

Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia

Maria Fernanda Juppet Ewing¹

Investigadora Asociada

Dirección de Investigación

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO²

Mucho se ha dicho en nuestro país, en las últimas semanas, respecto de los ilícitos de colusión y cartel, a propósito del “Caso Fasa o colusión de las farmacias”, como ha denominado la prensa a la generación de un supuesto cartel en el mercado de la venta de medicamentos a través de establecimientos farmacéuticos.

Con todo, la excesiva exposición mediática de este caso ha generado una serie de desinformaciones respecto de las normas de libre competencia aplicables en esta materia.

Es más, se han desvirtuado interpretaciones de algunas instituciones básicas para la persecución de cartel, tales como la delación compensada y las facultades de la Fiscalía Nacional Económica, mediante la publicación de explicaciones basadas en el “entendimiento” general, declaraciones públicas y notas de prensa. La situación antes descrita se dificulta al considerar que justo en los momentos en que dicho caso aumenta considerablemente su exposición mediática, se encontraba en discusión en el Congreso Nacional el Boletín N° 4234- 03, tendiente a fortalecer las facultades de la Fiscalía Nacional Económica para la persecución de ilícitos plurilaterales contrarios a la libre competencia.

En este contexto, el presente artículo intenta explicar, desde un punto de vista técnico, las instituciones a las que se ha hecho referencia, la ejecución

¹ Agradeciendo el invaluable aporte del profesor Francisco Pfeffer Urquiaga, quien, con sus comentarios, permitió aclarar y enriquecer el presente artículo.

² Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Central de Chile, Magíster en Derecho de la Empresa Universidad del Desarrollo, Master Mades en Entidades de Economía Social Universidad de Valencia.

de conductas colusorias, las diferencias entre los ilícitos de colusión y cartel, la discusión parlamentaria reciente, las sanciones aplicables a nivel internacional, y, finalmente, algunos argumentos jurisprudenciales que explican las modificaciones tendientes a entregar mayores facultades a la Fiscalía Nacional Económica, y la facilitación de la prueba en estos ilícitos.

1. Las conductas plurilaterales en el derecho de la libre competencia

En principio, resulta relevante recalcar que si bien los términos colusión y cartel son generalmente utilizados como sinónimos, como veremos a continuación, corresponden a conceptos distintos dentro de la categoría de ilícitos contrarios a la libre competencia, denominada "monopolio por unificación", el cual corresponde al despliegue de conductas plurilaterales. En estas conductas se requiere de una serie de competidores que actúen en la misma línea de negocios, por medio de acuerdo de voluntades, o una simple concurrencia conductual.

De acuerdo al profesor Domingo Valdés Prieto, las conductas colusorias corresponden a un tipo de monopolio por unificación o concentración, en el cual no existe un único agente de mercado que constituya un monopolio, pero busca eliminar a la competencia de su mercado, para lo cual puede desempeñar una de dos conductas: en primer lugar expulsa a competidores potenciales del mercado, o, en segundo lugar, se colude con los otros miembros de mercado generando un acuerdo tendiente a eliminar la competencia, generando un monopolio estructural, el cual es consecuencia de las conductas desplegadas por los competidores, los cuales "son refrenados en su intento de ingresar, se les invita o fuerza a formar un bloque o fórmula de concertación que elimina la competencia o bien los competidores existentes son expulsados del mercado relevante por otras vías".³

Ante todo, resulta necesario distinguir entre conductas colusorias e ilícitos plurilaterales contrarios a la libre competencia.

Al estudiar las conductas colusorias, nos referimos a las acciones desplegadas por dos o más agentes del mercado que tienen por objetivo vulnerar la libre competencia. Sean o no contrarias a la libre competencia. Con todo, mediante el desarrollo de un ilícito plurilateral contrario a la libre competencia necesariamente las conductas desplegadas por los competidores serán catalogables como colusorias.

³ VALDÉS (2006), p. 26.

Es importante recalcar que no todos los acuerdos a los que puedan llegar los competidores de un determinado mercado corresponden a prácticas contrarias a la libre competencia, de tal manera que si deciden realizar investigación conjunta con financiamiento compartido, o negociar en conjunto la compra de sus insumos para bajar los costos de producción de sus empresas, dichas acciones no serían consideradas ilícitas, y por tanto, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la normativa de libre competencia.

Con todo, si es que la conducta desplegada tiene por finalidad establecer acuerdos de precios sobre los productos, cuotas de mercado, barreras a la entrada para nuevos competidores, etc., estaremos frente a una conducta ilícita susceptible de ser sancionada.

De manera preliminar, dentro de los ilícitos plurilaterales contrarios a la competencia podemos entender aquellos desplegados por dos o más agentes de mercado, en el entendido que quienes ejecutan dichas conductas no poseen un poder de mercado tal que les permita influir individualmente en forma determinante las reacciones de mercado, y, por tanto, requieren el despliegue conjunto de conductas colusorias para romper el equilibrio del mercado relevante en el cual se desempeñan, adquiriendo, y abusando, en conjunto, de poder de mercado.

Este tipo de ilícitos también son denominados prácticas concertadas, debido a que para su configuración precisan de la colaboración de varias personas o empresas.⁴ Dentro de este tipo de conductas es posible identificar la colusión y la formación de cartel.

Es posible indicar, en el mismo sentido, que el cartel es una concertación más definitiva por parte de los competidores que forman parte de él, estableciendo derechos y obligaciones recíprocos entre las partes. Pero que en muchos casos se manifiestan por el despliegue de actividades concertadas entre sus miembros.

La colusión, por su parte, puede corresponder a un acuerdo de carácter más informal, o incluso a una mera concurrencia conductual, que en caso de existir, puede llevar a las partes a la consolidación de un cartel.

Es así como, en principio, puede ocurrir que, tanto los miembros de un cartel, al igual que en el caso de una colusión expresa los competidores parte del acuerdo, actúen realizando acciones concertadas entre ellos. De tal manera

⁴ COLOMA (2003), p. 15.

que en ambos casos puede existir un acuerdo de voluntades; es por este hecho que resulta fácil confundir ambos ilícitos.

Serán entonces la firmeza de los acuerdos suscritos entre las partes, la fluidez de reacción conjunta ante eventos puntuales, y la existencia de derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, las que en definitiva nos permitirán distinguir ante qué caso de conducta contraria a la libre competencia de carácter plurilateral nos encontramos.

a. El cartel

El cartel corresponde a un acuerdo de voluntades desarrollado por una pluralidad de competidores, que establecen obligaciones y derechos de idéntico contenido para todos los contratantes, mediante acuerdos directos o indirectos que buscan la prosecución de un objetivo común: eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante respectivo.⁵

Los acuerdos que pueden ser tomados por un cartel pueden ser clasificados en acuerdos desnudos y acuerdos subordinados. Los primeros sólo comprenden la fijación de un precio común por parte de los miembros del cartel. En el segundo caso, las cláusulas convenidas entre las partes son más amplias, pudiendo incluir la consecución de insumos de manera conjunta, la cooperación en materias de investigación, e incluso el compartir maquinarias para el desarrollo de sus procesos productivos.⁶

En opinión de la "European Commission", un cartel puede ejecutar mediante la concertación de dos o más competidores, las siguientes conductas:⁷

1. Fijación de precios

Mediante un acuerdo de los competidores de un mercado afectando directamente la fijación de los precios por medio de la ley de la oferta y la demanda. Afectando directamente el acceso a los bienes por parte de los consumidores.

2. Establecimiento de cuotas de mercado

De esta manera, al establecer precios concertados por los miembros del cartel, tanto de ofertas públicas, cuotas de importación y de exportación, los com-

⁵ VALDÉS (2006), p. 521.

⁶ HOVENKAMP (2005), p. 126.

⁷ OECD (2006), p. 112.

petidores miembros del cartel fijan indirectamente los precios del mercado relevante en el cual se desempeñan, nuevamente afectando la capacidad de elección de los consumidores.

Desde un punto de vista sancionatorio, la "European Commission" ha optado por el establecimiento de tres tipos de multa dependiendo de la gravedad de las conductas desplegadas por los competidores coludidos, a diferencia de nuestro país, que establece una banda de multas potenciales, entre las cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia determinará soberanamente, en cada caso particular, y en virtud de los antecedentes que tenga a la vista, la multa a aplicar.

b. La colusión

La colusión, por su parte, se refiere a la acción desplegada por ciertos competidores de un mercado relevante, que pueden o no corresponder a un acuerdo entre las partes, o sólo a una concurrencia conductual, que tiene por efecto el entorpecer, restringir o eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante. Siendo su principal efecto el unificar a los competidores que forman parte de dicho mercado relevante.⁸

Por tanto, la colusión pudiera darse como resultado de dos situaciones de diversa naturaleza.

En primer lugar, pudiera ser resultado de un acuerdo entre distintos competidores de un mercado relevante, con la intención de imponer barreras a la entrada de nuevos competidores o excluir del mercado a otros competidores existentes. Pero, con todo, este tipo de acuerdos, en caso de estructurarse como tales, proponen a sus miembros la ejecución de conductas de carácter general.

En segundo lugar, dicha colusión puede generarse tácitamente, es decir, pudiera ser objeto de una mera concurrencia conductual, en este caso, nos encontraremos enfrentados a una consecuencia directa de existir una empresa con mayor presencia en el mercado, dicha presencia es insuficiente para considerarse como de posición dominante, pero suficiente para que sus decisiones económicas sean consideradas en las estrategias de sus competidores.

Existe acuerdo en la doctrina que las concertaciones tácitas suelen tener lugar cuando nos encontramos en presencia de oligopolios, de tal manera que uno de los competidores determina sus precios, anticipando los precios que cobrará su competencia.

⁸ VALDÉS (2006), p. 517.

realizaron conscientemente en forma paralela, sino que es necesario establecer más allá de toda duda del Tribunal que la toma de dichas decisiones careció de independencia por parte del agente de mercado que las ejecuta.¹³

Si bien es cierto que en el derecho norteamericano la implementación individual de conductas colusorias estableciendo un acuerdo tácito de colusión es sancionada por la Sherman Act, con todo, las cortes americanas no aplicaron dicha norma en la práctica, en virtud del problema que implica la resolución de un conflicto jurídico basado en prueba meramente circunstancial, como veremos más adelante al analizar los problemas de la prueba a la que se encuentran sometidas las agencias gubernamentales en la persecución de este tipo de ilícitos.

Con todo, la visión planteada por el juez norteamericano y profesor de derecho Richard Postner, indica que en ciertos casos pudiera ser sancionable la acción independiente de seguir los precios establecidos por otro agente de mercado, porque en dicha concurrencia conductual, mediante la implementación de un acuerdo tácito entre competidores, se generan las mismas consecuencias nocivas en el mercado que en la ejecución de un acuerdo previamente determinado por las partes.¹⁴

Tradicionalmente, las Cortes norteamericanas han interpretado las normas sobre colusión en la Sherman Act, como acciones que deben necesariamente desarrollarse de manera conjunta, mediante acuerdos de actuación conjunta entre dos o más personas.¹⁵

Todo lo anterior no obsta a que se admita como válida para la configuración del ilícito cualquier forma de comunicación de dicha actuación conjunta, sea expresa o tácita, admitiendo la prueba de comunicaciones no verbales que acrediten la existencia del ilícito.¹⁶

Oliver Black plantea una serie de niveles de correlación en la ejecución de prácticas concertadas, que pueden permitir determinar cuándo nos encontramos frente a la ejecución de una práctica concertada tácitamente, susceptible de ser sancionada. Entre los cuales destaca los siguientes pasos para la existencia de una colusión tácita entre los competidores de un mercado:¹⁷

¹³ PAGE (2006), p. 4.

¹⁴ POSTNER (2001), p. 94.

¹⁵ PAGE (2006), p. 16.

¹⁶ HOVENKAMP (2003), p. 925.

¹⁷ BLACK (2005), pp. 185-187.

1. Acción independiente

Los agentes de mercado actúan en forma absolutamente independiente del resto de sus competidores.

2. Conocimiento mutuo

Cada uno de los agentes de mercado actúa proyectando las actuaciones de sus competidores.

3. Conciencia de la reacción de los competidores

Los agentes de mercado no sólo se basan en su conocimiento del entorno para tomar sus decisiones, anticipando las estrategias de su competencia, sino que confían en que cada uno de sus competidores actuará de una cierta manera.

4. Conciencia mutua en la búsqueda de una meta común

La conciencia de los agentes involucrados va más allá que en los casos anteriores, interpretando en los actos de la competencia que si los demás agentes de mercado actúan de una cierta forma, ejecutando determinados actos, entonces tendrán un objetivo común. Por ejemplo: establecer barreras al mercado para impedir la entrada a un nuevo competidor.

5. Confianza mutua en la búsqueda de una meta común con conocimiento de las intenciones los otros agentes de mercado

Los agentes de mercado actúan sabiendo que todas las condiciones necesarias previas para una actuación conjunta se han cumplido.

6. Confianza mutua en la búsqueda de una meta común, con conocimiento de las intenciones de los otros agentes de mercado, basado en algún grado de comunicación

Los competidores concertados tienen efectiva conciencia de haber cumplido con las condiciones necesarias para lograr las metas propuestas individualmente de manera colectiva, porque se han comunicado mutuamente tanto su confianza mutua como el hecho de haber cumplido dichas metas de manera conjunta.

Cuando se cumplen las condiciones de la sexta etapa antes descrita, de acuerdo a Black estamos frente a una práctica concertada. En todo caso, Black reconoce que dicha comunicación no necesariamente debe ser explícita entre los agentes, sino que bastan formas indirectas de comunicación, tales como el

efectuar comunicados públicos sobre los planes de negocios de las empresas, a fin de que sus competidores puedan actuar concertadamente basados en dicho conocimiento.

Con todo, basar la prueba respecto de una colusión tácita en la existencia de comunicados oficiales de prensa puede presentar problemas serios respecto de la potencial defensa de los investigados, debido a que tanto sus competidores como el público en general han tenido acceso a dicha información, y por tanto pudiera esgrimirse un argumento de transparencia en la información como eximente de responsabilidad por las consecuencias de las acciones concertadas de esta forma.

b. La prueba de la existencia de un cartel

La prueba de un cartel, al igual que en el caso de la colusión, es muy difícil, debido a que en este caso es necesario acreditar la existencia de un acuerdo expreso entre los competidores, en el cual se establezcan derechos y obligaciones recíprocos para ellos.

Además, al igual que en el caso anterior, generalmente deberemos recurrir a prueba de carácter circunstancial para configurar el ilícito, en virtud de que los miembros de una conducta colusoria no dejan evidencia por escrito de sus actividades ilícitas. Además, teniendo plena conciencia de lo anterior, resulta difícil para las agencias gubernamentales conseguir prueba confesional de uno de sus miembros. De acuerdo a estudios realizados por la OECD, es por estas razones que la prueba en materia de cartel tiende a tener un carácter de circunstancial. Dicha organización explica cómo poder perseguir un cartel sin evidencia directa, mediante la utilización de los siguientes criterios:¹⁸

1. Se utiliza evidencia circunstancial en casos de cartel en todos los países objeto de análisis por parte de la organización.

En materia de libre competencia la evidencia circunstancial puede ser de dos tipos. Por una parte la evidencia comunicacional y por otra la evidencia económica. La evidencia de carácter comunicacional permite probar que los miembros de un cartel han mantenido contacto directo por cierto tiempo, incluyendo la interceptación de comunicaciones telefónicas.

La evidencia económica, a su vez, puede ser catalogada como evidencia estructural o conductual. De tal manera que se consideran por parte de las

¹⁸ OECD (2006), p. 10.

agencias gubernamentales las conductas desplegadas por el grupo de competidores agrupados por el cartel.

2. La mejor práctica es usar dicha evidencia circunstancial de forma holística, y en virtud de la acumulación de hechos generar un efecto incriminador, en vez de separarlos y dividir la prueba.

En virtud de la ambigüedad de las pruebas que es posible conseguir para sancionar este tipo de prácticas, se hace necesario considerar en conjunto una serie de criterios económicos, tales como la inexistencia de productos homogéneos, la alta concentración de mercado, etc.

Este problema es aun más difícil en aquellos países en los cuales la jurisdicción no acepta prueba de hechos desplegados por un solo agente de mercado como suficiente para acreditar el ilícito, sino que exige la presentación de prueba que acredite la acción concertada de los agentes de mercado mediante actuaciones conjuntas entre ellos.¹⁹

4. Poder de mercado: un efecto deseado por la configuración de un cartel

Hemos explicado las distintas conductas colusorias que pueden configurar ilícitos plurilaterales contrarios a la competencia. Pero en momento alguno hemos indicado el efecto deseado por los competidores miembros de dichos acuerdos, para ejecutarlos.

En tal sentido, resulta importante recalcar que en nuestros días la constitución de un monopolio es difícil de conseguir, tras la globalización de los mercados, y los tratados de libre comercio que han ido eliminando de manera paulatina las barreras arancelarias. Por tanto, los costos necesarios para la generación de un monopolio son demasiado altos.

Los oligopolios, por su parte, especialmente aquellos logrados por medio de alianzas entre los competidores para generar políticas comunes, son de fácil consecución.²⁰

Dentro de los oligopolios podemos considerar aquellos que existen de manera natural, y los que resultan como consecuencia de prácticas concertadas entre

¹⁹ PAGE (2006), p. 12.

²⁰ HOVENKAMP (2005), p. 125.

competidores para actuar de manera unificada afectando el equilibrio de los mercados, generando, en definitiva, poder de mercado.

Lo anterior resulta claro, especialmente si consideramos los bajos costos involucrados para su conformación, y la dificultad que ya hemos explicado tienen las agencias gubernamentales para lograr pruebas contundentes en contra de este tipo de ilícitos.

Si a eso añadimos que los montos de las multas a beneficio fiscal, en la mayor parte de las legislaciones del mundo, tienden a ser establecidos mediante criterios fijos, nos encontramos con un escenario que propicia la formación de estos acuerdos, ya que sólo basta que el beneficio esperable por los agentes miembros del cartel supere a las multas probables para que dichas multas pasen a ser consideradas como costos de transacción para la generación de poder de mercado.

Se ha probado por la doctrina comparada que, cuando existe un número limitado de competidores, y estos actúan de manera concertada, a través de un cartel, una colusión expresa o una colusión tácita, el efecto tiende a ser el mismo, la configuración de consecuencias en el mercado idénticas a si estuviéramos frente a un monopolio.²¹

5. El daño económico provocado por los ilícitos plurilaterales

Las consecuencias dañinas del despliegue de conductas colusorias, en opinión de Utton, son, principalmente: ineficiencia en el mercado, provocada por la baja de precios por debajo de los costos para eliminar a la competencia que no es parte del acuerdo, pérdida de crecimiento y transferencias de riqueza.²²

La forma de operación de los acuerdos colusorios implica, necesariamente, al comienzo de la ejecución del acuerdo, ventajas aparentes para los consumidores, tales como bajas sostenidas de los precios, provocando la exclusión del mercado de los agentes que no forman parte de este convenio.

Aunque la cuantificación de los daños en dinero es difícil, con todo, estudios de la OECD han estimado la pérdida de riqueza para las economías mundiales generadas por conductas colusorias en billones de dólares.²³

²¹ UTTON (2003), p. 151.

²² UTTON (2003), p. 149.

²³ OECD (2002), p. 15.

Dichas pérdidas, en primer lugar, redundan en el sobreprecio que en definitiva pagarán los consumidores, una vez que las prácticas colusorias surtan efecto en el mercado, debido a que en virtud de los acuerdos de fijación de precios o cuotas de mercado, los competidores aumentarán sus beneficios indebidamente, mediante el cobro a sus clientes por los bienes o servicios transados.

Asimismo, otras consecuencias dañinas provocadas por la ejecución de estas conductas, cuantificable en dinero, es la pérdida de incentivos para los competidores involucrados para mejorar su nivel de eficiencia, mejorando su estructura de costos, e invirtiendo en proyectos de innovación tecnológica.

6. Nueva normativa en materia de ilícitos plurilaterales

La nueva ley de libre competencia, que se encuentra actualmente en el trámite de control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, establece una serie de modificaciones de interés para el presente análisis: modifica las conductas contrarias a la libre competencia, ampliando las acciones sancionables en materia de ilícitos plurilaterales, aumenta las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica para la investigación de ilícitos de su competencia, tanto por denuncia de particulares, como investigaciones de oficio, suscripción de acuerdos con las partes investigadas. Además, incorpora la institución de la delación compensada o *leniency*, como forma de producción de prueba en materia de cartel. Finalmente, modifica radicalmente las sanciones aplicables por la comisión de ilícitos plurilaterales, distinguiendo las meras colusiones de los carteles.

a. Modificación del ilícito contenido en la letra a del artículo 3° del Decreto Ley 211

Respecto de las conductas colusorias originalmente sancionadas por el Decreto Ley 211, éstas contenían tanto los acuerdos expresos como tácitos, las prácticas concertadas tendientes a 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 confieren.

La nueva norma aprobada por el Congreso modifica la letra a del artículo 3° del Decreto Ley 211, estableciendo el siguiente texto nuevo: "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**".²⁴

De tal manera, se modifica el ilícito de prácticas colusorias o concertadas en los términos siguientes:

- a. Se amplían las conductas anticompetitivas a cualquier acuerdo respecto de las condiciones de comercialización de los productos, ampliando las conductas sancionables mediante la inclusión de este tipo abierto de acción ejecutable por los agentes de mercado.
- b. Se incluye asimismo la exclusión de competidores como conducta anticompetitiva.
- c. Se incorpora la afectación del resultado de procesos de licitación.
- d. Se elimina la condición que exigía que las conductas colusorias o anticompetitivas fueran ejercidas por agentes dotados en su conjunto de un poder de mercado, del cual hicieran abuso en el ejercicio de la conducta.

b. Nuevas atribuciones otorgadas al Fiscal Nacional Económico para facilitar la persecución de ilícitos plurilaterales

De acuerdo a lo establecido en la futura ley de libre competencia, y por recomendación de la OECD como modificación necesaria a la normativa chilena para ser parte de dicha organización internacional, resultaba necesario endurecer las normas persecutorias de cartel e ilícitos de colusión, especialmente en dos áreas. El establecimiento de mayores sanciones en caso de su comisión, y, dotar de mayores atribuciones a la Fiscalía Nacional Económica para la producción de pruebas suficientes para la persecución efectiva de los agentes coludidos.

En tal sentido se encuadra la nueva letra n del artículo 39,²⁵ del Decreto Ley 211, en la cual se permite al Fiscal Nacional Económico, sólo para el caso de investigaciones que correspondan a la letra a del artículo 3° del Decreto Ley 211, utilizar una serie de herramientas que nos recuerdan a las facultades del Ministerio Público en la persecución de ilícitos criminales.

Siguiendo la legislación penal de nuestro país, de todos modos, dichas atribuciones se encuentran limitadas, asegurando la inviolabilidad de las garantías constitucionales de las personas investigadas por la Fiscalía, y sólo podrán ser utilizadas en casos calificados y graves, en que se pudiere estar cometiendo un ilícito plurilateral contrario a la libre competencia.

²⁴ CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045 (2009), p. 2.

²⁵ CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045 (2009), p. 17.

Pero ¿quién determina que los antecedentes que posee la Fiscalía Nacional Económica son calificados y graves para decretar estas medidas? Siguiendo las normas del Código Procesal Penal, es importante recalcar que el Fiscal Nacional Económico no podrá decretar esta serie de medidas por sí y ante sí, sino que deberá solicitar autorización judicial previa. Mas, en virtud de lo técnico de estos ilícitos, se han establecido dos autorizaciones que garanticen tanto la calificación de las medidas en el contexto económico, como desde el punto de vista de cautelar los derechos de los investigados.

La calificación de las medidas en su contexto económico corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quien calificará si los antecedentes son suficientes para justificar la gravedad de las medidas investigativas.

En segundo lugar, y calificando las medidas desde el punto de vista de los derechos y garantías constitucionales, será el Ministro de turno de la Corte de Apelaciones de Santiago quien cautelará que no se vulneren las garantías del investigado.

Finalmente, las medidas no serán desarrolladas por el personal de la Fiscalía Nacional Económica, sino que por personal de Carabineros o Investigaciones, bajo la supervisión del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud.

En consideración de lo anterior, y dando estricto cumplimiento a los procedimientos de autorización, el Fiscal Nacional Económico podrá solicitar:

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

c. Suscripción de acuerdos con los agentes investigados

La nueva normativa, pronta a entrar en vigencia, otorga a la Fiscalía Nacional Económica la posibilidad de suscribir acuerdos extrajudiciales con aquellos agentes económicos que sean sujetos de investigación por su parte.

Estos acuerdos no se refieren a transacciones judiciales, sino que vienen a prevenir el conocimiento de una controversia por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Actualmente, la Fiscalía no tiene atribuciones para negociar directamente con los agentes económicos involucrados en conductas anticompetitivas, sólo puede proponer determinadas sanciones al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las cuales pudieran ser aceptadas, o simplemente no rebatidas por la contraria en sus alegatos.

Estos mal llamados “acuerdos”, suscritos entre la Fiscalía Nacional Económica y los particulares, sólo se refieren a propuestas presentadas por la Fiscalía, en palabras de Enrique Vergara, Fiscal Nacional Económico: “en estricto rigor no cabe hablar de la posibilidad de un acuerdo con las partes; la Fiscalía es un aportante más de antecedentes en este procedimiento, no puede “concordar” con el consultante, pues no son las únicas partes. Más bien lo que ocurre es que la parte puede ofrecer cumplir las condiciones contenidas en el informe de la Fiscalía, las acepta, y en consideración a ello hay una mayor celeridad en el juicio, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estaría en condiciones de resolver más rápido”.²⁶

Con todo, los nuevos acuerdos extrajudiciales, consentidos por el agente económico investigado y la Fiscalía Nacional Económica, deben ser aprobados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante un procedimiento simplificado, en una sola audiencia para escuchar los alegatos de las partes, sin forma de juicio, la cual será convocada para el solo efecto de aceptar o rechazar de plano el acuerdo, sin modificar las cláusulas que motivaran dicho rechazo. Contra la resolución que pronuncie en este caso el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sólo procederá recurso de reposición.²⁷

d. Delación compensada

Como ya se ha enunciado con anterioridad, la persecución de conductas colusorias, especialmente la investigación respecto de cartel, genera varios problemas.

El primero de ellos viene dado por el carácter de secreto que revisten estos acuerdos respecto de sus participantes.

El segundo, y como consecuencia directa de lo anterior, la dificultad de las agencias gubernamentales para generar pruebas convincentes respecto de la existencia del despliegue de la conducta anticompetitiva. Aun más, en sistemas jurídicos como el nuestro no sólo resulta necesario el probar la existencia de la conducta, sino que resulta indispensable probar los efectos nocivos de ella.

²⁶ COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 54.

²⁷ CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045 (2009), p. 19.

Finalmente, en la misma línea de argumentación, la prueba presentada por las agencias gubernamentales, a falta de evidencias concretas, tales como documentos, acuerdos escritos, o confesiones de las partes involucradas, suele revestir un carácter circunstancial, intentando interpretar una serie de actos que individualmente considerados no tienen mayor valor, pero que, estudiados en su conjunto, son capaces de entregarnos algunos indicios sobre la existencia de conductas colusorias.

Ahora bien, como ya hemos indicado, la colusión y el cartel no son conductas sinónimas, tampoco en nuestra legislación las sanciones aplicables en uno u otro caso son de la misma envergadura, correspondiendo sanciones de hasta veinte mil unidades tributarias anuales en caso de ilícitos colusorios, y de hasta treinta mil unidades tributarias anuales, en el caso de cartel.

De tal manera, dichas pruebas circunstanciales deben probar la existencia de un acuerdo doloso, que implique restringir la competencia de un mercado, estableciendo derechos y obligaciones para las partes contratantes.

De acuerdo a lo expresado en el mensaje del Boletín 4234- 03 del Ejecutivo, el objetivo fundamental de esta iniciativa consiste en perfeccionar la institucionalidad de defensa de la libre competencia, introduciéndole modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2004, para dotar de mayor independencia a los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, adecuar disposiciones que afectan su gestión y fortalecer las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica.

Una de las principales herramientas en el sentido de lograr este último objetivo se refiere a la incorporación de la delación compensada o *leniency* como una forma de conseguir la confesión de alguno de los miembros del cartel, el cual recibiría la exención, de acuerdo al proyecto del Ejecutivo, del total de la multa a la que pudiera ser condenado.

De acuerdo a lo expresado en el mensaje presidencial se indica que "la experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo. Frente a ello, un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes en otros países es la delación compensada o *leniency*, de eficacia comprobada en nuestro país en la lucha contra el narcotráfico y que, por la gravedad de ciertas conductas que atentan contra el sistema de mercado, es conveniente replicar, con los debidos ajustes, en virtud

de los diferentes bienes jurídicos que protege nuestra legislación antimonopólica respecto de la ley de tráfico de sustancias estupefacientes".²⁸

De tal manera, el objetivo de la delación compensada es incentivar a que quienes poseen antecedentes de carácter sustancial, respecto de la investigación de la existencia de acuerdos anticompetitivos que revistan las características de colusión o cartel, puedan obtener beneficios económicos correspondientes a la aplicación de exenciones en las multas que les pudieran caber en virtud de su participación en dichas conductas.

Con todo, es importante recalcar que la conducta continúa siendo considerada como un ilícito, sólo implica consecuencias para quien revela información de carácter relevante para la investigación: "El beneficio que se establece no anula, por consiguiente, en la generalidad de los casos, la ilicitud de la conducta de quien revela información importante para la investigación, pero sí representa en todos los casos un estímulo para que el ilícito pueda ser descubierto y evite que se siga cometiendo o, en ciertas situaciones, puede incluso llegar a desarticular su perpetración cuando aún no produce efectos".²⁹

De tal manera, la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de esta herramienta investigativa corresponde a la concreción de una serie de objetivos.

En primer lugar, presenta un estímulo para los agentes que han participado en el acuerdo a fin de dar a conocer su existencia, sus términos, y finalmente proveer de pruebas sobre la ocurrencia del ilícito.

En segundo lugar, mediante el descubrimiento del ilícito, permite a las agencias gubernamentales evitar su comisión en el futuro.

En tercer lugar, en caso de que el acuerdo haya sido tomado, pero aún no se haya ejecutado, sería posible desarticular su existencia antes de la concreción del mismo, y, por tanto, antes de la generación de efectos perniciosos en el mercado debido a su ocurrencia.

Finalmente, se espera que produzca un efecto desincentivador de la comisión de este tipo de ilícitos, debido al aumento de los riegos de descubrimiento, prueba y sanción de la conducta anticompetitiva.

La norma aprobada por el Congreso Nacional, relativa a la delación compensada, podemos encontrarla en el artículo 39 bis, el cual establece dos tipos de exenciones de multa:

²⁸ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje del Ejecutivo N° 134-354 (2006), p. 3.

²⁹ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje del Ejecutivo N° 134-354 (2006), p. 10.

a. Exención total de la multa

La hipótesis de la exención total de la multa se encuentra en el inciso primero del artículo 39 bis, e indica que: "El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables".

Con todo, de acuerdo a lo establecido en el proyecto de ley en comento, el beneficio de exención total de la multa será aplicable sólo respecto del primer competidor que entregue antecedentes relevantes.

Además, es importante recalcar que no es el Fiscal quien determina la aplicación de esta exención de multa, sino que será quien solicite al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la aplicación de este beneficio, y, en definitiva, el Tribunal resolverá si procede o no la rebaja en comento.

b. Exención parcial de la multa

Aquellos competidores que hayan participado del acuerdo, y que con posterioridad a la primera entrega de información, entreguen antecedentes igualmente relevantes para el desarrollo de la investigación en proceso, podrán optar también a un beneficio de exención en la aplicación posterior de la multa por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Los antecedentes aportados por este segundo competidor deberán además estar revestidos de un carácter de adicionalidad, es decir, no corresponder a los mismos antecedentes aportados por el primer competidor que se ha acogido al beneficio.

Con todo, la rebaja en este caso no corresponderá a la exención total de la multa que puede beneficiar al primer competidor que se acoge al beneficio, sino que la rebaja de la multa que solicitará el Fiscal al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse al beneficio de la delación compensada.

La propuesta del Ejecutivo sólo contemplaba el acceso al beneficio de la exención total de la multa para el primer actor que entregue antecedentes relevantes para la investigación.

Durante la discusión en la Comisión de Economía del Senado, se llegó a la conclusión de que no era recomendable limitar el acceso a sólo un actor, en

el entendido que pudieran existir otros actores, que teniendo antecedentes diversos, pero igualmente relevantes, quedarían sin incentivos para entregarlos a la Fiscalía, permitiendo el acceso en igualdad de condiciones a otros actores partes del ilícito.

Finalmente, la Comisión Mixta del Congreso Nacional modificó la norma en comento, con el texto aprobado en definitiva, diferenciando entre el beneficio asequible al primer agente que entregue la información, y el que pudiere optar el segundo.

Esta modificación del tope del beneficio rebajó la exención total propuesta por el Ejecutivo, a un monto no superior al 50% de la mayor multa aplicable al resto de los competidores partes del acuerdo nocivo a la competencia.

Multiplicidad de agentes a la hora de la entrega de la información

Asimismo, el hecho que la norma haga referencia a “el que ejecute una conducta...”, no implica que la delación compensada deba restringirse a sólo un competidor que entregue información relevante a la Fiscalía, es más, si varios competidores miembros que hayan desplegado en conjunto la práctica colusoria investigada por la Fiscalía, acuden a entregar dichos antecedentes al mismo tiempo, se considerará que todos ellos son acreedores del beneficio.

La Comisión de Economía del Senado trató el criterio de la pluralidad de agentes acogidos a la delación compensada mediante un acuerdo: “en dejar constancia que las referidas expresiones “El que...”, pudieren referirse a una o varias personas, que de consuno efectuaran la denuncia de un cartel, en un mismo momento, dejándose constancia de ello en los Registros respectivos”.³⁰

Con todo, este beneficio no podría considerar a la mayoría, ni menos, a la totalidad de los miembros de un cartel, dado que la intención de la norma es la ampliación del beneficio a fin de facilitar la prueba de estos ilícitos, sin dejar espacio al mal uso de este beneficio para evitar sanciones.

De tal manera, la Comisión indica respecto de este punto que: “Es necesario precisar que, no obstante lo señalado, no podría tratarse de todos o la mayoría de los integrantes de un cartel, quienes efectúan la denuncia, pues se traduciría en un modo de eludir sanciones; la aplicación práctica de la norma llevará a analizar la situación en cada caso”.³¹

³⁰ COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 71.

³¹ COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 71.

Requisitos para la aplicación del beneficio de la delación compensada

Para la aplicación de este beneficio, el ejecutor de la conducta debe cumplir con una serie de requisitos establecidos en el nuevo texto de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, a saber:

1. Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;

Siguiendo los objetivos de la institución de la delación compensada, este no es un beneficio aplicable por la mera actitud de cooperación que pueda tomar alguno de los agentes involucrados en el ilícito, sino que resulta necesario el aporte de prueba material para ser acreedor del beneficio de la delación compensada. No siendo suficiente la entrega de medios de prueba que ya se encuentran en posesión de la Fiscalía, o de meras declaraciones sin antecedentes certeros, efectivos y comprobables.

2. Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud.

La obligación de reserva, contemplada como requisito fundamental del presente acuerdo, resulta de toda lógica, teniendo en consideración que el objetivo de la investigación es sancionar un ilícito que al momento de la misma se encuentra generando consecuencias perniciosas en el mercado, de tal manera, al tratarse de una conducta actual, es decir, un ilícito en desarrollo, el secreto de la investigación resulta trascendental a la hora de evitar la eliminación de prueba.

3. Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.

Asimismo, resulta evidente que la exención de la multa conciliada con la Fiscalía por el aporte de antecedentes sólo puede referirse a hechos pasados, no pudiendo abarcar la ejecución de conductas anticompetitivas en el futuro, en directa concordancia con la regla del derecho común que prohíbe la condonación del dolo futuro.

Con todo, la norma nacional en principio exige requisitos fácilmente cumplibles por los agentes sancionados, en contraposición podemos ver la norma francesa, la cual, en materia de delación compensada, impone como requisito para la aplicación de la exención de multa incluso que el competidor requerido conteste verazmente el requerimiento o demanda que exista en su contra, por

tanto, el aporte voluntario de antecedentes debe ser al primer requerimiento de información.³²

Etapas para la aplicación del beneficio de la delación compensada

Dentro del procedimiento para la aplicación del beneficio de la delación compensada podemos encontrar tres etapas. Una primera etapa implica la entrega de la información relevante por parte del agente investigado, como asimismo el cumplimiento de los requisitos descritos en el acápite anterior.

Una segunda etapa está dada por el requerimiento del Fiscal, en el cual, de acuerdo al artículo en comento, será él quien deberá individualizar a cada uno de los ejecutores de la conducta colusoria que ha cumplido los requisitos para acceder al beneficio.

Con todo, la redacción de esta norma nos indica dos elementos relevantes a considerar. En primer lugar, la segunda etapa dentro del procedimiento de la delación compensada. Y, en segundo lugar, nos aclara el momento en el cual la delación compensada deberá tener lugar, restringiéndola al desarrollo de la investigación en Fiscalía, dado que para el cumplimiento del presente trámite, será necesario que la entrega de información se desarrolle antes de la presentación del requerimiento por parte del Fiscal.

La tercera etapa ocurre ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Una vez que el Tribunal tiene por acreditada la conducta colusoria, se encuentra impedido de aplicar la multa correspondiente al actor que haya sido individualizado por la Fiscalía en el requerimiento como acreedor del beneficio de la delación compensada. Con todo, el Tribunal podrá no aplicar el beneficio antes descrito cuando se haya probado durante el proceso que el competidor beneficiario de la delación compensada hubiere actuado como instigador en la generación del cartel.

El rol del instigador del cartel en la delación compensada en el modelo chileno

De acuerdo al proyecto presentado por el Ejecutivo, en momento alguno la norma distinguía entre los miembros del cartel y el instigador del mismo, haciendo aplicable a todos por igual la delación compensada.

Durante el análisis en la Comisión de Economía surgió la siguiente duda : ¿Qué ocurre si el instigador del cartel se acoge al beneficio debilitando sustancial-

³² OECD (2002), p. 11.

mente a sus competidores en virtud de las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia?, ¿No sería esta una nueva acción anti-competitiva?

Es por esto que: “El Honorable Senador señor Vásquez manifestó que, en su opinión, el beneficio de exención o rebaja de la multa que se contempla en el artículo 39 bis, no debiera ser aplicable tratándose del instigador de la conducta, de quien ha sido impulsor de la idea del cartel”.³³

La opinión anterior fue defendida, durante la discusión ante la Comisión Mixta, por el senador Novoa de acuerdo a los siguientes argumentos: “el primero de ellos es impedir que una persona organice un cartel o realice una conducta ilícita de las contempladas en la señalada letra a) del artículo 3° del proyecto, y que, luego, denuncie a sus competidores. En otras palabras, evitar que una persona tienda una trampa a sus competidores. En segundo término, la norma en discusión tendría una función preventiva más eficaz, por ejemplo, si se trata de una empresa en la cual una persona pueda ser delatada pero éste no puede delatar, porque no le correspondería obtener beneficio alguno. Ambos motivos podrían reunirse en que la opción de prevenir es mejor que la de sancionar”.³⁴

Tras la discusión en la Comisión Mixta, en los términos descritos, se acordó que sólo aquel instigador que hubiere coaccionado a los demás participantes del cartel, no sería merecedor de acceder al beneficio de la delación compensada.

Sanción a la entrega de información falsa a la Fiscalía Nacional Económica

Finalmente, la norma contempla un castigo para el competidor que, maliciosamente, entregue antecedentes falsos o fraudulentos, haciéndosele aplicable la norma del artículo 210 del Código Penal. Es decir, se arriesga a penas de presidio menor en sus grados de mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, en virtud de su falso testimonio.

Con todo, se amplían las causales de dicho artículo, al incorporar no sólo la entrega de antecedentes falsos, sino que dichos antecedentes sean entregados para beneficiarse de la institución de la delación compensada, con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos.

³³ COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 70.

³⁴ COMISIÓN MIXTA (2009), p. 5.

Prescripción de las acciones a que da derecho la nueva Ley de Defensa de la Libre Competencia

Asimismo, existe una sustancial diferencia introducida respecto de los plazos de prescripción por el artículo 20 del Decreto Ley 211, que modifica el plazo de dos años por tres en el caso de las acciones genéricas de esta ley.

Aumentando a cinco las acciones persecutorias de las conductas colusorias, que se encuentran en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley 211, contados desde que cesen en el mercado los efectos de la conducta contraria a la libre competencia.

7. Sanciones a ilícitos plurilaterales

A nivel mundial, existe conciencia de que en la ejecución de conductas colusorias deben existir diversos sujetos sancionados con multa, de tal manera que, al igual que en el resto de los ilícitos de carácter corporativo, tales como el abuso de información privilegiada, o la manipulación de los precios de mercado, un mismo ilícito puede generar consecuencias patrimoniales negativas para una serie de personas, naturales y jurídicas, al mismo tiempo.

En primer lugar, las personas jurídicas instrumentalizadas para el despliegue de las conductas anticompetitivas son sancionables por la autoridad.

En segundo lugar, se establecen multas distintas para las personas naturales que tuvieron directa participación en el acuerdo y despliegue de las conductas anticompetitivas, que pueden ser sancionadas por la agencia gubernamental o tribunal competente, en su caso.

Es así como los accionistas, directores, ejecutivos principales y asesores, que en forma individual o colectiva concurren a planificar o implementar el acuerdo, o la simple concurrencia conductual, en el caso de la colusión, son sancionables en forma personal por dichas acciones.

De tal manera, las consecuencias negativas de la ejecución de una conducta anticompetitiva no sólo se radican en la empresa involucrada, sino que en todas aquellas personas naturales que prestaron su consentimiento o facilitaron su despliegue.

Los montos, y la forma, en que dichas sanciones serán aplicadas cambiarán dependiendo del sistema normativo que estemos analizando.

Con todo, resulta importante recalcar que respecto a las sanciones especiales en materia de libre competencia recientemente aprobadas por el Congreso Nacional, el endurecimiento de penas sólo tiene relación con la detección de un cartel en el mercado, no con las conductas colusorias estudiadas desde un punto de vista genérico, por tanto, si es que los agentes de un mercado relevante pudieran probar que han actuado como “tomadores de precio” de un competidor con posición dominante, correspondería aplicar las normas sancionatorias generales del DL 211, mas no las nuevas multas aplicables sólo en el caso de probar la existencia de un cartel.

a. Personas jurídicas

Entendiendo por tal sólo a la empresa o corporación en la cual se radicaron los efectos positivos del despliegue del ilícito plurilateral contrario a la competencia, en el caso de aplicarse la regla de razón en la aplicación de las multas, como es el caso de nuestro país, o, simplemente, aquellas que concurren con su voluntad para la ocurrencia del ilícito, sin importar sus efectos en el mercado, en caso de aplicar la regla del ilícito per se, como es el caso de EE.UU.

Las multas a nivel internacional, en esta materia, no varían sustancialmente en los altos márgenes de aplicación entregados por la ley a las agencias gubernamentales o tribunales competentes, en el sentido de existir en ellas la posibilidad de comprender una gran envergadura monetaria.

Es así como existen dos técnicas legislativas para determinar el máximo de la sanción aplicable para sancionar este tipo de ilícitos.

En primer lugar, fijar un monto de carácter alto, aplicable a todo evento en forma fija; en el caso de Australia, Canadá y nuestro país, las multas se encuentran definidas de esta manera. En los dos primeros casos las multas pueden significar montos de hasta 10 millones de dólares australianos y canadienses, respectivamente.³⁵

En nuestro país, en virtud de la nueva normativa aplicable, tendremos que diferenciar el ilícito sancionado. Si nos encontramos frente a un ilícito de colusión, la máxima multa aplicable será de veinte mil unidades tributarias anuales; en caso de corresponder a un ilícito de cartel, dicha multa aumentará a un máximo de treinta mil unidades tributarias anuales.

En segundo lugar, es posible fijar un porcentaje de los beneficios obtenidos por la compañía como punto de referencia para las multas aplicables en cada

³⁵ OECD (2002), p. 10.

caso. Esta es la técnica aplicada por Francia (10% de las utilidades mundiales de la empresa), Hungría y a Unión Europea (10% de las utilidades del año anterior).³⁶

El riesgo de utilizar el sistema de multas máximas fijas, como fuera corroborado por estudios realizados en Nueva Zelanda y Noruega,³⁷ es que, en caso de que el beneficio probable de la comisión del ilícito sea mayor a la multa máxima establecida por la autoridad, será admisible dicho costo como costo de transacción para la compañía, es decir, como un costo aceptable para la obtención de mayores utilidades para la empresa, de tal manera, se pierde el efecto disuasivo de la multa.

Finalmente, es posible mezclar ambos sistemas, generando una multa de carácter mixto, a fin de evitar el problema generado por el sistema de multas máximas, permitiendo a la autoridad utilizar ambos criterios con la intención de fortalecer el efecto disuasivo de dichas multas. Tal es el caso de Finlandia, que aplica multas equivalentes a 672.752 euros o un 10% de las utilidades del año anterior de la compañía; Japón con un máximo de 100 millones de yens o un 6% de las utilidades producidas por los productos objeto del acuerdo por un período de tres años; o Estados Unidos, quien aplica 10 millones de dólares o el doble de las ganancias obtenidas por los miembros del cartel o de las pérdidas generadas a las víctimas del mismo.³⁸

El problema generado por las multas basadas en el beneficio obtenido por los competidores partícipes del acuerdo, o de las pérdidas provocadas en contra de terceros, radica en la dificultad de determinar dichos beneficios o perjuicios, debido a que la ley no puede aplicar fácilmente criterios objetivos que permitan determinar dichos montos suficientemente.

Por lo anterior, quizás resulta más aplicable la determinación de la multa en virtud de las utilidades generales de la compañía, por la claridad de la obtención de dichos números y la carencia de espacio para la discrecionalidad del agente o tribunal competente para su determinación.

b. Personas naturales

Estas personas naturales sólo se refieren a aquellas que se pruebe estuvieron involucradas en la planificación (prestaron su consentimiento para el acuerdo

³⁶ OECD (2002), p. 10.

³⁷ OECD (2002), p. 13.

³⁸ OECD (2002), p. 10.

colusorio, el establecimiento del cartel, o la concurrencia conductual) o su implementación, es decir, el despliegue efectivo de la conducta.

Con todo, es importante recalcar que menos de la mitad de los países que poseen sanciones específicas para este tipo de ilícitos contemplan la posibilidad de sancionar por su ejecución a las personas naturales involucradas en ellos.

Dentro de los países que contienen este tipo de sanciones en su normativa podemos incluir a Australia, con multas hasta 500.000 dólares australianos; Francia con un tope de 1.524.490 euros; Estados Unidos con multas de 350 mil dólares o el doble de las ganancias obtenidas o de las pérdidas provocadas; Eslovaquia en este caso aplica normas distintas a las utilizadas para la sanción de empresas, debido a que en el caso de las personas naturales sancionables no establece un rango específico de multas aplicables, sino que sólo incluye la posibilidad de sancionar a discreción del órgano competente.³⁹

Incluso, en derecho comparado se consideran penas de presidio respecto de las personas involucradas en este tipo de ilícitos. Las normas alemana y eslovaca consideran presidio por un máximo de 5 años, en Estados Unidos la pena aplicable es de 3 años de prisión, al igual que Japón. En México por su parte el tiempo de privación de libertad será determinado por la autoridad judicial competente de conocer el procedimiento sancionatorio.

Nuestro país optó mediante la Ley 19.911, de 14 de noviembre del año 2003, por eliminar la existencia de sanciones penales respecto de este tipo de ilícitos, por considerar este tipo de sanciones poco disuasivas para evitar la comisión de estos ilícitos. En palabras del mensaje del boletín se explica la eliminación de este tipo de sanciones: "a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas".⁴⁰

Con todo, y en virtud de los últimos acontecimientos, ya se han presentado varios proyectos de ley por medio de mociones parlamentarias para reinstaurar sanciones penales en materia de ilícitos plurilaterales contrarios a la libre competencia, como por ejemplo el boletín N° 6439-07, ingresado el 9 de abril del presente año,⁴¹ o el proyecto de ley que actualmente se encuentra preparando el gobierno de acuerdo al Mensaje del 21 de mayo del presente año.

³⁹ OECD (2002), p. 10.

⁴⁰ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje del Ejecutivo N° 132-346 (2002), p. 10.

⁴¹ MOCIÓN PARLAMENTARIA, Boletín N° 6439-07 (2009).

En la redacción de las normas relativas a las sanciones de personas naturales respecto de los ilícitos contenidos en la nueva Ley de Libre Competencia chilena, cuya publicación se encuentra aún en trámite, debemos recalcar una gran novedad en atención a las multas aplicables a personas naturales que hayan participado en la ejecución de los ilícitos sancionados.

Hasta este momento, la norma sólo contenía los procedimientos sancionatorios, las personas susceptibles de ser sancionadas y las multas aplicables, guardando estricto silencio sobre la modalidad del pago de dichas multas a beneficio fiscal.

Una de las novedades incorporadas por la Comisión de Economía del Senado guarda relación justamente con la forma de pago de dichas multas.

Es conocida la existencia de cláusulas de estilo, en los contratos de altos directivos y gerentes de grandes compañías, que estipulan el pago por parte de las empresas de cualquier tipo de multa o indemnización a cuyo pago se encontraren condenados en virtud de acciones desplegadas en el ejercicio de su cargo.

Por esta razón, y, a fin de garantizar el efecto disuasivo de las multas a que diere origen los ilícitos contenidos en el cuerpo legal en comento, asegurando el pago a través del peculio profesional de los ejecutivos involucrados en acuerdos contrarios a la libre competencia, se incluyen las siguientes modificaciones al texto despachado por la Cámara de Diputados, las cuales fueron aprobadas por la Comisión Mixta del Congreso Nacional: "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 cualquier 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".⁴²

Conclusiones

De tal manera, podemos indicar que el proyecto de ley actualmente en trámite de revisión ante el Tribunal Constitucional, viene a adecuar la normativa nacional al concierto global. Tratando en forma acabada un ilícito de interés mundial, cuyos perjuicios saltan a la vista.

Hemos diferenciado entre las conductas colusorias y los ilícitos de colusión y cartel, intentando desentrañar las diversas conductas y las sutiles diferencias

⁴² COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO (2009), p. 47.

que justifican la mayor dureza con la que deben ser tratadas estas últimas conductas, tanto a nivel legislativo, como jurisprudencial.

Reconociendo, en todo caso, que el fin último que persiguen todas ellas es exactamente el mismo: la obtención de poder de mercado, con la finalidad de romper el delicado balance de nuestros mercados nacionales.

Asimismo, podemos recalcar la importancia y necesidad de las nuevas atribuciones consagradas a favor de la Fiscalía Nacional Económica para su persecución, entendiendo la dificultad, reconocida internacionalmente, para generar pruebas en este tipo de ilícitos.

Finalmente, y, en materia sancionatoria, podemos resaltar la división entre las responsabilidades de las empresas y de las personas naturales, considerando los avances incorporados en la nueva Ley de Defensa de la Libre Competencia, en miras a disuadir efectivamente a directores, gerentes y altos ejecutivos, impidiendo el pago de multas por medio de sus empresas empleadoras.

Bibliografía

- BLACK, Oliver: *Conceptual Foundations of Antitrust*, King's College London, 2005.
- CAMARA DE DIPUTADOS, Oficio N° 8045, de 28 de abril de 2009, Secretaría General de la Cámara de Diputados.
- COLOMA, GERMÁN; *Defensa de la Competencia*; Editorial Ciudad Argentina, 2003.
- COMISIÓN DE ECONOMÍA DEL SENADO, Segundo informe Comisión de Economía del Senado, 24 de marzo de 2009.
- COMISIÓN MIXTA CONGRESO NACIONAL CHILENO, Informe Comisión Mixta, 15 abril 2009.
- HOVENKAMP, HERBERT; *"The Antitrust Enterprise"*, Harvard University Press, 2005.
- Moción *"Tipifica delitos atentatorios contra los derechos de los consumidores y la libre competencia"*, Boletín N° 6439-07, 9 de abril de 2009.
- OECD, *"Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws"*, 09 abril 2002.
- OECD, *"Policy Roundtables: Prosecuting Cartels without direct evidence"*, 2006.
- Page, William H. *"Communication and Concerted Action"* (2006). http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939427
- PARKIN, Michael; SANCHEZ CARRION, Miguel Angel; *Economía*, Editorial Pearson Educación.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje del Ejecutivo N° 132-346 (2002), *"Con el que se inicia un proyecto de ley que crea el tribunal de defensa de la libre competencia"*, de 17 de mayo de 2002.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Mensaje N° 134-354, *"Modifica el D.F.L. N° 1, de Economía, de 2004, referido al Tribunal de Defensa de Libre Competencia"*, junio 2006.
- POSTNER, Richard; *"Antitrust Law"*, Second Edition, University of Chicago Press, 2001.
- UTTON, M. A; *"Market Dominance and Antitrust Pollicy"*, Second Edition, Edward Elgar Publishing Limited, 2003.
- VALDÉS PRIETO, Domingo, *"Libre competencia y monopolio"*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., Santiago de Chile, 2006.