

Nº 11 • Año 2014

# REVISTA CRITICA DE DERECHO PRIVADO

## DIRECTORES

Arturo Caumont - Andrés Mariño López

LA LEY URUGUAY  
Núcleo de Derecho Civil - ndc

**EL OBJETO, LA APTITUD CAUSAL Y LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS.  
UNA REFLEXIÓN DE DERECHO COMPARADO CON OCASIÓN DEL CASO "SIEMENS"**

Ian Henríquez Herrera

Profesor de Derecho Civil Universidad de los Andes (Chile)

Álvaro Espinosa Vásquez

Profesor de Derecho Comercial Universidad Adolfo Ibáñez (Chile)

**SUMARIO**

Introducción; I) Antecedentes del caso; II) Cuestiones jurídicas; 1) La irrelevancia de los efectos en la configuración de un ilícito contra la libre competencia; 1.1) Derecho comunitario; 1.2) Derecho chileno; 2) El principio de individuación de las penas; 3) Los derechos humanos como principios generales del Derecho; III) Conclusiones; IV) Bibliografía.

**RESUMEN**

El artículo, con ocasión del caso Siemens, analiza la posibilidad de sancionar como ilícito anticompetitivo, en el derecho comunitario, conductas en razón de su objeto, aun cuando no afecten en los hechos la libre competencia. A su vez, ilustra sobre la regulación chilena, que difiere de la europea en cuanto a que la conducta para ser ilícita debe, por lo menos, tener la aptitud causal de producir efectos anticompetitivos, no bastando el mero objeto. Por último, revisa el principio de individualización de las penas y el concepto de derechos humanos como principios generales del derecho.

**ABSTRACT**

The paper, through the Siemens case law context, analyzes the possibility, under the European competition regulation, of punishing conducts that have not caused anticompetitive effects but that because of their anticompetitive object may nevertheless be punishable. It also shows the Chilean reality, which differs from the European, in that in order for a conduct to be punishable it should at least have the capacity to cause anticompetitive effects, even if they do not actually occur, and hence they cannot be punishable due solely to their anticompetitive object. Lastly, it reviews the principle of individualization of sanctions and the concept of human rights as general principles of law.

## PALABRAS CLAVES

Libre competencia, colusión, acuerdo colusorio, ilícito anticompetitivo, objeto anticompetitivo, aptitud causal, efectos anticompetitivos, regla *per se*, cartel *hard-core*, individualización de las penas, derechos humanos, principios generales del derecho.

## KEY WORDS

Competition law, collusion, collusive agreement, anticompetitive conduct, collusive anticompetitive object, capacity to cause, anticompetitive effects, *per se* rule, *hard-core* cartels, individualization of sanctions, human rights, general principles of law.

## INTRODUCCIÓN

Con fecha 3 de marzo de 2011, el Tribunal General de Justicia de la Unión Europea (“el Tribunal”) en el caso “Siemens” AG österreich y otros v. Comisión Europea<sup>1</sup>, (acumulados), resolvió una demanda interpuesta por empresas del Grupo Siemens en contra de la Comisión Europea, a objeto de obtener la invalidación de las sanciones impuestas por esta última en contra de las demandantes por ilícitos contrarios a la libre competencia.

El fallo resulta interesante por variadas razones, de diversa índole. Un primer tipo de razones no son estrictamente jurídicas: la magnitud de las sanciones discutidas (más de 30 millones de euros); y que afectan directamente a un conglomerado económico relevante a nivel global, como lo es el Grupo Siemens, e indirectamente a otros grupos, como Mitsubishi, Toshiba, etc.

Hemos identificado, en cambio, a lo menos, las siguientes razones propiamente jurídicas: la irrelevancia de los efectos en la configuración de un ilícito contra la libre competencia; el principio de individualización de las penas; y la consideración de los derechos humanos como principios generales del Derecho.

Con ocasión de la irrelevancia de los efectos en la configuración de un ilícito contra la libre competencia, presentaremos la *ratio decidendi* del fallo del Tribunal dentro del derecho comunitario y, además, el estado de la cuestión en el derecho chileno.

Por último, expondremos las conclusiones que nos merezca el análisis de las cuestiones jurídicas que hemos destacado del fallo, en constante paralelo con el derecho chileno.

---

<sup>1</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “Siemens AG österreich y otros v. Comisión Europea”<sup>1</sup>, del. T-122/07 a T-124/07 (acumulados), 3 de marzo de 2011.

## I. ANTECEDENTES DEL CASO

En el año 2004 la Compañía ABB Ltd. informó a la Comisión Europea la existencia de prácticas anticompetitivas en el sector eléctrico, de las que habría participado, y presentó una solicitud de dispensa de multas al amparo de la delación compensada.

Las prácticas denunciadas por ABB consistían en la coordinación de un cartel a escala mundial para la venta de proyectos de conmutadores con aislamiento de gas. Los conmutadores con aislamiento de gas controlan el flujo energético en las redes eléctricas. Se trata de un componente principal en las subestaciones eléctricas llave en mano. La coordinación anticompetitiva denunciada comprendía el reparto de mercado, la atribución y el mantenimiento de cuotas de mercado, la atribución de proyectos y la manipulación del procedimiento de licitación (ofertas trucadas)<sup>2</sup> para que los contratos se adjudicaran a productores coludidos, la fijación de precios mediante pactos complejos, la resolución de los contratos de licencia con sociedades no pertenecientes al cartel y el intercambio de información sensible sobre el mercado.

El cartel lo habrían integrado, además de la propia ABB, las empresas del Grupo Siemens, Schneider Electric, Alstom S.A., el grupo Areva, el grupo Fuji, el grupo Hitachi, el grupo Mitsubishi y el grupo Toshiba.

El 24 de enero de 2007 la Comisión Europea adoptó la Decisión C (2006) 6762, por la cual se sancionaba fuertemente a las empresas integrantes del cartel. Esta decisión es la que se impugnó ante el Tribunal. El Tribunal confirmó la existencia de los ilícitos y la procedencia de sanciones, y rebajó parcialmente las multas.

## II. LAS CUESTIONES JURÍDICAS

Las cuestiones jurídicas implicadas en este caso son múltiples. Nosotros destacaremos tres: la irrelevancia de los efectos en la configuración de un ilícito contra la libre competencia; el principio de individualización de las penas; y los derechos humanos como principios generales del Derecho. Sobre el primero centraremos muy especialmente el análisis, en el entendido de que es posible distinguir el objeto colusorio como un ilícito *per se*, de la aptitud causal para producir efectos anticompetitivos, y de la producción efectiva de éstos.

---

<sup>2</sup> Para un análisis respecto de la presentación de ofertas trucadas en materia de libre competencia, también conocido como “*collusive tendering*” o “*bid rigging*”, véase ARCHILA PENALOSA, Emilio, PABÓN ALMANZA, Camilo, “Colusión en licitaciones y concursos: El caso paradigmático para las entidades públicas”, Contexto, *Revista de Derecho y Economía*, N° 38, febrero, 2013, también SPAGNOLO Giancarlo, ALBANO, Gian-Luigi, BUCCIROSSI, Paolo y ZANZA, Matteo, *Preventing Collusion in Procurement: A Primer, Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, 2006. Para un análisis económico sobre el tema, véase DALLA FINA, Lorenzo, *Collusione nelle gare d'appalto dei servizi pubblici locali: Un'analisi empirica*, Tesi di Laurea, Università ‘Degli Studi di Padova, 2004-2005, disponible en: <http://tesi.cab.unipd.it/452/1/dallafina.pdf>.

## 1. LA IRRELEVANCIA DE LOS EFECTOS EN LA CONFIGURACIÓN DE UN ILÍCITO CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA

### 1.1 Derecho comunitario

En el derecho comunitario la sola existencia de acuerdos cuyo objeto sea contrario a la competencia, es constitutiva de un ilícito, con prescindencia si la ejecución del pacto produce o no efectos en concreto que restrinjan la libre competencia<sup>3</sup>. En efecto, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 81) establece expresamente que “(...) *quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (...)*”. (El énfasis es nuestro).

Por su parte, la OCDE ha definido a los carteles “*Hard-Core*” como “*acuerdos anticompetitivos entre competidores para fijar precios, restringir la cantidad ofertada de bienes y/o servicios, presentar propuestas coludidas en licitaciones, o dividir o compartir el mercado*”<sup>4</sup>

En ese mismo sentido, se ha dicho que “(...) *el ejercicio del comportamiento colusivo acordado explícitamente entre las empresas no puede ser válidamente exigido. (...). Si estos (los acuerdos) consisten en la fijación de precios o de la cantidad a producir, o bien en la determinación de cuotas de mercado, se habla entonces de carteles hard-core. Los carteles hard-core son considerados, en el derecho de la libre competencia, ilícitos per se: por lo tanto, esto significa que su consideración anticompetitiva se presume y no es necesario probar en juicio los efectos particulares.*”<sup>5</sup>

En el caso Siemens, la circunstancia de tratarse de un acuerdo constitutivo de un cartel<sup>6</sup> que, en el derecho comunitario, en sí mismo está sancionado al tener por objeto

<sup>3</sup> Sobre conductas colusorias que tengan por objeto restringir la competencia, sin que necesariamente produzcan sus efectos en la Unión Europea, véase: ITALIANER, Alexander, *Competitor agreements under EU competition law, 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law Institute, New York, 2013. WHISH, Richard & BAILEY, David, *Competition Law*, Oxford University Press, 7ª edición, 2012, en especial al análisis respecto del artículo 101 del TFUE.

<sup>4</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Hard Core Cartels*, Reports, Competition Law & Policy, OECD, 2000, p. 6. Traducción libre de: “*Hard core cartels are anticompetitive agreements by competitors to fix, restrict output, submit collusive tenders, or divide or share markets.*”

<sup>5</sup> GRILLO, Michele, “Antitrust”, *Rivista de Política Económica*, N° V – VI, mayo-junio, 2006, p. 386. Traducción libre de “(...) *l’ accordo esplicito tra le imprese non può avere valenza di enforcement del comportamento colusivo (...). Se questi consistono nella fissazione dei prezzi o delle quantità da produrre, oppure nella determinazione di quote di mercato, si parla di cartelli hard-core. I cartelli hard-core sono considerati, nel diritto antitrust, illeciti per se: ciò significa che la loro valenza anticoncorrenziale deve essere presunta e non è necessario provarne in giudizio gli specifici esiti*”.

<sup>6</sup> Sobre la predicción de un cartel, véase GROUT, Paul y SONDEREGGER Silvia, OFFICE OF FAIR TRADING, “*Predicting Cartels*”, Economic Discussion Paper, marzo, 2005.

*impedir, restringir o falsear el juego de la competencia*, sin perjuicio de que estos efectos ocurran o no, fue determinante, puesto que la defensa de las empresas sancionadas alegó la inexistencia de tales efectos. No obstante ello, el Tribunal citó su ya consolidada jurisprudencia sobre el punto<sup>7</sup>.

A este respecto, son especialmente pertinentes los considerandos 75 y 76:

*“75. En primer lugar, debe recordarse que según reiterada jurisprudencia resulta del propio texto del artículo 81 CE, apartado 1, que los acuerdos entre empresas están prohibidos, con independencia de cualquier efecto, cuando tienen un objeto contrario a la competencia (sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 123, y del Tribunal General de 8 de julio de 2004, JFE Engineering/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501, apartado 181). Por consiguiente, no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia, cuando se ha probado el objeto contrario a la competencia de los comportamientos reprochados (véase la sentencia del Tribunal de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T-62/98, Rec. p. II-2707, apartado 178, y la jurisprudencia citada).*

*“76. Pues bien, en el presente caso la Comisión se fundó con carácter principal en el objeto restrictivo de la competencia de los acuerdos y las prácticas concertadas mencionadas en el artículo 1 de la Decisión impugnada. Constató en primer lugar en los considerandos 303 y 304 de la Decisión impugnada que la totalidad de los acuerdos y/o las prácticas concertadas descritos tenían por objeto restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, y que para la aplicación de esas disposiciones era superfluo en esas circunstancias tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo, y añadió en el considerando 308 que por su propia naturaleza la ejecución de un acuerdo de la clase descrita causa una importante distorsión de la competencia. De igual forma, en lo que atañe a la fijación de las multas, la Comisión afirmó en el considerando 477 de la Decisión impugnada que no se había basado específicamente en un impacto particular al determinar la gravedad de la infracción.”. (El énfasis es nuestro)*

Este punto contrasta con el debate aun irresoluto en Chile, respecto de si los ilícitos contra la libre competencia exigen necesariamente la producción de efectos. Parece razonable sostener que, al menos, en los casos de colusión, el mero acuerdo es suficiente para desplegar los mecanismos preventivos y sancionatorios que prevé el ordenamiento, en la medida en que el acuerdo tenga la capacidad de llegar a producir efectos

---

<sup>7</sup> Las citas a los artículos 81 y 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea deben entenderse hechas a los nuevos artículos 101 y 102, respectivamente, del mismo cuerpo legal.

anticompetitivos. La cuestión queda, en estos casos, reducida a un análisis de causalidad, tanto de causa antecedente como de causa final.

## 1.2 Derecho chileno

En Chile, el Decreto Ley 211 de 1973 es la disposición de jerarquía legal en materia de libre competencia. En particular, su artículo tercero señala: *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”* (El énfasis es nuestro).

Es importante hacer presente que existe una diferencia entre la normativa comunitaria y la chilena recién transcrita. Por un lado, el lenguaje utilizado por el derecho comunitario establece que se sancionarán aquellas conductas que *“tengan por objeto”* producir efectos anticompetitivos, mientras que el lenguaje de la normativa chilena se refiere a una conducta que *“tienda a producir dichos efectos”*. Esto implica, desde ya, entender que en el derecho comunitario basta con que la conducta tenga el propósito de afectar negativamente la libre competencia para que ésta pueda ser sancionada, independientemente de sus efectos. El mejor ejemplo de ello es el caso Siemens recién analizado. Pero, la normativa chilena implicaría otro nivel de análisis, la conducta debería tender a producir efectos anticompetitivos, no se trata de sancionar el mero propósito de afectar la libre competencia, sino que dicha conducta debería ser capaz de afectarla y ello necesariamente implica analizar la conducta misma y su interacción con el mercado relevante que se defina.

La doctrina y la jurisprudencia nacional, en general, aceptan que aquella conducta que *“tienda a producir efectos”* anticompetitivos puede ser sancionada en virtud de la disposición transcrita<sup>8</sup>. Sin embargo, lo que no está exento de controversias es la delimitación de los requisitos para que se entienda que dicha conducta tiende a producir tales efectos, materia que consideramos comprende un análisis económico-casuístico. Dentro de estos requisitos tiene preeminencia la identificación de una aptitud causal u objetiva de la conducta presumiblemente ilícita que permita concluir que ésta, efectivamente, tiende a producir efectos anticompetitivos. Es decir que podría producirlos, sin perjuicio de que no lo haya hecho.

En efecto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Corte Suprema han acogido esta tesis. Sin perjuicio de que la Corte Suprema, cuando ha tenido ocasión para ello, pareciera haber ido más lejos.

Así, en sentencia del TDLC 74/2008 se expresa:

---

<sup>8</sup> Respecto de la posibilidad de sancionar la colusión secreta de precios a través de la legislación penal, en particular los artículos 285 y 286 del Código Penal chileno, véase HERNÁNDEZ, Héctor, “La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno”, *Política Criminal*, Vol. 7, N° 13, julio, 2012, Art. 4, pp. 147-167.

*“Tercero: Que la primera cuestión que corresponde dilucidar son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo –sea expreso o tácito– para configurar una infracción a la libre competencia en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211. Al respecto, se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado;*

*Cuarto: Que lo expuesto, en todo caso, no supone equiparar las infracciones que efectivamente producen los efectos anticompetitivos con aquellas que sólo tienden a producirlos, circunstancia que, en todo caso, corresponde a este Tribunal ponderar para los efectos de establecer la gravedad de la conducta, el beneficio económico obtenido por los infractores y, en consecuencia, determinar el monto de las multas que fueren procedentes, conforme lo dispone el inciso final del artículo 26° del Decreto Ley N° 211”.*

En la sentencia 79/2008 el TDLC corrobora el criterio anteriormente expuesto:

*“Decimoquinto: Que, tal como ha resuelto este Tribunal con anterioridad (Sentencia N° 74/ 2008), para configurar el ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley N° 211, se requiere acreditar: (a) la existencia de un acuerdo entre competidores; (b) la incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último (c) la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del mencionado Decreto Ley, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado”. (El énfasis es nuestro)*

El TDLC reitera la doctrina jurisprudencial en sentencia 43/2006:

*“Cuadragésimo cuarto: Que, al respecto, resulta imprescindible señalar que, en general, en los casos de acuerdos o de prácticas concertadas entre empresas no es estrictamente necesario efectuar un análisis a fondo del mercado relevante afectado por dicho acuerdo o práctica, toda vez que, en principio, tales prácticas serían restrictivas de la competencia sólo en la medida en que razonablemente tengan por objeto o efecto restringirla, o que se estime que lo son per se. Ahora bien, para establecer la ocurrencia de estas conductas y juzgarlas debe ponderarse la evidencia material del acuerdo mismo o bien, según corresponda, los indicios o antecedentes que sean aptos, con arreglo a la valoración que haga el Tribunal, para*



*establecer los hechos juzgados y sus circunstancias concomitantes. Lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en los casos de abuso de posición dominante, o en los de procedimientos de control de operaciones de concentración entre empresas. En efecto, en estos dos últimos casos, es conveniente delimitar el mercado relevante, a fin de medir, respectivamente, si existe una posición de dominio susceptible de abuso, o si las empresas que pretendan concentrarse alcanzarán o no tal posición”.*

A su vez, la Corte Suprema, en sentencia de reclamación N° 94 contiene el mismo criterio jurisprudencial:

*“Octavo: Que de otro lado, el artículo tercero del Decreto Ley 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionadas en el considerando tercero en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta de autos no produjeron efectos”. (El énfasis es nuestro)*

Lo propio del acuerdo colusorio es producir una afectación en la competencia<sup>9</sup>. Por consiguiente, si se constata dicho acuerdo, aun cuando no haya sido aún implementado o ejecutado en su totalidad, se puede prever razonablemente su consecuencia necesaria: una merma en la libertad de competir de los otros actores del mismo mercado relevante. Esto vale, nos parece, inclusive si no ha habido todavía cumplimiento alguno del pacto colusorio. La ejecución del ilícito principia con la suscripción del pacto, y no con el cumplimiento de sus obligaciones<sup>10</sup>. En efecto, se ha sostenido entre nosotros que *“desde un punto de vista conceptual se podría afirmar que el iter criminis del injusto monopolístico ha sido desplazado desde una fase de consumación o provocación del resultado de lesión a un estadio de preparación del injusto monopolístico, siendo este último el que corresponde al ilícito de peligro”*<sup>11</sup>

Con todo, la afirmación anterior debe ser complementada, ya que desde ese punto de partida conceptual, si se estima que el acuerdo colusorio *en sí mismo* tiende a producir

<sup>9</sup> Sobre acuerdos colusorios, véase TAPIA, Javier, *La prohibición de colusión en el derecho chileno y comparado*, Informe en Derecho, Santiago, marzo, 2010; GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago, *Prueba de la Colusión*, Informe en Derecho, Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2011.

<sup>10</sup> Sobre los efectos respecto de los actos y contratos celebrados con intenciones anticompetitivas, véase: SIMONE, Silvia, *Nullità delle intese anticoncorrenziali ed effetti sui contratti a valle*, tesis de doctorado, Facoltà di Economia “Federico Caffé”, Università degli Studi “Roma Tre”, Roma, 2005.

<sup>11</sup> VALDÉS PRIETO (n. 2), p. 277.

efectos anticompetitivos y, por lo tanto, es sancionable como un ilícito, el *quid* del asunto en un litigio será el establecer o controvertir la existencia propiamente tal del acuerdo colusorio, con independencia de sus efectos o de la posibilidad de que estos se hubieran producido. Es decir, con independencia de la aptitud objetiva o causal, bastando tan solo el hecho del acuerdo.

Pensamos, sin embargo, que en Chile la existencia de un acuerdo con intención colusoria podría, en concreto, ser inocuo en materia de libre competencia, dependiendo de la definición de mercado relevante, de la delimitación del mercado geográfico, de las circunstancias particulares del mercado y de las participaciones y nivel de influencia de sus actores.

Es decir, un acuerdo colusorio podría *no tender a producir realmente efectos anticompetitivos*. La posibilidad de que estos se produzcan debe ser objeto de un análisis económico y caso a caso por parte de las partes y de la autoridad. De no ser así, se estaría sancionando una conducta que, por un lado, no ha producido sus efectos ilícitos y económicamente tampoco tiene la potencialidad de hacerlo. Ni siquiera sería una hipótesis de peligro.

En este sentido, nuestra legislación sanciona la existencia de efectos o la posibilidad cierta de que estos se produzcan a causa de la conducta, pero no ha establecido un listado de conductas prohibidas *en sí mismas* ni ha establecido presunciones de efectos anticompetitivos o presunciones de la probabilidad de que ellos ocurran. Tanto su existencia como su probabilidad deben ser acreditadas.

Entonces, si luego de un análisis económico-casuístico no puede establecerse que el acuerdo colusorio tenga una aptitud objetiva suficiente para tender a producir efectos anticompetitivos, no podría desprenderse, siguiendo el tenor de la normativa vigente, que éste deba ser sancionado. La mera existencia de un acuerdo que no ha producido efectos ni puede llegar a producirlos no se encuentra tipificada como un ilícito en el derecho chileno.

Hasta aquí, entonces, la jurisprudencia nacional se enmarca dentro de los planteamientos de buena parte de la doctrina. En efecto, se ha estimado que para que la puesta en peligro de la libre competencia alcance a revestir la tipicidad establecida por ley se necesita que este riesgo: i) se acredite en el proceso; ii) debe provenir causal y determinadamente del hecho, acto o convención típico. Es decir, “*tener una aptitud causal suficiente por sí mismo para producir el riesgo prohibido*”<sup>12</sup> y; iv) el riesgo no ha de ser una mera posibilidad sino que debe estar revestido de una cierta inminencia.

Sin embargo, con posterioridad, la propia Corte Suprema, en el conocido caso de los operadores de turismo —que fue la primera vez que la Corte Suprema revirtió una sentencia absolutoria del TDLC en un caso de colusión entre competidores<sup>13</sup>—, parece haber ido más lejos y afirmó que:

---

<sup>12</sup> VALDÉS PRIETO, Domingo, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 276.

<sup>13</sup> Corte Suprema, Rol N° 10.954-2011, 27 de septiembre de 2012.

*"Basta para configurar el ilícito allí sancionado [art. 3° inc. 1° DL 211], el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que se haya producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permite alcanzar, mantener o incrementar, sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona" (considerando 10°).*

*"Décimo sexto: Que este Tribunal comparte lo sostenido en el fallo que se revisa en orden a que el acuerdo de las requirentes no tuvo la aptitud para modificar el volumen de ventas de Hoteles Explora en las zonas en que ésta presta sus servicios, sin que ello obste a analizar si dicha conducta atenta contra los principios que inspiran las normas que regulan la libre competencia".*

Como puede apreciarse, la Corte Suprema va más allá de analizar la aptitud objetiva que puede causar efectos anticompetitivos, aunque no llegue a producirlos, sino que afirma que existen principios en materia de libre competencia cuya vulneración debe ser analizada para determinar la posible comisión del ilícito y con independencia de efectos producidos o aptitudes objetivas tendientes a producirlos. Una vez que la Corte Suprema identifica la existencia de ciertos principios que inspiran la normativa en materia de libre competencia continúa afirmando que:

*"(...) por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado -como es el turístico- compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen." (Considerando Décimo séptimo, el énfasis es nuestro)*

De esta forma, la Corte Suprema sanciona una conducta colusoria que fue absuelta por el TDLC, que la misma Corte reconoce que no ha producido sus efectos, ni ha tenido una aptitud causal tendiente a producirlos. El razonamiento de la Corte Suprema, al alejarse de la noción de una aptitud objetiva tendiente a producir efectos anticompetitivos, se acerca más a la noción de un ilícito anticompetitivo *per se*.

En nuestro medio, se entiende por regla *per se* la declaración de ilegalidad en sí misma de una conducta cuyo *propósito, naturaleza* o efectos resultan anticompetitivos. Declaración de ilegalidad que procede incluso si los actores carecen de poder monopólico. De esta forma, mediante dicha declaración previa de ilicitud, las autoridades y tribunales de

libre competencia quedan relevados de la necesidad de acreditar que la conducta haya tenido una aptitud al menos potencial de afectar la libre competencia.<sup>14 15</sup>

Una de las formas de entender la decisión es que, con independencia de la definición del mercado relevante, de las circunstancias puntuales del caso y de las participaciones menores de los agentes de mercado involucrados, la sola existencia de la conducta colusoria atentaría contra los principios que informan la libre competencia, aunque no tienda a producir efectos anticompetitivos, y, en razón de ello, la Corte da por configurados los elementos de la colusión para sancionar el ilícito. La *ratio decidendi* de la Corte Suprema se aproxima más a la aplicación de la regla *per se* que a la búsqueda de una aptitud objetiva o causal tendiente a producir efectos anticompetitivos.

Si lo anterior es así, la lógica de la Corte Suprema sería tanto novedosa como controversial. Parece razonable entender que *“en todo acuerdo colusorio el poder de mercado resulta indispensable para poseer dicha aptitud vulneradora que lo haga sancionable. De no ser así, la conducta abusiva realizada por quien no cuenta con poder de mercado relevante será repudiada por los propios destinatarios, clientes o consumidores, no contando entonces con la idoneidad o aptitud para lesionar la libre competencia”*<sup>16</sup>.

Además, la interpretación de la Corte Suprema controvierte la posición doctrinaria nacional que afirma que *“(...) el poder de mercado en cantidad adecuada es condición necesaria, pero no suficiente, para la configuración del resultado típico (...)”*<sup>17</sup>. Esta contradicción de interpretaciones implicaría advertir que la Corte Suprema, cuando se trate de conductas colusorias, podría llegar a sancionar el ilícito antimonopólico incluso si sólo se afectan los principios que informan la libre competencia, con abstracción de posiciones de mercado, de la existencia de poder de mercado e incluso de efectos anticompetitivos tanto potenciales como empíricamente producidos.

Es importante recalcar que la aplicación de la regla *per se* en nuestro país es una cuestión para nada pacífica. De hecho, se ha sostenido que aceptar la regla *per se* en Chile *“implicaría prescindir en una conducta, a lo menos, de su aptitud para proporcionar, preservar o incrementar poder de mercado en un “quantum” suficiente para vulnerar la libre competencia y de la probabilidad de puesta en peligro de dicho bien, así como del nexo causal y del resultado, todos elementos esenciales para la configuración del injusto monopólico (...) y su consiguiente sanción”*.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> LARRAÍN JIMÉNEZ, Ignacio, “¿Es la colusión un ilícito *per se* en el ordenamiento jurídico chileno?”, *Derecho corporativo. Jurisprudencia comentada*, HENRÍQUEZ HERRERA, Ian (Coord.), Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, p. 373.

<sup>15</sup> Sobre la regla *per se*, véase: VALDÉS PRIETO, Domingo, “Tipicidad y regla *per se* en las colusiones monopólicas”. En *Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia*, 2, Editorial Legis, Santiago, 2008.

<sup>16</sup> HELLMICH ARGOTE, Sophie, “Aptitud objetiva para producir efectos contrarios a la libre competencia”, *Derecho Corporativo. Jurisprudencia comentada*, HENRÍQUEZ HERRERA, Ian (Coord.), Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, p. 369.

<sup>17</sup> VALDÉS PRIETO, Domingo, *Acerca de supuestos injustos de colusión monopólica desarrollados por Achap, sus directores, su presidente ejecutivo y las agencias afiliadas a aquélla*, Informe en Derecho, Santiago, 2009, p. 28.

<sup>18</sup> VALDÉS PRIETO (n. 5), p. 48.

A mayor abundamiento, se ha criticado el razonamiento de la Corte Suprema, a propósito del fallo recién citado, identificando que éste incurre en una contradicción consistente en “*proseguir el análisis de la conducta impugnada una vez que ya fue descartada la concurrencia de sus requisitos*”<sup>19</sup>. Incluso más al meollo del asunto, se ha afirmado que la ilicitud *per se* en Chile atentaría contra el principio de legalidad al dejar de lado tanto la aptitud objetiva como la intencionalidad de los intervinientes, en circunstancias que ambos requisitos son exigidos por las disposiciones nacionales en materia de ilícitos colusorios<sup>20</sup>.

En síntesis, en nuestro país la conducta colusoria que no ha producido sus efectos, pero que dada sus circunstancias (como un cierto “*quantum*” de mercado de los agentes involucrados, entre otras) tiene la aptitud objetiva—cuestión de causalidad—tendiente a producir efectos antimonopólicos aunque estos, en la práctica, no se produzcan, podría ser sancionada. Cuestión diversa, y por lo demás controvertida, es afirmar que en Chile se acepta la regla *per se* que declara la ilicitud de ciertas conductas en sí mismas con abstracción tanto de aptitudes objetivas como de efectos antimonopólicos.

## 2. EL PRINCIPIO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS

El principio de individualización de las penas, aplicable a todo proceso administrativo sancionador, implica que una persona sólo puede ser sancionada por los hechos que se le imputen individualmente. En el caso de las empresas, la individualización de las personas puede revestir una mayor complejidad, puesto que debe discernirse si el individuo objeto de la sanción es una empresa en particular, sus relacionadas o el grupo empresarial en su totalidad.

Según el criterio expuesto por el Tribunal, especialmente en los considerandos 122 y 123, el principio de individualización no se opone a considerar como sujeto pasivo de la sanción a diferentes empresas de un mismo grupo. Señalan los considerando citados:

*“122. Procede recordar ante todo que, en virtud del principio de individualización de las penas y de las sanciones, una empresa solo debe ser sancionada por los hechos que se le imputen individualmente (sentencia del Tribunal de 13 de diciembre de 2001, Krupp Thyssen Stainless y Acciai speciali Terni/Comisión, T-45/98 y T-47/98, Rec. p. II-3757, apartado 63), principio aplicable en todo procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de sanciones en virtud de las normas comunitarias sobre competencia (sentencia del Tribunal de 4 de julio de 2006, Hoek Loos/Comisión, T-304/02, Rec. p. II-1887, apartado 118). No obstante, ese principio debe conciliarse con el concepto de empresa en el sentido del artículo 81 CE, según lo ha interpretado la jurisprudencia. En ese aspecto debe recordarse*

---

<sup>19</sup> LARRAÍN JIMÉNEZ, (n. 6), p. 381

<sup>20</sup> *Ibíd.* p. 386

que el concepto de empresa en el sentido del artículo 81 CE incluye a entidades económicas que consisten, cada una de ellas, en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla dicha norma (*véase la sentencia del Tribunal de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión, T-9/99, Rec. p. II-1487, apartado 54, y la jurisprudencia citada*). En efecto, el Derecho comunitario de la competencia reconoce que diferentes sociedades pertenecientes a un mismo grupo constituyen una única entidad económica y, por ende, una empresa en el sentido del artículo 81 CE si las sociedades filiales del grupo no determinan de manera autónoma su comportamiento en el mercado (*véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II-4071, apartado 290*). 123. De ello se deduce que ha de desestimarse la afirmación por Siemens Österreich y KEG de que el hecho de que una empresa que participa en una infracción esté constituida por varias sociedades diferentes no conduce a que estas últimas deban ser consideradas como un único participante en la infracción. En efecto, esa afirmación nace de una confusión entre el concepto de empresa y el de sociedad y no tiene soporte en la jurisprudencia citada por las demandantes.” (El énfasis es nuestro)

Esto entronca con la doctrina del descorrimiento del velo corporativo. Con todo, pareciera que en nuestro sistema hay restricciones de texto importantes para aplicar el principio de individualización de las penas con la flexibilidad y los matices mostrados en el caso Siemens. Así, por ejemplo, en materia laboral la individualidad legal de la empresa, ex artículo 3° del Código del Trabajo, es una muestra de ello.

Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC ha utilizado el concepto de “*unidad económica*” al analizar operaciones de concentración. Así, por ejemplo, respecto de la consulta sobre fusión entre dos empresas del sector *retail*, el TDLC señaló que “*la concentración de estas empresas crearía una unidad económica que sería un muy relevante canal de comercialización de bienes y servicios de consumo masivo*”. En el contexto de la consulta, ambas empresas consultantes tenían participaciones en estructuras societarias sobre diversos negocios, los que a su vez fueron analizados por el TDLC.<sup>21</sup>

### 3. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Constituye ya jurisprudencia consolidada en el ámbito comunitario la afirmación de que los derechos humanos configuran verdaderos principios generales del Derecho. En este caso, que trata sobre libre competencia, el Tribunal ha insistido sobre el punto. Es especialmente ilustrativo el considerando 232:

---

<sup>21</sup> En la consulta sobre fusión entre S.A.C.I. Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A., Rol NC N°199-07.

“232. Según reiterada jurisprudencia los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el juez comunitario (dictamen del Tribunal de Justicia 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. p. I-1759, apartado 33, y sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629, apartado 14). A este respecto, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General se inspiran en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El CEDH reviste en este contexto un significado particular (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 18, y Kremzow, antes citada, apartado 14). Por otra parte, según el artículo 6 UE, apartado 2, la Unión respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el CEDH, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.”. (El énfasis es nuestro)

En el caso en cuestión, el Tribunal debió examinar si la Comisión afectó la garantía del derecho de defensa. Sobre la base de su propia jurisprudencia, el Tribunal resolvió que no hubo tal afectación.

Ahora bien, con prescindencia de lo resuelto en específico en este caso en particular, nos parece de mayor importancia la premisa jurídica que se asienta: la transversalidad de los derechos humanos. Si bien es cierto, es dable hacer ciertas diferenciaciones tanto en el uso del lenguaje como en el de los conceptos, el punto es que en este fallo se muestra una clara conexión y aun ilación entre derechos humanos, derechos fundamentales y principios generales del derecho. En rigor, y al margen por un momento las diferencias entre las tres categorías –punto que se concede-, los derechos humanos aparecen como verdaderos *archai* del ordenamiento jurídico, el basamento sobre el que se construye. En esa perspectiva, son derechos fundamentales –el fundamento, aquello sobre lo que se estructura el ordenamiento- y también principios –*principium*, aquello a partir de lo cual se da inicio-.

Esta concepción de los derechos fundamentales permite disminuir el confinamiento que ha sufrido la categoría al ámbito del derecho internacional, primero, y público después, para anclarlo en la base transversal de todo el ordenamiento: mercantil, financiero, de libre competencia, etc. Es un fenómeno al que los operadores jurídicos prácticos debiesen estar especialmente atentos.

### III. CONCLUSIONES

En relación a la irrelevancia de los efectos en la configuración de un ilícito contra la libre competencia, hemos señalado que en el derecho comunitario, tanto normativa como

jurisprudencialmente, aparece con claridad que la existencia de instrumentos jurídicos o de conductas que tengan por objeto producir efectos anticompetitivos se encuentran prohibidas y serán debidamente sancionadas por las autoridades con independencia de que se produzcan los efectos ilícitos buscados por dichos instrumentos o conductas. La determinación de que el objeto es anticompetitivo, en principio, le bastará a la autoridad para sancionar el ilícito.

A su vez, hemos señalado que en Chile, tanto normativa como jurisprudencialmente, se sanciona aquella conducta que tienda a producir efectos anticompetitivos, sin perjuicio de que no los produzca en concreto, pero con el requisito que la conducta contenga una aptitud objetiva o causal para llegar a producir efectos ilícitos. Cuestión que por su esencia le pertenece al análisis económico-casuístico que deberán hacer las partes y la autoridad.

En Chile existe una discusión inconclusa respecto de la aplicación de la regla *per se* en ilícitos anticompetitivos, de la que se ha dicho que contraría el principio de legalidad de las penas. El rechazo hacia la aplicación de la regla *per se*, hasta donde sabemos, es mayoritario en nuestro país, sin perjuicio de la existencia del fallo analizado, en el cual la Corte Suprema le habría dado cabida en su razonamiento.

En relación al principio de individualización de las penas, se ha señalado que la integración entre este principio y la normativa de libre competencia—que la jurisprudencia comunitaria ha desarrollado— implica considerar, más allá de la personalidad jurídica de las sociedades, si éstas representan una *única unidad económica*, cuestión que normalmente estará dada por la falta de autonomía de las filiales en su actuar en el mercado, constituyendo así una única “empresa” para los efectos de la regulación de libre competencia comunitaria.

Por último, en relación a la afirmación conceptual de que los derechos humanos configuran principios generales del derecho, hemos hecho presente que este raciocinio se encuentra consolidado en el derecho comunitario y que, en nuestra opinión, esta concepción permite darle una aplicación transversal a los derechos humanos hacia otros ámbitos del ordenamiento jurídico, respecto de los cuales, hoy por hoy, su aplicación se mantiene alejada.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ARAYA JASMA, Fernando, “Una lectura deontológica del requisito de aptitud objetiva del acuerdo entre competidores para afectar la libre competencia”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 19, Santiago, diciembre 2012.

ARCHILA PENALOSA, Emilio, PABÓN ALMANZA, Camilo, “Colusión en licitaciones y concursos: El caso paradigmático para las entidades públicas”, *Revista de Derecho y Economía*, N° 38, febrero, 2013.



DALLA FINA, Lorenzo, *Collusione nelle gare d'appalto dei servizi pubblici locali: Un'analisi empirica*, Tesi di Laurea, Università 'Degli Studi di Padova, 2004-2005.

GRILLO, Michele, "Antitrust", *Rivista de Politica Economica*, N° V – VI, mayo-junio, 2006

GROUNT, Paul y SONDEREGGER Silvia, OFFICE OF FAIR TRADING, *Predicting Cartels*, Economic Discussion Paper, marzo, 2005.

GRUNBERG, Jorge y MONTT, Santiago, *Prueba de la colusión*, Informe en Derecho, Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2011

HELLMICH ARGOTE, Sophie, "Aptitud objetiva para producir efectos contrarios a la libre competencia", *Derecho corporativo. Jurisprudencia comentada*, HENRÍQUEZ HERRERA, Ian (Coord.), Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, pp. 367- 370.

HERNÁNDEZ, Héctor, "La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno", *Política Criminal*, Vol. 7, N° 13, julio, 2012, Art. 4, pp. 147-167.

ITALIANER, Alexander, *Competitor agreements under EU competition law, 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, Fordham Competition Law Institute, New York, 2013.

LARRAÍN JIMÉNEZ, Ignacio, "¿Es la colusión un ilícito *per se* en el ordenamiento jurídico chileno?", *Derecho corporativo. Jurisprudencia comentada*, HENRÍQUEZ HERRERA, Ian (Coord.), Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013, pp. 371-386.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Hard Core Cartels*, Reports, Competition Law & Policy, OECD, 2000.

SIMONE, Silvia, *Nullità delle intese anticoncorrenziali ed effetti sui contratti a valle*, tesis de doctorado, Facoltà di Economia "Federico Caffé", Università degli Studi "Roma Tre", Roma, 2005.

SPAGNOLO Giancarlo, ALBANO, Gian-Luigi, BUCCIROSSI, Paolo y ZANZA, Matteo, *Preventing Collusion in Procurement: A Primer*, Handbook of Procurement, Cambridge University Press, 2006.

TAPIA, Javier, *La prohibición de colusión en el derecho chileno y comparado*, Informe en Derecho, Santiago, marzo, 2010.

VALDÉS PRIETO, Domingo, “Tipicidad y Regla Per Se en las colusiones monopólicas”, *Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia*, 2, Editorial Legis, Santiago, 2008.

*Acerca de Supuestos Injustos de Colusión Monopólica desarrollados por Achap, sus directores, su presidente ejecutivo y las agencias afiliadas a aquélla*, Informe en Derecho, Santiago, mayo 2009.

*Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, abril 2009.

WHISH, Richard & BAILEY, David, *Competition Law*, Oxford University Press, 7° edición, 2012.