

TEORÍA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

BIENES Y SERVICIOS, SECTORES REGULADOS:

- Teoría, Formas de Mercado
- Regulación extranjera, en especial EEUU
- Restricciones a la competencia (concepto y casos)
- Chile: Institucionalidad, Funcionalidad
- Conclusión

ENRIQUE AIMONE GIBSON

Profesor Derecho Económico (Em)





PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE
VALPARAÍSO



DERECHO PUCV
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Publicación de la:
ESCUELA DE DERECHO
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Av. Brasil 2950, Valparaíso, Chile

Valparaíso, 2017

www.derecho.pucv.cl

INDICE

Capítulo I	5
COMPETENCIA - CONCEPTO	5
COMPETENCIA PERFECTA.....	6
Mercancía homogénea:	6
Mercado atomístico:.....	6
Un solo precio:	6
Agentes tomadores de precio:.....	7
No existen barreras a la salida:	7
Los agentes no hacen publicidad:.....	7
Los agentes no practican estrategias:	7
El mercado es transparente:.....	7
OTRAS FORMAS DE MERCADO O DE COMPETENCIA	8
MONOPOLIO	9
Un mercado sin competencia.	9
¿CUÁLES SON LAS FUNCIONES DE LA COMPETENCIA?	10
OTRAS CLASIFICACIONES DE COMPETENCIA Y MERCADO.....	11
COMPETENCIA LEAL Y COMPETENCIA DESLEAL	11
EXCLUSIVIDAD DE LA FNE EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN PENAL	12
COMPETENCIA LEAL	13
COMPETENCIA DESLEAL.....	13
EFECTOS DE UN ACTO DE CD.....	15
Capítulo II.....	17
PRIMERA REGULACIÓN SOBRE COMPETENCIA	17
Sherman Act.....	17
Clayton Act. de 1914	18
Federal trade commission act.....	18
Celler - Kefauver act de 1950.....	18
Capítulo III	19
ATENTADOS A LA COMPETENCIA O RESTRICCIONES COMPETITIVAS.....	19
Capítulo IV	24
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA y CASOS DE OTRAS FUENTES	24
UN CASO DE COLUSIÓN	31

Capítulo V	34
INSTITUCIONALIDAD.....	34
Sección 1.....	34
Fiscalía Nacional Económica FNE.....	34
Sección 2.....	36
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia TdeLC.....	36
Capítulo VI.....	44
OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.....	44
Operaciones de Concentración. Casos:.....	45
Capítulo VII.....	48
EL DUMPING.....	48
Capítulo VIII.....	50
DELACIÓN COMPENSADA	50
Establecida por Ley N° 20.361 de 13 de julio de 2009.....	50
Capítulo IX.....	52
SANCIÓNES I.....	52
CONCEPTO Y COLUSIÓN.....	52
SANCIÓNES II.....	55
BIBLIOGRAFÍA.....	57
ABREVIATURAS.....	58

Capítulo I

COMPETENCIA - CONCEPTO

Comenzaremos nuestro objetivo, como es usual, definiendo el concepto bajo análisis.

Una primera definición podría ser: *la competencia es la lucha por el cliente.*

Tal definición entronca con otras: hay competencia por el trofeo deportivo, como la que se libra en tenis, por la COPA DAVIS.

Dos jóvenes pueden también competir por el amor de una mujer.

Pero, centrándonos en el campo de la economía, debemos atender, por ejemplo, a LOBE, citado por Volker EMMERICH quien, en 1907, tenía por competencia “*el plural esfuerzo de distintas personas por alcanzar el mismo fin, poniendo al efecto en juego distintas actividades y distintas facultades*”¹.

Otros autores distinguen clases de competencia según mercados, y hablan del mercado de *competencia perfecta*, concepto que se concreta si se cumple una serie de condiciones, que examinaremos.

Antes de cualesquiera otras clasificaciones de la competencia, ha de tratarse la referida más arriba: competencia de *precios*, competencia de *calidad*.

Alude ella al instrumento con el cual se comporta con un bien más barato, o bien con uno de mayor idoneidad y eficiencia para el objeto previsto.

¹ EMMERICH, Volker, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, C.H. Beck, Munich, 1982.

COMPETENCIA PERFECTA

Tal concepto vive solo en el mundo de las ideas, y no baja a la cruda realidad.

Para que se dé la posibilidad, deben cumplirse una serie de condiciones: la falta tan solo de una (y a parte así de más de una) transforma esta competencia de perfecta en *imperfecta*, concepto que es el más usado, porque es posible, y no tiene carácter utópico.

Competencia *perfecta* es una idea, o un ideal: la competencia a la que la política de mercado debe aspirar, sin alcanzarla: una especie de Dulcinea del Toboso soñada por un gran y quijotesco político económico,

El concepto de competencia perfecta fue elaborado en el s. XIX por economistas británicos y austríacos. ALFRED MARSHALL ocupa al respecto un lugar preponderante.

La idea que nos preocupa es una construcción mental. Considera que existe en un mercado cuando se dan los siguientes requisitos o condiciones, que explicaremos sumariamente.

Mercancía homogénea:

Es la que ofrecen los distintos partícipes: no se diferencian entre sí; o mejor dicho, las diferencias que pudiere haber no tienen, en opinión de los compradores, relevancia alguna.

Mercado atomístico:

Cada partícipe maneja una *mínima parte* del mercado, insuficiente para ejercer poder alguno en su totalidad.

Un solo precio:

Existe un *solo precio*, fijado por el mercado. Esta condición se presta a equívocos, porque la igualdad de precios puede ser nota del mercado o efecto de una colusión. (ya veremos qué explicamos con el término).

Agentes tomadores de precio:

Los agentes de mercado son *tomadores* de precio, (*Price taker*). Es decir, ese único precio no es fijado por ningún agente. El partícipe debe llegar al mercado “preguntando” y no “proponiendo” precio.

No existen barreras a la entrada:

Estas barreras pueden ser: ser socio de una determinada organización, o tener un título, o un mínimo de capital, etc.

No existen barreras a la salida:

El partícipe puede abandonar el mercado en cualquier momento, sin trabas ni impedimentos.

Los agentes no hacen publicidad:

Si un agente hace publicidad, el mercado deja de ser perfecto.

Los agentes no practican estrategias:

Se refiere a estrategias de *venta*: ej.: cuánto vender; colocar precios altos; hacer publicidad; etc. etc. El requisito único es *presencia* en el mercado.

El mercado es transparente:

La transparencia de un mercado -condición, para aspirar a “perfecto”-, dice relación con la información y el acceso a ella. La transparencia se logra si los interesados pueden disponer sin costo ni espera, de todos los datos que les interesen.

Es fácil especificar estos datos: mercado y participación % en él; talento y *know how* que poseen o a los que acceden; nivel de endeudamiento; valor de los activos, etc., etc.

Es frecuente que el deseo de adquisición o control de una firma por otra, plantea que esta última realice un examen de todos los datos relevantes, una especie de “ficha clínica” de su pretendida adquisición (*due diligence*).

Lo expresado tiene especial importancia en estos tiempos que se caracterizan por la ampliación a nivel internacional y también global de los mercados,

circunstancia que obliga, si se quiere entrar a ellos, o permanecen así, a fortalecer la empresa en todos sus aspectos, entre ellos:

- capital y su duración
- patentes y su duración
- sueldos de ejecutivos
- pay roll
- activos
- endeudamiento.

OTRAS FORMAS DE MERCADO O DE COMPETENCIA

Oligopolio. El término *oligopolio* (del griego: oligo = pocos) ha servido para designar una forma de mercado situado, en un esquema ideal, a medio camino entre la competencia perfecta y el monopolio.

NORBERT REICH² nos expresa lo siguiente, con el fin de explicitar el término “oligopolio”.

“La instrumentalización del mercado por la empresa con el fin de alcanzar sus objetivos estratégicos, y con ello, el surgimiento de una “dirección del mercado” presupone que la competencia y los resultados de éste han dejado de ser dimensiones heterónomas, ya que sufren las influencias de su propia actividad”.

O sea, los sujetos que operan en el mercado pueden influir sobre el mercado. En este mercado toda decisión de un partícipe produce una acción en el o los demás.

En el oligopolio, no es que sean pocos (el número no importa): lo relevante es que su acción tiene influencia sobre los otros partícipes.

Lo importante es que la firma en oligopolio, por lo dicho, ha de quedar sujeta a la normativa antitrust, a pesar de no ser monopolio.

El oligopolio como “juego”.

Es posible observar el oligopolio y estudiarlo como si fuere un juego.

² REICH Norbert, *Mercado y Derecho*, 1ra. edición, Barcelona, 1985, p. 112.

Los oligopolistas son jugadores en un marco en que la cantidad vendida de cada uno depende de su habilidad para anticipar las maniobras de su oponente, para establecer su propia capacidad y para desarrollar estrategias efectivas para anular las acciones de sus rivales. La teoría de los juegos, específicamente, supone que las firmas participan en sucesivos juegos, confrontándolos en series de encuentros; cada firma observa la conducta de su rival en el precedente encuentro y ajusta su propia conducta para el próximo episodio³.

¿Competencias o Competidores? CELLER – KEFAUVER AMENDMENT.

En 1950 se aprueba por el Congreso de los EEUU la así denominada “CELLER KEFAUVER AMENDMENT”, cuyo objetivo fue extender la originaria prohibición de la Clayton Act a la adquisición de activos.

En la opinión del juez EARL WARREN éste observó, que vista como un todo, la historia legislativa de esa enmienda dice relación con la preocupación del Congreso por proteger “competencia” y no a “competidores”, y su deseo de restringir fusiones solo en cuanto tales combinaciones pudieran afectar la competencia⁴.

MONOPOLIO

Un mercado sin competencia.

El *monopolio* (del griego: monos, uno) es el término absoluto de esta escala constituida por mercado de competencia perfecta, oligopolio, monopolio.

Se define como aquel mercado en que el oferente es *uno solo*, respecto de un bien o servicio *sin sustituto próximo*. La consecuencia de que el monopolio sea una figura alejada del óptimo es que tiene poder de mercado. Y éste se concreta en que puede fijar “el” precio, “o” la cantidad que venda. A menor precio venderá más; a mayor precio, menos. Si elige vender menos el precio sube; lo contrario si quiere vender más. Pero no domina las dos variables a la vez.

El sustituto próximo *atenúa el poder* monopolístico. Ejemplos clásicos son: si sube el precio de la *mantequilla* la gente comprará *margarina*; si los *buses* suben sus tarifas la gente preferirá los *trenes* de corta distancia; si baja el precio de la

³ GELLHORN, Ernest /KOVACIC, William, *Antitrust Law and Economics*, St. Paul, Minn, 1994, p. 81.

⁴ GELLHORN/KOVACIC, cit. (n. 3), p. 34.

cerveza la gente -no toda- sustituirá el vino por aquella bebida. Nótese que el primer ejemplo es indudable; no así el último. La cuestión es si el bien “b” es sustituto perfecto del bien “a”, es decir, si satisface la necesidad o la expectativa del agente económico.

La teoría económica del monopolio, desarrollada especialmente por COURNOT, ha demostrado que el monopolio produce menos y a mayor precio que la producción que tenga lugar bajo competencia.

Esto estimula la innovación y el progreso; el monopolio por el contrario, prefiere el *statu quo*. O sea, es socialmente *inconveniente*. Fuera de ello, políticamente hablando, el monopolista, al impedir el ingreso de partícipes al mercado que domina, introduce un factor de injusticia en la sociedad.

¿CUÁLES SON LAS FUNCIONES DE LA COMPETENCIA?

Competencia “eficiente”

¿Por qué preferir competencia a monopolio? La respuesta es simple: porque se estima que la competencia satisface mejor las expectativas del consumidor, en cuanto a precio y calidad.

KANTZENBACH⁵ desarrolla al respecto lo que él denomina *funciones de la competencia*. Son, según él:

- En el mercado de los factores productivos la competencia dirige *la distribución funcional de los ingresos* según el rendimiento en los mercados, evitando de tal modo una explotación usando el poder de mercado;
- El proceso de competencia hace que la composición de la oferta corriente de bienes y servicios se *oriente* conforme a la *preferencia* de los compradores;
- La competencia dirige los factores productivos *conforme a su óptimo rendimiento*;
- La competencia hace posible la adopción flexible de la *capacidad de producción* a los datos extraeconómicos;
- La competencia acelera el *progreso técnico* en productos y en métodos de producción.

Una competencia con tales atributos se denomina *eficiente*.

⁵ KANTZENBACH, Erhard, *Die Funktions fähigkeit des Wettbewerbs*. Göttingen, 1966.

OTRAS CLASIFICACIONES DE COMPETENCIA Y MERCADO. COMPETENCIA LEAL Y COMPETENCIA DESLEAL

Es ésta una clasificación en que el factor ético asume una relevancia significativa.

Tiene gran importancia en el campo del ejercicio de las profesiones liberales, especialmente en aquéllas en que los partícipes se enfrentan y disputan entre sí: abogados por una sentencia favorable; constructores, arquitectos y otros, por adjudicarse una propuesta.

Esta competencia se asimila a la que existe en los deportes, en que se reclame la práctica del “*fair play*”; término usado por los ingleses, reglamentadores de todos los deportes, para indicar el ánimo que debe inspirar la competencia.

Señala EMMERICH⁶ con razón que es Francia la patria del concepto de las competencias leal y desleal; el concepto alemán (*unlauteres Wettbewerb*) no es sino la traducción de los referidos términos. Con mayor razón podemos decir lo propio en cuanto al ámbito del idioma castellano, en el que resulta más patente el parentesco.

Pero vayamos a nuestro objetivo; qué ha de entenderse por competencia leal y su contrario.

EMMERICH hace presente la diversidad de caminos emprendidos por los distintos derechos nacionales.

En cuanto a Francia, EMMERICH nos señala que ha sido la jurisprudencia la que, sobre la base de las dos *cláusulas generales* de los arts. 1382 y 1383 CC., se ha construido el concepto.

Art. 1382. Todo hecho del hombre que cause daño a otro obliga al causante de la falta a reparar el daño.

Art. 1383. Toda persona responde del daño que causare, no solo por su acción, sino también por su negligencia o su imprudencia⁷.

La restricción competitiva: ¿infracción o delito?

La legislación federal de los EEUU de América que partió en 1890 –como hemos visto– con la Ley Sherman, consideró la *restricción competitiva*– sobre todo

⁶ EMMERICH, Volker, op. cit. (n.1).

⁷ Código Civil (Code Civil) francés. Mega Code, Code Civil, Dalloz 1997-1998.

en la versión original de monopolización y colusión, como un delito (*felony*).

Inspirada en tal modelo, la legislación chilena no pudo sino seguir tal sendero, y el DL 211/73 fue una ley penal.

Sin embargo, por ley se innovó al respecto, suprimiendo el carácter penal de la infracción para solo sancionarla, en sus diversas formas, solo con multa y accesorios.

Pero por ley se volvió, en cuanto a la restricción bajo la especie de *colusión*, al carácter penal, y es así como hoy día ella queda sancionada con pena. Ello ocurrió con la dictación de la Ley N° 20.945.

Nos planteamos algunas interrogantes. Siendo hoy en día por ley las personas jurídicas también sujetos de infracción criminal, ¿puede el Tribunal penar tanto a la persona natural y a la jurídica por un mismo hecho y en un mismo proceso?

Otras cuestiones se plantean al respecto: y solo las enunciamos:

- ¿se pena solo el delito consumado y no la tentativa y el delito frustrado?
- ¿se sanciona, siendo el caso, a cómplices y a encubridores?
- ¿hay acción civil que emane del delito?
- si solo es requerida o querellada la persona natural, ¿se puede en el mismo juicio, conforme a reglas generales, procesar reclamando indemnización a la persona jurídica, que sería, normalmente, una sociedad?

En fin, esta penalización abre debate sobre toda la problemática del delito penal y sus efectos en el plano civil patrimonial, que podría ser objeto de un estudio especial y exhaustivo.

EXCLUSIVIDAD DE LA FNE EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN PENAL

Un tema que da lugar a discusión consiste en la reserva que la Ley da a la FNE para el ejercicio de la acción penal.

Ello significa que el Ministerio Público queda inhibido de iniciar el procedimiento, o de ser, posteriormente, parte en él.

El asunto es debatido, y se han dado razones en pro y en contra de tal reserva para la FNE y de exclusión para el MP.

A favor del *carácter exclusivo*, de acción por parte de la FNE se ha argumentado el carácter especialísimo del tema, que requiere de la exclusividad en estudio.

No nos parece argumento razonable. Si hay un delito, que se presume afecta a la sociedad en su conjunto, el MP debiera tener atribución y ser titular de la acción. ¿Que haya en el proceso aspectos que requieran un especificación? Pues, bien, el supuesto problema se supera con la colaboración de la propia FNE. Nos parece la solución más adecuada, y compatible con el carácter de orden público que tiene la competencia en los mercados y su violación.

COMPETENCIA LEAL

La competencia que se atiene a las referidas variables y exigencias puede calificarse de "*competencia leal*". Es, usando un término deportivo, un "*fair play*".

COMPETENCIA DESLEAL

La Ley N° 20.169 de 16-02-07, regula la Competencia Desleal

Hemos estudiado el punto en fuentes alemanas, (concretamente EMMERICH⁸) y llegamos *no a una definición* del concepto, sino a determinar *hechos y circunstancias* que constituyen la competencia desleal, y que aquí exponemos. Existe competencia desleal si encontramos, por parte de un agente, que incurre en:

- revelación de *secretos* (recetas, técnicas, etc.);
- explotación como *proprios* de logros ajenos;
- imitación *servil* del trabajo ajeno;
- *falsedad* en cuanto al origen geográfico de mercancías: plantas, trajes de moda, etc., cuando tal origen es apreciado como relevante;
- *multiplicación* por fotocopia de productos o logros ajenos;
- explotación en provecho propio de la fama de terceros;
- explotación del *espíritu lúdico* de terceros;
- *publicidad* que daña la salud;

⁸ EMMERICH, Volker, op. cit. (n. 1). Fuente: Informativo Jurídico Editorial Jurídica de Chile N° 40.

- publicidad *no referida a precio* o calidad, sino a la obtención de otros beneficios;
- en Alemania a: *la llapa* (j)
- el *engaño*: proposición destinada a hacer presumir erróneamente que una oferta es especialmente conveniente.

Tenemos en la red nuestra presa. El fin y el logro de la competencia desleal es el *desvío de clientela*, capturar para sí a los clientes del rival. La competencia en general es para eso: capturar clientes. Pero en este caso, se sancionan los medios ¿Por qué se alude a deslealtad? A nuestro juicio, porque los competidores pertenecen a un “gremio” que tiene reglas de “lealtad”. La competencia es una actividad que se parece a los deportes regulados por los ingleses: se gana quien convierta más puntos (llámese como quiera) pero sin incurrir en “*felony*”.

Son comportamientos de competencia desleal los siguientes:

- Toda conducta que aprovecha indebidamente la *reputación ajena*, inducen a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero;
- El uso de signos o la *difusión de hechos o aseveraciones*, incorrectos o falsos que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad y cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionados por los bienes ofrecidos, propios o ajenos;
- Todas las *informaciones o conversaciones incorrectas* o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlas o ridiculizarlas sin referencia objetiva;
- Las *manifestaciones agraviantes* que versan sobre la nacionalidad, las creencias, vida privada o cualquier otra circunstancia, ideologías vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado;
- Toda competencia de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, *cuando se funda en algún antecedente que no sea veraz* y demostrable o cualquiera otra forma que infrinja las normas de la ley;

- Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a *infringir los deberes* contractuales contraídos con un competidor;
- El ejercicio *manifiestamente abusivo* de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado.

EFFECTOS DE UN ACTO DE CD

La comisión de un acto de la especie estudiada ofrece al perjudicado las siguientes acciones:

- a. la de *cesación* del acto o prohibición del mismo, si aún no se ha puesto en práctica;
- b. una *acción declarativa* de que el acto es de competencia desleal, si la perturbación ya se ha producido;
- c. *acción de remoción* de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria, o de una reactivación a costa del autor del ilícito, u otro medio idóneo;
- d. *acción de indemnización* de los perjuicios;

Tramitación de las precedentes acciones o medidas.

EMMERICH nos ilustra acerca de las distintas definiciones que, en el derecho alemán, son aplicables al concepto. LOBE, FIKENTSCHER, SANDROCK, entre otros, intentan una definición de competencia desleal, partiendo, obviamente de la de competencia. Pero el propio EMMERICH no se declara conforme con ninguna de las que él cita.

Cita el caso curioso de la relación de este concepto entre Francia y Alemania. En Francia, a la fecha en que escribe EMMERICH, no existió ley sobre “concurrency déloyale”, lo que no obstó que Francia “prestara el concepto a Alemania, ya que la expresión alemana “*unlauteres Wettbewerb*”, no es sino la estricta traducción de la expresión gala “concurrency déloyale”.

Fue común el recorrido por Francia e Italia, para referirse la institución: usar la cláusula general de los delitos civiles. Tal como lo siguió también Alemania, que usó durante un tiempo al efecto la cláusula general de su Ley (UWG de 7.6.1909) al efecto: en las relaciones comerciales se entiende por competencia desleal *toda acción competitiva que sea contraria a las buenas costumbres*.

Volvamos a Chile. Como lo expresan BARROS y RIOSECO, “la última reforma al DL 211 excluyó del ámbito de competencia del TdeLC” los actos que no produzcan efectos en el financiamiento estructural del mercado objeto del ordenamiento de libre competencia por lo que los actos de competencia desleal que no tuvieron ese efecto solo quedaban sujetos al derecho común de la responsabilidad civil”.

¡Es lo que ya habían dicho los franceses;

Siguiendo con BARROS y RIOSECO⁹ *se entiende por competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las sanas costumbres* que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado.

⁹ op. cit.

Capítulo II

PRIMERA REGULACIÓN SOBRE COMPETENCIA¹⁰

Las principales, y efectivas regulaciones generalmente conocidas y aceptadas hoy sobre la competencia, para evitar el monopolio, o el abuso oligopólico surgieron en los EEUU de América¹¹.

Tuvieron por objeto combatir el monopolio para librar al consumidor o ciudadano, de prácticas como el precio abusivo y otras maniobras que, en su momento, examinaremos.

Llama la atención, que, en una nación de *common law* (en que opera el *stare decisis*), hayan surgido leyes federales es decir de toda la nación para preservar la competencia y atar de manos a su declarado enemigo, cual es el monopolio.

Sherman Act

Siguiendo a GELLHORN/KOVACIC, podemos expresar que la regulación antimonopolio de los EEUU (inspiradora de todo el derecho moderno en la materia como se dijo), se inició con la *Ley Sherman* de 1890. (Sherman Act). Según su propio inspirador, el senador JOHN SHERMAN¹², ella no anunciaba un nuevo principio legal, sino que aplicaba antiguos y reconocidos preceptos del *common law*¹³.

Contiene dos disposiciones:

- En la *primera*, condena todo contrato o combinación en la forma de trust u otra, o intento, que restrinja el comercio entre los Estados de la Unión o con naciones extranjeras. Aquéllas son declaradas ilegales (y condenadas con prisión).

¹⁰ GELLHORN/KOVACIC, cit. (n. 3), p. 21.

¹¹ Ha sido poco estudiada, casi ignorada, la contribución española sobre materias económicas, del s. XVI entre otros de Domingo de Soto. Así, el navarro Martín de Azpilcueta formuló en el Siglo XVI, la teoría cuantitativa del valor del dinero.

¹² SHERMAN, John / H, p. 29, además Gellhorn / Kovacic, op. cit, 20.

¹³ Idem.

- En la *segunda*, se establece que toda persona que monopolice o intente monopolizar o lo intente con otra persona, o personas, el comercio interestatal, o con naciones extranjeras, cometen un acto ilícito (*felony*).

Clayton Act. de 1914

WITKER¹⁴ atribuye a la “ambigüedad de la Sherman Act” el que se hiciera necesaria una regulación antimonopolio adicional. Ella fue la Clayton Act de 1914.

Siguiendo a WITKER, “su contenido puede ser resumido en tres apartados: *prohibición de ciertas acciones* restrictivas de la competencia, distintas de los acuerdos de trust; expresión de los medios legales para *impedir la realización de prácticas prohibidas*, y *disposiciones laborales*.

Concretamente, prohíbe:

- Las *fusiones* anti competitivas; las *adquisiciones* de capital que tengan como efecto reducir sustancialmente competencia entre la sociedad adquirente y la adquirida; y
- Muy especialmente, la *discriminación de precios*, es decir, el cargo injustificado de precios distintos para transacciones iguales.

Federal trade commission act

Esta ley prohíbe los métodos injustos de comercio y las prácticas ilegales o fraudulentas.

Crea la COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO como oficina administrativa, con competencia para aplicar las leyes antitrust¹⁵ rompiendo la hegemonía en las atribuciones de los tribunales en la materia.

Celler - Kefauver act de 1950

Amplía las adquisiciones de empresas que puedan dañar la competencia.

¹⁴ WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América*, p. 88, además, Gellhorn /Kovacic, 27.

¹⁵ WITKER, cit. (n. 12), p. 89, además, Gellhorn /Kovacic, 27, s.

Capítulo III

ATENTADOS A LA COMPETENCIA O RESTRICCIONES COMPETITIVAS

Como regla general, una falta en la observación de las condiciones para que haya competencia perfecta, constituye un atentado a ésta, y el presente peligro de que se genere un monopolio.

Un listado de ellas sería el siguiente:

- Mopolización
- Abuso de posición dominante o de monopolio
- Imposición de precio de reventa
- Acuerdos (horizontales de precios)
- Limitación de producción (unilateral o acordada)
- Acuerdos de distribución exclusiva
- Discriminación de precios
- Dumping de precios
- Fusiones
- Boicot
- Colusión
- Barrera a la entrada
- Barrera a la salida
- Reparto de mercado
- Ventas atadas
- Gestión de producto similar
- Acoso a transeúntes
- Aprovechamiento de fama o éxito ajenos.

Rige esta materia el DFL N° 1 de 2004 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL. 211 de 1973.

Luego de decir que la presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados, agrega que *los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidas o prohibidas o reprimidas en la forma y con las sanciones previstas en esta Ley.*

El art. 3 señala el principio básico:

Art. 3 El que ejecute o celebre individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionando con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente Ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones, puedan disponer en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia los siguientes:

- a. los *acuerdos expresos o tácitos* ente agentes económicos, o las *prácticas concertadas* entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichas acuerdos o prácticas les confieren;
- b. la *explotación abusiva* por parte de una empresa o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado, o imponiendo otros abusos semejantes.
- c. las *prácticas predatorias o de competencia desleal*, o realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Una crítica a lo expuesto.

Esta disposición nos merece varias observaciones que refleja, a nuestro juicio, un discutible uso de la técnica legislativa.

En primer término, siendo un artículo *sancionatorio*, hubiera sido preferible agotar en él todo contenido de condena, sin referencia a otras normas.

En segundo lugar, podría haber eliminado y dispuesto en otro artículo *las medidas correctivas o prohibitivas*.

Pero la observación más importante, re relación con la técnica legislativa la encontramos en el art. 3º inciso 2, en que se expresa que “*se considerarán, entre otros, como hechos o actos que impide, restringen....*”, etc., los siguientes:

La observación al respecto, es, primero, que los hechos no *se consideran* sino que se sancionan, segundo, que infringe la *taxatividad* del precepto sancionatorio la expresión *entre otros*. La pregunta necesaria del lector es ¿cuáles otros?

Otra observación es, en el literal c) que haya una referencia a la *competencia desleal*, confusa, existiendo (Ley N° 20.169 de 16 de febrero de 2007) una norma especial sobre la materia, a la que nos hemos referido “supra”.

Nos llama la atención que dos causales (*abuso de poder y posición dominante*) estén separadas.

Asimismo, en el literal a) la referencia a los acuerdos... o las prácticas concertadas ¿qué sentido tienen?

Monopolización o abuso de posición dominante, acuerdo de distribución exclusiva, discriminación, dumping de precios, fusiones, colusión, merecen un tratamiento separado y más profundo. Las otras, por su carácter obvio, agotan su tratamiento con la mera mención, y si procede, con un ejemplo o la cita de un caso.

Veamos el segundo grupo.

Nos queda hablar, por ejemplo, del *boycot*. Consiste en que una firma proveedora solo provee a una de las muchas que demandan su producto o servicio.

Barreras a la entrada.

Una forma de barrera a la entrada, es por ejemplo, la que imponen en Chile (Santiago) los taxistas como precio por el cupo para desarrollar la actividad. Es del orden de los \$ 12.000.000 m/n, que debe pagar el aspirante a una plaza.

Venta atada.

Una empresa multiproducto vende dos clases de mercancías, de distinto atractivo en el mercado. A los distribuidores se les impone la obligación de comprar la menos demandada para acceder a la otra.

Gestión de producto similar.

Se explica por sí mismo. Es una garantía para el ingenio.

Acoso a transeúntes.

La venta en la calle, muy usual en nuestro país, no tiene una regulación efectiva. Opera en dos formas, en teoría: la del comerciante que se “instala” en las veredas, y la del ofertante que acosa al transeúnte para ofrecerle su producto o servicio.

En el derecho *infraccional* (uso el término para incluir tanto el derecho penal como el penal administrativo) debemos señalar el valor protegido y las acciones y omisiones que lo afectan.

Así, en nuestro derecho penal, se destacan como *título* los actos que afectan a la propiedad, y como *artículos* de aquél las infracciones, es decir los delitos (especialmente el hurto y el robo en todas sus especies).

No ocurre lo mismo en el DL. 211 (73). Es un mérito de M. DE RIVACOBA¹⁶ habernos advertido al respecto: el DL. 211 sanciona el valor (competencia) y omite, salvo excepciones, indicar las infracciones.

En un sistema mucho más desarrollado que el nuestro, en Alemania se considera un atentado a la competencia abordar a transeúntes para ofrecer bienes y servicios, porque se lesiona con ella el derecho a la libre elección del acosado.

Es pues, *primera obligación* de la doctrina advertir tal circunstancia. Y la segunda es la que afrontamos a continuación, a saber, enumerar, un listado de las infracciones en la materia.

En cuanto a las primeras, analizaremos su concepto y procedimiento, el enunciado de un caso.

Monopolización.

Fue muy importante en el derecho de los EEUU de América. El caso Rockefeller fue el más famoso en la materia. Pero el concepto, que inspiró la SHERMAN ACT se debió a la “carrera” de los empresarios hacia el oeste, accediendo a toda clase de maniobras para dominar mercado.

JOHN D. ROCKFELLER dominó el mercado del petróleo a través de su firma Standard Oil.

¿Cuál fue el procedimiento? En un mercado casi perfecto de competencia, en que había múltiples productores, ROCKEFELLER construyó una cadena de tuberías (*pipelines*) para el transporte y acopio de combustible. Esta empresa se transformó en una dominadora del mercado, pues los productores del crudo de-

¹⁶ DE RIVACOBA, Manuel, *Nueva Crónica del Crimen*, Valparaíso, 1981.

pendían de ella para permanecer en el mercado. Pues bien, ROCKEFELLER se aprovechó de su firma de transporte para apropiarse del mercado de producción, con el simple expediente de amenazar con no transportar al propietario de pozos que se negara a venderle. A través de un mercado se apropia de otro. Se denomina *leveraging* el proceso de usar la posición de dominio en un mercado para apropiarse de otro. El caso ROCKEFELLER es casi novelístico. La STANDARD OIL fue una firma de un poder enorme. La Supreme Court de los EEUU ordenó disolverla, para restarle poder. El magnate creó varias “Standard Oil”, pero todas dominadas por la ESSO STANDARD OIL de NEW JERSEY. Fue una derrota del derecho a manos de un empresario.

Acuerdo de distribución exclusiva.

Firmas de mucho poder celebraron –o impusieron– con sus proveedores contratos que los obligaban a llegar al mercado solo a través de aquella firma. Hubo productores que se negaron a ese vasallaje, y buscaron otros caminos para vender al detalle. La solución jurisprudencial fue que no había obligación de respetar el contrato, o sea, el acuerdo de distribución exclusiva no es una restricción a la competencia. Pero sí está prohibida la acción de distribuir “aguas abajo” toda una producción a través de una sola firma.

Discriminación de precios.

Consiste en trato diferente en especial sobre precios, a distintos compradores por compras iguales. La LEY CLAYTON, como vimos, la condenó como ilegal. Las diferencias generadas solo pueden tener por razón causas objetivas, como son, por ejemplo, el costo que implica la distancia entre vendedor y comprador.

Capítulo IV

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPE- TENCIA y CASOS DE OTRAS FUENTES

Infracción - Colusión

Sentencia 148/2015.

Requerimiento de FNE contra ASFALTOS CHILE-
NOS

Los hechos.

Las empresas ACH, ENEX y QLA acordaron que ENEX abasteciera dos obras de dos constructores a cambio de no materializar una oferta para una obra de SACYR que abastecía ACH.

Esas constructoras acordaron repartirse 3 obras de Bescalco, y asimismo otras 3 obras de, Recondo, Figueroa y Tafcal.

El Tribunal tuvo por probado que tales repartos fueron concretados por un acuerdo colusivo, pero no tuvo por probado el ilícito respecto de Recondo y Tafcal.

Se impusieron multas.

ENEX, sin embargo, fue exenta de acuerdo por un programa de delación compensada. <http://www.tdlc/c-280.14>.

Sentencia 137/2014.

Infracción: acuerdo colusivo.

Requerimiento de FNE contra CASTHER y otros..

Los hechos.

Se examinaron dos acuerdos entre tres firmas (Alonso Castillo, Cristián Valdez C y Empresa Caldera S.A.).

El primer acuerdo requerido no fue aceptado como ilegal por el TdeLC, por no existir prueba concluyente. En cuanto al segundo, quedó evidenciado por el reconoci-

miento de los hechos por los infractores; y por la presunción que constituyó el hecho de la simultaneidad de las alzas.

Las multas aplicadas fueron de GOUTA y de ISUTA. Las diferencias se fundan en las participaciones de mercado de las empresas requeridas y las conciliaciones a que llegaron las dos últimas empresas con la Fiscalía

Sentencia 139/2014.

Infracción: *colusión para limitar producción.*

Requerimiento de FNE contra AGROSUPER y otros.

Los hechos.

Se acusó a AGROSUPER S.A., a EMPRESAS ARIZTÍA S.A. y a Avícola DON POLLO LTDA. de coludirse, a través de la Asociación de Productores Avícolas de Chile (APA) para:

a) *limitar* la producción de carne de pollo ofrecida en el país, y

b) *asignarse cuotas* en los mercados correspondientes.

La conducta, según la sentencia, en cuya coordinación, ejecución y fiscalización tuvo la APS un rol importante, constituiría un atentado a la competencia. Hubo evidencia de que las avícolas, en conjunto con la APA, elaboraron mecanismos que daban cuenta de las fluctuaciones del precio de la mercancía aludida.

Se trató, según el TdeLC, de una *colusión*, entendido este término como un *acuerdo respecto de la cantidad a producir, con miras a alcanzar determinados precios o rangos de ellos, restringiendo o suprimiendo competencias.*

Se rechazaron excepciones y defensas.

Se aplicó a Agrosuper y Ariztía la multa máxima, esta es, a 30.000 UTA, y a Don Pollo, 12.000 UTA; se ordenó la disolución de la AG.

Sentencia 141/2014.

Infracción: *acuerdo de precios.*

Requerimiento FNE - LÍNEAS Y AGETV

Los hechos:

Se acogió por el TdeLC el requerimiento de la FNE contra algunas líneas de taxibuses de Valdivia. El conjunto se denomina “las líneas”, y la AGETV es la asociación gremial que las agrupa.

Las “líneas” acordaron, en el seno de la AGETV un alza conjunta en las tarifas de los servicios que tales líneas operan. (Mayo de 2008, a 2011) y en 2011 se acordó una nueva alza conjunta.

Se acreditaron tales hechos a) por las actas de sesiones de AGETV en que se acordaron las alzas; b) por un informe pericial sobre el contenido de las actas; c) por la declaración de Presidente y Tesorero de la AG referida; d) por las cartas de las “líneas” a la SEREMI competente indicando la fecha de inicio de las alzas. Se impusieron multas tanto a las líneas como a la AG.

<http://www.tdlc.cl/tdlc/c244-12>

Sentencia 145.

Infracción: *acuerdo para alza de precios.*

Requerimiento de FNE contra AG DE GINECÓLOGOS OBSTETRAS DE ÑUBLE.

Los hechos:

Los médicos habrían infringido lo dispuesto en el art. 3º, letra a) del DL. 211/73

Los requeridos, según se acreditó, acordaron, a través de la Asociación Gremial que los agrupaba, un aumento sostenido de los precios de consultas e intervenciones quirúrgicas de la referida especialidad.

Se impusieron multas tanto a la AG como a los médicos participantes.

Dos ministros estuvieron por no multar a la AG.

[http://www.tdlc.cl/c265-13.](http://www.tdlc.cl/c265-13)

Sentencia 147/2015.

Infracción: *limitación de producción.*

Requerimiento de FNE contra SMU.

Los hechos:

En Resolución 43/2012 se impusieron condiciones para aprobar la concentración, ya materializada, entre SMU y SUPERMERCADOS DEL SUR.

La FNE requirió (1) incumplimiento de Condición I. a saber, venta de ciertos locales, de centros de distribución y de marcas comerciales; 2) que en la condición

II, se estableció que SMU debió equiparar precios de locales que debía enajenar a aquellos más cercanos que presentaban condiciones de competencia; 3) que SMU debía enajenar su participación en Supermercados MONSERRAT.

De la condición II, SMU fue absuelta.

La Condición III no fue cumplida porque SMU no enajenó oportunamente su participación en MONSERRAT.

Se aplicaron multas.

Un miembro del Tribunal previno que las multas no llegaron a un nivel suficiente para disuadir.

<http://www.tdlc.cl/c279-14>

Sentencia 133.

Infracción: control y limitación producción.

Requerimiento de la FNE contra PULLMAN BUS COSTA CENTRAL S.A. Y OTROS,

Los hechos:

El TdeLC acogió el requerimiento.

Según dicho Tribunal, se vulneró el artículo 3° del DL. 211/73 al realizar una serie de actos encaminados a:

a) fijar tarifas a público; b) determinar el reparto de frecuencias para la prestación del Servicio en la ruta Santiago – Curacaví – Santiago.

Y se acusa a PULLMAN BUS COSTA CENTRAL y a RVC de haber celebrado y ejecutado acuerdos anticompetitivos para la fijación de tarifas a público en la ruta Santiago – Lo Vásquez con ocasión de la festividad de la Inmaculada Concepción en diciembre de 2010.

Se condenó a PULLMAN BUS COSTA a una multa de 50 UTA, Pedro Farías SA. igual sanción por 100 UTA, se exceptuó de multa a ATEVIL MECANICA DIERAL, y se negó lugar a la demanda en contra de DAVIS OLIVARES Y LUIS P. FARÍAS.

<http://www.tdlc.cl/c-224-11>.

Sentencia 132/2013.

Infracción: *discriminación.*

Demanda de SONDA S.A. contra SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN.

Los hechos:

Se acogió.

Se reprochó al REGISTRO CIVIL la exclusión de SONDA de la licitación, declarando inadmisibles las propuestas técnicas del referido oferente.

Dicha exclusión fue discriminatoria y restringió la competencia en la licitación.

El Tribunal impuso al RC una multa de 200 UTA. El Ministro Sr. Depolo previno respecto de la multa y de la decisión de no dejar sin efecto, o bien, ordenar, la adjudicación a MORPHO y el contrato consecuente.

El Ministro Sr. Menchaca estuvo por rechazar la demanda, por estimar que la especie se refería al régimen de contratación y no a una infracción al DL. 211.

<http://www.tdlc.cl/c/242-12>.

Sentencia 130/2013 del TdeLC.

Infracción: *intento de llegar a posición dominante.*

BEATRIZ ZUBERMAN COMERCIALIZADORA EIRL contra ANA SMART STAR NUMBER CHILE S.A. (OSS).

Los hechos:

El TdeLC acogió la demanda, porque la demandada infringió la letra c) del art. 3 del DL. 211/73 por intentos de alcanzar una *posición dominante* en los servicios de marcación abreviada (asterisco cuatro dígitos).

Se estimó que las comunicaciones que OSS envió a las empresas de telefonía móvil y a potenciales clientes de su competidor contenían aseveraciones incorrectas o falsas que tuvieron la aptitud de desviar su clientela, y que pudieron impedir o dificultar el ingreso de nuevos actores al mercado.

Se multó a OSS con 30 UTA.

<http://www.tdlc.cl/239-12>

Sentencia 136/2014.

Infracción: *acuerdo para alza de tarifas.*

Requerimiento contra servicios PULLMAN BUS COSTA CENTRAL SA Y OTROS.

Los hechos:

Se les imputó haber celebrado acuerdos para aumentar las tarifas en la ruta “Santiago-Cartagena-Santiago”, en los años 2009 y 2010.

Se acreditó el acuerdo de alza por declaraciones de ejecutivos de las referidas líneas.

No se pudo acreditar una nueva alza en 2010, también objeto del requerimiento.

Se acogió parcialmente por el TdeLC el requerimiento de FNE en contra de “PULLMAN”, “BAHÍA AZUL”, “BUPESA” y “ANDRADE”, todas ellas empresas de servicio de transporte.

Se condenó a una de las empresas a multa de 80 UTA, y a la otra, a la misma sanción, por 30 UTA.

<http://www.tdlc.cl-234>.

Sentencia 135/2014.

Infracción: *imposición de precios.*

Demanda de EUGENIO SAAVEDRA Y OTROS contra SINDICATO DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES Y PESCADORES ARTESANALES DE PICHILEMU.

Los hechos:

Se acogió demanda contra el SINDICATO, porque se estimó que éste infringió el art. 3 del DL. 211, al obligar a los locatarios de la caleta administrada por el Sindicato a ofrecer los productos que vendían a un mismo precio, lo que se estimó atentatorio para la competencia en el mercado relevante.

Se multó al Sindicato en 2 UTA, no así a las personas naturales, ya que ellas no fueron demandadas.

<http://www.tdlc/c-250-13>

Sentencia 134/2014.

Infracción: *barreras a la entrada.*

Requerimiento EMPRESA DE TRANSPORTES RURALES LTDA. Y OTROS.

Los hechos:

El requerimiento de la FNE contra la empresa del encabezamiento (Turbus), y otros a saber PULLMAN COSTA, TRANSPORTES COMETA y TRANSPORTES ROMANÍ se basó en que ellas vulneraron el art. 3 del DL. 211 al ejecutar, por sí y por personas relacionadas, acciones coordinadas tendientes a bloquear el acceso de competidores a diversos terminales ubicados en la ciudades de Valparaíso, Coquimbo, La Serena y Antofagasta.

Se estimó que se bloqueó el acceso de competidores a oficinas, lo que generó aumento de costos de firmas rivales con el objeto de mantener o incrementar una posición de dominio conjunta.

Además se acreditó un concierto para obstaculizar el ingreso de competidores potenciales, como LÍNEA AZUL, con el fin de entorpecer competencias.

Se aplicaron multas elevadas y se condenó en costas.

<http://www.tdlc.c 223>.

Resolución 39 Comisión Resolutiva de 21 de Diciembre de 1977.

Vidrios Planos Lirquén / Vidrios Planos Cerrillos

Los hechos:

Esta Resolución accede a concentrar en una sola fábrica la producción del vidrio plano en Chile, como única solución para evitar el colapso de la industria actual.

Vidrios Planos Lirquén se inició en 1933.

Vidrios Planos Cerrillos se instaló en 1962.

La resolución se funda en que el cambio tecnológico a nivel mundial de la fabricación de vidrio llevó a ambas firmas a perder mercado; en consecuencia, a endeudarse para afrontar la situación y a perder capital y reservas.

Asimismo, esta actividad afronta una desgravación arancelaria que hizo más difícil la coexistencia y más la competencia entre las dos firmas nacionales.

Para ello, la CR, prestó su aprobación a la proyectada fusión de las firmas requirentes.

UN CASO DE COLUSIÓN

CMPC y el caso TISSUE, mercado de 3 empresas, 2 coludibles.

El miércoles 28 de octubre de 2015, la FNE¹⁷ denunció que CMPC Tissue y la sueca SCA mantuvieron un acuerdo de reparto de mercado entre 2000 y 2011.

A pesar de que tanto la firma CMPC (Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones) negaron el ilícito, un ejecutivo “de los más jóvenes” ayudó a desenmarañar una trama colusiva. CMPC entonces, ante tal evidencia, “cortó por el hilo más grueso”, es decir, desvinculó del grupo a los más altos ejecutivos que tenían responsabilidad en el caso y que colaboraron con información a la FNE.

El hecho investigado es, como se dijo, muy simple: durante o por más de diez años, las empresas papeleras CMPC y SCA se coludieron para asignarse cuotas de mercado y fijar precios de venta.

La investigación del Tissue dice relación con cuatro productos esenciales para el consumo familiar y también empresarial (“sensibles para los consumidores”), dice una información periodística¹⁸. Se trata de *papel higiénico, toallas de papel, servilletas y pañuelos desechables*. Se expresa que el papel higiénico es el artículo más relevante en la ponderación del IPC en el ítem “cuidado personal”. Y para los sectores de menores ingresos, que los compran al mismo precio, el porcentaje en su cuota de consumo es obviamente mayor. Así, mientras el quintil de mayores ingresos destina 11% de sus ingresos al rubro que examinamos, el primer quintil destina a lo mismo un 19% de la variable indicada.

Otro hecho en que existen 150 papeles diferentes, pero proveídos por solo 3 empresas (CMPC y SCA, acusados de coludirse y Kimberly Clark). La información nos dice, además que la última cubre solo el 4% de la demanda.

En el primero en desarrollo, SCA ha argumentado que en el mercado, es CMPC la firma dominante.

Requerimiento de Colusión¹⁹.

FNE contra Tour Operadores Abercoimbe & Kent S.A; ADS mundo Turismo Ltda. Turismo Cocha S.A; Chilean Travel Servicio Ltda. y Turavión Ltda.

¹⁷ El Mercurio, Santiago, 8 de noviembre de 2015, B4, art. de Valeria Ibarra.

¹⁸ El Mercurio, 8 de noviembre de 2015, B10.

¹⁹ Díaz de Valdés B., Rodrigo, *Análisis crítico de la sentencia de la Corte Suprema en caso colusión Tour Operadores en Sentencias Destacadas*, 2012.

Los hechos.

Los tour operadores individualizados, actuando de consuno, habrían exigido a la empresa hotelera Explora Chile SA (EXPLORA) un incremento de las comisiones por concepto de comercialización, bajo la amenaza de dejar de venderle sus servicios. Los requeridos habrían citado a ejecutivos de “EXPLORA” a una reunión, bajo el pretexto de discutir acciones comerciales aplicables a la industria hotelera. Sin embargo, lo que se exigió fue alza de comisiones, de no acceder a ello EXPLORA, los operadores derivarían venta s otras cadenas.

Lo resuelto.

La infracción se subsumió bajo el concepto de colusión definida (por la CS) como el hecho de “ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sean necesario que se haya producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición, que el acuerdo entre los agentes económicos permita alcanzar, mantener, o incrementar, sea requerido para que exista la colusión que la ley sanciona”.

Etapas.

El TdeLC tuvo por acreditado el hecho de la reunión y lo que en ella se planteó. El mercado relevante para él fue el de intermediación de servicios de turismo de lujo en lugares como Torres del Paine, San Pedro de Atacama, e Isla de Pascua. Sostuvo esa Corte que, por representar las requeridas solo un 19% de las ventas de EXPLORA, no tenían una fuerza suficiente para operar una colusión. Por ello, rechazó el requerimiento.

Llevado el caso por vía de reclamación tanto de FNE como de EXPLORA a la Corte Suprema, ésta sentó las bases de la figura anticompetencia (colusión) invocada.

(a) existencia de un acuerdo (b) su objetivo (c) la aptitud objetiva del acuerdo para producir un efecto en la competencia (d) voluntad y decisión de llevar adelante el acuerdo.

La CS compartió el criterio del TdeLC en orden a que el acuerdo de los requeridos no tuvo la aptitud para modificar el volumen de ventas de EXPLORA, pero que la concertación de los requeridos importó una transgresión a la libre competencia en los términos que a la fecha disponía el art. 3 del DL 211. Así, con la sola prueba de la intención, quedó configurado el ilícito.

Fallo.

Se ajustó la CS al art. 3 del DL 211 que sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que la actualización produzca esos efectos o que tienda a producirlos.

Capítulo V

INSTITUCIONALIDAD

Sección 1

Fiscalía Nacional Económica FNE

Contrariando la lógica, el Título III del DFL 1 (2004), a continuación del dedicado al TdeLC organiza la FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (FNE).

Definición y naturaleza.

Queda definida en el art. 33 como un *servicio público descentralizado*, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA a través del MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN. (MEFR).

Sede.

La sede de la FNE es Santiago (art. 33 i 2).

Jefatura y Representación; requisitos.

Está a cargo de un funcionario denominado FISCAL NACIONAL ECONÓMICO FNE, precedido del artículo “el”.

El FNE, es de la exclusiva confianza del PdeLR.

Ejerce tanto la jefatura como la representación de la FNE. Ha de tener el título de Abogado, y acreditar 10 años de ejercicio profesional o 3 años de antigüedad en el servicio (art. 33).

Fiscales adjuntos.

Puede designar Fiscales Adjuntos en cualquier ámbito territorial cuando la especialidad y complejidad o urgencia de una investigación lo requiera (art. 34).

Independencia.

El FNE, en el ejercicio de sus funcionarios, será independiente de todas las autoridades y los Tribunales ante los que actúe (art. 39).

Atribuciones.

El mismo artículo 39, en sus literales a) a n) señala las atribuciones.

La más importante, y que concreta la denominación que le corresponde, la contienen los literales señalados.

Le corresponde instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a la presente Ley (DL 211, en su versión del DFL 1 (2004).

Debe dar noticia de ella al afectado.

Puede ser, con conocimiento del Presidente del TdeLC, que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de *reservadas*.

Es facultad del FNE disponer que no se dé noticias del inicio de una investigación al afectado, con autorización del TdeLC.

Sección 2

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia TdeLC

El numeral 1 del Título II que se refiere a esta institución la define como “un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la CS”.

Funciones:

Su función es la de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia (art. 5).

Esta disposición merece una observación. Si su carácter independiente, con la dependencia de la CS, como cualquier Tribunal, llama la atención que, entre sus funciones figure la *prevención* de los atentados que queden dentro de su jurisdicción.

En efecto, como es sabido, la jurisprudencia, como atribución de los tribunales, es *ex post*, es decir, conoce de infracciones y aplica sanciones.

Pero es inusual la potestad que tiene el TdeLC de *prevenir*, un caso muy extraño en la normativa de los órganos jurisdiccionales.

Integración.

El TdeLC está integrado:

a) por un abogado (que lo presidirá) designado por el PdeLR de una nómina de 5 postulantes, confeccionada por la CS mediante concurso público de antecedentes; (art. 6);

b) por 4 profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia. Dos de ellos deberán ser abogados y dos licenciados o con postgrado en ciencias económicas (art. 6, a, b).

Nombramiento.

El nombramiento de las antedichas personas es competencia del PdeLR, por DS. MEFR, art. 6, inc. 5, sin contar los literales a) y b).

Instalación.

El art. 7 expresa que, para quedar instalado como “Ministro” ha de jurar o prometer guardar la Constitución y las leyes de la República. Tal juramento ha de prestarse ante el Presidente del Tribunal, actuando de Ministro de Fe el Secretario del Tribunal.

Deberes y derechos.

“Los integrantes del Tribunal tendrán dedicación exclusiva en el desempeño de su cargo durante el período para el cual fueron nombrados. En consecuencia, no podrán prestar servicios de ningún tipo a personas naturales o jurídicas, o ejercer en cualquier forma aquellas actividades propias del título o calidad profesional que poseen.

Los ministros suplentes no tendrán dedicación exclusiva. Sin embargo, el desempeño de su cargo es incompatible con la condición de asesor o prestador de servicios profesionales en materias que digan relación con la libre competencia a personas naturales o jurídicas sometidas a la jurisdicción del Tribunal.. Se considerará que asesora o presta servicios profesionales si percibe cualquier clase de remuneración, honorario o regalía de parte de personas naturales o jurídicas que asesoran o prestan servicios profesionales en dichas materias.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, el desempeño como integrante del Tribunal será compatible con los cargos docentes, hasta por doce horas semanales”.

Inhabilidades.

“Asimismo, será causal de recusación que el ministro haya asesorado o prestado servicios profesionales a personas naturales o jurídicas que hayan tenido en los dos años anteriores a la fecha de ingreso de la causa en cuestión, la calidad de contraparte de las personas a que se refiere la letra b) del inciso segundo de este artículo, en algún proceso judicial o de negociación comercial, que pueda afectar la imparcialidad del ministro”.

Sede.

El TdeLC tendrá su sede en Santiago. Así lo dispone el art. 8.

Tratamiento de Tribunal e Integración.

El Tribunal tendrá el tratamiento de “Honorable y cada uno de sus miembros el de “Ministro”.

Funcionamiento.

El TdeLC funcionará en forma permanente y fijara sus días y horas de sesión.

Reglamento Interno para calificaciones.

El Tribunal se regirá por un Reglamento Interno que procede a aplicar para calificar a sus ministros.

Procedimiento ante el TdeLC.

Rigen la materia los arts. 20 y ss.

Escritura.

El procedimiento será escrito (art. 20 inc. 1°).

Inicio.

El inicio del procedimiento será por requerimiento del FNE o por demanda de algún particular. Es este último caso, ella habrá de ponerse en inmediato conocimiento de la FNE (art. 20 inc. 2).

Admitidos uno u otro acto de inicio, se conferirá traslado a quienes afecte.

Plazo para contestar.

Es de quince días hábiles, o uno mayor determinado por el TdeLC, que no excederá de 30 (art. 20 inc. 2).

Prescripción de las acciones.

Las acciones que esta Ley contempla prescriben en el plazo de dos años, contados desde la fecha de la conducta atentatoria de la LC en que se fundan (art. 20 inc. 3).

Prescripción de las medidas para prevenir, corregir o sancionar.

Elas prescriben en dos años, contados desde que quede a firme la sentencia definitiva que las imponga (art. 20 inc. 4).

Notificación del requerimiento o demanda.

Ellos, y la resolución que sobre ellos recaigan se notificarán personalmente por un ministro de fe, y consistirá en la entrega de copia íntegra de la resolución y de los antecedentes que la motiven (art. 21 i 1).

Notificación de las demás resoluciones.

Se notificará por carta certificada enviada al domicilio de la persona a quien se deba notificar, salvo que las partes de común acuerdo fijen otros medios seguros para practicar tales actuaciones (art. 21 inc.2).

Ministro de Fe.

Será el Secretario Abogado del Tribunal, o las personas que el Presidente de aquél designe para desempeñar tal función (art. 21 inc. 4).

Secuencia del procedimiento: conciliación.

Vencido el plazo del artículo 20; y sea que se haya evacuado o no el traslado allí establecido, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación (art. 22).

Recepción de la causa a prueba.

Si el llamado a conciliación no se considera pertinente, o si ésta fracasa, el Tribunal recibirá la causa a prueba. El término de prueba es común y fatal y se extiende por 20 días hábiles.

Acuerdo de una conciliación.

Si se llama a conciliación, y ella se concreta, el Tribunal la aprobará siempre que no atente contra la competencia. Si hay personas admitidas a litigar que no fueren parte en aquélla, tales personas pueden recurrir de reclamación contra la conciliación (art. 22 inc. 1, 27).

Término probatorio.

“Se podrá decretar un término probatorio extraordinario para rendir prueba fuera de la Región Metropolitana de Santiago, cuando el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declare que existe motivo fundado para ello.

Estas diligencias podrán ser conducidas a través del juez de letras correspondientes, quien garantizará su fidelidad y rápida expedición por cualquier medio idóneo”.

Medios probatorios admisibles. Indicio o antecedente.

Son admisibles los medios de prueba del art. 341 del CdePC, y además todo indicio o antecedente que en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes (art. 22 inc. 2).

Disposición especial para testimonial.

Conforme al art. 22 inc. 3, las partes que deseen rendir prueba testimonial deberán presentar una lista de testigos dentro del plazo de quinto día hábil contado desde que la resolución que reciba la causa a prueba quede ejecutoriada.

Disposición especial para la inspección personal del Tribunal y otros.

La prueba referida, como asimismo la testimonial y la de absolución de posiciones serán recibidas ante el miembro del Tribunal que éste en cada caso designe (art. 22 inc. 4).

Apreciación de la prueba.

Ella se apreciará conforme a los principios de la sana crítica (art. 22 inc. 6).

Vencimiento del término probatorio, actos posteriores.

Vencido el término probatorio, el Tribunal lo declarará (art. 23).

Autos en relación, día y hora para la vista.

El decreto de autos en relación, que se dicta a continuación, fijará día y hora para la vista de la causa (art. 23).

Alegatos.

Si una parte desea alegar y lo solicita, el Tribunal deberá oír alegatos de los abogados.

Sentencia definitiva. Plazo

Ella deberá dictarse dentro del plazo de 45 días, contado desde que el proceso se encuentra en estado de fallo (art. 26).

Sentencia definitiva. Requisitos.

La sentencia debe ser fundada y enunciará los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia.

Especial importancia tiene el precepto que obliga a la expresa mención de los votos de minoría, si los hubiere (art. 26).

Medidas que la sentencia puede adoptar.

Las enuncia el art. 26:

a) *modificar o poner término* a actos, contratos, sistemas o acuerdos contrarios a la ley en examen;

b) ordenar *modificación o disolución* de sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en las acciones referidas en a);

c) aplicar *multas* a beneficio fiscal hasta un tope de 20.000 Uta. Se impone, sea a la persona jurídica, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en el acto respectivo. Para determinar el monto ha de estarse al beneficio económico obtenido; a la gravedad de la conducta y a la calidad de reincidente del infractor.

Notificaciones.

Artículo 61°. “Las comunicaciones, solicitudes y notificaciones efectuadas a los notificantes en el marco del procedimiento del presente Título podrán ser realizadas por correo electrónico o por cualquier otro medio electrónico idóneo.

Asimismo, las comunicaciones, solicitudes y notificaciones en el marco del procedimiento del presente Título podrán realizarse por funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica que hubieren sido designados para cumplir esta función por el Fiscal Nacional Económico en resolución dictada al efecto”.

Recursos contra las resoluciones del TdeLC.

Conforme al art. 27, las resoluciones del TdeLC serán susceptibles del recurso de *reposición*. Este se tramita como incidente o se resuelve de plano.

La sentencia definitiva solo es susceptible de reclamación si impone alguna de las *medidas del art. 26*, o se absuelve a la parte de ellas.

Este recurso ha de ser fundado y lo pueden interponer, o el FNE o cualesquiera partes, ante el TdeLC. El plazo es de 10 días hábiles, contados desde la notificación. Este plazo es ampliable conforme al art. 259 del CdePC.

No se precisa la comparecencia de las partes. El recurso no tiene efecto suspensivo.

Ejecución de las resoluciones dictadas en este procedimiento.

Corresponde directamente al TdeLC, art. 28 inciso 1.

Acción de indemnización de perjuicios, tribunal y tramitación.

Esta acción, fundada en sentencia ejecutoriada del TdeLC, se interpone ante el Tribunal Civil competente conforme a reglas generales.

Se tramitará de acuerdo con el procedimiento sumario, establecido en el Libro III, Tít. XI del CdePC.

Plazos: su naturaleza y suspensión.

Artículo 59°. “Los plazos de días establecidos en este Título serán de días hábiles, entendiéndose por tales todos aquellos que no sean sábados, domingos o festivos.

Los plazos establecidos en el inciso primero del artículo 54 y en el inciso primero del artículo 57 no se suspenderán, salvo en los casos contemplados en este artículo.

De común acuerdo, el Fiscal Nacional Económico y el notificante podrán suspender hasta por una vez cada plazo referido en el inciso anterior. El primero de ellos podrá suspenderse hasta por treinta días y el segundo, hasta por sesenta días. Estos acuerdos de suspensión deberán constar por escrito.

Asimismo, se suspenderán los plazos señalados en el inciso primero cuando el notificante ofrezca medidas, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. El plazo contemplado en el inciso primero del artículo 54 o el establecido en el inciso primero del artículo 57 se suspenderá hasta por un máximo de diez o quince días, respectivamente”.

Capítulo VI OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

En el derecho extranjero (vid. EEUU, y de Alemania) en el segundo.

Se habla de “Mergers and Acquisitions” en el primer caso y de “Zusammenschlüsse”.

Nuestro Derecho ha creado un concepto superior que agrupa a ambas instituciones y que denomina “Operaciones de Concentración” (en adelante OdC).

Razón de doctrina.

No siempre las fusiones entre empresas competitivas (en que ambas desaparecen para crear una nueva) o la adquisición de una de ellas por otra constituyen atentado a la competencia. Crear una empresa con mayor poder es un requisito si el mercado se ensancha, por ejemplo, por supresión de tarifas aduaneras u otras barreras.

Constituye un fenómeno típico de nuestros tiempos la formación de nuevas empresas, con firmas de distintas nacionalidades. El fenómeno se da con frecuencia en ramas como la aeronavegación o la industria de fabricación de automóviles.

O sea, no siempre rige el aforismo “menos competidores, menos competencia”. Pero... puede ser el caso.

Por ello, nuestro derecho, por Ley N° 20.945, agregar, el DL 211/73, un Título IV, que rotula como “Operaciones de Concentración”. OdC.

OdC: Definición.

El art. N° 47 define las OdC como *“todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial, y que sean previamente independientes*

entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las vías que se enumeran”.

Operaciones de Concentración. Casos:

OdC. Primer caso.

El mismo art. Se refiere a la fusión de empresas. Da lo mismo la organización societaria de las que se fusionan o de la entidad resultante (sociedad limitada., SA.). Art. N° 47, a;

OdC. Segundo caso.

También constituye una O de C que uno o más agentes, adquieran derecho que les permitan individual o conjuntamente, influir decisivamente en la administración de un grupo empresarial distinto. (Art. b);

OdC. Tercer caso.

El tercer caso de OdC ocurre cuando haya agentes o grupos de empresariales que, se asocien bajo cualquiera modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de modo permanente. (Art. N° 47, c);

Observación: Puede haber una asociación lícita para un objetivo independiente, limitado en el tiempo.

OdC. Cuarto caso.

El cuarto caso de OdC referido en la disposición bajo examen consiste en la adquisición que no o más agentes haga de los activos de otro a cualquier título. Es prácticamente el contenido de la Estes Kefauwer Antimerger Amendment de 1950, del derecho de los EEUU de A.

Definición de agente económico.

Disposición importante de la normativa que examinamos es la definición de *agente económico*, contenida en el último inciso del art. 47.

Expresa que “*se entenderá por agente económico toda entidad o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demanda, bienes o servicios*”.

Además se considerarán AE el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes económicos.

Más inclusiva o extensa, imposible!

Qué se debe hacer si hay una OdC?

La regla es que, habiendo intención de concretar una OdC, que produzca efectos en Chile y que iguale o supere ciertos umbrales, ha de ser notificada a la FNE, en forma previa a su perfeccionamiento.

Están obligados a producir tal notificación, conjuntamente, los AE que hayan tomado parte en la OdC.

Se deben acompañar a la notificación los antecedentes necesarios para identificar la OdC de que se trate y a los agentes que toman parte en la misma y su grupo empresarial.

Asimismo, se deben aportar los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación pudiere implicar para la competencia.

Un reglamento puede contemplar un mecanismo de notificación simplificada.

Procedimiento para la notificación:

Comprende lo siguiente:

- Notificación de la OdC.
- Recepción de la notificación por la FNE
- Apertura de plazo de 10 días para la FNE
- Calificación por la FNE de la notificación como completa o incompleta, dentro de ese plazo.
- Calificación de la notificación como completa: se ordena el inicio de la investigación.
- Calificación de la notificación como incompleta. Notificación con investigación de lo que falta.

Investigación por FNE.

El FNE, en la investigación, ejercerá las atribuciones del art. 39, literales b), g), h), j), k), l) y n. Rige al respecto lo siguiente:

Artículo 54°. Dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la investigación a que alude el artículo 50, el Fiscal Nacional Económico deberá:

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

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

c) *Extender* la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia.

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

Aprobación de la Operación.

Deberá ocurrir dentro del plazo de 30 días a contar del inicio de la investigación.

Requisitos: que la OdC no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia.

Capítulo VII EL DUMPING

Entre los obstáculos a la competencia innominados en el DL 211 merece hacerse un estudio específico al dumping.

Conforme a ALVAREZ Y LIZANA²⁰ la definición clásica de dumpign en términos económicos es la dada por VINER, y corresponde a la discriminación de precios entre dos mercados.

Pero los mismos autores (p.53) nos agregan otra: *“es la venta de bienes al extranjero a un precio inferior de aquel tenido para la venta de los mismos bienes en el mercado interno en la misma época y circunstancias”*.

Y como si esto no bastara, el concepto de dumping -dicen- se refiere a “un momento bajo el nivel de costo, entendiéndose por tal el costo medio de producción.

El término viene del ámbito idiomático anglosajón, en el que “to dump”, significa “botar”, “echar”, “expulsar”.

La institución se refiere al comercio exterior, porque en él están divididos los mercados, por fronteras políticas, geográficas, burocráticas y, especialmente aduaneras.

La figura clásica del dumping es la de aquella empresa que, en la nación a la que pertenece, vende a un precio, y exporta cobrando un valor inferior. El objetivo de la conducta descrita no es la beneficencia, sino al contrario, hacer quebrar a su potencial competidor extranjero, sea para que éste no importe al propio país, o para ganar un mercado cuando tal rival quede exhausto.

El dumping se inserta en el tema de la competencia desleal, como lo revelan desde el título de su obra, AVENDAÑO Y LIZANA. No es difícil asociar dumping a competencia desleal: vender bajo el costo es obviamente una trampa deshonesta para retirar del campo competitivo a un rival actual o potencial.

²⁰ ALVAREZ, AVENDAÑO y Claudio LIZANA ANGUIA, *Dumping y Competencia Desleal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

Si bien, como se dijo, el dumping pertenece esencialmente al comercio internacional, podemos verlo también en el interior de un país, en que una firma dominante en un sector baja los precios en la zona geográfica de su rival, hasta extenuarlo financiera y comercialmente. Para ello, debe disponer al efecto de dinero para “financiar” este bajo precio artificial: big pocket.

El dumping merecía en el DL 211/73 un tratamiento y una sanción específica y no genérica, como es la que resulta de la muy vaga figura del art. 3 de la Ley citada.

Como ya lo dijimos, el *dumping* consiste en dividir mercados: vender en uno al costo unitario más el margen que se recomienda la política comercial que práctica, y comercial en el otro con un precio bajo este costo normal, con una pérdida en su ejercicio que sabrá como compensar.

No se contradice esta conducta con el ánimo maximizador que tiene todo agente económico en nuestro mundo: las pérdidas ocasionales por vender en un mercado o sección de él bajo el costo espera le sean compensadas por la salida de la competencia, a corto o mediano plazo, de un rival importante. Y tal salida es, a su vez, una señal para rivales potenciales que se abstendrán de competir para no seguir igual suerte.

Capítulo VIII

DELACIÓN COMPENSADA

Establecida por Ley N° 20.361 de 13 de julio de 2009.

El que intervenga en alguna de las conductas previstas en la letra a) del art. 3 podrá ser eximido de la disolución contemplada en la letra b) del art. 26 y obtener una exención o reducción de la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo, en su caso, cuando aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta.

Estamos ante una institución insólita en el derecho chileno y sorprendente para el autor de estas líneas, formado en principios jurídicos distintos.

¿De qué se trata?

De un partícipe en un ilícito, el que, por las conductas que se indicarán, puede ser eximido de sanciones, o bien, las que pudiere sufrir, le sean atenuadas.

Debemos distinguir:

a) *Primer delator.*

El primero de los intervinientes en el tipo del art. 3, conforme al art. 39 bis. Inc. 1°, deberá aportar a la FNE antecedentes que conduzcan a:

-La acreditación de la conducta

-La determinación de los responsables

Estos antecedentes (art. 3 bis inc. 2 y numerales) deben ser precisos, veraces y comprobables. Deberán representar un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal.

El delator se abstendrá de divulgar la solicitud hasta que la FNE haya formulado requerimiento u ordenado ar-

chivar. Debe poner fin a su conducta delictual de inmediato. Como ya se dijo en el en el subtítulo, debe haber sido el primero en tal acción. ¿Y los demás?

b) *Segundo delator.*

Puede, pues, haber otro -u otros- delatores. ¿Qué pasa con ellos? en esta institución, se precisa regular la situación de otras, porque nos parece pernicioso que algún partícipe, luego de su complicidad con quien denunció la conducta - propia y la de éste- se encuentre sometido a la justicia, ya condenada, porque los hechos confesados por su co-partícipes son de tal entidad, que operan en su contra como prueba suficiente. Además, el art. 39 bis N° 3 inc. 2 expresa que “quien intervenga en la conducta deberá ser el primero”.

¿Qué pasa, pues con el -o los (¿)- segundos? Deberá cumplir los requerimientos generales, vigentes para el primero.

Los antecedentes que presente deberán ser adicionales (es decir, no los mismos!)

Se hará beneficiaria tan solo a una rebaja del multa.

c) *Tercer delator* que se acoge solo para perjuicio de otros. Quien haga uso de estas vías con el solo propósito de perjudicar a otro u otros, merecerá na pena de presidio menor en su grado máximo.

d) Impulso para estas acciones.

El impulso para sancionar en el caso de nuestro, corresponde exclusivamente a la FNE (art. 39 bis inciso antepenúltimo).

Extensión de este beneficio.

El beneficio regulado en el art. 39 bis no podrá extenderse, en caso alguno, a la indemnización de perjuicios que tuviere lugar. Lo expresa el último inciso de la disposición citada.

Capítulo IX

SANCIONES I

CONCEPTO Y COLUSIÓN

La competencia constituye una de las bases del ordenamiento de la economía chilena. Adoptando la terminología tan en baja de FARJAT, es cimiento del orden público económico (OPE).

Consecuente con ello, el derecho debe fortalecer la vigencia de ese OPE ¿Cómo lo hace? Advierte a todo posible infractor la gravedad de su intento para disuadirlo, o grava fuertemente la acción, si el intento llegó a ser un hecho (efectos disuasivo y punitivo del derecho).

Estas reflexiones llevaron a los legisladores federales de los EEUU de América que en su oportunidad referimos, a sancionar con pena corporal los atentados a la competencia.

De manera similar procedieron los legisladores de 1973 en nuestro país.

La normativa elegida fue el DL. El entorno político no permitía otra forma.

Como sabemos, legislar por DD.LL. no permite registrar historia de orígenes y motivos. Pero habrán razones para aplicar a nuestra ley las reflexiones que generaron las Acts de 1890 y siguientes, de los EEUU de América.

Por tales razones y reflexiones en el DL 211 de 1973 se estableció una pena corporal para el caso de su contravención.

Sin embargo y sin saber la motivación o coyuntura del momento, desapareció por un tiempo el carácter de ley penal del DL 211/73, transformándose en un precepto que establecía multas en un procedimiento penal-administrativo.

Y viene otro vaivén de la historia.

Consiste en que hoy día, el Título V del texto actual que examinamos se institula “De las Sanciones Penales”.

Es decir, la pena corporal vuelve a tener un lugar en la norma objeto de nuestro estudio.

Sin embargo, la sanción genérica es la multa, y la pena corporal se limita a la colusión.

¿Qué es la colusión? Es la figura contenida en el art. 62 del DL 211.

Art. 62. *“El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas, prestadoras de servicios públicos, ú órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”.*

Se establecen penas accesorias en el inciso 2°.

Fuera de ello, no hace aplicables al caso las reglas de determinación de penas de los arts. 67 a 69 del C. Penal, sino que dicta 5 reglas distintas para el efecto.

Opera la Ley N° 18.216, pero modificada, queda en suspenso su aplicación por un año. Mientras, el condenado ha de cumplir efectivamente la pena de privación de libertad.

El concepto de colusión nos queda más aclarado aún por sentencias de la CS, que se apoyan en reformas al DL 211/73, introducidas por las leyes N° 19.911 y N° 20.361.

La primera de ellas incorporó al DL 211, a su art. 3°, el siguiente precepto:

“...se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, las siguientes a) los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellas que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado abusando del poder que dichos acuerdos les confieran”²¹.

²¹ Ver para todo ello Díaz de Valdés, op. cit. esp. p. 411.

Siguiendo con nuestra fuente citada, se dictó la ley N° 20.361, que eliminó la expresión “abuso del poder de mercado y la sustituyó por “conferir poder de mercado”. Razón según nuestra fuente: alivianar la exigencia probatoria para estos casos.

La referida eliminación del “abuso” apareció en sentencia de la CS de 28 de enero de 2008, causa Rol 4057-07. En ella pero en voto de minoría, se dejó asentada la idea de que no era necesario que el acuerdo colusorio hubiera significado un abuso de posición de mercado.

Cita Díaz de Valdés²² el caso “Guerra de los Plasmas”, en el que el TdLC sancionó a dos empresas del retail” por concertarse para forzar los fabricantes de televisores de plasma a no abastecer a un banco en su evento denominado “feria tecnológica”.

Es del caso advertir aquí la dificultad de acertar si ha habido o no colusión. Entramos con ello al concepto de comportamiento paralelo, estudiado ya en la doctrina de los EEUU de A., (conscious parallelism of action).

Díaz de Valdés²³ lo califica de comportamiento comercial coincidente, con exclusión del efecto colusivo.

La citada fuente recurre a una sentencia de la CS (rol 3395-2006, cons.10)²⁴, e la que respecto del comportamiento paralelo se dice que él puede explicarse por la similitud en el tipo de prestaciones de las agencias navieras.... Lo que lleve a las empresas que participan en él a imitar las estrategias de sus competidores.

A tal punto nos referimos en nuestro Cap. I, al estudiar el mercado oligopólico, caracterizado por la intensa y rápida reacción de las acciones de un agente frente a la actividad de su competidor.

Es pues, una delgada línea la que limita la colusión sancionada) del comportamiento paralelo (lícito). En tal caso se precisa de inteligencias -y más de intuición- del juzgador para determinar qué es lo que existe.

²² op. cit., p. 413.

²³ op. cit., p. 412.

²⁴ op. cit., p. 413.

SANCIONES II

El tema “sanción” fue de sentido homogéneo en esta Ley, hasta que se asignó a la colusión el carácter de delito penal.

Desde tal momento, el tema ha de dividirse, porque encontramos en nuestro sistema ilícitos castigados como delitos, a los que dedicamos el capítulo precedente, frente a otros que son infracciones que la doctrina agrupa en una rama del derecho que se denomina “penal administrativo”.

O sea, si solo la colusión constituye delito, se sancionan como ilícitos administrativos infracciones como la competencia desleal, la venta atada, la discriminación y otras.

Lo que en esta materia no es sancionado con pena corporal lo es con la sanción típica de este derecho penal administrativo y que es la multa.

No procede en este trabajo definir la multa. Lo que sí es necesario e imprescindible analizar son las disposiciones relativas a su límite y a los criterios para fijarla, dentro del ámbito establecido.

En cuanto al primer tema, se fija la multa v. N° 12) en un máximo de un 30% de las ventas del infractor correspondiente a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido, o hasta el doble del beneficio económico reportada por la infracción.

En el literal e) del mismo texto se sanciona con una multa de 20 UTA por cada día el retardo en perfeccionar una OdC.

En el artículo 26 del DL, y por reforma introducida por el art. 1 N° 6, IV, de la Ley N° 20.945, se establecen reglas adicionales que deba aplicar la FNE. Ellas consisten en criterios que han de tenerse en cuenta, y que enumeramos:

- El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en el caso que lo hubiera;
- La gravedad de la conducta;
- El efecto disuasivo;
- La calidad de reincidente por haber sido condenado el infractor por ilícitos anticompetitivos, anteriores a la pertinente; durante los últimos diez años;
- La capacidad económica del infractor, y
- La colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía durante la investigación.

Demás está decir cuáles de las enumeradas circunstancias tienen un valor, sea de agravar o de atenuar el monto de la multa.

Procedimiento para determinar la cuantía de la multa.

Rige la materia el art. 39 ter., del DL 211/73, con lo agregado por el N° 19 de la Ley N° 20.945.

Para determinar el monto de la multa, tema ya visto, rige el procedimiento siguiente:

El FNE solicitará al Tribunal citar al infractor a una audiencia que se realizará el 5° día posterior a su notificación.

En tal audiencia, el infractor expondrá sus descargos y con el mérito de ellos de la solicitud de la FNE, o en su rebeldía, el FNE acogerá o rechazará la solicitud y fijará el monto en esa audiencia.

Contra tal resolución solo procederá el recurso de reposición, que debe interponerse en el acto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ AVENDAÑO, Juan A./LIZAMA ANGUITA, Claudio, *Dumping y Competencia Desleal Internacional*, Santiago, 1995.
- BARI, *Barriers to New Competition*.
- BLAKE - Pitowski, *Antitrust*.
- CABANELLLAS, DE LAS CUEVAS, Guillermo, *El Dumping*, Buenos Aires, 1981.
- DE RIVACOBA, Manuel, *Nueva Crónica del Crimen*, Valparaíso, 1981.
- DÍAZ DE VALDEZ, BALBONTÍN, Rodrigo, *Análisis crítico de la sentencia de la Corte Suprema en caso colusión tour operadores en Sentencias Destacadas*, 2012.
- EMMERICH, Volker, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, C.H. Beck, Munich, 1982.
- GELLHORN, Ernest/KOVACIC, William, *Antitrust Law and Economics*, St. Paul, Minn, 1994.
- JONES, Williams K., *Regulated Industries*, Brooklyn, 1967.
- KANTZENBACH, Erhard, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, Göttingen, 1966.
- MORANDE, Felipe/DOÑA, Juan Esteban, *Libre Competencia y Regulación, Estudio de Casos*, Santiago, 2011.
- ORTUZAR, Waldo/ARRIAGADA, Jorge, *Ley Antimonopolios. Jurisprudencia. C. Resolutiva 1974 - 1977*, Santiago de Chile.
- REICH Norbert, *Mercado y Derecho*, 1ra. edición, Barcelona, 1985.
- RINCK, Gerhard, *WETTBERBSRECHT, Baden - Baden*.
- SIC, SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, COLOMBIA, *Promoción de la Competencia, Compendio de Normas*, S.F. de Bogotá, 1996.
- WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América*, CFE, México y otros, 2000.

ABREVIATURAS

- Art. : Artículo
- CC : Código Civil
- CdePC : Código de Procedimiento Civil
- CP : Código Penal
- CS : Corte Suprema
- DL : Decreto Ley
- DS : Decreto Supremo
- FNE : Fiscalía Nacional Económica (Ó Fiscal)
- OdC : Operaciones de concentración
- PdeLR : Presidente de la República
- TdeLC : Tribunal de la Libre Competencia
- UTA : Unidad Tributaria Anual

TEORÍA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

ENRIQUE AIMONE GIBSON

Profesor Derecho Económico (Em)



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE
VALPARAÍSO



DERECHO PUCV
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso