se había materializado por los consultantes. Además, la demandada se había desistido de una solicitud administrativa que infringía la resolución del TDLC, pero aun así se reprochó la infracción a la medida como contraria al DL 211: “El solo hecho de haber solicitado derechos de aprovechamiento sin la autorización previa de este tribunal, puso en riesgo la competencia en los mercados respectivos, riesgo que consiste en que el acaparamiento o la amenaza de acaparamiento de derechos de aguas... puede afectar las estrategias empresariales de potenciales competidores, evitando su entrada al mercado”.¹¹

En efecto, ante el incumplimiento de condiciones establecidas por una resolución favorable, la mayor o menor cuantía del incumplimiento -o su carácter “excepcional”- no excusa el estricto cumplimiento impuesto al sujeto autorizado. Así fue abordado en 2004 por la Comisión Resolutiva al sancionar un incumplimiento de una medida de mitigación.¹² Fluyó de dicha decisión que el incumplimiento de la medida de mitigación no pudo excusarse, pese a no imputarse *intencionalidad positiva* (dolo). Eso sí, el elemento volitivo puede ponderarse al determinar la sanción.

Las infracciones administrativas pueden configurarse aun faltando el resultado dañoso (o lesión), bastando con que se verifique la infracción.¹³ Así las cosas, podemos comprender que aun cuando no se haya producido un daño en el plano material, de igual forma ha habido un resultado (en este caso, el incumplimiento de la condición), puesto que se verificó la acción u omisión prohibida,¹⁴ lo que conlleva una contravención a los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

⁹ Montt, *Op.Cit.* n. 2, p. 472.

¹⁰ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, *FNE c. Lan Chile y Lan Express*, 30 de enero de 2004, C. 9°. Las cursivas son nuestras.

¹¹ Sentencia N° 86/2009, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 30 de julio de 2009, C. 13°.

¹² Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, *FNE c. Lan Chile y Lan Express*, 30 de enero de 2004, C. 7°.

¹³ Ruiz-Tagle, Nicolás y Ihl, Matías. *La estructura del Derecho Administrativo sancionador chileno en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2014, p. 278.

¹⁴ *Id.*, p. 280.

La jurisprudencia, tanto en *HidroAysén I* como en *John Malone*,¹⁵ evidencia que un sujeto autorizado mediante una resolución favorable puede poner en peligro la competencia, incluso sin dañarla, por acción u omisión, respecto de un incumplimiento de una medida de mitigación. Así, del incumplimiento de la medida surge lógicamente responsabilidad infraccional, al quebrantarse la autorización.¹⁶

c) El incumplimiento se presume que infringe el DL 211

El TDLC ha razonado argumentado que la infracción a una condición “importan en sí mismos una infracción a la libre competencia que puede afectar a distintas personas”¹⁷ (*HidroAysén I*) y “puede dar lugar a responsabilidad infraccional en los términos del artículo 3 del DL N° 211”¹⁸ (*John Malone*). De igual forma, la infracción a una medida de mitigación “lleva implícita y supone *prima facie* la comisión de una conducta contraria a la libre competencia”.¹⁹ Se ha advertido por el TDLC que el incumplimiento de la condición presume la infracción al DL 211: “El incumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer impuestas en una condición que ha sido dictada como parte de una resolución que pone término a un asunto tramitado de conformidad con los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, constituye una conducta que se presume infringe la libre competencia”.²⁰

En el derecho europeo sucede algo similar. Las empresas están obligadas a respetar dichas condiciones y obligaciones, bajo la pena de que sus acuerdos no lleguen o dejen de estar *exentos*. El incumplimiento de una condición establecida en un procedimiento de autorización de una fusión implica *automáticamente* la inaplicabilidad de la exención.²¹

d) El incumplimiento se conoce en un procedimiento contencioso

Es el procedimiento contencioso, seguido ante los órganos de defensa de la competencia, la forma y la sede en que el requerido o demandado por el incumplimiento

¹⁵ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 77°.

¹⁶ Sentencia N° 86/2009, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 30 de julio de 2009, C. 4°.

¹⁷ *Id.*, C. 9°.

¹⁸ Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 21°.

¹⁹ *Id.*, C. 51°.

²⁰ *Id.*, C. 50°. En similar sentido el C. 78° de la misma sentencia.

²¹ Castilla Fernández-Fábregas, Ramón. “Los procedimientos administrativos de autorización de actividades en virtud de los artículos 85 y 86 del tratado CE” en *Derecho de la competencia europeo y español. La Unión Europea Curso de iniciación* 3, editado por Ortiz Blanco, Luis y Cohen, Simón. Madrid: Dykinson, 1999, p. 121.

de una medida de mitigación deberá presentar sus excepciones, alegaciones y defensas²². En concreto, el conocimiento del incumplimiento ocurre en el procedimiento contencioso seguido ante el TDLC, con garantías procedimentales más cercanas al Derecho Penal que al Derecho Administrativo sancionador.

El procedimiento contencioso por incumplimiento de medidas debe permitir que los sujetos pasivos puedan formular sus defensas y que el TDLC pueda examinar dichas alegaciones, el grado de cumplimiento de las condiciones, etc. Así lo ha resuelto la jurisprudencia, primero de la Comisión Resolutiva,²³ y el TDLC, en *John Malone*: “Este procedimiento no es uno ejecutivo o de cumplimiento incidental, sino uno infraccional que cuenta con todas las oportunidades para que el requerido haga valer y pruebe las defensas que estime conveniente, a efectos de poder ser debidamente ponderadas por este tribunal para establecer si, en la especie, concurre o no una infracción al artículo 3º del D.L. 211 por medio del incumplimiento de la Condición Primera”.²⁴

En dicho procedimiento se valora el grado de incumplimiento, sin que haya respuestas automáticas.²⁵ Por una parte, la posibilidad de ser oído y hacer propuestas respecto de las medidas establecidas por el TDLC es un derecho otorgado durante el procedimiento no contencioso de consulta. En dicho procedimiento se valora el hecho, acto o contrato, ponderando riesgos y beneficios a la libre competencia. Por otro lado, el procedimiento contencioso por el cual el TDLC conoce de infracciones a condiciones establecidas por dicho órgano, en ejercicio de una potestad administrativa, permite conocer latamente, con los descargos respectivos y mediante un debido proceso judicial respecto de la infracción.²⁶ Este tópico fue expuesto en el voto de minoría de los ministros Menchaca y Veloze en *John Malone*,²⁷ que apunta a la posibilidad efectiva de la empresa requerida de ejercer su derecho de defensa de acuerdo al grado de incumplimiento de sus obligaciones. Este planteamiento repugnaría a considerar que la infracción de condiciones sea una práctica que se presuma infringe el DL 211, sostiene la minoría. En esencia, sostienen que el TDLC no puede “presumir de derecho” tal responsabilidad infraccional, la que debe ser establecida en juicio para no vulnerar las garantías constitucionales que constituyen una limitación al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Desde luego, la infracción a una condición establecida por el TDLC no se presume de derecho, pero si puede ser una presunción de infracción que admite

²² Cases, Lluís y Menor, Javier, “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración *a posteriori* de la efectividad de los remedios” en *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*, editado por Martínez, Santiago y Petitbò, Amadeo. Madrid, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2008, p. 332.

²³ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, *FNE c. Lan Chile y Lan Express*, 30 de enero de 2004, C. 9°.

²⁴ Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 43°. Las cursivas son nuestras.

²⁵ Cases y Menor, *Op.Cit.* n. 22, p. 332.

²⁶ Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 43°.

²⁷ El voto de minoría de los ministros Menchaca y Veloze en la Sentencia N° 117/2011, *FNE c. John C. Malone* difiere de la mayoría, pues si bien concurren al acuerdo, no comparten los argumentos descritos en los considerandos 78° y 80° de la sentencia citada.

prueba en contrario (por ejemplo, por un incumplimiento fruto del caso fortuito o fuerza mayor, u otra causal de exculpación). Ahora bien, una nueva revisión del riesgo a través de un procedimiento contencioso no procede, porque constituiría una vía de escape de un deber imperativo establecido *concretamente* al sujeto infractor por el TDLC, a través del procedimiento no contencioso. Desde luego, sería altamente ineficiente, y resuena a un doble juzgamiento, una especie de *bis in ídem* respecto de la autorización-prohibición, especialmente ante una situación de incumplimiento.

Por otra parte, dicho planteamiento permitiría eludir deberes impuestos -y solicitados *voluntariamente* por el consultante- mediante incumplimientos eficientes u otras soluciones. Argumentando al absurdo, esto permitiría revisar judicialmente los deberes pre-establecidos por la administración en cada título habilitante, una vez producido el incumplimiento del mismo.²⁸ Cosa distinta es que se revise la resolución y sus condiciones en un procedimiento no contencioso, por nuevos antecedentes.²⁹

Adicionalmente, cabe señalar que el examen de la concurrencia de todos los elementos constitutivos de una infracción al DL 211 para efectos de determinar la responsabilidad, fue previo a la fijación de las medidas de mitigación y allí, con todas las garantías del debido proceso resguardadas, se concluye que una conducta “fuera de la autorización” -o incumpliendo las condiciones que la hacen lícita- infringe la competencia.

III. LA CULPABILIDAD ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS DE MITIGACIÓN

Expuestas las características de las medidas de mitigación, y posteriormente su incumplimiento, en la presente sección del Informe nos abocamos al tratamiento de la culpabilidad ante dicho incumplimiento.

a) La culpabilidad ante el derecho sancionador

El principio de culpabilidad, que en materia penal se aplica estrictamente, es difícil de aplicar en materia administrativa sancionadora³⁰. En estricto rigor, conforme al principio de culpabilidad sólo son sancionables las conductas que puedan imputarse a un reproche personal del autor. De esta forma, la doctrina ha expresado que el principio de culpabilidad se manifiesta en cuatro sub-principios: principio de personalidad de las penas, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o culpa y,

²⁸ Una argumentación en una línea análoga en, Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 80°.

²⁹ De manera complementaria, *vid.* Montt, *Op.Cit.* n. 2, p. 486, nota al pie N° 83.

³⁰ Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 4ª. Ed., 2005, pp. 375-378.

finalmente, el principio de atribuibilidad.³¹ Sin embargo, en las leyes administrativas sectoriales encontramos múltiples ejemplos en que este principio de culpabilidad es flexibilizado y adaptado a las necesidades de la regulación de la economía.

En primer lugar, en cuanto al *principio de personalidad* de las sanciones, en el Derecho Administrativo sancionador se admite, sin problemas, la responsabilidad directa de las personas jurídicas.³² Se admite que las personas jurídicas, en cuanto organizaciones, tienen capacidad para sufrir las consecuencias de los ilícitos cometidos por sus órganos y dependientes. Todas estas matizaciones del principio de personalidad de las penas resaltan que lo importante en materia de Derecho Administrativo sancionador es la existencia de deberes de cuidado sobre otros individuos o sobre una organización.³³

En segundo lugar, en el Derecho Administrativo sancionador se reconoce que puede haber culpa por omisión, sancionándose normalmente la *inobservancia* de sus mandatos en lugar de ordenar conductas positivas específicas. El verbo rector que está presente en las leyes sectoriales es, simplemente, “*incurrir*”.

En tercer lugar, en el Derecho Administrativo sancionador pueden sancionarse las conductas cometidas con *dolo o culpa* (negligencia), aunque es muy raro que se exija el dolo. La intencionalidad actúa sólo como un criterio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, agravándola. Lo normal será que sean sancionables las conductas (incluso omisiones) que impliquen incumplimiento, aun sin negligencia. De este modo, en la mayor parte de los casos las leyes sectoriales regulan mandatos de conducta, cuya *omisión negligente* es sancionable.³⁴

Finalmente, el *principio de atribuibilidad* o imputabilidad consiste en la necesidad que el hecho sancionado pueda atribuírsele normalmente a su autor como producto de una motivación racional. Este es el requisito más mínimo de la culpabilidad. Al respecto, son aplicables las reglas generales del derecho sobre imputabilidad y capacidad.

La Contraloría General de la República ha matizado su jurisprudencia inicial sobre aplicación del principio de culpabilidad,³⁵ admitiendo que es posible la sanción administrativa ante la *mera inobservancia* de normas que rigen el desarrollo de una actividad (tal como lo es una resolución *condicionada* del TDLC), todo lo cual es compatible con el principio de culpabilidad.³⁶

Similar ha sido el criterio seguido por la Corte Suprema al conocer de la san-

³¹ *Ibid.*, p. 375. En el mismo sentido Santamaría, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid, Iustel, 2004, pp. 391-394.

³² En nuestro ordenamiento se sanciona a bancos e instituciones financieras (artículo 19 del DFL N° 3, de 1997, Hacienda), a sociedades anónimas (artículo 27 del DL N° 3538), “empresas o entidades” (Ley N° 18.410), “prestadores de servicios sanitarios” (Ley N° 18.902) y, en general, a cualquiera que “*incurriere*” en una infracción.

³³ Crítico de la práctica nacional es Vergara, Alejandro. *Derecho Eléctrico*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2005, pp. 331-339.

³⁴ Bermúdez, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Santiago: Legal Publishing, 2010, p. 189.

³⁵ CGR, Dictamen N° 31.239/2005.

³⁶ CGR, Dictamen N° 13.790/2013. En idéntico sentido, Dictamen N° 60.341/2013.

ción de infracciones por la inobservancia de normas administrativas.³⁷ En síntesis, en materia de culpabilidad, el concepto de “culpa infraccional” permite que la mera inobservancia de la norma pueda dar por establecida la culpa, siempre que el sujeto inculpa sea el obligado y siempre que tenga la posibilidad de probar, al menos vía defensa, la falta de culpa.³⁸ Como veremos más adelante, este es el planteamiento correcto: es procedente sancionar el incumplimiento de la resolución condicionada por el TDLC, cuya culpa se *exterioriza* con la inobservancia de las medidas de mitigación,³⁹ pudiendo el incumplidor excusar o atenuar su actuar alegando diversas causales como defensas.

b) La culpabilidad ante el Derecho de la Competencia

La exigencia de culpabilidad en los ilícitos anticompetitivos ha sido un tema discutido, tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Incluso ha sido materia de propuestas por el TDLC.⁴⁰ Barros acota sobre el particular: “[e]s difícilmente determinable en concreto la precisa intención monopólica”.⁴¹ Acá, lo que se persigue es la aplicación del principio *nulla poena sine culpa*.⁴²

En este debate, por un lado, están aquellos que, acercándose más al Derecho Penal, exigen su constatación en juicio;⁴³ y por otro, hay quienes señalan que no siendo el Derecho de la Competencia parte del Derecho Penal, la actitud mental al momento de infringir el DL 211 sería irrelevante.⁴⁴ Otros agregan que “*la intencionalidad de la conducta es parte del ilícito*, porque éste está caracterizado por la orientación final del acto a producir un efecto, querido o aceptado, que resulta contrario a la libre competencia (hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, según la cláusula general del artículo 3°)”.⁴⁵

³⁷ Corte Suprema, *Agrícola Panquehue S.A. c. Superintendencia de Servicios Sanitarios*, rol 1589-09, 28 de diciembre de 2010, C. 7°.

³⁸ Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Jurídica de Chile 2006, pp. 91 y 98. *Vid.* Sentencia Rol N° 4404-2005 de la Corte Suprema, de fecha 8 de noviembre de 2005, C. 20°.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Al respecto, *vid.* Jara, Eduardo. *Tercera Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Santiago: 2007, p. 13.

⁴¹ Barros, *Op.Cit.* n. 38, p. 1045, nota al pie N° 157 y p. 1046.

⁴² Conclusiones de la abogada general Sra. Julianne Kokott presentadas el 18 de abril de 2013, *Asunto C-501/11 P Schindler Holding Ltd y otros contra Comisión Europea*, § 114: “El principio *nulla poena sine culpa* pertenece a los principios generales del derecho que se deben tener en cuenta en todo procedimiento de competencia en el ámbito de la Unión, un principio que se fundamenta en el Estado de Derecho y en el principio de culpabilidad”.

⁴³ Al respecto *vid.* Valdés, Domingo. “La culpabilidad en el ilícito infraccional” en *La primacía de la persona humana. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, coordinado por Arancibia, Jaime y Martínez, José Ignacio. Santiago: LexisNexis, 2009.

⁴⁴ Tapia, Javier. *La prohibición de colusión en el Derecho chileno y comparado*, Informe en derecho acompañado ante el TDLC en la causa rol C 177-2008.

⁴⁵ Barros, *Op.Cit.* n. 38, p. 1046.

A este respecto, la Corte Suprema ha entendido que el requisito de culpabilidad en el ámbito del Derecho de la Competencia debe entenderse como “la reprochabilidad de la acción, que ejecutada voluntariamente ha tenido consigo el carácter de ser antijurídica por haber vulnerado las normas que consagra la ley en protección de la libertad que ha de existir para competir libremente en el mercado”.⁴⁶ Con posterioridad, en *Farmacias*, la corte ha previsto que la culpabilidad en materia de competencia es “el reproche normativo que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. En materia de sanciones por infracciones administrativas puede decirse que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas”.⁴⁷

Como cuestión previa, para determinar la procedencia de la culpa para imponer una sanción, se debe distinguir entre los diversos remedios establecidos para el incumplimiento de las medidas, pues existe la posibilidad de que para algunas sea requisito y para otras, no. No todas las medidas que se pueden establecer son sanciones, siendo algunas solamente actos desfavorables. Las sanciones tienen como única finalidad la de imponer un perjuicio al infractor, frente a otras medidas que, aunque de hecho puedan perjudicar a un particular, persiguen otras finalidades. Esta calificación es relevante, especialmente en la tutela de determinados intereses públicos⁴⁸. El principio de culpabilidad sólo se aplica a las sanciones, no a otras medidas, como las dirigidas al restablecimiento de la legalidad o las de policía⁴⁹, y al ser aplicado, difiere de lo que se entiende por tal en el Derecho Penal. La justificación de lo anterior la explica Huergo:

La razón de ese juego del principio de culpabilidad estriba en la distinta finalidad de unas y otras medidas. Mientras que la sanción persigue el castigo de un infractor, su “retribución”, sin que de ella dependa *directamente* la tutela de un determinado interés público o de terceros, en las medidas de restablecimiento de la legalidad y similares lo que está en juego es el cumplimiento de las normas... o bien más directamente la tutela del interés público.

El castigo de un sujeto sólo es admisible en la medida en que esa persona sea subjetivamente reprochable (principio de culpabilidad), pero la protección de terceros o del interés público no puede quedar sometida a la misma condición.⁵⁰

En definitiva, las medidas no-sancionadoras sirven para tutelar un determinado interés público (la libre competencia, en este caso) pero no para castigar o sancionar al infractor. Por ende, el cumplimiento de dichas medidas está condicionado

⁴⁶ Sentencia Rol N° 6236-2006 de la Corte Suprema, de fecha 4 de julio de 2007, C. 29°.

⁴⁷ Sentencia Rol N° 5443-2009 de la Corte Suprema, de fecha 7 de septiembre de 2012, C. 74°, IV, d).

⁴⁸ Huergo Lora, Alejandro. *Sanciones administrativas*. Madrid: Iustel 2009, p. 379.

⁴⁹ *Id.*, p. 380.

⁵⁰ *Ibid.*

por las necesidades de dicho interés público, y no por la mayor o menor reprochabilidad de la conducta del infractor.⁵¹ Así, si la conducta realizada se enmarca dentro del ámbito del derecho contravencional, el elemento subjetivo pierde relevancia. Al tener en mira la protección del interés general, el derecho contravencional no evalúa sino si la conducta importa objetivamente una lesión al interés colectivo independientemente de la intención, ánimo o propósito de quien realizó la conducta.⁵²

Adicionalmente, el que el legislador del DL 211 haya diferenciado el régimen administrativo del penal -especialmente tras la reforma de la Ley N° 19.911-, significa que no quiso limitar la potestad sancionadora a los supuestos de dolo o culpa, requiriendo sólo la simple inobservancia. Esta idea hace referencia al mero hecho de que se incumpla, de que no se observe una norma que impone una obligación o una prohibición. La inobservancia es neutra desde el punto de vista subjetivo: no es dolosa ni culposa.⁵³

Por todo lo anterior, las medidas antes catalogadas como “consecuencias desfavorables” y no sanciones (desinversión de activos y revocación de la autorización), no requieren de culpa para ser aplicadas. En el derecho europeo el criterio ha sido similar, puesto que la única prueba necesaria para la imposición de una multa será la del incumplimiento de los *compromisos*.⁵⁴⁻⁵⁵

Ahora bien, respecto de las multas coercitivas por incumplimiento de condiciones, la culpabilidad toma un rol más destacado, puesto que éstas son sanciones propiamente tales. Sin perjuicio de lo anterior, debemos determinar *cómo* se configura o determina la culpa en casos como este.

En primer lugar, la concepción de la culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador poco tiene que ver con la que tradicionalmente se acoge en Derecho Penal.⁵⁶ Aquí, como ya señalamos, la sanción no contiene un reproche moral, sino sólo un carácter preventivo. En estas circunstancias, en el Derecho Administrativo sancionador se ha reemplazado la reprochabilidad por una regla de responsabilidad. Esto es, más que determinar si la infracción se comete con dolo o culpa, es necesario determinar si existe responsabilidad en el hecho que vulnera el ordenamiento jurídico y si existen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que permitan eximir de responsabilidad.⁵⁷

⁵¹ *Id.*, p. 400.

⁵² Dromi, Roberto. *Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 92.

⁵³ Huergo, *Op.Cit.* n. 48, p. 386.

⁵⁴ Entrena, Jonathan. “Decisiones de compromisos del Reglamento 1/2003” en *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de iniciación Vol. VII* editado por Ortiz B., Luis y Entrena, Jonathan. Madrid, Dykinson, 2007, p. 228.

⁵⁵ De lo anterior fluye que, respecto de estos efectos, no procederían causales de exoneración o exculpación, pues no estamos en el ámbito de la culpa.

⁵⁶ de Palma del Teso, Ángeles. *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid, Tecno, 1996, p. 41.

⁵⁷ Bermúdez, *Op.Cit.* n. 34, p. 188.

Al existir previamente un determinado deber mínimo de diligencia (en el caso que nos ocupa, una resolución con condiciones), consistente en cumplir la norma, se imputa negligencia *ipso facto* en caso de su incumplimiento. La carga de la prueba entonces se traslada, ya que ahora deberá ser el sujeto autorizado quien tendrá que probar que incumplió la condición, basado en una causal de exculpación, para no resultar responsable de la sanción administrativa.⁵⁸

Este ha sido un criterio expuesto por la Corte Suprema en la sentencia *Fósforos*, caso de abuso exclusorio anticompetitivo, en el cual, tras demostrarse la ilicitud de la conducta -como ocurre respecto del actuar fuera de lo autorizado previamente por el TDLC en una resolución, pero con un estándar más exigente de culpabilidad-, recae en el requerido probar la existencia de una excusa.⁵⁹

En efecto, cuando el legislador dice que el simple incumplimiento de normas que establecen prohibiciones y obligaciones con una finalidad básicamente preventiva, es título suficiente para atribuir responsabilidad, no está negando el principio de culpabilidad. Lo que está haciendo es fijar el nivel de diligencia exigible, afirmando que quien incumple esa norma actúa *por ello mismo* culposamente,⁶⁰ en lugar de remitir la fijación de ese nivel de diligencia a los tribunales a través de criterios estimativos como la diligencia de un hombre medio.⁶¹ Pues bien, esto es *precisamente* lo que hace el TDLC al establecer condiciones de mitigación en una consulta. En dicho sentido, sería absurdo establecer condiciones que limiten riesgos de actividades y admitir su incumplimiento solo en el caso que su destinatario sea una persona suficientemente informada como para exigírselo.⁶²

Por todo lo anterior, si bien la culpabilidad es un requisito a exigir al momento de aplicar sanciones administrativas, hay un cambio en cuanto a su determinación y comprobación. Sin perjuicio de lo expuesto, la culpa o el dolo son elementos que se deben tener en consideración al momento de determinar el monto de la multa. La culpabilidad es *la medida de la sanción*⁶³.

En el caso de optar por la postura que sostiene que la culpa no es un requisito del tipo, no procede excusa alguna frente al incumplimiento, puesto que el solo hecho de no respetar las condiciones impuestas implica realizar una conducta ilícita. Si optamos por la idea de que la culpa es uno de los requisitos esenciales para condenar por una infracción al artículo 3°, inc. 1°, del DL 211, la conclusión no cambia. Lo anterior por lo que sigue: la consulta se justifica por la seguridad jurídica, y si el hecho o acto consultado es calificado como anticompetitivo, no será sancionado, sino que de ser posible y suficientes las medidas que se establezcan para conformarlo al DL 211, se fijen condiciones de mitigación. Si la conducta fue calificada *a posteriori* de su celebración

⁵⁸ *Id.*, p. 189.

⁵⁹ Sentencia Rol N° 277-2010 de la Corte Suprema, de fecha 2 de junio de 2010, C. 21°.

⁶⁰ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, *FNE c. Lan Chile y Lan Express*, 30 de enero de 2004, C. 6°.

⁶¹ Huergo, *Op.Cit.* n. 48, p. 388.

⁶² *Id.*, p. 391.

⁶³ Cordero, Eduardo. *Derecho Administrativo sancionador*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 253.

como ajustada a las normas de la competencia, en un procedimiento que impuso condiciones precisamente para poder seguir adelante con ella de conformidad a las normas de defensa de la competencia, con la advertencia de que si se entrarían en un plano ilícito.

Bajo las circunstancias señaladas, es posible afirmar que hay culpa en el incumplimiento, pues se sabía *a priori* que de no cumplir las condiciones, la conducta iba a ser anticompetitiva, puesto que la fusión ya estaba materializada. Es decir, es el TDLC quien fijó el grado de diligencia exigible al consultante, y éste pudo conocerlo desde el momento mismo en que se dictó la resolución que absolvió la consulta.

De esta forma, y bajo cualquiera de las dos posturas, en el caso concreto cabe sancionar el incumplimiento bajo el artículo 3° del DL 211, ya sea porque probar la culpa es innecesario, o bien, porque al exigir su prueba, se puede dar por establecida. En efecto, la consultante debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo (es decir, debió cumplir las condiciones y no lo hizo), por lo que su actuar es culpable.

c) Excusas ante el incumplimiento de medidas de mitigación

La pregunta que surge a continuación es si en materia infraccional puede evitarse la imposición de la multa excusando el incumplimiento de las medidas o condiciones establecidas en la resolución favorable de alguna forma. Al estar bajo los preceptos de la culpa, el catálogo de causales se amplía, pudiendo invocar el caso fortuito, la fuerza mayor, el error de prohibición, la confianza legítima en la administración y la debida diligencia. La doctrina añade también como exculpación en materia de competencia la legítima defensa y el estado de necesidad.⁶⁴ También el TDLC ha incorporado recientemente la idea de falta de culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta.⁶⁵ Empero, la principal excusa es la sujeción a la resolución favorable del TDLC, que libera de responsabilidad anticompetitiva, como expresamente admite el DL 211.

Las causales de justificación y exculpación en el Derecho de la Competencia sólo entran en juego cuando hay decisiones sancionadoras de la autoridad, ya que su fin es, precisamente, evitar la imposición de una sanción. La relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador es, como ya se señaló, una relación estrecha mas no completamente de identidad, pues los principios y reglas del Derecho Penal son aplicados de forma atenuada en cuanto a Derecho Administrativo se trata.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, existe de todas formas una estrechez en la relación que justifica que las causales de justificación previstas en el Derecho Penal sean aplicables al Derecho Administrativo sancionador, a pesar del escaso campo de aplicación de algunas de ellas (como la legítima defensa, pues está pensada para otros tipos de bienes jurídicos).⁶⁶

⁶⁴ Alcalde, Enrique. “Algunas consideraciones en torno a la identidad sustancial entre la sanción penal y la pena administrativa” en *La primacía de la persona humana. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, coordinado por Arancibia, Jaime y Martínez, José Ignacio. Santiago: Ed. Legal-Publishing AbeledoPerrot, 2009, p. 801.

⁶⁵ Sentencia N° 94/2010, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 7 de enero de 2010, C. 100°.

⁶⁶ Baño León, *Op.Cit.* n. 6, p. 248.

La idea de causal de justificación se muestra especialmente clara en relación a las autorizaciones administrativas en materia de competencia pues son exenciones a un comportamiento que por regla general resulta prohibido,⁶⁷ pero que por el hecho de realizar una consulta a la autoridad competente, ésta se obliga a no sancionar. Así, en el derecho chileno, la única causal de justificación contemplada expresamente en la ley se contiene en el artículo 32°, ya antes analizado, pues impide imponer sanciones en caso de infracción al DL 211 en razón de la consulta realizada.

Debido a la imperatividad e imposición por sobre la voluntad de los particulares que presenta el Derecho Penal, las causas por las cuales se puede dejar de aplicar una norma y por ende sancionar, son muy limitadas. Las órdenes administrativas gozan también de esa imperatividad y exclusión de la voluntad de los particulares, por lo que se hacen aplicables las causas de justificación que regula el Derecho Penal, con matices.

Sin entrar en detalles sobre cada uno de estos supuestos y los requisitos de procedencia, nos referiremos algunos de ellos en particular que son los que podría suscitar más incertidumbre acerca de si en este caso concreto, proceden o no.

i. Excepción de liberación de responsabilidad anticompetitiva

Atendido el efecto de una resolución favorable del TDLC, éste puede liberar de responsabilidad a un agente por infracciones a la competencia, como consecuencia del efecto del artículo 32° del DL 211. Recordemos, además, que este efecto liberatorio puede alcanzar incluso a hechos, actos o contratos ya celebrados. Es esta, desde luego, la principal *excusa* ante un supuesto incumplimiento. Es también la única causal que no conlleva responsabilidad alguna por infracciones a la competencia, *ex ante*, como se expone en *John Malone* el TDLC.⁶⁸

Es en el procedimiento infraccional -el contencioso- en el cual el TDLC conoce de la infracción y verifica si se cumplen -o no- los hechos que ameritaron la consulta favorable y los hechos posteriores, como excepción.⁶⁹ Seguidamente, se puede aceptar o desestimar esta causal, que es para el TDLC una eximición absoluta:

... es preciso dejar asentado que el beneplácito de la FNE no es idóneo por sí solo para eximirse en términos absolutos de responsabilidad en esta sede, pues lo procedente para tal efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del D.L. N° 211, es solicitar a este tribunal el ejercicio de la potestad consignada en el artículo 18 N° 2 del mismo cuerpo legal y obtener un pronunciamiento favorable en la materia de que se trate⁷⁰

⁶⁷ Dannecker, Gerhard. “La configuración de las causas de justificación y exculpación en el Derecho Penal comunitario” en *Revista Penal*, N° 3 (1999), p. 13.

⁶⁸ Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 80°.

⁶⁹ Sentencia N° 55/2007, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 21 de junio de 2007, C. 6°.

⁷⁰ Sentencia N° 115/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 17 de noviembre de 2011, C. 64°.

Ahora bien, el DL 211 contempla que el sujeto obligado a dar cumplimiento a una condición establecida por una resolución favorable del TDLC pueda modificarla, en atención a la existencia de *nuevos antecedentes*.⁷¹ Con lo anterior, el sujeto autorizado cuenta con la posibilidad de modificar, revisar o revocar una autorización favorable otorgada por el TDLC, o sus antecesores. Lo anterior permite concluir que, en caso de un cambio de circunstancias, es posible que el TDLC revise la resolución, para volver a establecer nuevas condiciones que hagan procedente la autorización, modificar o revocar las condiciones.

Como ha resuelto el TDLC, la aprobación de una consulta sólo comprende los actos y hechos objeto de dicho procedimiento, en los términos que fueron planteados, y no se extiende a futuras modificaciones o expansiones que alteren las circunstancias o antecedentes tenidos en consideración en la respectiva resolución, y tampoco se extiende a otros proyectos que las empresas consultantes decidan realizar.⁷² Una vez impuestas las condiciones, si se ha producido un cambio de circunstancias (i.e., de los antecedentes allegados al procedimiento, cambio de legislación, aumentos sustanciales en los costos, etc.), en el marco de un nuevo procedimiento de consulta pueden ser modificadas las resoluciones del TDLC, sobre la base de nuevos antecedentes, en caso de producirse estos.⁷³

En dicho sentido, al solicitarse la aclaración de una condición impuesta en una resolución previamente dictada por el TDLC, dicho tribunal afirma que su modificación debe realizarse mediante el procedimiento de consulta.⁷⁴ También al pedir-sele al TDLC la modificación de una condición impuesta por una resolución, en atención a que ella estaba pendiente de ejecución y había sido favorable, por aplicación del artículo 821 del CPC, esta solicitud se rechaza atendido que el procedimiento era el del artículo 31° del DL 211.⁷⁵

La revocación -y por ende, la modificación- de la autorización, que en nuestro ordenamiento exige “nuevos antecedentes”, en el Derecho Comparado puede provocarse por incumplimientos de los sujetos autorizados, haberse basado en datos incompletos o falsos, o “por un cambio fundamental de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su concesión”.⁷⁶ En todos esos casos, la revocación se basa en motivos de legalidad.⁷⁷

La revocación de una autorización en materia de competencia puede basarse en hechos imputables al sujeto autorizado (verbigracia: entrega de datos falsos o in-

⁷¹ Resolución intermedia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica sobre dictación de instrucciones generales (mercado distribución estrenos cinematográficos)*, rol N° NC 124-06, s/f, C. 3°.

⁷² Resolución N° 22/2007 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 19 de octubre de 2007.

⁷³ Resolución intermedia, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 15 de enero de 2008, § 4.

⁷⁴ Resolución intermedia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 5 de octubre de 2011.

⁷⁵ Resolución intermedia, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 11 de enero de 2011.

⁷⁶ Cases, Lluís. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 363.

⁷⁷ León, Baño. *Op.Cit.* n. 6, pp. 124-125.

completos, incumplimientos de las condiciones), pero también en hechos ajenos a su voluntad. Por lo mismo, parece absurdo utilizar un procedimiento sancionatorio para revocar o modificar una autorización si lo anterior se basa en hechos no imputables al sujeto autorizado.⁷⁸

Dicho de otro modo, la *autorización* está sujeta al cambio de circunstancias,⁷⁹ justificado en el carácter prospectivo de la autorización.⁸⁰ La extensión del “cambio de circunstancias” que habilita la revocación de la autorización no se restringe al ámbito fáctico (*hechos*),⁸¹ sino que incluye el ámbito jurídico y económico.⁸² Esto, porque el DL 211 no limita el alcance de los “nuevos antecedentes”. Como ha indicado la Corte Suprema, una afectación posterior a un mercado relevante distinto amerita la revisión de las condiciones particulares que fueron establecidas, pudiendo modificarse las medidas establecidas, lo que se aprecia caso a caso:

...en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopolístico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de *medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, por lo que si éstas cambian pueden también modificarse las resoluciones adoptadas*.⁸³

El cambio de circunstancias que habilita la modificación o revocación de la resolución del TDLC exige ponderar elementos que razonablemente pueden haberse visto alterados desde la época de la autorización. De este modo, como la evaluación de riesgos se realiza en un momento dado, el TDLC no puede abandonar a revisar íntegramente la calificación y condiciones impuestas:

⁷⁸ *Id.*, p. 126.

⁷⁹ Ahora bien, esta revocación, en cuanto nuevo acto administrativo, es formal, sometiéndose al procedimiento señalado en el artículo 31 del DL 211 y sólo produce sus efectos cuando es notificada o publicada.

⁸⁰ Nehme, Nicole y Mordoj, Benjamín. “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas” en *Estudios Públicos* N° 125. (2012), p. 109.

⁸¹ *Vid.* Concha, Carlos *Informe Proyecto de Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y modifica el texto actual del Decreto Ley 211 de 1973, sobre Protección de la Libre Competencia* (Santiago, 2002), p. 72 y Nehme, Nicole “Sistema chileno de defensa de la libre competencia: ¿Necesidad de requerir autorización previa para la aprobación de operaciones de concentración?” en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, N° 21 (2006), p. 56.

⁸² Resolución N° 18/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 17 de noviembre de 2006, C. 3°.

⁸³ Corte Suprema, *Recursos de Reclamación en contra de Resolución N° 37/2011 (Caso LAN-TAM)*, rol N° 9843-2011, 5 de abril de 2012, C. 6°. Las cursivas son nuestras. En idéntico sentido, Corte Suprema, *Recurso de reclamación en consulta por fusión de SMU/Supermercados del Sur*, rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 8°. En similar sentido, TDLC, Resolución intermedia, *Consulta de Supermercados Unimare S.A. y Cencosud S.A.*, rol NC N° 214-07, 21 de noviembre de 2007, C. 6°.

es legítimo y necesario, atendida la naturaleza esencialmente dinámica de los mercados en los que se desarrollan los hechos que se someten a su conocimiento, *que este tribunal pueda y deba pronunciarse de manera distinta a como lo hizo en el pasado*, o a como lo hicieron los organismos de los que es sucesor legal, ante hechos que, en apariencia, son similares a aquellos sobre los que ha recaído alguna calificación determinada.⁸⁴

La jurisprudencia ha consignado que el cambio de circunstancias sea *substantivo*, ocupando el mismo estándar impuesto en materia ambiental para la revisión y modificación de una resolución de calificación ambiental,⁸⁵ esto es, una magnitud tal que justifique modificar o revocar la autorización otorgada:

Las resoluciones en procedimientos “no contenciosos”, responden a un fin tutelar-preventivo que, en el caso de consultas sobre operaciones de concentración que no se han materializado, tiene como trasfondo la aplicación de un análisis prospectivo sobre las condiciones del mercado y el impacto que la operación consultada pueda tener en las mismas. Es por lo anterior que dichas resoluciones, como así también las condiciones que en ellas se establezcan, deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron, y así sea declarado por este tribunal en un procedimiento que concluya con un nuevo ejercicio de dicha potestad.⁸⁶

De esta forma, en atención a que el sujeto autorizado puede solicitar la modificación de una resolución favorable, lo que incluye las condiciones establecidas en ella, si por alguna razón él no pudiera cumplir, un actuar diligente y ajustado a la buena fe lo obliga a solicitar *oportunamente* la modificación de la condición establecida en la resolución del TDLC -más aún si puede incurrir en un incumplimiento-. Esta oportunidad sería, por ejemplo, tan pronto se supo que no se podría cumplir el plazo establecido para una condición.

Por tanto, si hubo alguna causal de fuerza mayor, caso fortuito u otra, el sujeto debe formular una consulta, y no esperar a un requerimiento de la FNE o una demanda de un tercero legitimado para invocarse como alegaciones estas defensas.

⁸⁴ Resolución N° 18/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 17 de noviembre de 2006, C. 3°. Las cursivas son nuestras.

⁸⁵ Al respecto, *vid.* Vera, Diego. *La disciplina ambiental de las actividades industriales. Autorizaciones y sanciones administrativas en materia de medio ambiente*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 199. En nuestro ordenamiento, el artículo 25° quinquies de la Ley N° 19.300, modificado por la Ley N° 20.417.

⁸⁶ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 21°. En similar sentido, Resolución N° 18/2006, *Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central*, rol NC 113-06, 17 de noviembre de 2006, C. 18°.

ii. *Error de prohibición*

El error de prohibición ha sido invocado en ocasiones como causal de exculpación en materia de libre competencia⁸⁷ -aunque ha sido escasamente admitido- porque se estima que se parte de la obligación general de los agentes económicos de conocer la antijuricidad de las conductas contrarias a la libre competencia.⁸⁸ Sobre este punto, precisa Arancibia que el error de prohibición puede producirse en contextos de ignorancia de la normativa administrativa “vaga y numerosa”.⁸⁹

iii. *Falta de intencionalidad*

Otra defensa que aparece ante infracciones a la competencia es el hecho de actuar *sin voluntad* de infringir la normativa del DL 211. Desde luego, esta excusa ha sido rechazada, al exigirse un actuar de sujeción a la ley, sin exigencia supererogatoria al agente económico:

...en primer término son completamente reproducibles aquí los razonamientos realizados en la consideración septuagésimo primera respecto de las defensas de Transportes Línea Nueve referidas a la falta de voluntariedad de su actuar antijurídico, aunque sin duda su responsabilidad se puede ver atenuada, toda vez que, al igual que en ese caso, los directivos de Transportes Frankol también pudieron seguir una conducta distinta a la infracción de la ley de defensa de la competencia...⁹⁰

En específico, esta alegación ha sido desechada para el caso de infracciones a condiciones fijadas en una consulta, primero por la Comisión Resolutiva al conocer el incumplimiento del Plan de Autorregulación de Lan, en cuyo caso se desechó la intencionalidad como defensa de exculpación.⁹¹ Después, el TDLC confirma este razonamiento en *John Malone*:

(...) este Tribunal no puede aceptar la alegación de esta parte en orden a que no realizó la conducta antijurídica que se le reprocha con pleno conocimiento de lo que hacía y por propia voluntad, toda vez que era factible haber actuado de una forma distinta a como lo hizo, esto es, conforme a derecho.⁹²

⁸⁷ Vid. Sentencia Rol N° 6236-2006 de la Corte Suprema, de fecha 4 de julio de 2007, C. 27°.

⁸⁸ Baño León, *Op.Cit.* n. 6, p. 250.

⁸⁹ Arancibia, Jaime- “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*” en *Sanciones Administrativas* coordinado por Arancibia, Jaime y Alarcón, Pablo. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 139, nota al pie 24.

⁹⁰ Sentencia N° 94/2010, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 7 de enero de 2010, C. 73°.

⁹¹ Montt, *Op.Cit.* n. 2, p. 472.

⁹² Sentencia N° 117/2011, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 71°.

iv. Buena fe

Los agentes imputados de infringir el DL 211 han argumentado en ocasiones que sus actuaciones se han amparado en la “buena fe” con que han cumplido las obligaciones. Esta sería la buena fe *subjetiva* -no la objetiva, es decir, no ligada a la voluntad de las partes⁹³-, que como dice su denominación, alude a los sujetos que intervienen, aludiendo a la “correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no al contenido o a los efectos de la relación misma”.⁹⁴ Se refiere entonces a la conciencia del individuo, sea respecto de su situación o la de otro sujeto, de la que deriva su derecho, como sería la creencia de un actuar que no daña intereses de terceros. Luego, presente esta creencia, i.e., con esta conciencia subjetiva de buena fe, la actuación sería lícita.⁹⁵

Como fuere, dicha alegación ha sido desvirtuada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, cotejando este argumento con el actuar efectivo de quien lo impetra, como se resolvió en *Lan Cargo*.⁹⁶ Más específicamente, esta defensa ha sido rechazada también respecto del incumplimiento de condiciones en función de interpretaciones de “buena fe” del alcance de las mismas, como se razona en *HidroAysén I*.⁹⁷

En el caso de condiciones establecidas en una resolución, es claro que ellas se dictan precisamente para lograr seguridad jurídica, por lo que la sujeción a las mismas prueba la *buena fe* presumida del sujeto imputado de infringirlas. Luego, si hay infracción de la condición, esta presunción se desvanece.

v. Confianza legítima

Se ha entendido como un principio general del derecho la protección de la “confianza legítima”, vinculada directamente con la seguridad jurídica y permite a los ciudadanos confiar en la estabilidad excepcional⁹⁸ de las situaciones jurídicas de origen jurídico-público, aunque como principio, no exento de críticas.⁹⁹ En nuestro ordenamiento, y teniendo como base el artículo 1°, inciso cuarto de la Constitución Política,¹⁰⁰ Pantoja Bauzá ha sostenido que, de dicha disposición fluye una garantía

⁹³ De los Mozos, José Luis. *El principio de la buena fe*. Madrid: Bosch, 1955, p. 45.

⁹⁴ *Id.*, p. 57.

⁹⁵ *Id.*, p. 59.

⁹⁶ Sentencia Rol N° 3732-2007 de la Corte Suprema, de fecha 10 de octubre de 2007, C. 17°.

⁹⁷ Sentencia Rol N° 86/2009, de la Corte Suprema, de fecha 30 de julio de 2009, C. 10°.

⁹⁸ Thomas, Robert. *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*. Oxford: Hart, 2000, p. 46: “relatively few arguments based on legitimate expectations have succeeded”.

⁹⁹ *Verbigracia*, Letelier, Raúl. “Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos” en *Revista Chilena de Derecho* 41 N° 2 (2014), pp. 609-634.

¹⁰⁰ El artículo 1°, inciso cuarto de la Constitución Política de la República establece que: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”.

de buena fe y lealtad estatal, sustantivas y complementarias a otras garantías formalistas del artículo 7° de la Constitución.¹⁰¹ Cordero Vega argumenta por este principio desde la lealtad y honestidad del Estado con las personas, proscribiéndose conductas oportunistas de la administración.¹⁰² Como explica García Luengo, los ciudadanos pueden y deben confiar en los actos de la administración:

(...) cuando la administración, como ente dotado de personalidad para alcanzar los fines públicos que el ordenamiento jurídico le marca, *dicta un acto está fijando el derecho para un caso concreto* (ejecutando el ordenamiento y no innovándolo) y en la medida en que a esta fijación es ajeno el ciudadano, éste no sólo puede, sino que debe confiar en la actuación administrativa y ajustar su conducta a la misma. Como contrapartida el Estado de Derecho, a través de la seguridad jurídica, garantiza al ciudadano la estabilidad de esa decisión (...) ¹⁰³

La confianza legítima se arguye en los casos en que es la propia administración quien induce un comportamiento determinado, mediante un acto administrativo lícito y emitido por ésta para un particular, y después pretende sancionarlo por ser ilícito. Aquí puede invocarse el principio de buena fe o protección de la confianza que el particular tenía en la actuación de la Administración para no sancionarlo. Para que ocurra lo anterior, las expectativas del agente deben ser legítimas y reciben la protección del Derecho cuando surgen de actos particularizados emanados de la Administración, y no de regulaciones generales.¹⁰⁴

En lo que nos interesa, la jurisprudencia ha considerado la confianza legítima solo como atenuante por actuaciones administrativas de la FNE respecto del sujeto requerido,¹⁰⁵ como un beneplácito respecto de borradores de contratos enviados a dicha autoridad fiscalizadora:

(...) el beneplácito de la autoridad persecutora en materia de defensa de la competencia al borrador de los contratos en cuestión pudo, con

¹⁰¹ Pantoja, Rolando. *Organización Administrativa del Estado*. Santiago: Jurídica de Chile, 1998, p. 168.

¹⁰² Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters, 2015, p. 307. Entonces, teniendo como fuente el mencionado inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución Política, surge el principio de protección de la confianza legítima de los administrados. El rechazo a dicho oportunismo o deslealtad no deja de tener vinculación con un actuar probo por parte del Estado, más aún tras la inclusión del principio de probidad, contenido en el artículo 8° de la CPR, podemos agregar.

¹⁰³ García Luengo, Javier. *El Principio de la Protección de la Confianza Legítima en el Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 2002, pp. 193-194. Las cursivas son nuestras.

¹⁰⁴ Así lo destaca Craig, Paul P. "Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law" en 55 *Cambridge Law Journal* 289, 307 (1996): "the individual must be able to point either to a bargain of some form which has been entered into between the individual and the authorities, or to a course of conduct or assurance on the part of the authorities which can be said to generate the legitimate expectations". Citado por Montt, Santiago. *Expropiaciones directas y derregulatorias y reforma regulatoria pesquera*, Informe en Derecho N° 5. Santiago: Centro de Regulación y Competencia, 2010, p. 38.

¹⁰⁵ *Vid.*, Sentencia N° 94/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 7 de enero de 2010, C. 99°, y Sentencia N° 100/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 21 de julio de 2010, C. 110°.

una alta probabilidad, haber contribuido a generar en la denunciada una confianza legítima respecto de que tales convenciones se ajustaban a derecho y que, por tanto, no podían ser consideradas, en sí mismas, como infracciones al D.L. N° 211, lo que fortalecería, en principio, la presunción de buena fe de su actuación¹⁰⁶

vi. *Diligencia debida*

Una diligencia mínima empresarial exige saber que el incumplimiento de una condición conlleva una afectación del bien jurídico libre competencia. Esta fue una materia latamente expuesta en las decisiones del TDLC y la Corte Suprema para la fusión SMU/SDS. Es ilustrativo el rechazo a este tipo de defensa, hecho en *HidroAysén I*:

*(...) el incumplimiento de la prohibición materia de autos no sólo es indicativa de una falta al deber de cuidado aludido en el razonamiento precedente, sino que también importa un actuar negligente que no admite justificación por un error respecto de la juridicidad del acto, como pretende la demandada. Ello, pues tal supuesto error sobre los alcances de la prohibición era del todo evitable empleando un mínimo de diligencia (...)*¹⁰⁷

Con lo anterior, tenemos que la posible imprudencia “es el punto de partida originario de las prohibiciones jurídico-administrativas, [y] la realización dolosa del hecho es un fenómeno derivado que presupone que aquel no se cometió de forma imprudente”.¹⁰⁸ En concreto, se incumple un deber de hacer o no hacer, contenido en la resolución favorable, que protege un bien jurídico colectivo, la libre competencia.

La debida diligencia es la principal causa de exculpación que se alega por los afectados cuando de imponerles sanciones se trata.¹⁰⁹ Sin embargo, y siendo congruentes con lo señalado más arriba, la norma es la que determina el deber de diligencia y al infringirla se actúa *por lo tanto*, culposamente. Este tipo de defensa fue reseñada por el TDLC en *John Malone*:

(...) es claro y no ha sido controvertido que el Sr. Malone conocía sus términos y que estaba obligado por la misma, por lo que es directamente responsable de su cumplimiento conforme a los propios términos de la condición, sin haber alegado desconocimiento o ignorancia de la misma, ni demostrado haber actuado con la diligencia debida, haciendo lo

¹⁰⁶ Sentencia N° 115/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 17 de noviembre de 2011, C. 63°.

¹⁰⁷ Sentencia N° 86/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 30 de julio de 2009, C. 12°. Las cursivas son nuestras.

¹⁰⁸ de Palma, *Op.Cit.* n. 56, p. 128.

¹⁰⁹ Jiménez, Daniel. *La culpa en el Derecho sancionador*: Bogotá: Temis Uniandes, 2008, p. 97.

posible por impedir que la condición se infrinja, teniendo herramientas para ello como controlador de VTR y accionista de DirecTV Chile (...)¹¹⁰

De esta decisión, parecería que corresponde probar al incumplidor el hecho que haya obrado *haciendo lo posible* para dar estricto cumplimiento a las medidas. Por ejemplo, es sabido que si se desea modificar una condición establecida en una resolución del TDLC, el procedimiento para modificar la obligación establecida -y que subsiste hasta la dictación de otra resolución por dicho tribunal- solo es otro procedimiento de consulta, el cual contempla plazos mínimos en el artículo 31° N° 1, 2 y 3 del DL 211. Luego, un rasero mínimo de diligencia, en lo que respecta a la oportunidad de la solicitud de modificación, serían los plazos de días hábiles contemplados en el DL 211.

Eso sí, es indiscutible que tras un procedimiento no contencioso en que el afectado participó directamente, el TDLC creó la norma específica y señaló que de no cumplirse caerían en una conducta infraccional tanto de las condiciones como del DL 211. De esta forma, la diligencia no es un argumento aceptable para justificar el incumplimiento de una norma, sino sólo motivos insuperables,¹¹¹ ajenos a la capacidad de actuar del particular. Esto debido a que el cumplimiento de una norma y su posterior sanción no está sujeta a “los mejores esfuerzos” del obligado por ella, sino a su efectiva obligatoriedad que sólo será eximida por motivos que van más allá de toda posibilidad de influir en el incumplimiento. Por lo anterior, quien alegue una circunstancia insuperable que le impidió cumplir con una norma específica, debe fundamentar su actuar alegando y probando que le fue imposible actuar de otro modo, produciéndose una alteración de la carga de la prueba. Esto debido a la imposición de un deber positivo de actuación por parte del poder público para evitar un resultado concreto.¹¹²

vii. Ausencia de efectos en la competencia

También se ha rechazado la defensa de falta de efectos anticompetitivos tratándose de un incumplimiento a una condición, como se hizo primero en *HidroAysén I*, en cuyo caso la operación consultada incluso no estaba cumplida o celebrada. En dicha decisión se sostuvo que el solo incumplimiento puso en *riesgo* la competencia.¹¹³ Seguidamente, el TDLC desecha la alegación de falta de efectos que argüía la demandada HidroAysén, ya que la actuación administrativa -una solicitud de-

¹¹⁰ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 41°.

¹¹¹ La causal tipificada en el Código Penal chileno que más hace sentido en términos de incumplimiento de condiciones es la N° 12 del artículo 10: “El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable”.

¹¹² Maljar, Daniel. *El Derecho Administrativo Sancionador*. Buenos Aires: AdHoc, 2004, p. 308.

¹¹³ Sentencia N° 86/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 30 de julio de 2009, C. 13°.

sistida- tenía una potencialidad de disuadir a potenciales competidores de ingresar al mercado.¹¹⁴ En *John Malone*, el TDLC rechaza la defensa de ausencia de daño a la competencia, exigiendo que esa justificación sea examinada en el marco del procedimiento no contencioso, al solicitarse su revisión.¹¹⁵ De manera conexas con esta defensa, se puede añadir la de “incumplimiento eficiente”, en una suerte de análisis costo-beneficio de infringir la medida de mitigación arguyendo que esto sería racional. Esta defensa fue desechada en 2004 por la Comisión Resolutiva.¹¹⁶

viii. Conducta regulada

Finalmente, el TDLC también ha examinado defensas por las cuales el infractor alega que se sometió a una regulación especial -que puede ser contractual, como un contrato de concesión administrativa-, la cual puede tener un efecto atenuante de la responsabilidad infraccional.¹¹⁷ Empero, esta defensa se contrasta con la potencial situación monopólica que puede tener el infractor, en cuyo caso éste tiene un especial deber de cuidado, con una especial preocupación para el cumplimiento de la normativa de libre competencia,¹¹⁸ que alcanza incluso a las omisiones.¹¹⁹

IV. CONCLUSIONES

Este trabajo ha examinado los efectos y alcances de una consulta aprobada por los órganos de la competencia y los efectos de decisiones posteriores de los mismos órganos. En síntesis, el incumplimiento de una condición establecida por el TDLC constituye una infracción por definición a las normas de la competencia, por lo que su incumplimiento hace que dichos actos o convenciones infrinjan el DL 211, donde las infracciones administrativas pueden configurarse aun faltando el resultado dañoso (o lesión), bastando con que se verifique la infracción, aun cuando no se haya producido un daño, puesto que se verificó la acción u omisión prohibida en la condición, al haber una inobservancia de la medida. Luego, la resolución favorable condicionada establece un nivel de diligencia, por lo que quien la incumple, lo hace culposamente, siendo posible la sanción ante la mera inobservancia de las

¹¹⁴ *Id.*, C. 14°. Las cursivas son nuestras.

¹¹⁵ Sentencia N° 117/2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 29 de diciembre de 2011, C. 79°-82°.

¹¹⁶ Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, *FNE c. Lan Chile y Lan Express*, 30 de enero de 2004, C. 9°.

¹¹⁷ Sentencia N° 121/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 10 de mayo de 2012, C. 53°.

¹¹⁸ Sentencia N° 75/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 30 de septiembre de 2008, C. 65°.

¹¹⁹ Sentencia N° 100/2010 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 21 de julio de 2010, C. 100°.

medidas de mitigación, lo que se ajusta al principio de culpabilidad. Corresponde al TDLC examinar en el procedimiento contencioso el grado de incumplimiento de la condición, así como la afectación del interés público. En su juicio, el TDLC puede verificar la procedencia de eximentes de responsabilidad y atenuantes ante el incumplimiento. Son causales de exculpación o atenuantes en el Derecho de la Competencia el error de prohibición, la confianza legítima, la debida diligencia, la sujeción a una regulación, actuación de buena fe, falta de efectos anticompetitivos y la falta de voluntariedad del infractor.

GLOSARIO

GLOSARIO

A

Abuso de Posición Dominante 177, 179, 270, 328, 524, 570, 656.

Acuerdo 17-20, 24-42, 46-51, 59, 63, 68, 69, 79, 81, 85, 89, 92-98, 103-105, 117, 118, 121-129, 135, 142-145, 150, 154, 157-159, 165, 167, 170-174, 177-179, 186, 192-195, 198, 199, 217, 221-224, 230, 241-249, 257, 259, 261, 268, 271, 273, 274, 277, 282, 285-290, 293-297, 300-305, 310, 315, 319, 320, 324, 327, 328, 330, 336-347, 350, 353-363, 366, 369, 372, 375-382, 388, 397, 398, 411, 414, 424, 426, 445, 452, 453, 468, 471-476, 480, 492, 494, 497, 512, 513, 515, 518, 520, 523, 525, 554, 559, 572, 573, 578, 590, 594, 598, 605, 612, 622, 623, 624, 628, 658, 663, 676, 694, 696, 697, 699, 700, 711, 719.

Adquisición 72, 102, 116-120, 122-126, 128, 140, 145, 151, 154, 165, 174, 177, 179, 224, 250, 252, 275, 251.

Antimonopolios 231, 409, 592, 612, 702-703

Autorización 53, 56-70, 73, 76, 77, 79, 80, 84, 95, 96, 107, 140, 152, 191, 192, 217, 222, 228, 421, 422, 426, 428, 440, 441, 444, 449, 454, 555, 582, 601, 708-710, 712, 716, 720-722.

Autorregulación 97, 105, 709, 723.

C

Cartel 18, 24-32, 35, 40-46, 49, 50, 86, 109, 134, 138, 270, 282, 293, 294, 305-307, 311, 314-318, 322-328, 332-337, 344-346, 348, 353-355, 358, 359, 363, 366, 369, 370, 373, 376, 380-382, 415, 417, 464, 515, 570, 572, 594, 595, 693, 695.

Clayton Act 115-117, 123, 127, 129, 130, 138, 143-147, 149, 150, 153, 154, 159, 160.

Colusión 4, 6, 15-20, 23-52, 128, 134, 135, 142, 159, 165, 177, 179, 259, 270-272, 282, 283, 290, 293, 294, 305, 306, 315, 320, 322, 324, 326, 327, 330-348, 353-383, 389, 412, 414, 416, 417, 422, 524, 570, 572, 579, 656, 696, 697, 714.

Colusión tácita 134, 340.

Comisiones Antimonopolios / Comisión

Resolutiva 44, 48, 66, 68, 90, 96, 104, 138, 140, 182, 328, 355, 359, 374, 378, 418, 612, 616, 622, 638, 642, 644, 648, 650, 668, 696, 702, 704, 709, 711, 717, 723, 728.

Competidor 15- 34, 40-48, 51, 52, 69-71, 85, 95, 97, 98, 117-162, 174, 224, 225, 227, 271, 282, 290, 306, 307, 325, 328, 337-341, 344, 369-378, 388, 389, 391, 414, 415, 515, 521, 524, 570-573, 577, 607, 626, 646, 681, 696, 699, 709, 728

Compromisos 5, 33, 54, 82, 85, 96, 129, 141, 143, 173, 181, 191, 193, 195, 198, 198-204, 226, 338, 485, 513, 519, 527, 551, 557, 595, 711, 716.

Comunidad Europea 175, 472, 694, 698..

Condiciones 16-18, 23, 30, 40, 43, 46, 47, 49, 53,-73, 76-100, 103-112, 137, 140, 145, 156, 172, 169, 198, 202-204, 208, 210, 216, 220, 221, 242-245, 261, 271, 273, 274, 292, 308, 315, 336, 343, 371, 373, 375, 376, 379, 389, 391, 394, 403, 417, 418, 431, 439, 461, 467, 468, 473, 480, 485, 514, 518, 521, 548, 550, 553, 554, 557, 561, 571, 581, 591, 598, 607, 614, 624, 626, 638, 644, 645, 656-659, 674, 688, 693, 696, 697, 699, 707-712, 716-718, 720-724, 727

Consulta 54, 57, 59-64, 71, 77, 79, 82, 89-108, 128, 141, 165, 174, 178, 181, 207, 212, 336, 360, 389, 424, 623, 626, 628, 635, 636, 650, 653, 658, 671, 679, 680, 682, 708, 717, 719, 720, 721, 728.

Consumidores 28, 38, 41, 42, 61, 62, 82, 83, 92, 94, 97, 98, 107, 113, 134-136, 147, 148, 155, 166, 182, 209, 213, 214, 227, 295, 306, 308, 318, 323, 325, 346, 415, 416, 596, 699.

Corte Suprema 8, 9, 16-20, 28, 33-38, 41, 42, 46, 48, 49, 51, 52, 56, 61-67, 70, 71, 90, 98-103, 113, 115, 133, 136, 147, 158, 171, 175, 192, 195, 201, 229, 230, 246, 294, 300, 301, 303, 312, 315, 318, 320-322, 326, 329, 330, 333, 335-337, 340-343, 346, 350, 351, 353, 354, 356, 358, 364-366, 372, 376, 378, 380, 383, 387, 390, 393, 403, 409, 411-417, 429, 432-435, 448-451, 467, 469, 473, 475-478, 480, 481, 493, 517, 531, 539, 542, 544, 552, 571, 581, 592, 599, 601, 605, 606, 618, 621, 624, 626, 628, 632, 633, 636, 637, 640-654, 659-665, 675-682, 691-696, 705, 706, 713-717, 721-726.

Cosa Juzgada 7, 62, 96, 104, 176, 260, 267, 272, 273, 283, 468, 475, 482, 483, 485, 489-492, 495, 501, 508, 516, 517, 520, 523, 527, 562, 604, 621, 622, 624-626, 629-653, 659, 658-665, 669, 670, 673, 675-688.

Culpabilidad 7, 75, 78-80, 109, 121, 172, 174-176, 179, 227, 269, 314-317, 361, 466, 467, 514, 533, 543, 557-559, 575, 576, 605, 707, 712-718, 729.

D

Daños 98, 135, 136, 138, 142, 144, 152, 228, 229, 416, 436, 568, 601, 699, 709, 728.

Debido Proceso 5, 101, 103, 220, 239-247, 251, 257, 258, 273-275, 277, 288, 406, 411, 429, 430, 432-436, 439, 450, 452, 469, 473, 497, 501, 502, 532, 627, 711, 712.

Delación Compensada 18, 361, 547.

Delito 103, 169, 183, 211, 228, 242, 245, 246, 264-267, 280, 311, 315, 316, 336, 393, 403, 404, 428, 431, 435, 438, 445, 459, 462-464, 469-471, 473-480, 483-490, 492-499, 503, 505, 510, 511, 514, 520, 523, 524, 526, 530-532, 534, 536, 539, 549-552, 555-558, 567, 568, 571, 575, 577, 581, 583-590, 602-609, 614-616, 651, 652, 658, 701.

Derecho Administrativo Sancionador 73, 76, 175, 269, 281, 282, 313, 314, 396, 402, 404, 458-461, 463, 464, 467, 500-502, 505-508, 549, 559, 566, 569, 574, 575, 600, 617, 709, 711-713, 716-718, 727.

Desinversión 59, 71, 78, 80, 84, 94, 109, 153-155, 158, 716.

Directores 118, 119, 125-137, 142-152, 155, 159, 161, 162, 174, 392, 603.

E

Eficiencias 61, 62, 67, 68, 83, 84, 120, 139.

Enforcement 4, 35, 44, 84, 97, 115, 120, 127-130, 137, 138, 146-149, 152-155, 157, 158, 160-162, 306, 308-310, 327, 333, 344, 345, 363, 373, 582, 708.

Estándar Probatorio 38, 319, 332.

Estudios 128, 142, 169, 207, 213, 217-222, 416, 417, 457, 565, 579, 627, 663, 669, 704, 714, 718, 721.

F

Facultades Intrusivas (o facultades duras) 306, 331, 332, 425.

Fiscalía Nacional Económica 1-3, 5, 15, 18, 37, 63, 81, 82, 98, 99, 106, 109, 115, 127, 128, 141, 158, 163, 166, 171-173, 177, 181-184, 189, 192, 219, 223, 239, 285, 305, 357, 388, 421, 422, 457, 509, 547, 579, 621, 639, 645, 691, 700, 707, 708, 720.

Fusiones 5, 57, 61-64, 70, 71, 77, 79, 81, 83, 84, 86, 88-91, 98, 103, 105, 107, 109, 128, 140, 141, 146, 155, 165, 169, 177, 179, 291, 598, 709, 710, 718, 721, 726.

H

Hub-and-Spoke 15, 17, 23, 26-32, 34, 41, 48, 51, 52, 372, 378.

I

Incautación 421, 422, 424, 427, 437-440, 445, 449

Incumplimiento 4, 7, 53, 54, 60, 66, 67, 73, 75-80, 82, 85, 89, 93, 94-97, 99, 100, 104, 105, 108, 109, 111, 112, 181, 261, 313, 333, 334, 400, 413, 425, 707-722, 724, 724, 726-729.

Indemnización 59, 158, 601, 702.

Infracción/Infracciones 5, 7, 18, 25, 30, 32, 47, 55, 56, 60, 63, 65, 66, 68, 69, 73-80, 93-95, 97, 99, 100, 109-112, 145, 165-169, 171, 172, 174-179, 182, 189, 190, 192, 193, 203, 216, 220, 223, 226, 228-232, 234, 246, 251, 257, 267, 268, 270-272, 275, 282, 299-301, 312, 313, 315-317, 319, 320, 322, 324, 325, 327, 328, 334, 357, 366, 376, 388-393, 403-406, 409, 411, 413, 414, 429, 431, 434, 436, 437, 439, 441, 444, 445, 447-451, 455, 458, 459, 461-465, 469, 476, 507, 508, 512-515, 517, 518, 520-524, 527, 549-552, 569-571, 577, 579-582, 585, 587, 590, 592, 596-598, 600, 606-618, 621, 627, 634, 649, 658, 664, 667, 671, 678, 687, 692, 696-704, 707-719, 723, 724, 726, 728.

Integración vertical 135

Interlocks/Interlocking 4, 116, 118, 127-135, 137-162, 174.

Investigación 5, 18, 50, 142, 149, 155-159, 165, 168-178, 181-183, 189-204, 242, 243, 246-251, 257, 273-275, 277, 295, 299, 306, 322, 331, 380, 392, 394, 408, 421-428, 432-444, 448, 536, 559, 579, 693, 700, 701.

J

Jurisdicción 7, 32, 54, 73, 88, 116, 129, 130, 138, 140, 166, 177, 178, 241-243, 253, 261, 393, 399, 401, 404, 432, 458, 459, 462, 468, 469, 471, 472, 480-482, 492, 496, 497, 506, 511, 512, 519-521, 524, 525, 554, 579-584, 587-604, 608, 612-619, 629, 633-636, 649, 653, 661, 677, 679.

L

Libre Competencia 1, 3-11, 16, 17-21, 24, 32, 33, 37, 38, 42-44, 49, 51-83, 88-100, 104, 109-111, 115, 127-131, 136-147, 150, 160-171, 174, 175, 177, 178, 181, 182, 189-194, 198, 200, 202, 205, 207-235, 239, 253, 257, 259, 269-271, 276, 277, 281, 282, 285-296, 300-308, 311-316, 320, 323-332, 336, 347, 351, 354, 355, 360, 387-392, 409-417, 421-425, 454, 457-459, 462, 464, 506, 508-527, 545, 547, 549, 551, 559, 560, 563, 564, 569-572, 575-581, 584, 590, 592, 594-599, 607-628, 636-639, 642, 646, 647, 650-668, 671-677, 680-683, 686, 687, 691, 694-728.

M

Medidas 4, 7, 53, 55, 57, 60-73, 76-94, 100, 104, 107, 111, 112, 138, 142, 166, 170, 172, 189, 191, 192, 195, 197, 199, 201, 216, 223, 234, 252, 253, 270, 306, 388, 391, 392, 398, 400, 402, 407-413, 418, 419, 424, 426, 428, 437, 448, 454, 482, 512-514, 527, 536, 570, 579, 607, 624, 626, 642, 650, 656, 658, 674, 688, 695, 703, 704, 707, 708, 711, 712, 714-718, 721, 727, 729.

Medidas de mitigación 4, 7, 53, 55 60-70, 73, 76-87, 91, 707, 708, 712, 714, 718, 729.

Monopolio 54, 76, 116, 117, 137, 145, 166, 175, 211, 221, 269, 270, 325, 458, 462, 464, 509, 511-513, 549, 570, 608, 624, 655, 695, 702, 716.

Multas 76, 80, 92, 172-174, 176, 310-312, 317, 334, 389, 391-393, 401, 408, 412-415, 418, 419, 461, 463, 464, 469, 521-523, 596, 618, 673, 688, 698-703, 706, 716.

O

Operaciones de Concentración 4, 13, 53, 55, 56, 61, 66, 78, 80, 81, 83, 103, 107, 115, 118-121, 126, 128-130, 139, 145, 147, 155, 328, 707, 721, 722.

P

Paralelismo Consciente 35, 38, 51, 142, 305, 331, 335, 338, 340, 341, 344, 348, 363, 366, 381-383

Participación de mercado 16, 40, 66, 146, 370, 417.

Participaciones minoritarias 4, 115, 118, 127, 128, 131, 137, 139-142, 155.

Persecución 168, 169, 182, 327, 397, 424, 429, 437-441, 444, 471, 482, 494-496, 500, 520, 521, 527, 551-553, 555, 558, 574, 604, 630, 655, 677.

Poder de Mercado 8, 16-19, 61, 124, 138, 158, 271, 290, 308, 315, 316, 321, 325, 326, 329, 330, 389, 391, 414, 515, 517, 521, 570, 576, 607, 610.

Posición de dominio (posición dominante) 44, 139, 177, 179, 270, 328, 374, 391, 515, 517, 521, 524, 570, 587, 606, 607, 611, 656, 694.

Prácticas Concertadas 4, 15-19, 25, 26, 30, 52, 158, 270, 301, 327, 328, 337-339, 348, 357, 366, 389, 515, 521, 524, 570, 571, 577, 596, 607, 694.

Prescripción 6, 56, 77, 104-106, 108, 111, 112, 167, 171, 326, 547-578, 618, 669.

Presunciones 33, 292, 353-357, 550, 608

Prevención 68, 99, 109, 161, 177, 182, 183, 307, 310-313, 317, 382, 550, 551, 640, 650, 655.

Principio de Legalidad 74, 168, 197, 201, 247, 269, 274, 460, 466, 469, 502, 511, 552, 558, 605, 615.

Prohibición 15, 57-63, 72, 76, 78, 83, 84, 91, 100, 129-131, 139, 144, 146, 149, 153, 157-162, 175, 176, 245, 298, 315, 316, 318, 322, 324, 338, 394-396, 399, 401, 402, 405, 406, 418, 425, 429, 436, 437, 446, 447, 451, 466-483, 486, 489, 492-502, 507, 509-528, 540, 542, 552, 557, 558, 560, 564, 575, 576, 582, 597, 600, 605, 611, 615, 623, 624, 630, 677, 712, 714, 716, 718, 723, 726, 729.

Promoción 5, 29, 54, 56, 192, 202, 205-222, 227, 412.

Proporcionalidad 6, 62, 63, 91, 96, 170, 172, 174-176, 179, 198, 316, 387, 388, 390, 391, 394-414, 417-419, 437, 470, 474, 500-502, 504, 511, 526, 600, 611, 700, 703, 706, 713.

Publicidad 125, 154, 157, 171, 188, 196, 218, 219, 222, 244, 366.

R

Recurso de reclamación 113, 167, 239, 246, 301, 336, 337, 382, 390, 409, 412, 517, 570, 646, 680, 691, 696, 705, 706, 721, 732.

Recurso de revisión 485

Recursos 72, 95, 128, 133, 137, 138, 152, 160, 167, 177, 189, 194, 196, 197, 201, 203, 208, 211, 221, 255, 300, 312, 323, 390, 411, 412, 449, 564, 628, 634, 640, 642, 652, 653, 662, 675, 677, 682, 705, 721.

Requerimiento 18, 32, 35, 73, 78, 92, 93, 106, 113, 147, 149, 151, 157, 167, 174, 187, 189, 191, 193, 194, 194, 198, 203, 218, 221, 223-225, 239, 249, 258, 271, 272, 275, 282, 283, 285, 286, 296, 300, 301, 303, 330, 347, 357, 359, 364, 388, 389, 408, 424, 427, 438, 495, 547, 561, 563, 569, 572, 635-637, 645, 649, 650, 653, 655, 658, 659, 671, 672, 679, 697, 700, 703, 709, 722.

Restricciones Verticales 28-31, 34, 41, 147, 345, 346

Riesgos 21, 54, 61, 62, 64, 67, 68, 77, 83, 85, 89-91, 125, 127, 130, 131, 134, 135, 139-142, 144, 157-159, 161, 166, 172, 174, 176, 224, 226, 291, 339, 431, 557, 674, 711, 717, 721

S

Sherman Act 8, 19, 30, 46, 47, 101, 133, 143, 147, 228, 231, 232, 307, 322, 323, 326, 340-342, 354, 376, 591, 592, 692, 693.

Sanción/Sanciones 6, 7, 26, 38, 53-61, 64, 73-85, 88, 92-98, 104, 106, 108, 109, 112, 113, 134, 158, 175, 193, 195, 199, 208, 225, 269, 287, 307, 310-318, 321, 322, 325, 327, 354, 362, 382, 387, 389, 390, 396-398, 400-402, 404-414, 417-419, 424, 442, 454, 455, 458-477, 480-482, 484, 487, 493, 495, 497-515, 519-527, 532, 549, 551, 557-560, 575, 576, 601, 611, 614, 616, 626, 627, 630, 650, 654, 656, 659, 673, 677, 688, 689, 691, 694, 696, 698-701, 704, 706, 708, 709, 711, 713, 715-719, 722, 723, 726, 727, 729.

T

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (incluye TDLC) 4, 8, 17, 19-21, 32, 33, 37, 38, 42-44, 49, 50-74, 76-78, 80-82, 88-113, 128, 139-141, 158, 162, 166-168, 171-173, 176-178, 181, 189, 191, 193-194, 198, 200, 202, 207, 208, 215-217, 219-222, 239, 246-247, 253, 257, 258, 271, 276, 277, 282, 286-288, 290, 291, 296, 300-305, 308, 312, 320, 326, 328, 330, 331, 336, 338, 340, 343, 344, 346-348, 351, 354-356, 360, 361, 366, 368, 372, 374, 380, 383, 387-380, 392-394, 407-419, 421, 422, 424, 425, 438, 458, 509-517, 519-521, 523-527, 547, 559, 560, 563, 571, 572, 576, 578-580, 582, 584, 600, 602, 608, 612, 613, 619, 621, 623-630, 634-638, 640, 641, 646-648, 651, 653-688, 695-723, 725-728.

