

DOLO ANTICOMPETITIVO:
RESPONSABILIDAD CIVIL
DEL AGENTE ECONÓMICO COACCIONADO,
Y EN ESPECIAL
LA DEL DELATOR COMPENSADO

ANTICOMPETITIVE FRAUD:
CIVIL RESPONSIBILITY OF A COERCED
ECONOMIC AGENT, AND PARTICULARLY
OF A LENIENCY APPLICANT GRANTED
WITH IMMUNITY

*Felipe Vega Gómez**

RESUMEN: En este artículo se pretende analizar la hipótesis de coacción en la legislación antimonopólica, y la responsabilidad reparatoria que se genera sobre el agente económico que la padece en sus distintas fases de verificación, esto es, considerando el marco temporal que cubre desde la gestación hasta la consumación del injusto monopólico. Del mismo modo, se propondrá una solución para aquellos casos de ilícitos anticompetitivos dolosos en que el elemento subjetivo del tipo se verifica con dolo no intencional, teniendo en consideración que en la responsabilidad extracontractual el factor de atribución de responsabilidad delictual exige la intención positiva de producir daño.

PALABRAS CLAVES: Coacción, dolo anticompetitivo, libre competencia, delación compensada.

ABSTRACT: This article tries to analyze the hypothesis of coercion in the antitrust legislation, and the reparative responsibility that is generated on

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorado en derecho Universidad de Los Andes, Chile. Correo electrónico: fivega@miuandes.cl.

the economic agent that endure it in its different verification phases, that is, considering the time frame that it covers from the gestation until the consummation of the unfair monopoly. In the same way, a solution will be proposed for cases of anticompetitive illicit maliciously intended in which the subjective element of the type is verified with unintentional fraud, taking into account that in extracontractual liability the attribution factor of delictual responsibility requires the positive intention to produce injury.

KEYWORDS: coercion, anticompetitive fraud, antitrust, leniency.

PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

La totalidad de las legislaciones avanzadas en materia de derecho a la libre competencia consagran como una de las herramientas para los entes persecutores, en su tarea de descubrir y dismantelar carteles, la posibilidad de que los partícipes de esos ilícitos monopólicos se acojan a programas de clemencia, que compensan al delator con la eximición o reducción de la sanción; tanto en la multa a enterar en arcas fiscales como en la responsabilidad penal –e, incluso, la civil– derivada de la infracción.

Con independencia de la especificidad de la compensación que se otorga al delator en cada jurisdicción, siempre la consagración de esta necesaria herramienta¹ viene de la mano con la prohibición de otorgar el beneficio de esta denominada delación compensada² a aquellos miembros del cartel que hubieren coaccionado a otros agentes económicos para participar en el ilícito. En este contexto, nuestra legislación antimonopólica, contenida en el decreto ley n.º 211 (DL 211), dispone en su artículo 39 bis que el o los agentes económicos individualizados por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) como acreedores del beneficio de exención, no podrán ser sancionados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) con una

¹ La necesidad de su consagración no tiene relación con criterios de morales de justicia, sino que, en cambio, proviene de datos empíricos. En efecto, la evidencia muestra que tras el establecimiento de esta herramienta en las principales jurisdicciones, en 1993 en Estados Unidos y en 1996 en la Unión Europea, la cantidad de carteles desbaratados por las autoridades antimonopólicas aumentó exponencialmente; misma tendencia que se puede apreciar en Chile tras su consagración en el año 2009. La razón de ello se encuentra en el establecimiento de incentivos para minar las confianzas en los miembros de un cartel.

² En términos generales, Arturo Yrarrázaval conceptualiza la delación compensada como la situación en la que un delator formaliza una denuncia contra una o varias personas y es compensado por el hecho de acusar. YRARRÁZAVAL (2012), p. 255.

multa superior a la solicitada por el fiscal, ni con la disolución de la personalidad jurídica, salvo que, como prescribe la norma, “se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella”.

Surge, entonces, la problemática en torno a determinar la naturaleza del acto de coacción, y sus diversas manifestaciones a través del desarrollo del *iter* colusivo. La importancia de este análisis discurre por determinar el surgimiento de responsabilidades subsecuentes a la responsabilidad infraccional, especialmente el régimen de responsabilidad civil al que debe quedar sujeto el delator coaccionado, que es la que en este trabajo se aborda. Al respecto, el inciso final del artículo 39 bis del DL 211 prescribe que, en ningún caso, el régimen de exenciones o reducciones de la delación compensada podrá extenderse a la indemnización de perjuicios que tuviere lugar.

Para abordar la problemática planteada, el enfoque metodológico que se utilizará será el dogmático, contrastando la doctrina especializada sobre la materia con la legislación vigente; así como un análisis tópico sobre la base de los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos sobre la problemática estudiada. De esta manera, en primer lugar, se determinará el elemento subjetivo específico que debe concurrir en los acuerdos o prácticas concertadas. En un segundo apartado, se evidenciarán las distintas formas de surgimiento y verificación de la coacción en el ámbito de la libre competencia entre agentes económicos. En una tercera parte, el estudio se centrará en dar respuesta a la cuestión sobre el régimen de responsabilidad civil a que quedan sujetos los miembros de un cartel respecto de los cuales, habiéndoseles conferido clemencia por delatar el ilícito, se logró acreditar el elemento de coacción. En una cuarta y última sección, se distinguirán dos tipos de coacción: coacción física y coacción económica. La primera, que se denominará “mera coacción”, enerva la voluntad misma del agente económico que la padece, impidiendo el surgimiento de un acuerdo o práctica concertada. La segunda, que se denominará “coacción monopólica”, dejando subsistente un retazo de voluntad en el agente económico, permite la configuración del ilícito monopólico y legitima el juicio de reproche estatal sobre el mismo.

Como se tendrá ocasión de concluir, en lo relativo al régimen de responsabilidad civil al que quedan sujetos los delatores compensados por su ilícito civil, sean estos coaccionadores o coaccionados, la división de la deuda entre ellos dependerá de la intensidad de sus dolos y de su contribución causal a la producción del daño.

I. VERIFICACIÓN DEL ELEMENTO VOLITIVO EN LOS INJUSTOS MONOPÓLICOS EN GENERAL Y EN LA COLUSIÓN EN PARTICULAR

1. *El tipo universal antimonopólico y los tipos de la parte especial del derecho a la competencia*

La legislación antimonopólica, integrante del bloque del derecho económico, establece –junto a la moral, el orden público y la seguridad nacional– un límite extrínseco a la garantía constitucional de desarrollar actividades económicas³. Límite que el DL 211 logra neutralizando posiciones de dominio ilegítimamente alcanzadas, mantenidas o ejercidas⁴. Para lograr este cometido, la técnica del legislador antimonopólico fue comenzar la descripción típica con la consagración de una cláusula general⁵ o tipo universal anticompetitivo, que sanciona al 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” (inciso primero del artículo 3º del DL 211).

Enseguida, el inciso segundo del artículo 3º prescribe un catálogo no taxativo⁶ de injustos monopólicos⁷, distinguiendo entre:

³ FERMANDOIS (2006), p. 129.

⁴ Aunque, en un primer momento, la jurisprudencia de la Corte Suprema –siguiendo las conclusiones de BARROS (2007), p. 1042– discurrió sobre el equívoco de resolver que el derecho antimonopólico busca “neutralizar posiciones de dominio”, CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2014) y FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2016), esta posición se ha tendido a corregir en la conclusión de que no cualquier posición de dominio debe ser neutralizada, sino que solo aquellas “ilegítimamente alcanzadas, mantenidas o ejercidas”, FNE con Agrícola Agrosuper S.A. y otros (2015). En el mismo sentido, la disidencia de la ministra Sandoval y del ministro Aránguiz señaló, correctamente: “la sola circunstancia que las demandadas ostenten poder de mercado no configura una infracción a la libre competencia, toda vez que las conductas proscritas se relacionan con un abuso de aquel poder, cuestión que no se configura en la especie”, CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2014). Véase VEGA (2020) p. 251.

⁵ Utilizan esta denominación Enrique Barros: BARROS (2007), p. 1.046 y Hernán Corral: CORRAL (2013), p. 329.

⁶ El carácter no taxativo del catálogo se deriva de la literalidad de la norma del inciso segundo del artículo tercero, que prescribe: “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...”.

⁷ Domingo Valdés conceptualiza el injusto monopólico como una infracción típica, anti-jurídica, dolosa o negligente, mediante la cual se pone en riesgo o lesiona causalmente el bien jurídico libre competencia. VALDÉS (2006), p. 228.

- i) ilícito de acuerdo o práctica concertada, de la letra a);
- ii) ilícito de abuso de posición dominante unilateral o colectiva, de la letra b);
- iii) ilícito de competencia desleal, de la letra c) y
- iv) ilícito de *interlocking* horizontal directo, de la letra d).

Ya sea que se trate de un ilícito anticompetitivo que se corresponda con el tipo universal del inciso primero o con cualquiera específico dentro del catálogo del inciso segundo, el juicio de reproche estatal de los atentados contra el bien jurídico libre competencia⁸ exige siempre que se verifique la concurrencia del elemento subjetivo en la ejecución del hecho o la celebración del acto o convención. Este factor de imputación, que legitima el reproche en el ámbito de las infracciones administrativas, puede satisfacerse con la comisión culposa, la comisión dolosa o el criterio de la culpa infraccional; pues no tiene cabida en el derecho antimonopólico la responsabilidad estricta u objetiva. La doctrina y jurisprudencia es pacífica en torno a las conclusiones antedichas, y no se adentrará en ellas, pues se apartaría de los propósitos de este trabajo⁹.

⁸ Respecto del bien jurídico tutelado por la libre competencia, bien señala Julio Alvear, “la libre competencia es un instituto jurídico que asegura la justicia del mercado, sin afectar su eficiencia”, ALVEAR (2017), p. 121. En este trabajo no se concuerda con la conclusión de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que identifica el bien jurídico tutelado con el bienestar de los consumidores, CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2016). Contrariamente a lo concluido por el máximo tribunal, existen razones de diverso orden interpretativo que impiden equiparar el bien jurídico libre competencia con el bienestar de los consumidores; esta es una relación de igualdad artificiosa que, incluso, conlleva la desprotección de los consumidores. Un análisis detallado sobre este punto en VEGA (2020) p. 250.

⁹ En doctrina, Enrique Vergara es de la opinión que el principio asentado por la doctrina penal, conforme al cual el tipo objetivo tiene un necesario correlato subjetivo, es plenamente aplicable a los ilícitos infraccionales monopólicos, VERGARA (2006), p. 64; por ello, los tipos anticompetitivos dolosos requieren para su verificación del elemento dolo, aunque sea eventual, BARROS (2007), p. 1046. Siguiendo a Tiedemann, Jakobs y Roxin, en el medio local, Cristián Banfi es de la misma opinión, concluyendo que las conductas anticompetitivas: “dan lugar a una responsabilidad infraccional que debe ser aplicada con estricto apego a los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad. El acto anticompetitivo y las sanciones aparejadas al mismo son cualitativamente equivalentes a los ilícitos penales. El hecho que la responsabilidad por atentados a la libre competencia no sea denominada ‘responsabilidad penal’ obedece a una decisión política antes que jurídica. Por eso, no cabe presumir la responsabilidad infraccional, es necesario observar el principio *non bis in idem* y el castigo tiene que ser proporcionado al ilícito”. BANFI (2014), p. 40.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, por su parte, ha resuelto que el factor de imputación en la conducta del requerido debe ser establecido en relación con el hecho que se persigue y por el cual se le condena, FNE con Farmacias Ahumada y otros (2012). El TDLC, por su parte, ha resuelto que en sede de libre competencia el incumplimiento normativo solo puede

Pero de esta realidad normativa no se sigue que cada uno de los ilícitos monopólicos puedan admitir indistintamente, desde el punto de vista subjetivo, todos los tipos de comisión. En efecto, ciertos atentados contra el bien jurídico libre competencia pueden solo reprocharse en la hipótesis de comisión dolosa, excluyendo figuras de actuaciones imprudentes o culposas; cual es el caso de la competencia desleal y de los acuerdos o prácticas concertadas¹⁰. A continuación, y para los efectos de este trabajo, se estudiará específicamente el último de estos atentados anticompetitivos.

2. *La exigencia de comisión dolosa en el injusto monopólico de acuerdo o práctica concertada*

a) El tipo objetivo de acuerdo o práctica concertada como un tipo de resultado o de peligro

Como se adelantara, este ilícito infraccional está regulado en la letra a) del inciso segundo del artículo 3º del DL 211, que prescribe que se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos:

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

La norma antes transcrita es fruto de la reforma del año 2016, en que se introdujo la tipificación de los denominados “carteles duros” o “carteles de núcleo duro”¹¹, en que se buscaron sancionar –siguiendo la legislación comparada– los acuerdos o prácticas concertadas por la sola verificación de la conducta típica (ilícitos *per se*¹²), cuando esta recae sobre las variables

dar origen a responsabilidad administrativa cuando es culpable, por lo que no tiene cabida la responsabilidad estricta u objetiva, FNE con Cencosud S.A. y otros (2019).

¹⁰ Sobre la exigencia de comisión dolosa en el ilícito anticompetitivo de competencia desleal, bien se ha resuelto por la Corte Suprema que no se admite imprudencia o culpa en su comisión, COESAM S.A. con Comisión Preventiva Central (2005).

¹¹ Se entiende por carteles de núcleo duro aquellos que recaen, específicamente, sobre las variables de fijación de precios; procesos licitatorios; establecimiento de restricciones o cuotas de producción y división o reparto de mercado a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio. FONSECA (2017), p. 68.

¹² Puede apreciarse esta intención del legislador en diversos pasajes de la discusión parlamentaria, por ejemplo, en la intervención del Fiscal Nacional Económico de la época ante

competitivas de precio, cantidad o reparto de zonas o cuotas de mercado. Así queda claro la historia fidedigna del establecimiento de la norma antes transcrita¹³.

Sin embargo, la técnica legislativa empleada en la reforma de 2016 no parece haber sido la adecuada para consecución de los fines previstos en la historia de la ley, pues, razones hermenéuticas, llevan a concluir que sería jurídicamente incorrecto afirmar que la nueva redacción de la norma permita sancionar los carteles denominados “duros” por la mera verificación de los elementos del tipo prescrito en la letra a). Esto es, su sanción como un ilícito de mera actividad.

En efecto, por una parte, el tipo universal del inciso primero del artículo 3° al consagrar el tipo universal anticompetitivo exige una puesta en peligro o una efectiva lesión del bien jurídico libre competencia. Mientras que el encabezado del inciso segundo del mismo artículo 3° prescribe:

“se consideran, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos”

cada uno de los literales que regula; siendo el primer literal aquel relativo a los acuerdos o prácticas concertadas. Por otra parte, en el ámbito sancionatorio, en que el Estado ejerce el *ius puniendi*, el principio de tipicidad impide al adjudicador aparejar una sanción a una hipótesis de hecho sobre la base de lo discutido en la historia fidedigna del establecimiento de la norma¹⁴.

la pregunta de un diputado sobre la licitud de un acuerdo de precios entre competidores en beneficio de los consumidores, en el contexto de una situación de emergencia; donde la respuesta del representante del ente persecutor fue categórica, expresando: “lo importante es aclarar que la intención es perseguir los cárteles *per se*, más allá de sus efectos, como sucede en los delitos de peligro...esto viene de la tradición anglosajona y se busca entregar el mensaje que no hay cartel bueno, cualquier acuerdo entre competidores queda excluido”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley N° 20.945”, p. 199.

¹³ Sin embargo, no quedó claro en la historia fidedigna del establecimiento de la norma si en la discusión parlamentaria se quiso situar a los acuerdos o prácticas concertadas recaídos sobre procesos licitatorios, como una especie de cartel duro. De una lectura detenida de la historia de la ley, pareciese ser que no, pues se dejó constancia que, en el caso de esta variable competitiva, el lenguaje utilizado incorpora la exigencia de una afectación real del resultado licitatorio. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley N° 20.945”, p. 199.

¹⁴ Aunque a la fecha de elaboración de este trabajo no ha existido pronunciamiento jurisdiccional sobre la nueva redacción típica que sanciona los acuerdos o prácticas concertadas, es de esperarse que la aplicación de la regla por parte de los tribunales, frente a la deficiencia de la técnica legislativa y respetando el principio de tipicidad, en una correcta adecuación hermenéutica de las normas, mantenga su jurisprudencia conforme a la cual cada uno de los literales del inciso segundo del artículo 3° no son más que ejemplos del tipo universal del

En cambio, será siempre necesario que se verifiquen los requisitos previstos en el inciso primero del artículo 3º: que el cartel duro impida, restrinja o entorpezca la libre competencia (ilícito de resultado) o, al menos, tienda a producir dichos efectos (ilícito de peligro). Por ello, más que afirmar que hoy los carteles duros pueden sancionarse *per se* en Chile (ilícito de mera actividad), lo cierto es que la nueva regulación introdujo más bien una inversión de la carga probatoria, y no suprimió el resultado o el peligro de la estructura objetiva del tipo; serán los requeridos o demandados por esta clase de ilícitos los encargados de desvirtuar la pretensión sancionatoria, probando que el acuerdo o práctica concertada que involucró a competidores entre sí, no impidió, restringió o entorpeció la libre competencia (no lesionó el bien jurídico), ni tendió a producir dichos efectos (no puso en peligro el bien jurídico).

Una innovación normativa de la reforma del año 2016 que sí tiene aplicación indiscutible respecto de los acuerdos o prácticas concertadas es la inclusión como sujetos activos de la conducta a los agentes económicos en eslabones superiores o inferiores de la cadena productiva. Mientras que la antigua norma sancionaba a los “competidores entre sí”, la nueva redacción reemplaza esta expresión por “que involucren a competidores entre sí”. Con esta nueva redacción típica, los acuerdos o prácticas concertadas no solo son sancionables respecto de los competidores que los acuerdan y ejecutan, sino que, además, por los agentes económicos que los involucraron en la práctica o concierto anticompetitivo; ya sea en los eslabones superiores de la cadena productiva –como serían un acuerdo o práctica concertada en que los productores involucraron a competidores–, o en eslabones inferiores –como serían un acuerdo o práctica concertada en que los distribuidores involucraron a competidores–. Esta forma de concierto triangular en los acuerdos o prácticas concertadas es lo que se conoce como colusión del tipo *hub & spoke*¹⁵.

De lo dicho hasta este punto, es posible concluir que los agentes económicos que pueden ser sujetos activos del ilícito monopólico de acuerdo o práctica concertada del literal a) del inciso segundo del artículo 3º del DL 211, son tanto los competidores como los agentes económicos que los involucren; ya sea en una conducta que efectivamente se concrete en una lesión al bien jurídico libre competencia, como en una conducta que solo se erija como una puesta en peligro al referido bien jurídico.

inciso primero del mismo artículo 3º, FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2015) y FNE con Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (2015).

¹⁵ Donde los competidores son los *spoke*, que se comunican entre sí por medio de uno o más *hub*, que pueden ser productores o distribuidores, y que coordinan a los *spoke* a través de restricciones verticales, conformando un anillo de coordinación (*rim*). Al respecto véase ORBACH (2016), pp. 4 y 5.

Respecto a esto último, del tenor literal de la norma del artículo 3° del DL 211 parece no desprenderse si el peligro sancionado comprende tanto al peligro concreto como al abstracto o, bien, solo al peligro concreto. Una interpretación de la prescripción de peligro “o que tienden a producir dichos efectos” en el contexto del ejercicio del ejercicio de potestades sancionatorias lleva a la conclusión de que la hipótesis de peligro está contemplada bajo la modalidad de peligro concreto.

Como precisa Claus Roxin, en la modalidad de peligro concreto, la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual (se haya producido un peligro real), por lo que, si no se produjo efectivamente el resultado, es solo por casualidad¹⁶. Claus Roxin incluye a los delitos de peligro concreto dentro de los delitos de resultado, distinguiéndolos de los delitos de lesión acabados, no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente, de manera que los delitos de peligro concreto:

“se distinguen de los delitos de lesión acabados [...] no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un conceto ‘peligro de resultado’ en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido. Este peligro [...] ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior (por tanto, *ex ante*; cfr. nm. 32); si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un ‘resultado de peligro concreto’ y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas *ex post*”¹⁷.

Esta conclusión se justifica en el principio de lesividad, que limita el ejercicio de la punición estatal, pues la exigencia de lesividad presupone que la conducta sujeta a reproche, además de cumplir con los elementos típicos objetivos y subjetivos, debe causar una lesión o, a lo menos, una puesta en peligro al bien jurídico¹⁸, de lo contrario, pierde legitimidad el ejercicio del

¹⁶ ROXIN (2015), p. 336.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 404.

¹⁸ CABEZAS (2013), p. 87. Pero, como afirma Claus Roxin, no se trata de cualquier peligro, sino que, en cambio, se exige que se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo; incluso, aunque se pretenda la mayor abstracción posible, para concordar esta abstracción típica con la culpabilidad, se requiere que las acciones sean “aptas” para la perturbación de la paz pública, de modo que la punibilidad de estos delitos se haga depender de la “imprudencia sin consecuencias”. ROXIN (2015), pp. 407, 409, 411.

ius puniendi, que se despliega sobre los particulares como *ultima ratio*¹⁹. Por ello, una correcta interpretación de la hipótesis normativa de peligro de la norma del artículo 3º del DL 211 debe llevar a concluir que no es lícito para el TDLC arribar a una sentencia arbitraria en términos de deducir, en el discurso de adjudicación de la norma, una posibilidad abstracta de lesión.

Como se ha dicho, la intervención del *ius puniendi* en hechos de leve entidad, y con un disvalor de evento casi nulo, desvaloriza las armas del Estado y, por lo demás, va acompañada de un riesgo de pérdida de credibilidad en el sistema²⁰. Y, aunque la doctrina penal discuta sobre la admisión de los delitos de peligro abstracto en el ordenamiento vigente, lo cierto es que las divergencias de opiniones en dicha sede pueden tener lugar en la medida en que el *ius puniendi* estatal manifestado en el derecho penal resguarda debidamente a los acusados bajo una serie de garantías sustantivas y adjetivas –como las del *in dubio pro reo* y de la exigencia de una sanción sujeta al estándar de superar toda duda razonable– que establecen límites formales y materiales el ejercicio de la potestad penal. En este trabajo se estima que la presencia tenue de algunas de estas garantías, y la absoluta exclusión de otras, resta fuerza y argumentos a cualquier postura que pretenda incluir en el *ius puniendi* estatal manifestado en el ámbito infraccional, hipótesis de infracciones de peligro abstracto.

De esta manera, y por las razones antedichas, en este trabajo se estima correcta la jurisprudencia de la Corte Suprema, en el único caso en que se ha pronunciado sobre el particular, que ha adherido a una interpretación de la prescripción “o que tienden a producir dichos efectos” como una hipótesis de peligro concreto:

“[...] En todo caso cabe advertir que la potencialidad de un efecto anticompetitivo no significa asumir una respuesta arbitraria en términos de deducir una posibilidad abstracta de lesión, sino que se alude a un peligro concreto, razonablemente determinable y previsible en cada caso particular”²¹.

Por último, se debe precisar que en los ilícitos monopólicos de peligro la casualidad impide que, finalmente, el resultado de peligro generado se

¹⁹ Por ello, algunos autores, como Kindhäuser, quizá con razón, sostienen que los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar “seguridad”, por lo que son una infracción del cuidado debido. Claus Roxin no concuerda con esta conclusión, pues, a su juicio “la despreocupación y falta de temor sólo se pueden suscitar mediante la protección de los bienes jurídicos amenazados. Véase ROXIN (2015), pp. 409-410.

²⁰ MOCCIA (2003), p. 196.

²¹ FNE con Agrícola Agrosuper S.A. y otros (2015).

concreto o verifique; no es una casualidad referida a lo inexplicable según las ciencias naturales, sino que, en cambio, como una circunstancia en cuya producción no se puede confiar; por ello, toda “causa salvadora” basada en una feliz concatenación de circunstancias, no excluye la responsabilidad por el ilícito de peligro concreto²². Por ello, es que el riesgo de lesión, adecuado y no permitido, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior (y, por tanto, *ex ante*).

Para una mayor claridad de lo expresado, se puede apreciar esta conceptualización de los ilícitos monopólicos de peligro en un ejemplo simple respecto del ilícito de acuerdo o práctica concertada: los dos más altos ejecutivos del área de *pricing* de dos empresas duopólicas se conciertan en unas vacaciones en el extranjero, en que tuvieron la oportunidad de reunirse para fijar el precio de venta de los productos de sus empresas, concretando ese acuerdo de precios en un memorándum (que resguardan en una caja fuerte), pero en su regreso de las vacaciones el vuelo sufre un lamentable accidente, falleciendo todos los pasajeros (incluyendo a los ejecutivos de *pricing*) y en los vestigios las autoridades encuentran el referido memorándum, ¿es sancionable la conducta?. En este trabajo se estima que sí, pues la conducta concertada efectivamente puso en peligro el bien jurídico protegido, bajo la modalidad de peligro concreto²³, y la verificación de una feliz circunstancia salvadora no impide el reproche de la conducta.

b) El tipo subjetivo de colusión como un tipo dolo

La colusión –en cualquiera de sus clases o modalidades– solo admite comisión dolosa, pues la exigencia típica para su configuración, con independencia de la variable competitiva sobre la que recae, es un acuerdo (expreso o tácito) o una práctica concertada, que involucra a competidores entre sí. Ambos conceptos, acuerdos y prácticas concertadas, hacen referencia a un mismo elemento anímico de cooperación anticompetitiva, que suprime el actuar independiente de los agentes económicos, llevándolos o tendiéndolos a llevar, a la obtención de rentas sobrenormales (monopólicas o cuasimonopólicas), que no serían posibles de obtener en un escenario competitivo.

²² A este respecto, en este trabajo se sigue una teoría normativa del resultado peligro, sustentada inicialmente por Schünemann, y seguida por Claus Roxin. Véase ROXIN (2015), pp. 405-406.

²³ Cosa distinta es que, por la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad infraccional (artículo 26 del DL 211), la sanción de multa pueda ser ínfima –o, incluso, nula, quedando solo sujetos a una sanción de medidas (artículo 3° del DL 211)– y no se castigue con la disolución de las personas jurídicas. Los agentes económicos serán responsables y, consecuentemente, debe considerárseles como reincidentes el futuro.

Por lo antedicho, no puede configurarse el ilícito monopólico de colusión por mero descuido o negligencia de un agente económico²⁴, pues, además de los hechos materiales o actos de cooperación, se requiere un deliberado propósito de coordinación. Cualquiera sea el grado de contribución de cada agente económico: ya sea instigando (o siendo instigado); liderando (o siendo liderado); supervisando y monitoreando la cooperación (o siendo supervisado y monitoreado) o sancionando y disciplinando (o siendo sancionado y disciplinado). Y cualquiera que sea la motivación o finalidad subyacente a la decisión de cooperar anticompetitivamente, por más loable (o reprochable) que pueda parecer esta finalidad. De esta manera, es acertada la decisión de la Corte Suprema que concluye que el injusto monopólico de colusión excluye actuaciones imprudentes o culposas:

“Que la afirmación previamente consignada permite afirmar a esta Corte, que la comparte, que el cargo formulado no se logró establecer, desde que el mencionado artículo 3º letra c) establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado. Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, y sea el producto de actuaciones imprudentes o culposas como fue calificada la actuación de la denunciada por la propia Comisión Preventiva Central en el dictamen que por medio del reclamo que se analiza se pretende restablecer. Ello, sin perjuicio de lo que se expresa sobre la tipificación de las supuestas infracciones”²⁵.

Siguiendo con este análisis, es posible concluir que, mientras un agente económico puede decidir cooperar ilícitamente con su competidor para no ser desplazado del mercado (por haber sido amenazado o sancionado), el otro puede decidir hacerlo para mantener o aumentar su participación de mercado. En ambos casos, se verifica el elemento anímico del propósito de cooperación anticompetitiva, y se justifica o legitima el consecuente reproche de culpabilidad y la reacción estatal, por cuanto concurre el dolo anticompetitivo de actuación para obtención ilícita de rentas sobre normales.

²⁴ No al menos, sin vulnerar el principio de reserva legal y tipicidad, pues, como se viene diciendo, a la luz de la redacción típica del artículo 3 letra a) del DL 211, solo puede concluirse una hipótesis dolosa de comisión de la colusión. En otras palabras, por más reprochable que pudiese resultar la imprudencia en el contexto de un actuar con competidores (por ejemplo, en el contexto de un paralelismo consciente), no es punible dicha conducta. Del mismo modo que, por más reprochable que pudiese resultar, no es punible un acuerdo o práctica concertada entre competidores si esta no conlleva una lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico tutelado; no al menos, sin violentar el principio de lesividad.

²⁵ COESAM S.A. con Comisión Preventiva Central (2005).

c) Dolo anticompetitivo como dolo normativo

En la conceptualización del dolo en sede de libre competencia (dolo anticompetitivo) se adhiere al dolo propio de la corriente funcionalista, sustentada por Claux Roxin, que sustrae del dolo las pretensiones psicologistas, y busca normativizar el mismo estableciendo parámetros de actuación²⁶.

De esta manera, fluye la conclusión de que la conciencia de ilicitud es un elemento que no tiene la virtud eximente de responsabilidad infraccional, aunque sí tiene virtud atenuante. Así se ha resuelto por la jurisprudencia²⁷, y se estima en este trabajo una solución acertada, pues, como afirma la doctrina especializada sobre protección de las expectativas legítimas de los administrados, de momento que la autoridad ejecutiva declara que una determinada conducta es lícita, en contraposición con la regulación general, la protección de las expectativas legítimas impone concluir que la confianza informal generada influye en mayor medida en la libertad individual que la regulación general²⁸.

En cuanto al papel de la voluntad en la configuración del dolo anticompetitivo, puede distinguirse entre dolo anticompetitivo directo, dolo anticompetitivo indirecto (o directo de segundo grado) y dolo anticompetitivo eventual. A estas dos últimas clases o modalidades de dolo, en el ámbito penal, una parte de los autores los refiere como dolo no intencional²⁹.

En el dolo anticompetitivo directo, el hecho, acto o convención contrario a la libre competencia para la obtención de rentas sobre normales (ilícitas), es la meta, fin y objetivo que persigue el agente económico; por lo que, entonces, el elemento volitivo del dolo anticompetitivo es claramente distinguible del elemento cognitivo. En el dolo anticompetitivo indirecto, en cambio, el hecho, acto o convención contrario a la libre competencia para la obtención de rentas sobre normales (ilícitas) se representa por el agente económico como una consecuencia necesaria de su actuar; por lo que, entonces, el elemento volitivo del dolo anticompetitivo adquiere una simi-

²⁶ En este trabajo no se comparte la estructuración del injusto monopólico de Domingo Valdés, quien, siguiendo el finalismo clásico, sugiere una averiguación psicológica en el reproche de los agentes económicos, como exigencia de una conducta exteriorizada que se corresponde con una deliberación determinada. Véase en este punto VALDÉS (2006) p. 291.

²⁷ Ha fallado el TDLC que la circunstancia de que los demandados o requeridos hubiesen consultado a especialistas, FNE con AM Patagonia y otros (2008), o hubiesen actuado a instancia de la autoridad, FNE con Sociedad de Transportes Central Ltda. (2010), influye sobre la percepción de la conducta como lícita y, en este sentido, se ha atenuado la responsabilidad infraccional por concurrir esta percepción de licitud.

²⁸ PHILLIPS (2020) pp. 257 y 259.

²⁹ MÁLAGA (2018), p. 150. Aunque otra parte de la doctrina rechaza esta conceptualización, ZUCCALÁ (2001), p. 1402.

lar preponderancia respecto del elemento cognitivo. Finalmente, en el dolo anticompetitivo eventual, el hecho, acto o convención contrario a la libre competencia para la obtención de rentas sobre normales (ilícitas) se erige solo como una consecuencia posible; por lo que, entonces, el elemento volitivo del dolo anticompetitivo se encuentra disminuido frente al elemento cognitivo, pero subsiste^{30, 31}.

Sin embargo, en este trabajo se estima que es más acertado concluir que en la configuración del dolo anticompetitivo –la voluntad (querer) y conocimiento de los elementos típicos, en cada uno de los ilícitos monopolícos–, la imputación subjetiva debe construirse no a partir del conocimiento actual del agente económico, sino que, en cambio, sobre el conocimiento que le es exigible al agente económico, de conformidad con su poder de mercado y el mercado relevante en que se desenvuelve. De esta manera, el conocimiento real del agente económico respecto de los elementos típicos de cada injusto de monopolio, resulta absolutamente irrelevante, pues lo verdaderamente importante es poder imputar la responsabilidad infraccional en la medida en que el conocimiento le era exigible³². Aunque siempre se debe insistir, esta exigibilidad de conocimiento se debe determinar respecto de cada agente económico, conforme al poder de mercado y el mercado relevante específico en que se desenvuelve; nunca, conforme a un criterio de un ficticio “agente económico medio”³³, pues ello significaría suprimir por completo el juicio de culpabilidad y, por ello, volvería ilegítimo el ejercicio del *ius puniendi*³⁴.

³⁰ Aunque debe reconocerse que la doctrina penal se encuentra discutiendo fervientemente el papel de la voluntad en el dolo, especialmente, en el denominado dolo eventual. Para algunos autores, en las tres formas de dolo (directo, indirecto y eventual) el único factor común es el factor intelectual. Véase GRECO (2017), p. 30 y ss.

³¹ Aunque tradicionalmente los tratadistas penales justifican la distinción entre dolo eventual y dolo directo desde un ángulo estrictamente conceptual dogmático, se pueden encontrar trabajos que tratan abordar esta distinción acudiendo a criterios de política criminal para criminalizar a los marginalizados por la sociedad; por lo que el dolo eventual es culpa, pero con un agregado: “es un comportamiento culposo con un elemento agravatorio del injusto”, BUSTOS (2004), p. 242.

³² En este punto, se sigue la concepción adscriptiva o normativa del dolo, sustentada por Magdalena Ossandón en el ámbito de la receptación aduanera. Véase OSSANDÓN (2008), p. 74.

³³ En este punto, se siguen las conclusiones de Alex van Weezel, en torno a que el reproche de no evitabilidad del tipo –respecto de un conocimiento que pudo no haberse tenido, pero que debía tenerse– no debe ser juzgado según un “hombre medio”. Véase VAN WEEZEL (2009), p. 39 y ss.

³⁴ Esta exigencia resulta ineludible si es que se consideran los siguientes ejemplos. En un mercado relevante desde el punto de vista geográfico ubicado en una zona urbana y desde el punto de vista del producto correspondiente, por ejemplo, a un producto farmacéutico, existe

II. LA COACCIÓN EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA: MERA COACCIÓN Y COACCIÓN MONOPÓLICA

En términos generales, en el ordenamiento jurídico chileno la coacción se refiere al ejercicio de fuerza ilegítima que tenga una entidad suficiente para suprimir la voluntad del sujeto que la padece, esto es, fuerza física o psicológica irresistible. El ejercicio de este tipo de violencia, al eliminar la voluntariedad del acto, impide el surgimiento de cualquier tipo de responsabilidad (civil, administrativa y penal). Y como puede ser ejercida por cualquier sujeto capaz, en los hechos, de suprimir la voluntad del sujeto contra el cual la ejerce, bien puede denominársele como “mera coacción”; pues el ejercicio de violencia física o psicológica irresistible está consagrado como eximente de responsabilidad conforme a las reglas generales, y no requiere consagración expresa.

Sin embargo, la Ley n.º 20361 de 13 de julio de 2009, al reglamentar la delación compensada en materia de carteles incluyó específicamente la locución coacción con una finalidad específica: privar de la compensación al delator que, organizando la conducta ilícita, coaccionó a los demás integrantes del cartel para participar en este ilícito. Como este tipo de coacción solo está prevista para un agente económico que forme parte de un cartel y sea capaz, en los hechos, de lograr mediante su ejercicio la inclusión de otro agente económico al ilícito monopólico de colusión, bien puede llamársele “coacción monopólica”; pues se requirió de una legislación expresa para darle lugar y exige determinadas calidades desde el punto de vista activo y pasivo.

Esta nueva reglamentación plantea desafíos interpretativos para determinar el sentido y alcance que debe dársele a la voz ‘coacción’ en materia de delación compensada. En este capítulo, el trabajo se centrará en la búsqueda de una conceptualización para esta nueva regulación, para lo cual, se examinarán razones de índole gramatical, históricas, lógicas, sistemáticas y teleológicas.

un conocimiento exigible respecto de los agentes económicos oligopólicos, que, incluso, superan (o deben superar) un nivel medio de conocimiento. Pero la conclusión es absolutamente diversa si se considera un mercado relevante, desde el punto de vista geográfico ubicado en una alejada zona rural de pastoreo, donde solo existen dos pastores en cientos de kilómetros a la redonda. En este último caso, al ser solo dos agentes económicos productores y con productos insustituibles (por el factor de distancia), aunque la teoría económica concluye que tienen posición dominante en ese mercado relevante (desde el punto de vista geográfico y del producto), sería un completo error exigirles un conocimiento juzgándolos de conformidad a un ficticio “agente económico medio”; en este último caso no hay un conocimiento actual de los pastores, ni hay un conocimiento que sea exigible para poder imputar, legítimamente, responsabilidad infraccional, pues el dolo anticompetitivo se encuentra totalmente ausente, situándonos en el ámbito del error de tipo.

La razón de acudir a las reglas interpretativas del *Código Civil* (artículos 19 al 24) es que, al no contemplar la legislación antimonopólica del DL 211 reglas particulares sobre materia interpretativa, es no solo legítimo, sino que, además, obligatorio para el intérprete acudir a las reglas del *Código* de Andrés Bello; de lo contrario, si el ente jurisdiccional se aparta de la corrección de la decisión jurídica (discurso de aplicación) invocando la corrección de la norma jurídica (discurso de fundamentación, que le corresponde exclusiva y excluyentemente al legislador), se excederían las exigencias del discurso de aplicación de las normas³⁵.

De las normas sobre interpretación de las leyes se extrae la conclusión de que el genuino sentido tiene una preeminencia, y este no se encuentra de cualquier manera, sino que siguiendo las reglas de interpretación³⁶. Y esto es así, pues nuestro codificador civil desconfiaba de interpretaciones torcidas; lo que se puede apreciar en diversos pasajes de sus obras. En *Principios de derecho internacional* escribió Andrés Bello que sabida

“la razón que ha determinado la voluntad del que habla, han de interpretarse sus palabras de manera que se conformen con ella. Mas es preciso saberla de cierto, y no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido. Mucho menos será lícito suponer motivos secretos, contrarios a los que él mismo ha declarado”³⁷.

Y en una nota de Andrés Bello al “Proyecto inédito” se lee que las palabras de una ley

“han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacerle violencia al sentido [...]”³⁸.

Más clarificadoras resultan las expresiones de Andrés Bello que constan en sus columnas de *El Araucano*, de donde se desprende que la fijación de las reglas interpretativas, como las preceptúo, buscaban evitar el recurso de los intérpretes a espíritus imaginarios, ficticios, irreales o fantásticos que hiciesen violencia al sentido de la ley sustituyendo el intérprete la idea del legislador por la suya propia³⁹.

Dicho lo anterior, resulta claro que en la tarea de buscar el sentido de la voz ‘coacción’ del artículo 39 bis del DL 211, hay que respetar una estricta

³⁵ VELASCO (1998), pp. 257-278.

³⁶ BRITO (2011), p. 60.

³⁷ *Op. cit.*, p. 82.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Op. cit.*, pp. 82-83.

ta sujeción a las reglas de los artículos 19 al 24 del *Código Civil*. Precisamente, es la ambigüedad de la ley, la posibilidad de atribuirle diversos sentidos, la fuente más frecuente e importante de oscuridad de una expresión, en los términos del artículo 19 del *Código Civil*⁴⁰.

1. *Argumento de orden gramatical*

Como el legislador no distinguió entre la coacción que suprime absolutamente la voluntad del agente económico coaccionado de aquella que la condiciona gravemente, pero la deja subsistente, no corresponde al intérprete efectuar dicha distinción sobre la base únicamente del elemento gramatical. Por lo que, en principio, la locución en análisis sería comprensiva de ambos tipos de coacción.

Sin embargo, y como se verá a continuación, del estudio de los restantes elementos de interpretación se concluye que la coacción a la que se refiere el DL 211 en el artículo 39 bis abarca únicamente la *coactio condicionalis*, quedando relegada la *coactio absoluta* a la fase de formación del ilícito infraccional, conforme a las reglas generales de responsabilidad.

2. *Argumento de orden histórico*

Desde el punto de vista histórico, consta en la historia fidedigna de la Ley n.º 20361 que la limitación para optar al beneficio de exención de multa fue propuesta en segundo trámite constitucional ante la Cámara Revisora, en que la Comisión de Hacienda del Senado aprobó por unanimidad la expresión “salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita”⁴¹.

El ministro de Economía (s) de la época, solicitó dejar expresa constancia en el informe, para los efectos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que ambos requisitos (el carácter de organizador y haber coaccionado a los demás), son copulativos, y que “para todos los efectos de la comprensión de esta figura se ha seguido el modelo aplicable de la Unión Europea”⁴².

Sin embargo, explicando más profundamente lo discutido en la Comisión Mixta, el senador Novoa –quien propuso a los miembros de la Comisión Mixta incluir como requisito copulativo que el organizador de la conducta ilícita actuó coaccionando a los demás a participar en ella– precisó

⁴⁰ BRITO (2011), p. 87.

⁴¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley N° 20.945”, (n. 39), p. 444.

⁴² *Op. cit.*, p. 547. Énfasis agregado.

que lo que resolvió por unanimidad la Comisión Mixta, y aprobado por la Cámara es que el beneficio no se le otorgue al organizador cuando este haya coaccionado a los demás, esto es, usando su posición dominante para obligar a los otros a entrar a un cartel:

“El señor NOVOA (presidente).- El Senado aprobó una norma en virtud de la cual el organizador de una conducta ilícita no podría beneficiarse de la exención de la multa en caso de que él hiciera la denuncia pertinente. Es decir, la delación compensada, que se aprobó acá, no beneficiaría a quien organizara la conducta ilícita.

Por su parte, la Cámara rechazó esa modificación estimando que cualquier persona que formulara la denuncia sería acreedora a dicho beneficio.

Ese fue el único punto de controversia entre ambas Corporaciones.

¿Qué resolvió hoy por unanimidad la Comisión Mixta, y también –según entiendo– la Cámara de Diputados?

Que el beneficio no se le otorgue al organizador cuando este haya coaccionado a los demás, esto es, usando su posición dominante para obligar a los otros a entrar a un cartel.

Tal propuesta parece una solución bastante razonable”⁴³.

El análisis del elemento histórico resulta, por una parte, insatisfactorio, pero, por otra, entrega importantes elementos para desentrañar el verdadero sentido y alcance de la expresión legal a interpretar. Es insatisfactorio respecto a la tarea de dilucidar el alcance de la voz ‘coaccionando’ del artículo 39 bis del DL 211, la referencia al modelo de la Unión Europea, puesto que el derecho comunitario no es homogéneo en la inclusión de la hipótesis de coacción económica como causal de pérdida del beneficio de delación, pues solo el Reino Unido y España admiten esta hipótesis, por lo cual es una referencia multívoca que no es decidora.

En el Reino Unido, las autoridades entienden que este tipo de coacción (que denominamos monopólica) se refiere a “una presión económica fuerte que haga de la salida del mercado un riesgo real”⁴⁴. En España, las autoridades excluyen del beneficio de la exención al agente económico respecto del cual se dispongan elementos de prueba que acrediten

⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley N° 20.945”, (n. 39), p. 555. Énfasis agregado.

⁴⁴ Traducción libre y énfasis agregado. En el original, el texto de la Office of Fair Trading se refiere en específico a “such strong economic pressure as to make market exist a real risk”. REINO UNIDO. OFFICE OF FAIR TRADING. *Applications for leniency and no-action in cartel cases*, p. 27. Cabe hacer presente que en el mismo texto se excluyen de la hipótesis las presiones dañinas de mercado cercanas a las salidas de mercado, pero que solo terminan por reducir los márgenes de utilidades (“harmful market pressure which falls short of risking market exist but may reduce profit margins”).

“la concurrencia de coacciones, una presión económica tan fuerte como para crear un riesgo real de expulsión del mercado, boicot o negativa de suministro”⁴⁵.

Sin embargo, hay un pasaje de la historia fidedigna que es muy relevante en la tarea interpretativa que se pretende, pues del pasaje antes transcrito (que los comisionados tuvieron presente al momento de aprobar la nueva normativa) se deja en claro que es el uso de la posición dominante el medio para ejercer la coacción a la que se refiere la norma del artículo 39 bis del DL 211. En contraposición, el ejercicio de violencia física o psicológica –*coactio absoluta*– no tiene relación con la posición dominante (concepto jurídico-económico), sino que se refiere a la mera facticidad, propio de la intimidación criminal, de poder anular la voluntad de otro; lo cual puede ser ejercido por un insignificante competidor, o una persona natural no competidora, en contra de un agente con poder de mercado.

En cambio, un agente que detenta una posición dominante en el mercado puede ejercer coacción económica –*coactio conditionalis*– sobre un competidor sin ejercer violencia física o psicológica. De esta manera, fluye de la historia fidedigna del establecimiento de la norma una importante conclusión para la tarea interpretativa.

3. Argumento de orden lógico

Identificar la coacción a que se refiere el artículo 39 bis del DL 211 con la *coactio absoluta*, llevaría a operar –en beneficio del delator que alega ser coaccionado– una causal de exculpación o de exención de responsabilidad. Ello, por cuanto la *coactio absoluta* suprime por completo la voluntad del que la padece, por el ejercicio de violencia física o psicológica. En consecuencia, el delator que solicita clemencia alegando que fue coaccionado por un competidor, quedaría exento de responsabilidad administrativa, penal y civil; esta última, por cuanto un hecho que no tiene como antecedente un actuar voluntario no permite fundar la responsabilidad civil extracontractual. Pues bien, una interpretación sobre la base del elemento lógico arroja un doble argumento para sostener que es la coacción monopólica (*coactio conditionalis*) la contemplada por la norma en materia de delación compensada.

Un primer argumento de orden lógico se encuentra consignado en el mismo artículo 39 bis, pues este artículo no contempla hipótesis alguna en

⁴⁵ ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Comunicación sobre el Programa de Clemencia*, p. 7. Puede apreciarse en esta directriz oficial de la autoridad española, que se efectúa una clara distinción entre coacción (que en Chile se denomina mera coacción) y presión económica tan fuerte como para crear un riesgo real de expulsión del mercado (que en Chile se denomina coacción monopólica).

que el delator que acude a la FNE a solicitar clemencia pueda ser exculpado por haberse probado el ejercicio de coacción en su contra, mas solo contempla la posibilidad de estar exento de multa, pero siempre considerado culpable de la infracción. Es más, en el inciso final del artículo 39 bis se prohíbe expresamente dicha solución (de exculpación del delator), al prescribir que “En ningún caso, este régimen de exenciones o reducciones podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuviere lugar”. Por lo tanto, hay una norma legal expresa que prohíbe al TDLC exculpar al delator que alegó ser coaccionado, siendo siempre civilmente responsable, aunque se pruebe la hipótesis de coacción (económica). Esta conclusión es consistente con la amplitud gramatical del concepto al que se hizo referencia en los párrafos anteriores, pues la *coactio conditionalis* no suprime del todo voluntad de quien la padece, y ese retazo de voluntad es el que permite fundar en su contra la responsabilidad delictual, que sirve de sustento para reclamar la indemnización civil posterior por dicho ilícito.

Un segundo argumento de orden lógico se encuentra al contrastar la hipótesis normativa del artículo 39 bis con la prescripción de la letra a) del inciso segundo del artículo 3º del DL 211. La coacción regulada en el artículo 39 bis está referida exclusivamente a un ilícito monopólico: el acuerdo o práctica concertada entre competidores, regulado en la letra a) del artículo 3º del DL 211. De esta manera, la hipótesis de coacción del artículo 39 bis supone la configuración previa de un acuerdo o práctica concertada entre competidores, el que no podría tener lugar si se concluyese que esta coacción se corresponde con la *coactio absoluta*, pues esta forma de coacción anularía toda posible configuración de un acuerdo o práctica del agente económico que la padece, excluyendo la tipicidad de su conducta, no pudiendo este participar en un cartel; en circunstancias de que la norma del artículo 39 bis impide otorgar al beneficio de la delación al agente económico respecto del cual se acreditó durante el proceso que fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a “participar en ella”. Luego, no puede predicarse participación en un ilícito respecto del agente económico que no concurrió con su voluntad; se requiere que intervenga con su voluntad en algún grado (aunque sea mínimo), lo que solo podría tener lugar bajo la hipótesis de *coactio conditionalis*.

4. Argumento de orden sistemático

La mera coacción o *coactio absoluta* está regulada en todas las sedes del ordenamiento jurídico nacional como una causal de exención de responsabilidad penal, civil o administrativa. Específicamente, en el ámbito penal y administrativo no puede estimarse lícito el ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre

los particulares, cuando estos particulares no han actuado voluntariamente, sino que, en cambio, han sido instrumentalizados por un tercero para la comisión de un hecho ilícito.

Así, por ejemplo, el *Código Penal* ordena eximir de responsabilidad criminal al que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable (artículo 10, número 9). Por lo que en estos casos se enerva el juicio de reproche mismo que podría realizarse sobre el sujeto, pues el reproche estatal presupone la voluntariedad del acto.

Del mismo modo, el reproche en sede de libre competencia solo puede predicarse respecto de hechos, actos o convenciones en que ha intervenido la voluntad del agente económico. Solo bajo esta premisa es que puede efectuarse el juicio de culpabilidad sobre la conducta. Por ello, la normativa contenida en el DL 211 que permite la reacción punitiva del Estado incluye, desde su nacimiento en el ordenamiento jurídico, las causales de exculpación propias del derecho administrativo sancionador. No se requiere regulación expresa de las causales de exculpación, por razones de índole constitucional que delimitan el ejercicio del *ius puniendi*.

Este razonamiento ha sido expresamente recogido por la jurisprudencia del TDLC⁴⁶ y de la Corte Suprema⁴⁷. Ello, sin hacerse referencia alguna al concepto de coacción del artículo 39 bis del DL 211.

De esta manera, si se estimase que la coacción a que hace referencia el artículo 39 bis viene consagrar en el sistema del DL 211 una causal de exculpación, se tendría que concluir (para ser consecuentes con el argumento) que con anterioridad a la Ley n.º 20361 la violencia física o psicológica no tenía virtud exculpante. Esto, como se dijo, es un error, pues la *coactio absoluta* (mera coacción) es una causal de exculpación que no requiere consagración expresa, pues su ausencia fundamenta el ejercicio mismo del *ius puniendi* estatal.

De la interpretación sistemática resulta claro, entonces, que la *coactio absoluta* es una causal de exculpación que impide la configuración misma del ilícito infraccional (por ausencia absoluta de voluntad); enerva el juicio de reproche. Y resulta igualmente claro que esta forma de coacción no re-

⁴⁶ Por ejemplo, el TDLC ha resuelto que “corresponde sancionar al sujeto que incumplió total o parcialmente la medida pudiendo haberla cumplido y exculpar a aquél a quien le resultó imposible cumplir”. FNE con SMU S.A. (2015).

⁴⁷ Por ejemplo, ha fallado la Corte Suprema que, para que se configure el ilícito de colusión, “es necesario que se acredite la voluntad o intención” y que “en materia de sanciones por infracciones administrativas puede decirse que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas”. Véase, al respecto, FNE con Farmacias Ahumada y otros (2012).

quería de una consagración especial en el artículo 39 bis del DL 211, toda vez que su configuración se desprende y opera a partir de las normas generales en materia sancionadora.

Dicho esto, el análisis del elemento sistemático viene a reforzar el argumento según el cual la coacción regulada por el artículo 39 bis del DL 211 solo puede identificarse con la *coactio conditionalis*; representada en sede de libre competencia por el agente económico que en uso de su posición dominante coacciona económicamente a su competidor.

5. Argumento de orden teleológico

El derecho a la competencia tiene como objetivo primordial la neutralización de posiciones de poder de mercado ilegítimamente alcanzadas, mantenidas o incrementadas⁴⁸. Objetivo que fue considerado en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley n.º 20361, al legislar sobre la coacción que impide otorgar la exención de multa. Se consideró, como se revisó en el análisis del elemento histórico, que el delator-coaccionador es un sujeto activo calificado, pues se requiere que detente una posición dominante para obligar (al coaccionado).

Por ello, una identificación de la voz que se está interpretando con la *coactio absoluta*, implicaría desentenderse del *telos* del derecho a la competencia, pues la intimidación criminal puede ser ejercida por cualquier individuo o agente económico que tenga los medios fácticos (como un arma o un rehén) para anular la voluntad de quien la padece, por medio del ejercicio de violencia física o psicológica. Ello, con independencia de su posición de poder de mercado. En otras palabras, privar del beneficio del programa de clemencia al delator que ejerció coacción de violencia física o psicológica (*coactio absoluta*) contra los otros miembros del cartel, y otorgar los mismos al delator que ejerció coacción de violencia económica (*coactio conditionalis*), conlleva desentenderse del *telos* de la legislación antimonopólica, pues este último tipo de violencia solo es susceptible de ser ejercido por quien detenta una posición dominante; que debe neutralizarse por las autoridades de competencia cuando es alcanzada, mantenida o incrementada ilegítimamente.

Por su parte, respecto del agente económico que acude a delatarse alegando haber sufrido coacción económica, dicha circunstancia –de probarse– solo lo habilita para poder acceder a una exención de multa, mayor o menor, mas no lo excluye del juicio de reproche en sede de libre competencia⁴⁹.

⁴⁸ Véase supra nota 4.

⁴⁹ Conforme a lo prescrito en el artículo 39 bis del DL 211, el primer delator puede acceder a una eximición total de la multa, mientras que el segundo delator solo puede acceder a

III. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AGENTE ECONÓMICO COACCIONADO

Por lo visto en el apartado precedente, la mera coacción (*coactio absoluta*) impide la configuración del ilícito infraccional de colusión y, por ello, ninguna responsabilidad nace a la vida del derecho⁵⁰. El padecimiento de coacción monopólica (*coactio conditionalis*) en el contexto de la delación compensada al dejar siempre subsistente la voluntad del agente económico –aunque sea en un retazo– puede coexistir con la configuración típica de la conducta y, consecuentemente, dar lugar a la responsabilidad infraccional, civil e, incluso, penal, consiguiente.

La coacción monopólica, propia de libre competencia, es correcto entenderla como todo comportamiento ilícito de un agente económico que ejerce una presión de tal magnitud sobre su competidor, que lleva a este último a acceder a las exigencias del primero, por un temor fundado de ser desplazado en el corto plazo del mercado en caso de no acatar las exigencias. Temor que, en todo caso, debe ser observado desde la perspectiva del agente económico que lo padece⁵¹.

De lo razonado hasta ahora, es posible concluir que el agente económico que, participando en un acuerdo o práctica concertada, se delata alegando haber sufrido la coacción a que se refiere el artículo 39 bis (*coactio conditiona-*

un máximo del cincuenta por ciento. Por lo que el rango de eximición de la multa del agente económico coaccionado (*coactio conditionalis*) dependerá del lugar en que llegó a solicitar clemencia válida ante la FNE.

⁵⁰ La alegación de *coactio absoluta* es una defensa que enerva la pretensión sancionatoria misma, fundándose en la violencia física o psicológica; negándose, en consecuencia, la voluntariedad del acto de un modo absoluto y, con ello, la culpabilidad y todo posible juicio de reproche de la conducta. Defensas de este tipo también han sido esgrimidas, más no aceptadas hasta la fecha por TDLC por ausencia de prueba en orden a acreditar que el agente económico debió necesariamente acatar la disciplina impuesta por el coaccionador. Véase FNE con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros (2014).

⁵¹ En el único caso que se ha ventilado en el medio nacional sobre la materia, el TDLC constató que en jurisdicciones como la del Reino Unido, España y Australia, las autoridades contemplan la hipótesis de coacción económica. Sin embargo, interpretó la locución coacción en “relación al interés público que la libre competencia busca proteger”, descartando las hipótesis de coacción económica como causal de pérdida del beneficio de la delación, concluyendo que “la coacción que priva a quien la ejerce de los beneficios de la delación compensada sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible [...] cercano a la intimidación criminal”, FNE con CMPC Tissue S.A. y otra (2017). La Corte Suprema, conociendo de recurso de reclamación en contra de la decisión del TDLC, la revocó en este punto, adhiriendo a la identificación de la coacción en materia de delación compensada como coacción económica, aunque en su razonamiento invocó razonamientos de orden históricos insuficientes, y obvió consideraciones de orden teleológicas, FNE con CMPC Tissue S.A. y otra (2020).

lis), y logra probar durante el procedimiento dicha alegación, será responsable infraccionalmente, abriéndose la posibilidad a un posterior juicio reparatorio derivado del ilícito monopólico de colusión. En este ámbito, no debe olvidarse que el reproche infraccional tuvo como presupuesto que el delator coaccionado concurrió al cartel con un dolo que debe observarse desde el punto de vista normativo para su verificación. Pero como se explicará en las páginas siguientes, aunque para la configuración del ilícito de colusión es irrelevante la forma que asume el dolo anticompetitivo en la concreción del injusto infraccional, en sede reparatoria su especificación retoma todo su vigor.

1. Injustos monopólicos como fuente de responsabilidad civil

Como se ha anticipado, los ilícitos anticompetitivos pueden ser fuente tanto de responsabilidad administrativa como de responsabilidad penal. Pero también confluye la responsabilidad civil, lo que sitúa al derecho de la libre competencia también dentro del ámbito de la responsabilidad civil.

En efecto, prescribe el artículo 30 del DL 211:

“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva.

Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.

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

Esta nueva regulación sustrajo de la justicia ordinaria el conocimiento de la reparación civil derivada de ilícitos anticompetitivos. Llama la atención que mientras el antiguo artículo 30 prescribía:

“El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos”,

la nueva redacción solo se refiere a los hechos, como si las conductas y su calificación jurídica pudiese volver a debatirse en un juicio indemnizatorio posterior⁵².

2. *Naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil derivada de ilícitos monopólicos*

Ya desde el tiempo de las comisiones (Comisión Resolutiva Antimonopolios y Comisiones Regionales, órganos anteriores a la existencia del TDLC), la justicia ordinaria utilizó como fundamento normativo las reglas sobre la responsabilidad civil extracontractual, condenándose solidariamente a los autores de ilícitos anticompetitivos:

“Los hechos expuestos han causado daño a los demandantes, que debe ser indemnizado en conformidad a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual del título xxxv del Libro IV del Código Civil puesto que se reúnen los elementos para ello, la conducta fue ilícita, la responsabilidad ha sido dolosa, o al menos culpable”⁵³.

En la demanda de Philip Morris contra Compañía Chilena de Tabacos⁵⁴ (Caso Chiletabacos), la Corte Suprema, conociendo de la pretensión indemnizatoria, resolvió:

“Que para rechazar este capítulo del recurso de nulidad basta señalar que la relación de causalidad entre el ilícito, fundamento de la demanda

⁵² Este giro en la técnica legislativa podría entenderse por la distinta naturaleza y función de ambas responsabilidades; mientras las sanciones impuestas en sede infraccional eminentemente disuasoria y retributiva, las normas que ordenan la reparación de perjuicios tienen una función predominantemente compensatoria. Sin embargo, nada de ello queda claro en la historia fidedigna.

⁵³ Pivcevic y Otros con LAN Chile (2000). En esta sentencia se conoció en juicio ordinario la causa derivada de una sanción de la Comisión Resolutiva Antimonopolio por precios predatorios y *dumping*, FNE con Transinter 24 S.A. (1998).

El carácter solidario de la responsabilidad fue cuestionado por las demandadas, que dedujeron recurso de casación, el cual fue rechazado por la Corte Suprema, confirmando la solidaridad a este respecto, Pivcevic Rajcevis Andres Nicolas con LAN Chile S.A. (2006).

⁵⁴ En este caso, en sede de libre competencia, el ilícito anticompetitivo se enmarcó dentro de la conducta del abuso de posición dominante, y consistió en que la Compañía Chilena de Tabacos, abusando de su posición de dominio, erigió barreras de entrada artificiales con el objetivo de impedir a Philip Morris desempeñarse en el mercado relevante, Voissnet S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2010)).

y los daños cuya reparación se pretende, integra o forma parte de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que debe entenderse incorporado al sustentarse la acción en las normas que regulan este régimen, esto es, entre otros, los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, como aconteció en la especie⁵⁵.

En la demanda de Voissnet contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile⁵⁶, en sede indemnizatoria la justicia ordinaria dejó en claro que las reglas aplicables sobre la materia son las de responsabilidad extracontractual:

“Que, zanjado lo anterior, debemos definir la responsabilidad extracontractual como aquella que proviene de la comisión de un delito o cuasidelito civil que ha inferido daño o injuria a otro, existiendo un nexo de causalidad entre ambos y que deriva en la obligación de indemnizar para aquél que comete el ilícito, recogida en el artículo 2314 del Código Civil.

Que, en relación con la comisión de un delito o cuasidelito civil, cabe señalar que el primero es definido como el hecho ilícito cometido con la intención de dañar, que ha inferido injuria o daño a otra persona, en tanto el segundo es aquel hecho culpable, pero cometido sin intención de dañar, que también ha inferido injuria o daño a otra persona. Tales definiciones se desprenden de la interpretación armónica de los artículos 1437 y 2284 del Código Civil⁵⁷.

Hay afinidad con la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual a la indemnización por ilícitos monopólicos por parte de la justicia ordinaria nacional. En el mismo sentido se espera que se pronuncie el TDLC cuando conozca de estas reparaciones.

En doctrina, Orlando Tapia afirma que el régimen común lo constituye el estatuto de la responsabilidad extracontractual. En efecto, este autor parte por enmarcar la discusión en la doctrina comparada, y concluye que la responsabilidad delictual (o extracontractual) es el “derecho común”. Conclusión que se basa en el deseo manifiesto del legislador francés de establecer una separación total entre las obligaciones contractuales y las demás especies de obligaciones, siendo la responsabilidad contractual aplicable solo a las obligaciones emanadas del incumplimiento de un contrato. Hace notar que esta posición, acogida mayoritariamente en la doctrina francesa, fue bien recibida también por los tratadistas belgas e italianos⁵⁸.

⁵⁵ Philip Morris Chile con Empresas CCT S.A. (2013).

⁵⁶ Voissnet S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2010).

⁵⁷ Voissnet S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2016).

⁵⁸ TAPIA (1941), p. 346.

En el mismo sentido, Carlos Ducci⁵⁹, Pablo Rodríguez Grez⁶⁰ y Hernán Corral⁶¹, para quienes las normas sobre responsabilidad contractual solo se aplican a los incumplimientos contractuales o que tienen relación con la esfera íntima del contrato. En todos los demás casos, las normas de la responsabilidad extracontractual, constituyen el derecho común en esta materia.

3. *La responsabilidad extracontractual se engendra con dolo anticompetitivo, en cualquiera de sus clases*

En este trabajo, se concuerda con la conclusión de Cristián Banfi en orden a que el régimen indemnizatorio aplicable a los competidores presupone dolo o, a lo menos, culpa grave; no está, ni puede estar, supeditado a la culpa ordinaria, ni mucho menos, a la responsabilidad estricta. Conclusión que se desprende de la constatación de que el legislador antimonopólico persigue solo las conductas más dañinas de los agentes económicos, por lo que, a diferencia de otros ámbitos de la responsabilidad civil, los agentes económicos no están vinculados por un deber de cuidado general ni particular⁶².

Dicho lo anterior, es posible constatar que, en sede indemnizatoria, no existe problema alguno en el factor de imputación respecto de aquellos ilícitos anticompetitivos que admiten tanto comisión dolosa como comisión culposa, pues la culpa grave –por expresa disposición legal– equivale al dolo. El problema se presenta, en cambio, en la hipótesis en que el tipo infraccional de libre competencia solo admite comisión dolosa, y esa comisión dolosa se verifica con un dolo distinto del dolo directo⁶³.

⁵⁹ DUCCI, (1936), p. 10 y ss.

⁶⁰ RODRIGUEZ (2017), p. 52.

⁶¹ CORRAL (2013), p. 295.

⁶² BANFI (2014), pp. 39-41. No se concuerda en este trabajo con las conclusiones doctrinarias conforme a las cuales es admisible, en sede indemnizatoria por ilícitos anticompetitivos, la infracción de una diligencia ordinaria (culpa leve). Esta última posición puede revisarse en HERNÁNDEZ y TAPIA (2019), p. 12 y en TAPIA (2017), p. 194. Aunque, por la naturaleza de este trabajo no es pertinente profundizar sobre las argumentaciones para rechazar esta última posición doctrinaria, debe dejarse en claro que ella se desentiende por completo del *thelos* de la normativa antimonopólica, cual es la neutralización de posiciones dominantes (ilegítimamente alcanzadas); por más sucio o de mala intención que sea el acto de un agente económico, es indiferente para el DL 211 si el mismo no detenta, ni puede razonablemente llegar a detentar, posición dominante.

⁶³ Algunos autores, aunque en una posición aislada, sostienen que es posible imaginar –difícilmente, según sostienen, pero sin dar ejemplos– una colusión culposa, y más aún, una colusión verificada con una culpa distinta de la culpa grave, HERNÁNDEZ y TAPIA (2019), p. 12. En este trabajo, no es posible coincidir con estas conclusiones, pues, ellas solo pueden tener su origen en una incomprensión general del sistema de protección de la libre competencia

Este problema surge por la literalidad del artículo 44 del *Código Civil*, que consagra el dolo civil como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. Prescripción a partir de la cual la doctrina de Arturo Alessandri Rodríguez, conforme a la cual en la responsabilidad aquiliana no tiene cabida una modalidad comisiva distinta del dolo directo –dejando fuera la configuración de un dolo distinto, como lo es el dolo eventual y el dolo normativo–, se ha impuesto en la jurisprudencia. Concluye:

“Si el actor del hecho u omisión no quiso el daño, si el móvil de su conducta no fue causarlo, sino otro diverso, aunque haya podido preverlo o haya obrado a sabiendas de que su acción u omisión debía generar el daño, no hay dolo. No basta la conciencia de que se pueda causar daño, es menester la intención de dañar”⁶⁴.

Si bien la conclusión de Arturo Alessandri Rodríguez es la posición seguida por la jurisprudencia nacional mayoritaria⁶⁵, se pueden encontrar –aunque con dificultad– fallos que, siguiendo la solución opuesta, dan lugar a la reparación civil cuando el ilícito tiene como sustrato únicamente el dolo eventual⁶⁶.

Sin embargo, la doctrina moderna no comulga con la postura de Arturo Alessandri R., y concluye que el dolo eventual tiene cabida como una hipótesis de comisión dolosa bajo el esquema de la responsabilidad aquiliana. En el medio chileno, dentro de los defensores de esta posición se encuen-

(que solo sanciona las conductas con dolo y culpa grave, pues se controla la posición dominante ilegítimamente alcanzada, mantenida o acrecentada), y una incompreensión particular del injusto de acuerdo o práctica concertada (que solo puede verificarse dolosamente, pues los agentes económicos no acuerdan ni se concertan por mera imprudencia o negligencia).

⁶⁴ ALESSANDRI (1943), p. 163.

⁶⁵ Por ejemplo, ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago que: “para que un hecho o una omisión que daña a otro, engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que tenga por autor a una persona capaz de delito o cuasidelito. Es indispensable que haya sido ejecutado con dolo o culpa [ALESSANDRI, (1943), pp. 162-163]. El dolo, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil, consiste en la ‘intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro’, de modo que hay dolo cuando se obra con el deliberado propósito de causar un perjuicio, de suerte que si el daño se produjo sin que su autor lo haya querido, no estamos en presencia de una conducta dolosa [...]”. CIDEF S.A. y otros con Vitalino Nafria Aznar y otros (2013).

⁶⁶ Aunque *obiter dicta*, la Corte Suprema ha aceptado estas conclusiones. En sentencia de 3 de junio de 2002, conociendo de recurso de casación en el fondo, confirmó la sentencia recurrida dando lugar a la indemnización civil, en un caso que tenía de sustrato fáctico un delito cometido con dolo eventual, donde en sede penal Corte había establecido que el agente se había representado la posibilidad asumiendo los resultados; impidiendo la configuración del delito de homicidio con dolo directo, pero configurándose el mismo con dolo eventual. Fallo citado en SCHOPF y GARCÍA (2009), pp. 174-176.

tran: Pablo Rodríguez⁶⁷, Hernán Corral⁶⁸, Cristián Banfi⁶⁹ y Jorge Larroucau⁷⁰. Tendencia que igual se aprecia en la doctrina comparada⁷¹.

Esta verdadera “contrarrevolución” de la dogmática civil moderna, excede el ámbito de la responsabilidad aquiliana, y despliega sus conclusiones, incluso, a la sede contractual. En efecto, hay autores que también sostienen que en el derecho contemporáneo de contratos la culpabilidad se ha tendido a objetivar, considerándose el incumplimiento como neutro; estimándose un incumplimiento contractual doloso, tanto aquel que supone la intención de causar daño al acreedor, como aquellas conductas que denotan una total desconsideración a los intereses de la contraparte⁷². En este trabajo se adhiere a esta corriente moderna doctrinal, pero por razones diversas, y que se explicarán a continuación.

Como consideración previa, y siendo consecuentes con lo dicho en supra, es necesario reconocer, como un presupuesto para la interpretación de las normas (como la definición de dolo del artículo 44), que este proceso no puede llevar nunca a atribuir intenciones imaginarias del legislador, reemplazado la voluntad de la ley por la suya propia. Por ello, se prevén las reglas sobre interpretación de las leyes.

Dicho esto, es necesario constatar que el artículo 19 del *Código Civil* distingue entre “sentido de la ley” y “tenor literal de la ley”, autoriza expresamente a desatender el tenor literal de una norma, en aquellos casos en que el sentido no es claro. En otras palabras, es deseable –y así lo espera y sugiere

⁶⁷ RODRIGUEZ (2017), pp. 165-167. Estima Pablo Rodríguez Grez que, por una necesidad de moralizar el derecho, una correcta interpretación del artículo 44 del *Código Civil* debe sobrestimar la importancia de la representación del daño que puede causarse y subestimar la probabilidad del mismo, bastando la simple representación del resultado incierto. Propone, de esta manera, la objetivación del dolo civil, por la vía interpretativa de desplazar la intencionalidad pura, por la representación y la certeza o probabilidad de resultado.

⁶⁸ CORRAL (2013), p. 205. Hernán Corral coincide con Pablo Rodríguez en que para la verificación del dolo civil basta previsibilidad y aceptación. Esto es –dice– la “conciencia de hacer lo injusto” u “obrar contra derecho”.

⁶⁹ BANFI (2012), p. 6. Aunque, a su juicio, la razón estriba en que en el derecho privado resultaría inoficioso emplear la categoría de dolo eventual, pues se cuenta con la figura de la culpa lata, que es conceptual y funcionalmente comparable con el dolo eventual. Sin embargo, esta solución no es útil para la problemática planteada en este trabajo, pues, como se ha insistido, el ilícito de colusión solo admite comisión dolosa.

⁷⁰ LARROUCAU (2009), pp. 85 y 86. Jorge Larroucau adhiere a los razonamientos de Hernán Corral y Pablo Rodríguez, agregando que un concepto amplio del dolo armoniza mejor con nuestra realidad social.

⁷¹ Sebastián Picasso arriba a esta conclusión argumentando que la aceptación del dolo eventual en las legislaciones evita el enriquecimiento sin causa. Véase PICASSO (2010), p. 1140.

⁷² PRADO (2018), p. 702.

el codificador— que se desatienda por el intérprete el tenor literal. Quizá la razón de esta sugerencia del codificador se encuentra en el primer párrafo del Mensaje del *Código Civil*:

“Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social”

El sentido de la norma a interpretar es absolutamente claro en aquellas hipótesis en que el ilícito de sustrato de la responsabilidad extracontractual admite tanto comisión dolosa (existe un delito civil) como comisión culposa (existe un cuasidelito civil), pues la culpa grave equivale al dolo, y la definición del dolo como “la intención positiva” no es problemática, si que la víctima puede lograr la indemnización por el factor de imputación equivalente. Sin embargo, en este trabajo se estima que el sentido de la ley deja de ser claro en aquellas hipótesis en que el ilícito solo admite comisión dolosa (la existencia de un delito civil), lo que ocurre, precisamente, tratándose de la reparación civil derivada del ilícito monopólico de acuerdo o práctica concertada.

Y se requiere, en consecuencia, ampliar o restringir el tenor literal de la ley, pues, en palabras de Andrés Bello, se debe ampliar o restringir la letra cuando de ella resulten evidentes absurdos o contradicciones⁷³. Precisamente, ello ocurriría si es que al autor del ilícito infraccional de un acuerdo o práctica concertada, se le permitiese desentenderse de su deber reparatorio porque no tuvo la “intención positiva” (dolo anticompetitivo directo), aunque si se acreditó que se representó el hecho ilícito y lo asumió como una consecuencia probable de su actuar (dolo anticompetitivo eventual) o, bien, se estableció que, aunque no conociendo, el conocimiento le era exigible, reprochándosele no haber evitado la realización del tipo (dolo anticompetitivo normativo).

⁷³ BRITO (2011), p. 82.

Ya desde tiempos del derecho romano, se distinguía –según consta en textos de Ulpiano conservados en el *Digesto*, 50,16,6,1–, entre el sentido de la ley (*sententia*) y las palabras de la ley (*verba*); comprendiendo la expresión ‘leyes’ ambos y cada uno de estos elementos, es decir, ‘sentencia’ y ‘palabras’⁷⁴. Alejandro Guzmán Brito explica la relación entre sentido de la ley y palabras de la ley acudiendo a una cita de Stephanus de Federicis, quien describe los posibles resultados de contrastar el tenor literal de la ley con su sentido:

“las palabras y la mente pueden estar recíprocamente en tres situaciones. Pues algunas veces las palabras y la mente consueñan precisamente [...]. Algunas veces pugnan mutuamente [...] Algunas veces, en tercer lugar, no se repugnan recíprocamente, sino que se exceden, porque fue escrito más o menos que lo que quiso el legislador [...] entonces las palabras de la ley deben ser ampliadas o restringidas, en la medida de lo que fue concebido por la mente [...]”⁷⁵.

Este contraste entre el sentido de la ley y las palabras de la ley cobra su mayor vigor al considerar que la norma del *Código* luisiano, que sirvió de antecedente principal en Andrés Bello para redactar la norma del artículo 19 del *Código Civil* chileno, pues mientras el *Código* luisiano consagró la regla “Cuando una ley es clara”, el codificador civil manifiesta desde el principio un presupuesto diverso: “Cuando el sentido de la ley es claro”; dejando Andrés Bello claramente delimitada la hipótesis, en cercanía a las fuentes del *Código* de Luisiana, específicamente, a la obra de Domat⁷⁶.

Por lo anterior, se estima que, en la hipótesis planteada, es lícito para el intérprete desentenderse del tenor literal de la definición de dolo del artículo 44 del *Código Civil*, y debe ampliarse o restringirse la letra de la ley, de conformidad a las mismas reglas de interpretación que siguen.

El *Código* de Andrés Bello en su artículo 24, que clausura las reglas sobre interpretación de las leyes, consagra el espíritu general de la legislación y la equidad natural, existiendo consenso en doctrina y jurisprudencia de que en la expresión espíritu general de la legislación quedan comprendidos los principios⁷⁷. Las razones de equidad, por su parte, están íntimamente ligadas con los principios jurídicos, pues muchas veces una solución equitativa en un caso concreto pasa por la aplicación de un principio⁷⁸.

⁷⁴ BRITO (2011), pp. 71-72.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 78.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 80.

⁷⁷ CORRAL (2018), p. 79.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 78.

Pues bien, los principios jurídicos, como criterios diversos de las formulaciones legales formales, han existido ya desde tiempos del derecho romano; constan en el *Digesto*, expresados en aforismos y adagios, bajo el título “*De diversis regulis iuris*” el principio conforme al cual nadie puede enriquecerse sin causa en perjuicio de otro (D. 50.17.206)⁷⁹. En este extenso desarrollo, los principios generales del derecho se han erigido como reglas superiores de carácter axiológico, destinadas a procurar la armonía social y la solución de conflicto de los derechos emanados de las relaciones jurídicas, mediante la concreción de los valores de la seguridad y justicia⁸⁰.

En este contexto, en materia civil, el enriquecimiento sin causa presenta una doble faz; como principio inspirador y como fuente específica de obligaciones⁸¹. La ilegitimidad o el carácter injusto del enriquecimiento, en su causa, se refiere a que el provecho obtenido no tenga fuente válida que permita su conservación en el patrimonio o esfera de atribuciones del enriquecido sin causa⁸².

Guisa de lo expuesto, y establecida la legitimidad de desatender el tenor literal del concepto de dolo del artículo 44 del *Código Civil*, aflora la necesidad de ampliar la letra de la norma, en aquellos casos en que se entable una acción de responsabilidad extracontractual que tenga como sustrato un injusto infraccional que admite solo comisión dolosa, del siguiente modo: el dolo civil contempla, en general, un obrar contra derecho⁸³.

En este punto del análisis, corresponde preguntarse si el competidor que acude a delatarse ante la FNE y en su solicitud de clemencia acusa haber sido coaccionado (*coactio conditionalis*) a participar en el cartel, dicha participación en el ilícito debe imputársele a título de dolo directo, de dolo eventual o de dolo normativo (o adscriptivo)⁸⁴. Se estima que la solución a esta interrogante es del todo casuística, debiendo diferenciarse:

- i) si la permanencia en el cartel se verificó durante todo el *iter* colusivo o, bien, solo durante el padecimiento de la coacción monopólica;
- ii) existía una alternativa viable de acudir a la autoridad para hacerse cesar la coacción padecida sin ser desplazado del mercado;

⁷⁹ CORRAL (2018), pp. 76-77.

⁸⁰ ÁLVAREZ (2008), p. 336.

⁸¹ RIVERA (2012), p. 18.

⁸² *Op. cit.*, p. 21.

⁸³ Hernán Corral llega a esta misma conclusión, aunque por otro método de razonamiento, que no es el seguido en este trabajo. Véase CORRAL (2018), p. 205.

⁸⁴ Como ya se expresó, el tipo monopólico de colusión exige en el análisis de la culpabilidad la comisión dolosa, pues su redacción no admite comisiones culposas; los agentes económicos no se cartelizan por descuido o imprudencia. Por lo que solo se puede imputar la comisión de la infracción a título doloso, cualesquiera sean sus manifestaciones o concreciones.

- iii) las participaciones de mercado del coaccionante y el coaccionado y
- iv) si ambos ejercían un posición dominante en el mercado o, bien, ella era detentada solo por el coaccionante.

Por ello, en algunos casos, podría resolverse que el delator compensado coaccionado, simplemente obró con dolo normativo y, en otros casos, a título de dolo eventual; *prima facie*, se excluye el dolo directo, pues exige que el resultado sea buscado por el agente, y parece ser una conceptualización incompatible con la verificación del padecimiento de coacción económica, aunque ello dependerá de las circunstancias del caso concreto. Al respecto, resultan clarificadoras las palabras de Alfredo Etcheberry, para quien:

“Lo decisivo, insistimos en ello, para distinguir el dolo directo del eventual, es la posición anímica del sujeto respecto del resultado más o menos posible: si es resultado es buscado, habrá dolo directo, aunque en el pensamiento del agente la posibilidad de que acaezca sea remotísima. Este dolo, según se verá, es el que permite sancionar a título de tentativa o frustración aquellos casos en que el resultado no llegó efectivamente a producirse, pero era buscado por el agente a través de su obrar. En cambio, si el resultado ha sido solamente aceptado, aunque se lo haya previsto como ocurrencia prácticamente segura, no hay dolo directo, sino eventual”⁸⁵.

Aunque, como se tuvo ocasión de precisar en supra, el adjudicador no requiere –para sancionar el ilícito monopólico de colusión– entrar a distinguir si el ilícito infraccional se configuró con dolo directo o con dolo eventual, pues la imputación subjetiva se construye sobre la base del conocimiento que le era exigible al agente económico, de conformidad a su poder de mercado y al mercado relevante específico en que se desenvolvía. Por lo que el reproche recae en la no evitabilidad del tipo de colusión, respecto de un conocimiento que pudo no haberse tenido, pero que debía tenerse; juzgándose siempre ello no sobre la base de un ficticio “agente económico medio”, sino que de acuerdo con el poder de mercado específico y el mercado relevante en que se desenvolvía el agente económico.

Sin embargo, esta indiferencia a escala sancionatoria en distinguir entre dolo anticompetitivo directo, dolo anticompetitivo eventual y dolo anticompetitivo normativo, se torna de la mayor relevancia al enfrentarse al deber de reparación civil que pesa sobre los agentes económicos cartelizados, cuando uno o más de ellos no concurre con dolo anticompetitivo directo en la verificación del injusto administrativo. Como se vio, la doctrina tra-

⁸⁵ ETCHEBERRY (1999), p. 301.

dicional, aunque minoritaria, sigue siendo la dominante en orden a negar la ampliación de la conceptualización del dolo civil (artículo 44 del *Código Civil*) más allá de las fronteras del dolo directo y, aunque existen fallos de los tribunales superiores nacionales que sí acogen esta expansión de las fronteras del dolo civil, la jurisprudencia, mayoritariamente, se inclina por las conclusiones de la doctrina minoritaria, que es la dominante.

Sin embargo, como se aclaró en *supra*, en materia civil, el enriquecimiento sin causa presenta una doble faz; no solo como principio inspirador, sino que, además, como fuente específica de obligaciones. Como fuente de las obligaciones, la acción –de origen jurisprudencial– a la que da lugar el enriquecimiento sin causa es la acción *in rem verso*, que exige: que una persona experimente un enriquecimiento sin causa, otra un empobrecimiento, y dicho enriquecimiento sea ilegítimo. A ello se deben agregar dos condiciones: que la persona que sufre el empobrecimiento no tenga otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio y que la acción entablada no viole un texto legislativo expreso⁸⁶.

Sin embargo, esta acción subsidiaria presenta el problema de ser exclusivamente restitutoria, y no reparatoria. Por lo que los perjudicados por el ilícito infraccional de colusión –limitados por una concepción restringida del dolo civil frente a un ilícito infraccional verificado con un dolo distinto del dolo directo–, podrían encontrar en este punto, una limitación a su pretensión resarcitoria⁸⁷.

4. Régimen de contribución a la deuda entre los obligadores solidarios por la comisión de un ilícito civil

Deducida la acción reparatoria por los legitimados activos víctimas del delito civil de colusión –sean estos consumidores, competidores actuales, competidores pasados o competidores potenciales–, corresponde dilucidar la contribución a la deuda entre los agentes económicos cartelizados autores del delito civil.

Como se viene diciendo, esta problemática que se presentará en aquellos casos en que los coautores del ilícito monopólico de colusión confluyen con distintos dolos en la verificación infraccional del mismo. Yerra, entonces, en este punto, el TDLC cuando concluye, en sus resoluciones intermedias,

⁸⁶ FIGUEROA (1998), pp. 97-98.

⁸⁷ Cabe hacer presente una jurisprudencia de la Corte Suprema en que, aunque aborda en su pronunciamiento la naturaleza de la acción de enriquecimiento sin causa, los jueces del fondo habían dado aplicación resarcitoria a la acción *in rem verso*, Reyes Mateluna Juan Rolando con Pacheco Álvarez Guillermo (2016).

que, en el juicio sumario indemnizatorio, por estar fundado únicamente en los hechos constitutivos del ilícito anticompetitivo, el procedimiento indemnizatorio se circunscribiría únicamente a determinar la existencia, especie y monto de los perjuicios, así como el vínculo causal entre los perjuicios reclamados y los hechos declarados anticompetitivos⁸⁸. En efecto, aunque ello sea lo normal, en ciertos casos –como la hipótesis de la que se hace cargo este trabajo–, es necesario entrar a verificar la concurrencia del dolo (o culpa grave) como requisito de la responsabilidad aquiliana.

Aclarado lo anterior, corresponde volver sobre la cuestión final planteada en este acápite, relativa a la contribución de la deuda entre los obligados solidarios por la comisión de un ilícito civil delictual. En esta solución, nuevamente este trabajo se aparta de las conclusiones de Arturo Alessandri Rodríguez, y también de Orlando Tapia, conforme a las cuales, frente al silencio de la ley (imposibilidad de aplicar la regla del inciso segundo del artículo 1522 del *Código Civil*), la solución debería ser la distribución de la deuda por partes iguales entre los coautores⁸⁹.

Es de mayor fuerza, en cambio, ante este silencio de la ley, las conclusiones que proporcionan Hernán Corral y Enrique Barros, para quienes la división de la deuda debe hacerse en función de la intensidad de las culpas, y su contribución causal a la producción del daño; incluso, la intensidad de la culpa de uno de los coautores del delito civil, puede llevarlo a que soporte íntegramente el daño, excluyéndose a los demás partícipes⁹⁰.

IV. CONCLUSIONES

La dinámica de la economía de mercado exige que los ordenamientos jurídicos evolucionen más rápido de lo común en materias de derecho a la libre competencia. Aunque el legislador nacional ha estado a la altura de las circunstancias, como suele ocurrir, allí donde el legislador se está haciendo cargo de una problemática, en dicho instante surgen nuevos desafíos para los operadores jurídicos, los que no han sido abarcados por las hipótesis normativas del legislador, al menos de modo explícito.

⁸⁸ Papelera Cerrillos S.A. con CMPC Tissue S.A. y otra (2020). Es más, en esta fundamentación, el TDLC se basa en una conclusión sustentada por Cristián Banfi en un artículo publicado el año 2014. En circunstancias de que, como se sabe, la reforma del año 2016 modificó el artículo 30 del DL 211, suprimiendo las voces ‘conducta’ y ‘calificación jurídica’.

⁸⁹ Véase CORRAL y ROMERO (2019), p. 225.

⁹⁰ *Op. cit.*, pp. 225-226.

Este es, precisamente, el caso de la hipótesis de coacción como causal de pérdida del beneficio del delator que se acogió a un programa de clemencia. Problemática que se abordó en este trabajo evidenciando, en primer lugar, que en el ámbito de ilícitos contra la libre competencia no tiene cabida la responsabilidad estricta u objetiva, siendo siempre necesario el examen de culpabilidad del hecho, acto o contrato que se estima atentatorio contra el bien jurídico tutelado. Exigencia que, respecto del injusto de colusión, requiere siempre comisión dolosa; ya sea que esta se verifique con dolo directo, con dolo eventual o, incluso, bajo un entendimiento del dolo como un dolo normativo.

En segundo lugar, se concluyó que, dentro de los diversos tipos de coacción, es la coacción económica (*coactio conditionalis* o coacción monopólica) la hipótesis prevista por el legislador al regular la delación compensada. Se fundamentó esta conclusión recurriendo a los elementos interpretativos previstos en el *Código Civil* para la interpretación de las leyes.

En tercer lugar, el estudio se centró en dar respuesta a la cuestión sobre la responsabilidad civil a que quedan sujetos los miembros de un cartel respecto de los cuales se logró acreditar que sufrieron coacción económica, concluyéndose que son responsables civilmente porque la coacción económica no logra enervar el dolo anticompetitivo.

En cuarto lugar, se concluyó que, en sede de responsabilidad aquiliana, tratándose de la indemnización de perjuicios provenientes de un ilícito civil que solo admite comisión dolosa (como lo es, precisamente, el injusto de colusión), el concepto de dolo del artículo 44 debe ser ampliado en su literalidad, entendiéndolo como un obrar contrario a derecho. Se fundamentó esta conclusión recurriendo a los elementos interpretativos previstos en el *Código Civil* para la interpretación de las leyes.

En este marco conceptual, el miembro de un cartel que se delata ante la FNE y logra probar la coacción monopólica de otro delator para ingresar al acuerdo, no quedará exento de responsabilidad civil; ambos son responsables solidariamente del deber de reparar los perjuicios derivados del ilícito, aunque el primero (coaccionado) pueda concurrir a la comisión del ilícito anticompetitivo con un dolo distinto del dolo directo, y el segundo (coaccionador), con dolo directo. Estas diferentes culpabilidades infraccionales de los delatores compensados, como también se tuvo oportunidad de esclarecer, puede tener importantes consecuencias en sede aquiliana respecto de la contribución a la deuda que deben soportar los coautores del ilícito civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- ÁLVAREZ, Raúl (2008). "Comentario crítico presentado por el profesor don Raúl Álvarez Cruz", en *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALVEAR, Julio (2017). *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor*. Valencia: Trant Lo Blanch.
- BANFI, Cristián (2012). "Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes". *Revista Ius et Praxis*. N.º 2. Talca.
- BANFI, Cristián (2014). "Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 41(1). Santiago.
- BARROS, Enrique (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BRITO, Guzmán (2011). *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*. 2ª ed. revisada, Santiago: Abeledo-Perrot.
- BRITO, Guzmán (2014). *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- BUSTOS, Juan (2004). "Política criminal y dolo eventual", en *Obras Completas*. Lima: ARA Editores.
- CABEZAS, Carlos (2013). "El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol. 2. Coquimbo.
- CORRAL, Hernán (2018). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. 2ª ed. actualizada, Santiago: Thomson Reuters.
- CORRAL, Hernán y Alejandro ROMERO (2019). *Solidaridad obligacional. Diez estudios sobre sus aspectos civiles y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DUCCI, Carlos (1936). *Responsabilidad civil extracontractual*. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999). *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed. revisada y actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERMANDOIS, Arturo (2006). *Derecho constitucional económico*. 2ª ed. actualizada, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo 1.
- FIGUEROA, Waldo (1998). *La acción de enriquecimiento sin causa*. Santiago: Editorial Conosur.
- GRECO, Luis (2017). "Dolo sin voluntad", *Nuevo Foro Penal*, Vol. 88. Enero-junio.

- HERNÁNDEZ, Gabriel y Mauricio TAPIA (2019). *Colusión y daño a los consumidores*, Santiago: Legal Publishing.
- LARROUCAU, Jorge (2009). *Culpa y dolo en la responsabilidad extracontractual. Análisis Jurisprudencial*. Santiago: Legal Publishing.
- MÁLAGA, Armando (2018). "Sistema penal inglés e imputación subjetiva", *Ius et Veritas*. N.º 56.
- MOCCIA, Sergio (2003). *El derecho penal entre ser y valor*. Montevideo: BdF.
- NÚÑEZ, Raúl y Álvaro PÉREZ (2013). *Manual de derecho procesal civil. Parte general*, Santiago: Thomson Reuters.
- ORBACH, Barach (2016). "Hub-and-Spoke Conspiracies". *The Antitrust Source*, 15, 3.
- OSSANDÓN, Magdalena (2008). "El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo". *Ius et Praxis*. Vol. 14 (1). Talca.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2000). "Introducción al derecho penal económico", en Enrique BACIGALUPO (dir.). *Derecho penal económico*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- PHILLIPS, Jaime (2020). *La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PICASSO, Sebastián (2010). "La responsabilidad civil en los proyectos de reforma del Código Civil argentino, con especial referencia al Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998", en María Dora MARTINIC y Mauricio TAPIA (dirs.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago: Abeledo Perrot. Tomo II.
- PRADO, Pamela (2018). "La resolución anticipada del contrato: reanudando el debate en torno al incumplimiento doloso", en Claudia BAHAMONDES, Leonor ETCHEBERRY y Carlos PIZARRO (eds.). *Estudios de derecho civil*. Santiago: Thomson Reuters. Tomo XIII.
- RIVERA, José (2012). *La causa en el derecho chileno*. Santiago: Legal Publishing.
- RODRÍGUEZ, Pablo (2017). *Responsabilidad extracontractual*. 2ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO, Alejandro (2006). *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROXIN, Claus (2015): *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 2ª ed. alemana, Madrid: Civitas. Tomo I.
- SCHOPF, Adrián y William GARCÍA (2009). *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing.
- TAPIA, Mauricio (2017). "Competencia desleal por culpa". *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 29, Santiago, diciembre.
- TAPIA, Orlando (1941). *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción: Universidad de Concepción.

- VALDÉS, Domingo (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VAN WEEZEL, Alex (2009). *Error y mero desconocimiento en el derecho penal*. Santiago: Legal Publishing.
- VEGA, Felipe (2020). “Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y de protección del consumo”. *Revista Derecho & Justicia*. Vol. 3 (1).
- VELASCO, Juan (1998). “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”. *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 15.
- VERGARA, Enrique (2006). “El injusto monopólico II) ¿responsabilidad objetiva o subjetiva?”. *Revista de Derecho de la Empresa*. Vol. 5 Santiago.
- YRARRÁZAVAL, Arturo (2012). *Diccionario jurídico-económico*, Santiago: Ediciones UC.
- ZUCCALÀ, Giuseppe (2001). “Estructura del delito y punibilidad. El evento preterintencional: problemas actuales”, en Adán NIETO (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca/La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla/Ediciones Universidad Salamanca. Volumen 1.

Normas

Digesto.

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Ley n.º 20361 de 13 de julio de 2009, que modifica el decreto con fuerza de ley n.º 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Ley n.º 20945 de 30 de agosto de 2016, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

Decreto ley n.º 211 de 17 de diciembre de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia.

Hiperenlaces

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2016). “Historia de la Ley N° 19.911”. Disponible en www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/389/1/HL19911art4.pdf [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2017].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2009). “Historia de la Ley N° 20.361”. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3841/2/hdl-20361.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].

- ESPAÑA. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2013). *Comunicación sobre el Programa de Clemencia*. Disponible en www.boe.es/boe/dias/2013/08/16/pdfs/BOE-A-2013-9022.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].
- NUÑEZ, Raúl. *Informe en derecho Legitimación y litisconsorcio necesario en el Derecho de la competencia chileno* (2014). Disponible en <http://consultas.tdlc.cl/lexsoft/search?proc=3&idCausa=41277> [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].
- REINO UNIDO. OFFICE OF FAIR TRADING. *Applications for leniency and no-action in cartel cases* (2013). Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].
- VALDÉS, Domingo. *Informe en derecho. Determinación de eximentes y atenuantes en multas antimonopólicas con motivo de una delación compensada y principio de la ley más favorable* (2016), p. 27. Disponible en <http://consultas.tdlc.cl/lexsoft/search?proc=3&idCausa=41603> [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].

Jurisprudencia

- CIDEF S.A. y otros con Vitalino Nafria Aznar y otros (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 2013, rol n.º 5066-2011. Disponible en Westlaw Chile, CL/JUR/2247/2013 [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- COESAM S.A. con Comisión Preventiva Central (2005): Corte Suprema, 16 de junio de 2005, rol n.º 5719-2004. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2014): Corte Suprema, 7 de enero de 2014, rol 73.923-2016. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2016): Corte Suprema, 20 de abril de 2016, el rol n.º 11.363-2015. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con Agrícola Agrosuper S.A. y otros (2015): Corte Suprema, 29 de octubre de 2015, rol 27.181-2014. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con AM Patagonia y otros (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2 de septiembre de 2008, rol C n.º 121-2006. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2015): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 23 de diciembre de 2015, rol C n.º 280-2014. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2016): Corte Suprema, 12 de octubre de 2016, rol 5128-2016. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

- FNE con Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (2015): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 1 de abril de 2015, rol C n.° 265-2013. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con Cencosud S.A. y otros (2019): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de febrero de 2019, rol C n.° 304-2016. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con CMPC Tissue S.A. y otra (2017): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de diciembre de 2017, rol C n.° 299-2015. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con CMPC Tissue S.A. y otra (2020): Corte Suprema, 6 de enero de 2020, rol n.° 63.600-2019. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con Farmacias Ahumada y otros (2012): Corte Suprema, 7 de septiembre de 2012, rol n.° 2578-2012. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de enero de 2014, rol C n.° 224-2011. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con SMU S.A. (2015): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 9 de diciembre de 2015, rol C n.° 279-2014. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- FNE con Sociedad de Transportes Central Ltda. (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 7 de enero de 2010, rol C n.° 149-2007. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta :31 de julio de 2020].
- FNE con Transinter 24 S.A. (1998): Comisión Resolutiva, 27 de enero de 1998, rol 506-1996. Disponible en www.fne.gob.cl/biblioteca/jurisprudencia/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- Papelera Cerrillos S.A. con CMPC Tissue S.A. y otra (2020): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de julio de 2020, rol CIP n.° 3-20. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- Philip Morris Chile con Empresas CCT S.A. (2013): Corte Suprema, 25 de julio de 2013, rol n.° 1339-2012. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- Pivcevic Rajcevis Andrés Nicolás con Lan Chile S.A. (2006): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2006, rol 5835-2004. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].
- Pivcevic y Otros con Lan Chile y Otros (2000): 4° Juzgado Civil de Santiago, 22 de junio de 2000, rol C-4831-1997. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Reyes Mateluna Juan Rolando con Pacheco Álvarez Guillermo (2016): Corte Suprema, 7 de marzo de 2016, rol 4588-2015. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 de marzo de 2010, roles acumulados C n.º 135-2007 y C n.º C-173-2008. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Voissnet S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2016): 4º Juzgado Civil de Santiago, 31 de marzo de 2016, rol C-26.086-2014. Disponible en <http://corte.poderjudicial.cl/> [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].