

Colusión: Un análisis jurisprudencial: Excepciones y defensas.

(Segunda parte)

MARÍA FERNANDA JUPPET EWING

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales,

UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE;

LL.M.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA, BERKELEY, U.S.;

Profesora de Derecho, Economía y Mercado,

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO.

I. Introducción.

Como hemos indicado con anterioridad, es el ilícito de colusión el que implica un mayor reproche dentro de los sancionados por el Decreto Ley N° 211 como lesivos a la libre competencia, dado el grado de afectación que produce al mercado el no contar con actores que busquen diferenciarse por medios lícitos seduciendo a los consumidores en razón de sus méritos, más que del poder de mercado del que se encuentren dotados.

En una primera entrega de esta serie de artículos de análisis jurisprudencial de la colusión en Chile se trataron aspectos generales respecto de la definición de colusión, su alcance y el grado de reproche que éste implica. En este segundo artículo nos enfocaremos en el estudio de las excepciones y defensas respecto de las cuales el Tribunal de la Libre Competencia (en adelante TDLC) se ha pronunciado expresamente, interpretando el sentido y alcance que le deben ser otorgados en esta materia.

De tal manera, en una primera parte del artículo nos avocaremos al estudio de las excepciones invocadas generalmente en procesos ante el TDLC en materia de colusión. En primer lugar, veremos la aplicación de la excepción de cosa juzgada, desde una doble perspectiva. En primer lugar, en razón del tiempo, como marco base utilizado por el órgano persecutor para delimitar la conducta investigada y posteriormente fallada por el TDLC, diferenciando entre cosa juzgada y reincidencia en la conducta colusoria.

En segundo lugar, se revisará la excepción de falta de jurisdicción cuando un acuerdo colusorio se produce en un territorio distinto al nacional, aun cuando sus efectos se radiquen en el territorio chileno.

En tercer lugar, se analizarán en detalle aquellas actuaciones desarrolladas por el gerente de una sociedad, que implican la participación de la organización en un acuerdo colusorio, participación que de por sí se encontraría fuera del mandato del administrador de la organización, por considerarse las actuaciones fuera del mandato del administrador de la organización para el desarrollo de una actividad ilícita.

Y, finalmente en esta materia, la excepción de prescripción, estudiando en detalle qué se entiende por ejecución de una conducta, de modo de dilucidar cuándo resulta aplicable la normativa, y, en segundo lugar, cuándo cesa de ejecutarse dicha conducta, para aclarar el momento en el que resulta necesario comenzar a contabilizar el plazo de prescripción de la misma.

En una segunda parte de este artículo revisaremos algunas de las defensas presentadas en juicio por los requeridos en procesos de colusión, revisando en detalle los pronunciamientos del TDLC respecto de: la presentación de utilidades normales en los balances, la cooperación interempresarial, la falta de delimitación de la conducta considerada como ilícita por parte de la Fiscalía Nacional Económica, falta de potestad del TDLC para la dictación de medidas preventivas en un proceso de colusión, y, finalmente, la existencia de cambios legislativos que afectan al ilícito durante el plazo de despliegue de la conducta imputada.

II. Excepciones interpuestas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en casos de colusión.

En materia de libre competencia, es importante considerar que el TDLC ha interpretado en forma expresa cuándo proceden ciertas defensas ante su jurisdicción, y cómo deben comprenderse en su naturaleza y extensión.

En adelante, analizaremos desde dicho punto de vista las excepciones de cosa juzgada, falta de jurisdicción, actuaciones fuera del mandato del administrador de la organización y excepción de prescripción.

1) Excepción de cosa juzgada:

Respecto de la excepción de cosa juzgada, comprendiendo por tal “el efecto que producen determinadas resoluciones judiciales, en virtud de la cual no puede volver a discutirse ni pretenderse la dictación de un nuevo fallo entre

las mismas partes y sobre la misma materia que fue objeto del fallo anterior" (Cassarino Viterbo, 2007, pág. 128), las excepciones presentadas ante el TDLC pueden ser clasificadas en dos grupos, aquellas que se presentan en razón del tiempo, es decir, que juzgando una conducta colusoria, entre las mismas partes, defendiendo el mismo objeto jurídico, difieren en el tiempo juzgado en la primera sentencia del TDLC, cubriendo períodos diversos de investigación.

En segundo lugar, podemos encontrar la excepción de cosa juzgada fundada en una sentencia dictada en un territorio diverso, caso en el cual se busca sancionar por la Fiscalía Nacional Económica o por un tercero interesado, un acuerdo colusorio cuyos efectos fueron investigados y sancionados ante una jurisdicción diversa. La duda en este caso radica en determinar si es que los efectos sancionados en la sede del juicio original consideraron a aquellos que se hubieren producido en nuestro país, como se revisará en detalle a continuación.

a. Excepción de cosa juzgada en razón del tiempo.

Cuando analizamos la excepción de cosa juzgada en razón del tiempo, para efectos de la interpretación desarrollada por el TDLC en sus sentencias, es posible afirmar que pueden darse nuevos actos contrarios a la competencia, entre las mismas partes, respecto del mismo ilícito, y en el mismo territorio, siempre que los hechos en los que se basan las conductas investigadas se hayan desarrollado en momentos diversos en el tiempo.

Por tanto, cuando existe identidad en los sujetos intervinientes, identidad de causa e identidad de objeto. En materia de colusión, al juzgar un segundo caso entre las mismas partes, es imposible dudar la coincidencia de los sujetos intervinientes, cuando éstos concurren en forma perfecta entre los actores inicialmente investigados, es decir, ningún sujeto abandona ni ingresa al acuerdo colusorio.

El objeto permanecerá constante en el tiempo, dado que los acuerdos colusorios buscan en definitiva afectar la libre competencia mediante el otorgamiento de un poder de mercado a las partes, del cual carecen individualmente consideradas.

Con todo, aun cuando exista identidad de sujetos, al requerirse a los mismos actores antes juzgados por el TDLC, y de objeto, al constituir la finalidad de este nuevo proceso la defensa de la libre competencia.

No es posible concluir que procede la aplicación de la excepción de cosa juzgada cuando los hechos investigados corresponden a un momento distinto al que hubiere sido objeto de un proceso anterior, situación en la cual de acuerdo al TDLC es posible determinar que no existe identidad de causa, por corresponder a hechos diversos que motivan la acción.

De tal manera, la cosa juzgada que se reconoce en un juicio llevado a cabo en una sede internacional es sólo el aspecto de cosa juzgada formal, entendiendo por tal: “firmeza o cosa juzgada formal es la inatacabilidad de una resolución judicial dentro del mismo juicio en que se pronunció. Corolario de esta invulnerabilidad es que la cuestión resuelta no puede volver a discutirse ni resolverse de nuevo en el proceso en que la resolución se dictó.” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 135) Pero no implica necesariamente cosa juzgada material, entendiendo por tal: “...la imposibilidad de que en un nuevo proceso se discuta y resuelva una cuestión ya antes fallada” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 135).

Para Carlos Díaz, podemos entender por causa de pedir, como elemento de la cosa juzgada, al fundamento inmediato del juicio (Díaz Uribe, 2000), de tal manera el fundamento inmediato del juicio sería diverso en cada juicio si es posible probar que los efectos anticompetitivos sometidos a juicio corresponden a colusiones diversas entre las mismas partes, configurando incluso una reincidencia de estas como elemento agravante en el segundo juicio interpuesto en caso de ser condenado en ambos.

Lo anterior se desprende de su sentencia N°87-2009, respecto del caso “Gustavo Hasbún Selume contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros”, al establecer en su considerando: “Cuarto. Que, al respecto, deberá desecharse esta excepción por cuanto la demanda, si bien imputa conductas de la misma naturaleza que las conocidas en el procedimiento Rol N° 10-04, claramente se refiere a hechos y conductas que habrían ocurrido en los años 2007 y 2008, posteriores y distintos a los hechos que fueron objeto del citado proceso”¹.

b. Excepción de cosa juzgada en razón del territorio:

En segundo lugar, y para efectos del presente artículo, hemos diferenciado a aquellas excepciones de cosa juzgada fundadas en haber sido los hechos investigados y sancionados en un territorio diverso al chileno.

Cuando analizamos la aplicación de la excepción de cosa juzgada por causas de libre competencia seguidas ante diversas sedes jurisdiccionales, no podemos concluir que se encuentre presente la triple identidad de la cosa juzgada, en el entendido que las partes son distintas, por ende, no se daría el efecto negativo de la cosa juzgada, entendiendo por tal: “El negativo se traduce en que la cuestión planteada en el juicio y decidida por la sentencia no puede ser objeto de otro pleito entre las mismas partes ni de una nueva y consiguiente resolución judicial” (Alessandri & Somarriva, 2011, pág. 136).

¹ Sentencia 87- 2009, de causa Rol C- 157- 08, “Gustavo Hasbún Selume contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros”, página 5.

Con todo, es importante señalar que cuando hechos contrarios a la libre competencia producen efectos en diversos territorios, no se da en caso alguno la triple identidad de la cosa juzgada, dado que debemos comprender que en la esencia de dicha excepción se encuentra el protegerse respecto de las mismas partes entre las cuales se verificó el primer juicio, siguiendo a Rosende: “Uno de los principios fundamentales que rigen la institución de la cosa juzgada es su eficacia limitada a las partes del proceso, esto es, *res iudicata inter partes*. Son ellas las que deciden qué se debate en juicio, las que formulan las alegaciones pertinentes y las que ponen de manifiesto los medios de prueba con los que cuentan para hacer valer sus pretensiones; de ahí que únicamente les afecte a ellas, en principio, la inmutabilidad de la decisión del Juez en el caso concreto” (Rosende Villar, 2001, pág. 489).

Los terceros sólo se encontrarán vinculados al resultado de la sentencia en virtud de la cosa juzgada cuando la ley les otorgue dicho efecto expresamente. En esta línea de ideas, no es posible considerar que en materia de libre competencia, una sentencia esté dotada de cosa juzgada material cuando un acuerdo colusorio ha implicado una investigación previa con resultado de sanción en un país diverso al que inicia una investigación respecto de los efectos que dicho acuerdo impliquen en el territorio nacional.

Si bien es cierto que los terceros interesados en el resultado de la controversia debieran ser afectados por el resultado de ella, en palabras de Rosende: “Ya sabemos que la regla general es la eficacia *inter partes* de la cosa juzgada, salvo las excepciones previstas en la ley como extensión de la cosa juzgada a terceros. En estos supuestos, expresamente limitados, la relación jurídica debatida en el proceso habrá quedado definitivamente juzgada también para los terceros interesados en la misma, sin posibilidad de que la decisión alcanzada sobre la misma pueda ser replanteada en un juicio posterior” (Rosende Villar, 2001, pág. 495).

Lo anterior no obsta a que el caso de libre competencia seguido ante una jurisdicción diversa a aquella en la cual se ha fallado inicialmente busca la reparación de un objeto distinto, la defensa de la libre competencia en el territorio de su jurisdicción, que es lo que cada Tribunal cautela, dado que sólo puede fallar en la esfera de su competencia, como veremos a continuación, por tanto, las partes sancionadas no quedan cubiertas por la excepción de cosa juzgada en este evento.

En aquellos casos en que los efectos de la colusión se hayan producido en nuestro territorio, se entenderá que no existe cosa juzgada para efectos de una nueva investigación que se circunscriba a los efectos que la conducta anticompetitiva haya producido en el país, como se determinó por el TDLC en sentencia 122 de 2012, al indicar en su considerando vigésimo primero: “Que,

por lo razonado en la consideración precedente, la excepción de cosa juzgada no puede sino rechazarse, en tanto la conducta sobre la cual debe pronunciarse este Tribunal imputada en ambas jurisdicciones no es la misma, toda vez que en esta sede debe conocerse de un eventual acuerdo para fijar los precios de venta para Chile de los compresores a los que se refiere el proceso de autos, por lo que los hechos sometidos al juzgamiento de este Tribunal y el mercado relevante involucrado son diferentes a aquellos conocidos y calificados por los órganos competentes de Brasil, según se ha indicado en la consideración vigésima precedente”².

Por tanto, el elemento que radica la jurisdicción ante el TDLC está dado por la extensión de los efectos que el acuerdo colusorio implique en el territorio nacional, aun cuando se le haya investigado e incluso sancionado en un territorio diverso, dado que dicha investigación original sólo se circunscribirá a los efectos que, de acuerdo a cosa juzgada formal, dicho acuerdo haya implicado para el territorio en el cual el tribunal extranjero ejerza su jurisdicción, y no respecto a aquellos que haya implicado para otras naciones.

2) Excepción de falta de jurisdicción.

La falta de jurisdicción suele ser una excepción invocada por las partes de un acuerdo colusorio cuando los actos desplegados para lograr dicha concertación se han desarrollado fuera del territorio nacional.

Ante todo, podemos entender por jurisdicción, siguiendo al profesor Juan Colombo: “La actividad que los jueces ejercen, en nombre del Estado, es la jurisdicción y la forma de hacerla efectiva es mediante la realización de actos jurisdiccionales entre los cuales el más importante es la sentencia definitiva que pone fin a la instancia resolviendo el asunto litigioso. Pero la actividad jurisdiccional no se ejerce sin finalidad; no se juzga en abstracto, sino que se juzga porque frente a quien debe juzgar está planteada, como objeto concreto del juicio, una controversia a dirimir, un litigio a resolver, una demanda a aceptar o rechazar, un tema a indagar. El juez está llamado a dirimir el conflicto. Frente a ellos se coloca como un tercero imparcial, que no crea por sí el problema, sino que lo examina y lo resuelve” (Colombo Campbell, 1968).

Por otra parte, el profesor Eduardo Couture entiende la jurisdicción como “la función pública realizada por órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución” (Colombo Campbell, 1968).

² Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, “FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.”, página 22.

Así, podemos entender que es uno de los efectos propios de la jurisdicción el dotar a los Tribunales de Justicia de la potestad para poder resolver los litigios que se sometan a su conocimiento, resolviendo dicha controversia entre las partes por medio de una sentencia dotada de cosa juzgada.

Por ende, la jurisdicción de los Tribunales de Justicia suele estar dada en términos nacionales, salvo que se encuentre otorgada por medio de algún tratado internacional a un organismo supranacional, como es el caso de la Comisión Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc. De acuerdo a Romero, citando a la Corte Suprema: "El efecto propio de la falta de jurisdicción desde su ámbito internacional se traduce en que ningún tribunal del país puede conocer y decidir el conflicto o controversia, por tanto ella tiende a enervar la pretensión contraria y de acuerdo a ello se trata de una excepción perentoria. Sin perjuicio de poder alegarse, en su caso, con el fin de evitar una tramitación inútil como dilatoria" (Romero Seguel, 2004, pág. 184).

Así, en materia de derecho de la libre competencia, no nos encontramos con entidades dotadas de jurisdicción internacional que ostenten la potestad de dirimir respecto de estos conflictos jurídicos, pero sí con una red de cooperación de agencias persecutoras de ilícitos de carácter anticompetitivo, que por medio de convenios particulares acuerdan compartir información que resulte relevante para ellas, como se ordena por el artículo 39 del Decreto Ley N° 211.³

De tal manera, es usual que actos anticompetitivos, o, en el caso de este análisis, acuerdos colusorios investigados en un determinado territorio, puedan ser a su vez investigados en otros países, en razón de los efectos que pudieran haber implicado para otros Estados, quedando la institucionalidad de la libre competencia expuesta a la presentación de la excepción de falta de jurisdicción, la cual es explicada por Romero Seguel al indicar que: "Cuando un demandado (o el juez de oficio) denuncia la falta de jurisdicción, en rigor, lo que hace es advertir que un determinado tribunal no puede resolver el conflicto jurídico objeto del proceso, por carecer la relación procesal de un presupuesto procesal" (Romero Seguel, 2004, pág. 189).

Si bien es cierto que debemos reconocer a la territorialidad como un límite para el ejercicio de la jurisdicción, entendiendo que ésta puede ejercerse dentro del marco territorial, *contrario sensu*, y siguiendo a Aravena, resulta

³ Artículo 39. El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

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;

necesaria una norma expresa entre Estados para aplicar la extraterritorialidad de su jurisdicción, cuando indica: "... las necesidades de integración de los Estados y la realidad han determinado casos en que ha sido necesario llevar el actuar jurisdiccional fuera de sus límites físicos y se reconocen casos de extraterritorialidad, los que, lejos de ser una excepción del principio de soberanía, son una confirmación del mismo, en cuando aparecen reconocidos por las legislaciones como instrumentos de la acción propia de un Estado" (Aravena Arredondo, 2006).

Por tanto, es posible comprender que hechos o actos contrarios a la libre competencia, especialmente los acuerdos colusorios, que otorgan un poder de mercado indebido a sus miembros, que hayan sido investigados y sancionados en un país determinado, puedan a su vez ser investigados y sancionados en un país que ostente una jurisdicción diversa, sometidos a una limitación clara, los efectos del cartel deben haberse radicado en el mercado nacional del país que inicia el segundo juicio en contra de los miembros de dicho acuerdo antijurídico.

Así lo ha establecido el TDLC, que los acuerdos colusorios que se hayan suscrito en un territorio extranjero, pero cuyos efectos se produzcan en nuestro país, pueden ser sometidos a su conocimiento. De tal manera, el hecho de que el cartel se constituya, comunique y sesione fuera de la jurisdicción del tribunal resulta irrelevante, tanto en cuanto los efectos de dicho acuerdo se radiquen en el territorio nacional.

Lo anterior queda de manifiesto en la sentencia 122 de 2012, cuando en su considerando sexto dispone: "Que respecto a la primera de las excepciones señaladas, debe tenerse presente que este Tribunal ha manifestado en reiteradas oportunidades que, si se siguiera la argumentación de la requerida Whirlpool, la presunta conducta ilícita quedaría reducida únicamente al lugar en que supuestamente se comete, celebra o acuerda, sin alcanzar al lugar en el que se producirían los efectos actuales o potenciales de la misma, con lo que se llegaría al extremo de no poder juzgarse en Chile restricciones a la competencia efectuadas en el extranjero pero que afecten a alguno de nuestros mercados, o al de juzgar conductas realizadas en Chile que no sean aptas para producir efectos anticompetitivos en el país, perdiendo con ello sentido la normativa del D.L. N° 211, cuyo propósito es el de velar, dentro del territorio de la República de Chile, por el desenvolvimiento competitivo de sus mercados. Lo anterior fue consignado en la resolución que se pronunció sobre la excepción de incompetencia del Tribunal opuesta por la defensa de Whirlpool a fojas 377 y siguientes y escrita a fojas 514 y siguientes de este expediente. Cabe agregar que la Sentencia N°117/2011, de este Tribunal, recoge el mismo criterio;"⁴

⁴ Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 17.

Por consiguiente, aceptar la argumentación de que la jurisdicción quedaría determinada por el territorio en el cual se comete un ilícito, implica necesariamente empoderar a los miembros de un cartel para escoger la legislación que les resultará aplicable al momento de juzgar un ilícito, argumentación que redundaría en el absurdo.

3) Excepción de actuaciones fuera del mandato del administrador de la organización.

Una de las defensas que pudiera parecer razonable tras la notificación de un requerimiento por colusión en contra de una persona jurídica, es la de actuaciones fuera del mandato por parte del administrador de la organización.

De la misma forma, es importante recordar que el gerente es considerado por el Código de Comercio como un factor de comercio, el cual es definido en el artículo 237 inciso primero de dicho cuerpo legal, indicando: "Factor es el gerente de un negocio o de un establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante".

Asimismo, se someterá la publicidad de su nombramiento a las formalidades de reducción a escritura pública a fin de dar fe a terceros y subinscrita en el registro de comercio, con miras a hacer oponible respecto de la sociedad, las atribuciones y potestades en dicho instrumento reconocidas.⁵

Con respecto a las facultades del administrador, en principio las actuaciones del gerente deben ceñirse al objeto social, y cualquier transgresión normativa no podría encuadrarse dentro de aquel, a saber: "La representación extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros" (CISS Grupo Wölkers Kulher, 2013).

Es importante recordar que la administración de sociedades implica necesariamente su representación, la cual se encuadra de acuerdo al profesor Gil Echeverry, dentro del marco siguiente: "La representación legal de las sociedades corresponde a una forma especial, mediante la cual las operaciones, actos y contratos realizados por los presentes, gerentes y/o sus respetivos suplentes, dentro de los límites del objeto social y los determinados en los estatutos, producen efecto directamente en la sociedad y en su patrimonio, obligando a ésta, y no a quien actuó como representante legal" (Gil Echeverry, 2012, pág. 124).

⁵ "Artículo 339 del Código de Comercio: Los factores deben ser investidos de un poder especial otorgado por el propietario del establecimiento cuya administración se les encomiende.

El poder será registrado y publicado en la forma prescrita en el párrafo 1, Título II, Libro I."

De tal manera, para poder determinar la extensión de las facultades del administrador o gerente, deberemos estar a lo que se indique en su escritura de nombramiento, y, en su defecto, a aquellas actuaciones que sin haber sido expresamente señaladas, se encontraren dentro del giro de la organización, como se desprende claramente del artículo 340 del Código de Comercio, que prescribe: "Los factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiare, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su encargo, a menos que el comitente se las restrinja expresamente en el poder que les diere".

Por tanto, se continúa en este punto la línea común que se plantea a nivel latinoamericano respecto de la amplitud de las actuaciones que pueden ser realizadas por el administrador de una sociedad, y que se encontrarían dentro de sus atribuciones en forma natural, al comprender que: "El principio general es que el representante legal podrá celebrar toda clase de actos o contratos comprendidos dentro del objeto social, a nombre de la sociedad, sin limitación o restricción alguna. Para que las limitaciones estatutarias operen es necesario determinarlas de manera precisa y detallada en el contrato social e inscribir la escritura pública correspondiente (art. 196, inc. 3°. C. de Co.). Igualmente, el representante legal está facultado para celebrar cualquier negocio jurídico que se relacione en forma directa con la existencia y funcionamiento de la sociedad" (Gil Echeverry, 2012, pág. 282).

En la misma línea y siguiendo los planteamientos del artículo 340 del Código de Comercio, podemos señalar entonces que cualquier actuación ejecutada por el administrador más allá del objeto de la sociedad, al menos en principio, aquellas conductas que correspondieran a actos antijurídicos no podrían ser consideradas como parte del mandato del administrador.

Aun cuando las actuaciones concordadas por el representante de la empresa no se encuadren dentro de su mandato, debemos considerar que los efectos patrimoniales de sus actuaciones, particularmente los beneficios del pacto colutorio se radicarán en virtud de sus facultades en el patrimonio de la organización, y no en el propio: "El efecto que señalamos como un elemento esencial de la representación, sea la directa o la indirecta, se da necesariamente en el mandato mercantil y en la comisión. Los actos de comercio que lleva a cabo el mandatario o comisionista tienen efecto en el patrimonio del *dominus*. Si este efecto no se produce, no existirá mandato ni comisión" (Gilberto Villegas, 2007).

En el mismo sentido, aquellas actuaciones que exceden al mandato original del administrador, como asimismo aquellas que no se encuadran dentro del objeto social, obligarán a la sociedad respecto de los terceros que hayan contratado con el administrador, en tal sentido: "Si los actos realizados por los administradores

exceden del objeto social, la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave y esto aun cuando de los estatutos sociales se desprenda que el acto no estaba comprendido dentro del objeto social" (CISS Grupo Wölkens Kulher, 2013, pág. 513).

Lo anterior se reconoce en nuestro Código de Comercio a propósito de su artículo 328, el cual prescribe: "Los factores o dependientes que obraren en su propio nombre quedan personalmente obligados a cumplir los contratos que ajustaren; pero se entenderá que los han ajustado por cuenta de sus comitentes en los casos siguientes: 1°. Cuando tal contrato corresponda al giro ordinario del establecimiento que administran; 2°. Si hubiere sido celebrado por orden del comitente, aun cuando no esté comprendido en el giro ordinario del establecimiento; 3°. Si el comitente hubiere ratificado expresa o tácitamente el contrato, aun cuando se haya celebrado sin su orden. 4°. Si el resultado de la negociación se hubiere convertido en provecho del comitente".

Por tanto, si es que los beneficios económicos derivados del acuerdo colusorio se radican en el patrimonio de la sociedad, hecho que de suyo ocurriría en la práctica, eso implica que necesariamente los actos desarrollados por el administrador fuera de su mandato obligarían a la institución, en razón del aprovechamiento del acto ilícito.

Aun cuando la empresa pudiera repetir en contra del administrador por los perjuicios económicos y de imagen que hubieran acaecido a la institución como consecuencia de haber formado parte de dicho acuerdo colusorio.

Finalmente, la opinión del TDLC en esta materia indica en su sentencia N° 136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.", en su considerando decimoséptimo: "Que, en todo caso, 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; facultad que por lo demás, de existir, sería ilegal, en cuanto se trataría de una estipulación para hacer algo que adolecería de objeto ilícito, atendido lo dispuesto en el artículo 1466 del Código Civil"⁶.

4) Excepción de prescripción en un caso de colusión.

Ante todo, y recordando lo dispuesto en los incisos 3° y 4° del artículo 20 del Decreto Ley N° 211, de Defensa de la Libre Competencia, es preciso indicar

⁶ Sentencia 136-11 de causa Rol C- 234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.", p. 27.

que: “Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres 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, formulado ante el Tribunal.

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”.

Respecto del artículo antes citado surgen dos inquietudes, en primer lugar, qué se entiende por ejecución de una conducta de modo de dilucidar cuándo es aplicable la normativa, y, en segundo lugar, cuándo cesa de ejecutarse dicha conducta, para aclarar el momento en el que resulta necesario comenzar a contabilizar el plazo de prescripción de la misma.

En cuanto a la comprensión del concepto ejecución de una conducta anti-competitiva, el TDLC ha determinado en sentencia N° 46, de 2006, en su considerando Vigésimo segundo: “...de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 3, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, la expresión ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia contenida en el inciso tercero del artículo 20 ha de entenderse referida a la ejecución o celebración, según corresponda, de hechos de significación jurídica, así como a actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales (convenciones), tanto de derecho privado como administrativo o judicial... Al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española, en su Vigésima Segunda Edición (2001), define ejecución como 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”⁷.

En relación al segundo punto, es decir, al momento en el que cesan los efectos del acto, y, por tanto, comienza a computarse el plazo de prescripción, de acuerdo al TDLC es necesario considerar cuatro elementos: 1. Que la conducta se encuentre en ejecución, es decir, que se esté “poniendo por obra” una conducta determinada. 2. Que los actos ejecutados deben estar dotados de significación jurídica. 3. Que las fechas sean objetivamente determinables de los antecedentes contenidos en el expediente del proceso. 4. Que los acuerdos entre competidores sometidos a su conocimiento “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

⁷ Sentencia 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, “FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros”, página 87.

éste 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.”⁸

El desafío que nos implica el ilícito de colusión está dado porque si bien es cierto que el acuerdo colusorio puede tomarse en una fecha determinada, los efectos del mismo se van manifestando a lo largo del tiempo, por tanto, es posible comprenderlo como un ilícito continuado en el tiempo, para poder comprender a cabalidad este punto, debemos aplicar por analogía la construcción doctrinaria del derecho penal respecto del delito continuado, dado que en Chile, hasta la fecha, la colusión es un ilícito corporativo, y no un delito, estos se diferencian en sus consecuencias jurídicas y en la forma de reproche realizada por el legislador. Aun cuando la forma de configuración de ambos se asemeja lo suficiente como para que resulte esclarecedora la interpretación por analogía de ambas figuras, siguiendo a Lopez y Bertot, “...la apreciación del delito continuado exige la concurrencia de factores objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo son requeridas la identidad o similitud del tipo, la unidad del bien jurídico violado, la conexión temporal y una cierta homogeneidad en la ejecución (utilización de medios, relaciones y ocasiones análogas); y desde la óptica subjetiva se valora el ánimo subyacente en la actuación del sujeto comisario, cuya interpretación se ha orientado en dos posiciones: la del dolo global o conjunto, y la otra que se adscribe al dolo continuado o

⁸ Considerando “Vigésimo. 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 éste sea. Este Tribunal ya se ha pronunciado en casos anteriores al respecto (Sentencia N° 42, de seis de septiembre de dos mil seis), 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 anticompetitivos 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 éste 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”. Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77-2005, “FNE contra Isapre ING S.A. y otros”, página 56.

de continuación, sin que ninguna de estas categorías pueda identificarse con el dolo particular que anima los diversos actos parciales del delito continuado, pues tanto el dolo global como el continuado constituyen el factor subjetivo unificador de las distintas acciones en continuación, la unidad subjetiva propia del instituto” (López Rojas & Bertot Yero, 2012).

En la colusión encontramos cada uno de estos elementos, desde el punto de vista objetivo, la conducta desplegada y sus manifestaciones son las mismas en el tiempo, el bien jurídico vulnerado es la libre competencia, la conexión temporal nos permite diferenciar entre nuevas conductas colusorias entre las mismas partes como hemos indicado con anterioridad respecto de la aplicabilidad de la excepción de cosa juzgada, y la ejecución es homogénea al ceñirse a los términos concordados entre las partes.

Respecto de los elementos subjetivos, los miembros de un acuerdo colusorio comparten el ánimo de permanecer dentro de dicho acuerdo, y de buscar por medios ilícitos a través de la colusión suscrita, un poder de mercado del cual carecen, compartiendo la intención de vulnerar el bien jurídico protegido, y por tanto actuando en forma dolosa.

El TDLC ha dictaminado que en el caso del ilícito de colusión, se considera que es una actividad continuada, a propósito de la sentencia 102-2010, de causa Rol C 191-09, “FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital”, en su considerando octavo, al indicar: “ Que, entonces, la infracción atribuida a la requerida constituye una actividad continuada, que se habría verificado o ejecutado cada vez que los minibuses de empresarios miembros de Agmital cobraron tarifas relativamente bajas, sirvieron determinados recorridos en ciertos horarios y realizaron supuestos actos de hostigamiento con el presunto fin de expulsar a un competidor entrante. Por lo tanto, en la especie, el plazo de prescripción sólo podría computarse a partir del momento en que la requerida hubiere puesto fin a la ejecución de las conductas en cuestión, lo que, como se dijo y de acuerdo con los antecedentes del proceso, ocurrió en el mes de noviembre de 2007, fecha en la que se habría alcanzado un acuerdo para fijar tarifas y horarios entre la requerida y sus competidores, tal como consta en dos actas de declaración de don José Muñoz Ortega y del acta de declaración de don Juan Constantino Díaz Ruiz ante la FNE, acompañadas por esta última a fojas 119;”⁹

Asimismo, el TDLC, ya había indicado a la fecha en Sentencia 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, “FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros”, que la naturaleza misma del ilícito de colusión implicaba una necesaria sucesión

⁹ Sentencia 102-2010, de causa Rol C 191-09, “FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital”, página 10.

de actos en el tiempo, tendientes a mantenerlo vigente, cuando expone en su considerando vigésimo séptimo: "Que los acuerdos entre competidores, en general, atendida su particular naturaleza, esto es, que su éxito depende de la voluntad de sus miembros de persistir en él, implican siempre una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener vigente dicho acuerdo y a prolongar sus beneficios esperados. As, por ejemplo, en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste tal acuerdo, esto es, que éste 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, o de clientes, o de cuotas de producción mientras se ejecuten por las partes involucradas las acciones materiales concretas necesarias para mantener cada zona geográfica, o cada cliente, o cada cuota de producción asignados, en manos de su titular"¹⁰.

Esta posición fue reafirmada por la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 6615-2010, al prescribir: Considerando "Noveno: Que la norma del artículo 20 antes aludida es clara en señalar que el plazo de prescripción se cuenta desde la ejecución de las conductas atentatorias a la libre competencia. Ahora bien, en algunos casos, como ha señalado esta Corte con antelación, la ejecución de las conductas ocurre día a día, mientras el agente económico mantiene la realización de actos que pugnan contra la libre competencia, por lo que cada vez que la requerida mantuvo su política de baja en los precios y la prestación de los nuevos servicios incorporados en los horarios que implementó a partir del ingreso del nuevo competidor, significó en los hechos la ejecución de una conducta cuestionada a la luz de la libre competencia y por ende que habilitaba para denunciarla o requerir"¹¹.

Reafirmado por medio del considerando undécimo que hace referencia a la subsistencia en el tiempo de la conducta anticompetitiva de un acuerdo colusorio: "Undécimo. Que la ejecución del ilícito de colusión se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o supresión del concierto de voluntades que lo configura. Los acuerdos entre competidores requieren, por regla general, de un conjunto de acciones que mantengan el estado de cosas contrario a derecho que provocan, y se extienden temporalmente mientras subsiste la supresión de la competencia entre los partícipes que resulta de los mismos. Lo anterior, dado que en este caso existiría una unidad de acción y no una serie de ilícitos distintos e independientes entre sí;"¹²

¹⁰ Sentencia 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros", página 89.

¹¹ Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 6615-2010 contra sentencia 102-2010, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital", página 4.

¹² Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207 - 10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 19.

Asimismo, la Excelentísima Corte Suprema aclara el carácter de continuado del ilícito de colusión por medio del considerando duodécimo y cuadragésimo segundo, al señalar: "Que en este sentido, tal como se señaló en la Sentencia N° 57/2007, el ilícito de colusión, atendida su especial naturaleza –esto es, que su éxito depende de la voluntad concertada de sus miembros de permanecer en él– implica normalmente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener vigente el acuerdo colusorio y a prolongar sus efectos; así, por ejemplo, en los acuerdos de precios debe entenderse que subsiste el mismo –es decir, que éste está siendo ejecutado– mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; en los acuerdos de reparto de mercado, ya sea geográfico, de clientes, o de cuotas de producción, subsiste mientras cada zona geográfica, cada cliente, o cada cuota de producción asignados, se mantenga en manos del competidor convenido, en cumplimiento de lo acordado"¹³.

Considerando cuadragésimo segundo: "Que, entonces, si se considera que la decisión concertada habría consistido en repartir las frecuencias y establecer determinados precios, resulta evidente que, en caso de existir tal acuerdo, tanto la omisión como la acción antes descritas requerirían de la voluntad concertada, constante y permanente de quienes las ejecuten para poder mantenerse y ser efectivas. En consecuencia, mientras permanezca la voluntad común de sostener el acuerdo debe entenderse que éste está siendo ejecutado –esto es, debe necesariamente entenderse que tal acuerdo aun existiría– y que, por lo tanto, no habría empezado a correr a favor de quien eventualmente lo hubiere cometido el plazo de prescripción extintiva que fuere aplicable"¹⁴.

Finalmente, respecto de la interpretación de la excepción de prescripción, la Excelentísima Corte Suprema es clara en reafirmar la interpretación del TDLC respecto de los elementos de la ejecución de la conducta y el carácter continuado de la misma, al indicar en el considerando tricentésimo decimoquinto de la sentencia en comentario: "Que establecido así que la ley aplicable al cartel de autos es el Decreto Ley N° 211 actualmente vigente, se concluye necesariamente que el régimen de prescripción aplicable no puede ser otro que el que contempla dicho cuerpo legal, el que, para el caso de la colusión, es de cinco años, contados desde "la ejecución de la conducta", teniendo presente que para el caso de la colusión "el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción" (art. 20, incisos 3° y 4°)"¹⁵.

¹³ Sentencia 122-12 de causa Rol C- 207-10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 19.

¹⁴ Sentencia 133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros", página 46.

¹⁵ Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", página 167.

5) Aplicación de cómputo de plazo en casos de *bid rigging*: Contabilizar plazo de prescripción en licitaciones públicas

El ilícito de colusión es objeto de estudio bajo ciertas formas de organización social del mismo, dentro de las cuales se destacan figuras tales como *interlocking*, grupos estratégicos y *bid rigging* o *collusive tendering*.

Esta última figura es definida por la OCDE como “Manipulación de las ofertas (o licitaciones colusorias) ocurre cuando las empresas, que de no mediar dicho acuerdo se esperaría que compitan entre sí, secretamente conspiran para elevar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios para los compradores que deseen adquirir productos o servicios a través de un proceso de licitación obligatorio” (OECD, 2009)¹⁶.

De acuerdo a la OCDE se pueden reconocer una serie de conductas que típicamente se presentan dentro de los acuerdos de *bid rigging*, tales como: *Cover bidding* o propuestas simuladas, supresión o limitación de propuestas, rotación del ganador, asignación de zonas o repartos de mercado.

Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica ha identificado una serie de conductas como susceptibles de afectar la competencia al interior de licitaciones públicas: 1. Intercambios de información sensible sobre las posturas que cada cual presentará en la subasta. 2. No presentación de posturas por uno o más de los postulantes. Esto puede darse, por ejemplo, a nivel regional o por organización: cada postulante acuerda presentar propuestas sólo en ciertas áreas geográficas o sólo en ciertas organizaciones. 3. Retiro de las posturas ya presentadas. 4. Presentación de posturas manifiestamente destinadas al fracaso, las que serán seguramente descartadas en razón de que, por ejemplo, su precio es muy alto para ser aceptado o los términos son con toda certeza inaceptables para el comprador. Puede tratarse de posturas complementarias a otras (“de cobertura”), que cumplen sólo en apariencia con el proceso. 5. En licitaciones repetidas en el tiempo, los participantes frecuentes en una categoría de licitaciones pueden repartirse los contratos entre sí o turnarse en la posición de ganador o adjudicatario. 6. A efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario en la subasta oficial puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo. En esta segunda subasta, a diferencia de la primera, las firmas anteriormente coludidas presentan ahora posturas competitivas (Fiscalía Nacional Económica, 2011).

¹⁶ *Bid rigging* (or *collusive tendering*) occurs when businesses, that would otherwise be expected to compete, secretly conspire to raise prices or lower the quality of goods or services for purchasers who wish to acquire products or services through a bidding process.

Bid rigging is an illegal practice in all OECD member countries and can be investigated and sanctioned under the competition law and rules. In a number of OECD countries, *bid rigging* is also a criminal offence.

Al respecto, el TDLC ha establecido una regla especial para efectos de la contabilización de la prescripción cuando los acuerdos colusorios se han desarrollado en procesos de licitación, determinando que sólo se contabilizará el plazo desde el momento en el cual se puedan volver a disputar la adjudicación de la prestación de servicios o provisionamiento de bienes en cuya adjudicación originaria se hubiera suscrito un acuerdo de bid rigging, como es posible desprender de la Sentencia N° 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, “FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros”, en su considerando vigésimo octavo, al indicar: “Que, sin embargo, este principio no puede ser el mismo en los casos de licitaciones sucesivas, o de procesos de contratación más o menos directa que también se sucedan unos a otros, o en los procesos de contratos a plazo fijo con renovación automática o de tracto sucesivo que se extiendan por un lapso significativo, pues en todos estos casos los efectos del acuerdo de reparto entre distintos competidores subsiste mientras no exista para alguno de ellos la posibilidad de volver a disputar (y eventualmente ganar, por la vía de ofrecer precios competitivos que supongan un quiebre respecto de lo acordado) un cliente originalmente no asignado en dicho reparto. Tal posibilidad sólo puede ocurrir en aquellos casos en los que termine un contrato o corresponda su renovación, o bien cuando sea posible para el cliente cambiar a su proveedor actual de manera que los beneficios que obtenga por ese cambio sean mayores que los costos que dicho cambio implique, los que serán función, a su vez, de los costos de salida que asigne el contrato y de la probabilidad de que se imponga, efectivamente, el cumplimiento forzado del mismo por parte del proveedor perjudicado con su incumplimiento;”¹⁷

Asimismo, a este respecto en relación a las conductas desplegadas por parte de los miembros del acuerdo colusorio para la concreción de la conducta ilícita, no es dable pretender que se realicen conductas sucesivas por parte de los actores para que ella pueda considerarse como reprochable en el tiempo en los términos antes indicados, sino que basta con la presentación de los antecedentes de la forma pactada por los miembros del acuerdo colusorio para que se le aplique el plazo de prescripción antes indicado, como se desprende de la lectura del considerando decimotercero de la conducta en comento, cuando señala: “Que, a juicio de este Tribunal, en este caso las conductas reprochadas se agotan desde el momento en que se presentan las ofertas al proceso de licitación respectivo, pues es en ese momento en el que cesa la acción colusiva relevante. Una vez presentada la oferta no cabe a los coludidos más que esperar el resultado de la adjudicación, y los actos anteriores a dicha presentación –como lo serían, en la especie, los contratos de cesión celebrados entre las requeridas– son sólo preparatorios de la misma...”¹⁸

¹⁷ Sentencia 43 – 2006, de causa Rol C 74 – 2005, “FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros”, página 90.

¹⁸ Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, “FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada”, página 23.

III. Comentarios respecto de estrategias de defensas presentadas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en casos de colusión.

Dentro de los procesos seguidos en materia de colusión existen una serie de defensas impetradas por los requeridos o demandados (dependiendo del caso) en procesos de colusión, que han sido interpretadas en su procedencia por el TDLC desde 2004, que resultan interesantes de revisión dentro del presente artículo, entre ellas la presentación de utilidades normales en los balances, la cooperación interempresarial, la falta de delimitación de la conducta considerada como ilícita por parte de la Fiscalía Nacional Económica, falta de potestad del TDLC para la dictación de medidas preventivas en un proceso de colusión, y, finalmente, la existencia de cambios legislativos que afectan al ilícito durante el plazo de despliegue de la conducta imputada.

Es importante indicar que las defensas enunciadas no son las únicas que se han interpuesto, ni que pudieran interponerse ante el TDLC, pero corresponden a aquellas respecto de las cuales el Tribunal se ha manifestado expresamente a lo largo del tiempo.

a) Presentación de utilidades normales como defensa

En primer lugar, se ha intentado indicar que el reproche que el legislador designa al ilícito de colusión se fundamenta en las ganancias por sobre lo esperable que los miembros del cartel hubieren obtenido más allá de sus legítimas expectativas en caso de no mediar el acuerdo colusorio.

Lo anterior no tiene un fundamento en el Decreto Ley N° 211, el cual indica como conducta contraria a la libre competencia en su artículo 3°¹⁹, que resultará contrario a la libre competencia cualquier "...hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos". Por tanto, si es posible que se sancione un hecho, acto o con-

¹⁹ Decreto Ley N° 211, 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.

vención que potencialmente pueda provocar los efectos no deseados por el legislador, no resulta razonable condicionar la ilicitud de un acuerdo colusorio a la existencia de utilidades superiores a las que normalmente produce una industria como un elemento determinante para la identificación de un acto antijurídico y, en consecuencia, sancionable.

El TDLC ha fallado en este sentido en la Sentencia 139-2014, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", al determinar en su considerando ducentésimo vigésimo noveno: "Que este Tribunal considera que la circunstancia de que en ciertos periodos alguna de las empresas que participaron de un acuerdo colusorio no hayan presentado utilidades contables que sean posibles de considerar como "sobrenormales", no es razón suficiente para descartar que dicho acuerdo haya existido, ni para descartar que esas empresas hayan participado del mismo."²⁰

b) Presentación de defensa de una regulación que indica coordinación.

Si bien es cierto que la coordinación entre empresas no es considerada como un ilícito, sino que incluso yendo aún más lejos, es considerada como beneficiosa en determinadas circunstancias por los beneficios que puede implicar para los consumidores (mediante la reducción de costos de producción de un bien cuando son traspasados al precio final), o por las particularidades de un mercado específico (como puede ser la coordinación de horarios entre empresas de transporte para asegurar una mayor cobertura a los consumidores del servicio), esta coordinación presenta limitaciones para el TDLC.

De acuerdo a la Unión Europea, la coordinación que se puede presentar entre empresas no sólo es lícita, sino que puede ser conveniente para los mercados en los cuales se presenta, al determinar que: "...la cooperación horizontal suele dar lugar a beneficios económicos sustanciales cuando es el medio de compartir riesgos, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación. Por otra parte, la cooperación horizontal puede crear problemas de competencia cuando con ello provoca efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la diversidad y la calidad de los productos" (Unión Europea, 2001).

Es más, los beneficios de las redes organizacionales han sido consideradas por la ciencia de la administración como formas especiales de organización inter empresarial, siguiendo a Ebers: "Si hay más de dos organizaciones que están

²⁰ Sentencia 139-2014, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", página 138.

vinculadas a través de este tipo de relaciones en red, constituyen una red entre organizaciones. En este punto, basta con decir que la creación de redes entre organizaciones representa una forma particular de organización, o de gobierno, las relaciones de intercambio entre las organizaciones” (Ebers, 1997).

Para el autor en comento la cooperación empresarial busca dos posibles finalidades, en primer lugar, mejorar sus utilidades, y, en segundo lugar, el generar una reducción de costos. De acuerdo a la legislación nacional, la coordinación entre empresas no es en sí mismo ilícita, al seguirse la regla de la razón, por lo que no es la gestación de un acuerdo colusorio el que involucra un ilícito, sino que los efectos que dichos acuerdos impliquen en el mercado.

Por su parte el TDLC ha dictaminado en sentencia N°141-2015, de causa Rol C-244-12, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, en su considerando decimotercero, que aun cuando las coordinaciones entre empresas puedan resultar necesarias en un determinado mercado para efecto de facilitar la gestión de los operadores del mismo, esta coordinación lleva implícita necesariamente ciertas limitaciones, como por ejemplo la imposibilidad de fijar el precio de manera coordinada entre ellos: “Que a pesar de que el transporte urbano de pasajeros puede requerir de un cierto nivel de coordinación, lo que explica la existencia de una regulación (en este caso respecto de los tramos que sirve cada línea), ello no justifica que los agentes económicos que compiten en este mercado puedan acordar el precio a cobrar por el servicio;”²¹

Por tanto, para el TDLC, en caso de que se den espacios de coordinación entre empresas, ésta requiere que sea posible justificar el acuerdo colusorio, por medio de la existencia de efectos procompetitivos que releven la antijuridicidad del acto, como se desprende de la lectura del considerando quincuagésimo segundo de la sentencia 145-2015, de causa Rol C- 265-13, “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros”, al determinar: “Que en materia de libre competencia, la posibilidad de presentar una causal de justificación implica conferir la oportunidad a quien efectuó la conducta colusoria, de demostrar que existen efectos procompetitivos que podrían compensar las consecuencias negativas para la competencia derivadas de su actuar. Atendida que la materia de que se trata es la más grave en esta sede, estas causales deben ser interpretadas de manera altamente restrictiva y, en todo caso, ser sustanciales y plausibles;”²²

²¹ Sentencia 141-2015, de causa Rol C-244-12, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, página 22.

²² Sentencia 145-15, de causa Rol C- 265-13, “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros”, página 35.

c) La falta de delimitación de la conducta considerada como ilícita por parte de la Fiscalía Nacional Económica

En razón de la forma en la cual se procede a la descripción de los hechos constitutivos de ilícitos contrarios a la libre competencia planteados por la Fiscalía Nacional Económica en sus requerimientos, en relación con el artículo 11 bis inciso tercero del Decreto Ley N°211, que señala: "El requerimiento a que alude el inciso precedente señalará con claridad y precisión los hechos que configu- raren la infracción y a él se acompañarán o se ofrecerán, si fuera el caso, los medios de prueba en que se fundaren. Si el requerimiento no cumpliera estos requisitos, el pleno, convocado al efecto, lo declarará inadmisibles en cuenta, sin más trámite."

El TDLC ha dictaminado que no es posible para la Fiscalía Nacional Económica ejemplificar potenciales riesgos que un determinado acuerdo colusorio pudie- re generar en el mercado en el cual se desarrolla para justificar una sanción, sino que debe fundamentar de manera concreta los abusos que en su opinión implican una infracción de la institucionalidad de Libre Competencia, como se desprende de la sentencia 65-2008, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", en su considerando vigési- mo séptimo, al indicar: "Que para ello, esto es, para que este Tribunal pudiese determinar si las conductas abusivas cuestionadas genéricamente por la FNE son o no contrarias a la libre competencia, tales abusos deberían haber sido denunciados como infracciones autónomas y concretas, mas no como ejemplos de riesgos que podría llevar aparejada una mayor concentración en la industria supermercadista;"²³

d) Falta de potestad del TDLC para la dictación de medidas preventivas dentro de un procedimiento contencioso en un proceso de colusión.

Tras la determinación de medidas preventivas en un procedimiento contencioso respecto de la causa rol N° 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", aun cuando el Decreto Ley N° 211 no indica expresamente el tipo de procedimiento en el cual pudieran impetrarse aquellas, el TDLC dilucida respecto de la naturaleza jurídica de las medidas correctivas al señalar en su considerando sexto: "Que, en consecuencia, este Tribunal cuenta con atribuciones tanto para sancionar como para corregir o prohibir hechos, actos o convenciones que ya hubieren producido efectos contrarios a la competencia, o que tiendan a producirlos. En este último caso, las medidas correctivas son en realidad preventivas, pues no corrigen una situación actualmente perjudicial

²³ Sentencia 65-08, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", página 35.

para la competencia, sino que evitan la concreción de riesgos inminentes o con una alta probabilidad de ocurrencia;²⁴

Asimismo, determina que las medidas preventivas no se encuentran circunscritas a un determinado procedimiento, como lo señala con claridad en los considerandos octavo²⁵ y décimo²⁶ de la sentencia en comento.

e) La existencia de cambios legislativos que afectan al ilícito durante el plazo de despliegue de la conducta imputada.

En aquellos casos en los cuales la legislación aplicable a un acuerdo colusorio es modificada durante la vigencia del acuerdo, incrementando el monto de las multas aplicables, se ha argumentado que la aplicación de la nueva normativa implicaría un perjuicio para el requerido, dado que debiera sancionarse en razón de la normativa vigente al momento de la toma del acuerdo colusorio por parte de las personas sancionadas.

Con todo, en este punto el TDLC ha sido claro en plantear que en este caso no existe un conflicto de normas aplicables al caso concreto, dado que no existen dos normas que deban ser invocadas alternativamente por el Tribunal, sino que, en el hecho, estamos en presencia de un estatuto jurídico que mutó mientras el acuerdo colusorio se encontraba en ejecución, y, por tanto, lo que en derecho corresponde es la aplicación del estatuto jurídico correspondiente al término de la ejecución de la conducta, como se extrae de la sentencia N°139-2014, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", al establecer en su considerando tricentésimo decimotercero: "Que a juicio de este Tribunal la hipótesis de hecho que subyace a las preguntas antes formuladas es otra muy distinta y que no debe confundirse con aquélla: de lo que se trata es de dilucidar cuál de todas las leyes que pueden haber estado vigentes durante la ejecución de una conducta permanente y de organización es la que debe aplicarse a la conducta considerada como el todo unitario que es. La diferencia fundamental con las hipótesis utilizadas por las Requeridas

²⁴ Sentencia 65-08, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", página 30.

²⁵ Considerando: "Octavo Que, además, una interpretación de las normas mencionadas en la consideración precedente, que sea coherente con el principio de prevención que es inherente a la labor de resguardo de la libre competencia, exige entender que este Tribunal puede adoptar medidas preventivas respecto de los hechos sometidos a su conocimiento, sea mediante procedimientos contenciosos o no contenciosos;" Sentencia 65-08, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", página 31.

²⁶ Considerando "Décimo. Que, en cambio, no se observan razones para limitar la atribución de este Tribunal de adoptar medidas preventivas a un tipo de procedimiento en particular, como podrían esgrimirse en relación con las medidas sancionatorias, que sólo podrían adoptarse en los procedimientos contenciosos. Por el contrario, todas las referencias que existen en dicho cuerpo legal a las medidas preventivas no guardan relación con algún tipo de procedimiento en especial;" Sentencia 65-08, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.", página 31.

para responder esas preguntas es que, en este caso, quien ejecuta la conducta permanente siempre conoce o sabe –o se presume que conoce o sabe– cuál es el régimen jurídico que el ordenamiento establece respecto de esa conducta. Es más, el hechor incluso podría optar por perseverar en su conducta a pesar de saber que ha entrado en vigencia durante su ejecución una ley que la convierte en ilícita, o que agrava las sanciones a la misma si ésta ya estaba tipificada como ilícita antes del cambio normativo. En otros términos: no hay una aplicación retroactiva de una ley más gravosa y posterior a la conducta. Lo que existe es un régimen legal que mutó durante su ejecución y cuya mutación fue conocida del hechor;²⁷

IV Conclusión.

De tal manera, y en razón de los argumentos antes expuestos, es posible indicar las siguientes conclusiones.

Respecto de las excepciones interpuestas ante el TDLC en procesos de acuerdos colusorios, es posible indicar:

En primer lugar, que en el caso de la excepción de cosa juzgada, esta procederá en tanto se encuadre en un criterio temporal y territorial. En relación del criterio temporal, sólo procederá cosa juzgada cuando el período de tiempo en el que se haya desplegado la conducta sometida a conocimiento del Tribunal en ambos procesos sea diversa. Desde una perspectiva territorial, sólo procederá aplicar cosa juzgada cuando los efectos investigados y sancionados en el primer proceso correspondan a aquellos que la conducta desplegada haya implicado en el territorio nacional.

En segundo lugar, en razón de la excepción por falta de jurisdicción, sólo procederá cuando los efectos de la conducta sometida a conocimiento del Tribunal no hayan generado efectos en el territorio nacional.

En tercer lugar, la excepción de actuaciones fuera del mandato del administrador de la organización no resulta procedente tanto en cuanto los beneficios de la operación se hayan radicado en el patrimonio de su mandante.

En cuarto lugar, la excepción de prescripción deberá analizarse en razón de los elementos: ejecución de la conducta y cómputo del plazo de prescripción. Asimismo, resultarán aplicables los criterios de delito continuado para el ilícito de colusión.

²⁷ Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", página 166.

En atención a la prohibición de realización de conductas colusorias para asegurar el resultado de licitaciones públicas, se ha determinado por el TDLC que el plazo de prescripción en estos casos sólo puede comenzar a contabilizarse en el momento en el que termine un contrato o corresponda su renovación, o bien cuando sea posible para el cliente cambiar a su proveedor actual de manera que los beneficios que obtenga por ese cambio sean mayores que los costos que dicho cambio implique.

Finalmente al revisar pormenorizadamente las defensas que pueden ser planteadas frente al TDLC en materia de colusión es posible señalar que la presentación de utilidades normales en los balances sólo puede ser considerada como un antecedente, pero que en sí misma no implica la inexistencia del ilícito en análisis, dado que es posible sancionar acuerdos colusorios que potencialmente pudieran generar efectos perniciosos en el mercado nacional.

Asimismo, se ha determinado por el TDLC que no todo acuerdo entre partes resulta contrario a la libre competencia, permitiendo la defensa de la cooperación interempresarial, con todo, el mismo Tribunal establece claramente que la cooperación reconoce limitaciones claras, como por ejemplo la imposibilidad de fijar de consuno los precios aplicables a los consumidores de las empresas parte del acuerdo colusorio.

Se ha reconocido como defensa plausible la falta de delimitación de la conducta considerada como ilícita por parte de la Fiscalía Nacional Económica, en razón del incumplimiento de los requisitos del artículo 11 bis inciso tercero que se refiere a las menciones que debe contener el requerimiento presentado a conocimiento del TDLC.

Se ha establecido que el TDLC cuenta con potestades para la dictación de medidas preventivas en un proceso de colusión, dado que éstas no se encuentran circunscritas a un procedimiento no contencioso, pudiendo dictaminarse en cualquier clase de procedimiento seguido en esta sede jurisdiccional.

Y, finalmente, respecto de la existencia de cambios legislativos que afectan al ilícito durante el plazo de despliegue de la conducta imputada, el TDLC ha enunciado su posición argumentando la mutación de las normas aplicables al ilícito de colusión durante la vigencia de un acuerdo colusorio, lo que establecería la normativa aplicable al momento de su sanción y no al del acuerdo colusorio entre las partes.

V. Bibliografía.

Aguirrezábal, M., Pérez Ragone, Á., & Romero Seguel, A. (2011). Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional: un examen desde la justicia procedimental y el debido proceso en el derecho positivo chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 431-472.

Aravena Arredondo, L. (2006). *Derecho Procesal Orgánico*. Santiago: Lexis Nexis .

Cassarino Viterbo, M. (2007). *Manual de Derecho Procesal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

CISS Grupo Wölkens Kulher. (2013). *Todo Sociedades Mercantiles*. Barcelona: CISS.

Colombo Campbell, J. (1968). La Jurisdicción en el Derecho chileno. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* . Obtenido de <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/10351/10407>

Díaz Uribe, C. (2000). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Santiago de Chile: LexisNexis Chile.

Ebers, M. (1997). Explaining inter-organizational network formation. En *The formation of inter-organizational networks* (págs. 3-40).

Escarcena, L., & Sebastián. (2006). La falta de jurisdicción *ratione temporis* en el caso Lucchetti. *Revista Chilena de Derecho*, 159-165.

Gil Echeverry, J. (2012). *Derecho societario contemporáneo: Estudios de Derecho Comparado*. Bogotá: Legis S.A.

Gilberto Villegas, C. (2007). *Contratos mercantiles y bancarios: Tomo I Contratos mercantiles*. Barcelona: Edición del autor.

GONZALEZ, A. (2011). Conductas Anticompetitivas y Control de Operaciones de Concentración: Prácticas Colusivas. *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*.

Lascano, D. (1930). Teoría de la Jurisdicción. *Género, Derecho y Jurisprudencia* , 213-234 .

Lopez Rojas, D. G., & Bertot Yero, M. C. (2012). El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple. *Revista Chilena de Derecho*, 725-751 .

Matanzo Vicens, A. (2014). Derecho Procesal Civil . *Revista Jurídica UPE*, 813-829.

Matos, R. (1932). Jurisdicción y competencia: Idea general de ambos conceptos. *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico*, 133.

Ovalle Madrid, G. (2004). Delito contra el medio ambiente y delito de daños en el Código Penal Español. La relación concursal entre un delito de peligro abstracto con verificación de resultado. *Revista Chilena de Derecho*, 105-113.

Romero Seguel, A. (2004). La falta de jurisdicción y su denuncia en el proceso: las excepciones procesales y materiales. *Revista chilena de derecho*, 183-193.

Rosende Villar, C. (2001). Efectos directos y reflejos de la sentencia. *Revista Chilena de Derecho*, 489-507.

Sentencias.

Sentencia 43-2006, de causa Rol C 74-2005, "FNE contra Air Liquide Chile S.A. y otros".

Sentencia 57-2007, de causa Rol C 77-2005, "FNE contra Isapre ING S.A. y otros".

Sentencia 65-2008, de causa Rol C 101-06, "FNE contra Distribución y Servicio D&S S.A. y Cencosud S.A.".

Sentencia 87-2009, de causa Rol C-157-08, "Gustavo Hasbún Selume contra Compañía de Petróleos de Chile S.A. y otros".

Sentencia 102-2010, de causa Rol C 191-09, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital"

Sentencia 112-2011, de causa Rol C 194-09, "FNE contra Corporación de Radio Valparaíso Limitada".

Sentencia 136-2011 de causa Rol C-234-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A."

Sentencia 122-2012 de causa Rol C-207-10, "FNE contra Tecumseh Do Brasil Ltda.", página 22.

Sentencia 133-14, de causa Rol C- 224-11, "FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros".

Sentencia 139-14, de causa Rol C-236-11, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros".

Sentencia 141-15, de causa Rol C-244-12, "FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros".

Sentencia 145-15, de causa Rol C-265-3, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros".

Sentencia Excelentísima Corte Suprema respecto de Recurso de Reclamación Rol N° 6615-2010 contra sentencia 102-2010, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital".