PROCEDIMIENTOS DE LIBRE COMPETENCIA (II)

Felipe Rocha O.

Las potestades del H. TDLC

Las *potestades* del H. TDLC

- *Potestades jurisdiccionales*
- *Potestades de elaboración de políticas públicas*

Las *potestades jurisdiccionales*

Las *potestades jurisdiccionales* del H. TDLC son las siguientes:

1) Conocer del *procedimiento contencioso*, esto es, situaciones que constituyen una vulneración a la Libre Competencia y a las normas del DL N°211, persiguiendo un *fin sancionatorio.*

La característica esencial del procedimiento contencioso es, precisamente, la **aplicación de sanciones,** siendo aquella por excelencia la multa en beneficio fiscal.

Su fuente es **el artículo 18 N°1 del DL N°211.**

Las *potestades jurisdiccionales*

2) Conocer del *procedimiento no contencioso* o *procedimiento preventivo*, en donde lo discutido son *antijuridicidades* a la normativa del Derecho de la Libre Competencia, respecto de hechos, actos o convenciones existentes o por celebrarse.

En contraste al procedimiento contencioso, en el no contencioso **solamente existe una discusión de antijuridicidad**, de suerte que no existe un juicio de reproche y, por tanto, no es posible la imposición de multas.

Su fuente es **el artículo 18 N°2 del DL N°211**.

Las *potestades jurisdiccionales*

3) Conocer del *recurso de revisión especial* relativo a materias de operaciones de concentración.

Cuando la FNE examina una posible operación de concentración, puede: (i) *aprobarla* pura y simplemente; (ii) aprobarla con medidas, esto es, bajo ciertas condiciones; y (iii) rechazar la operación de concentración, caso en el cual existe un **derecho para las partes notificantes de acudir al H. TDLC para impugnar la decisión administrativa de la FNE.**

Casos: (A) Operación de concentración entre Ideal y Nutrabien; (B) Operación de concentración entre Nexus Chile SpA (Isapre Nueva MasVida y Colmena Salud S.A. (Isapre Colmena Golden Cross)

Las *potestades de elaboración de políticas públicas*

El H. TDLC, además de sus potestades jurisdiccionales, puede regular ciertos mercados cuando detecta ciertas fallas que limiten la Libre Competencia, entre las cuales encontramos:

1) La *potestad de dictar instrucciones de carácter general*, la cual debe ser focalizada y concentrada en un determinado mercado, siempre que digan relación con beneficios vinculados con la Libre Competencia.

2) La *potestad propositiva*, pudiendo proponer al Presidente de la República, a través de sus Ministros de Estado que corresponda, la modificación o derogación de ciertos preceptos legales que sean contrarios a la Libre Competencia.

Las *potestades de elaboración de políticas públicas*

3) La *potestad informativa*, en donde existe un significativo número de leyes sectoriales que contemplan disposiciones que confieren expresamente al H. TDLC la facultad para que emita declaraciones o informes acerca de la estructura y condiciones de competencia de determinados mercados (por ejemplo, el artículo 29 N°2 de la Ley General de Telecomunicaciones, actualmente en discusión en los autos NC-522-2023).

Introducción a los procedimientos de Libre Competencia

Reglas comunes a todo procedimiento de Libre Competencia

- Los procedimientos de Libre Competencia no se encuentran densamente reglados en el DL N°211, existiendo tan sólo 10 artículos del DL N°211, que se refieren a esta materia (artículos 20 y 29).
- Esta escasez normativa encuentra un sustento en la aplicación supletoria del Libro I y II del Código de Procedimiento Civil, al establecerse en el artículo 29 que:

Artículo 29°.- Las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él.

Reglas comunes a todo procedimiento de Libre Competencia: *el estándar de prueba*

- En *materia penal*, se aplica un riguroso estándar de prueba, dado que se desea reducir en la totalidad la ocurrencia de *errores tipo I*, esto es, sentencias en que se condene erróneamente a personas inocentes.
- Es por ello que en dichos procedimientos únicamente se permite la condenar cuando el sentenciador ha adquirido un estándar de convicción *más allá de toda duda razonable* con respecto a la comisión del hecho punible y la participación culpable y penada por la ley.

Reglas comunes a todo procedimiento de Libre Competencia: *el estándar de prueba*

- En el otro extremo se encuentra el estándar probatorio en *sede civil*, el cual es mucho más flexible que el penal y, por lo mismo, mayormente tolerante con los *errores tipo I*.
- Este estándar se conoce como *preponderancia de prueba*, en donde el sentenciador valorará satisfactoriamente la parte que acredite sus proposiciones de mejor manera que su contraria.

Reglas comunes a todo procedimiento de Libre Competencia: *el estándar de prueba*

- En el Derecho de la Libre Competencia, existe una permanente preocupación por balancear los riesgos de los *errores tipo I* y de *tipo II*.
  - El *error tipo I* implica el riesgo de sancionar conductas que puedan ser eficientes o procompetitivas.
  - El *error tipo II* implica el riesgo de dejar impunes conductas que efectivamente eran anticompetitivas.
- Un estándar probatorio de Libre Competencia más tolerante con la comisión de *errores tipo I* podría dar lugar a un exceso en el efecto disuasorio en la aplicación de la ley *(overfixing)*.

Reglas comunes a todo procedimiento de Libre Competencia: *el estándar de prueba*

- Por su parte, una mayor tolerancia a los *errores tipo II* traería consigo un nivel de disuasión sub-óptimo de conductas dañinas para el bienestar social.
- En Chile, no existe una regla específica que dé cuenta del nivel de convicción que debe alcanzar el TDLC para concluir que ha existido una infracción a la Libre Competencia.
- ¿Cuál es, entonces, el estándar probatorio que debiera imperar en esta disciplina?

Reglas comunes a todo procedimiento de Libre Competencia: *el estándar de prueba*

- En el Caso Farmacias II, la Corte Suprema zanjó la discusión, refiriéndose explícitamente al estándar probatorio aplicable en sede de Libre Competencia, requiriendo que ésta sea *clara y concluyente*.
- Así, en la causa rol N°2578-2012, sostuvo:

"El grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores" (Cons. 11°)

Reglas comunes a todo procedimiento de Libre Competencia: *el estándar de prueba*

- La prueba clara y concluyente se entiende como un *punto medio* entre el estándar de prueba civil y penal.
- Esto significa que se requiere una prueba a favor de la hipótesis de condena que sea preponderante tanto *cualitativa* como *cuantitativamente.*
- ¿Qué sucede si existe igualdad de prueba, tanto cualitativa como cuantitativamente? ¿Qué decisión podría adoptar el TDLC?

El estándar probatorio en sede de Libre Competencia

- El *sesgo a favor de la sanción* (arts. 2° y 5° del DL N°211).
- Lo anterior significa que se admite un mayor margen en favor del *error tipo I* (sancionar conductas eficientes o procompetitivas) y, con ello, se justifican infracciones de peligro concreto en donde podría ser difícil la determinación de la culpabilidad.

El procedimiento contencioso de Libre Competencia

Marco teórico

I. Los *principios formativos* del procedimiento contencioso de Libre Competencia.

II. El *requerimiento* o *demanda.*

III. La *incompetencia* del H. TDLC.

IV. La legitimación *activa*.

V. La legitimación *pasiva.*

VI. Sanciones.

I. Los *principios formativos* del procedimiento contencioso de Libre Competencia.

- En el procedimiento contencioso de libre competencia imperan *tres* principios formativos esenciales:
  - El **principio de dirección material del juez**, expresado en el artículo 20 inc. 1° del DL N°211, al disponer que *"el procedimiento será escrito, salvo la vista de la causa, público e impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva. Las partes deberán comparecer representadas en la forma prevista en el artículo 1º de la ley Nº18.120, sobre comparecencia en juicio".*
  - Dada esta circunstancia, existe una institución que se encuentra claramente restringida: el abandono del procedimiento.

I. Los *principios formativos* del procedimiento contencioso de Libre Competencia.

- El **principio dispositivo en sentido estricto,** según el cual, si bien el inicio del proceso corresponde a las partes, el Tribunal, en virtud de su impulso de oficio, puede dirigir la causa hasta su resolución definitiva, sin que sea necesario que las partes tengan la *carga* de que avance el proceso.

I. Los *principios formativos* del procedimiento contencioso de Libre Competencia.

- El **principio consecutivo legal atenuado**, pues si bien contamos con una estructura basada en el juicio ordinario de mayor cuantía a gracia del artículo 29 del DL N°211, el principio de la dirección material del juez puede implicar que el Tribunal haga ciertas *modificaciones* en el margen del procedimiento, estableciendo reglas especiales a este procedimiento que no se encuentran contempladas en el procedimiento civil (i.e., ausencia de réplica, dúplica o reglas especiales en materia recursiva).

II. El *requerimiento* o *demanda: Admisibilidad*

El procedimiento contencioso **es escrito**, salvo determinadas etapas procesales, como la vista de la causa.

Todo *requerimiento* (FNE) o *demanda* (particular) debe cumplir con dos requisitos legales de admisibilidad, contenidos en el inciso 2° del artículo 20:

A) La *exposición clara y determinada* de los hechos, actos o convenciones que infringirían la presente ley.

B) El o *los mercados* en que incide la presunta infracción (mercado relevante).

Estos dos elementos son los **únicos que pueden o *debieran* ser utilizados por el Tribunal para una decisión de oficio de inadmisibilidad**.

II. El *requerimiento* o *demanda: Admisibilidad*

- Sin perjuicio de lo anterior, el H. TDLC ha establecido un requisito de admisibilidad *no legal* basado en un ***elemento subjetivo***. *Ver*, Requerimiento FNE contra Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región (causa H. TDLC C-322-2017).
- "El requerimiento ha sido planteado de una forma que impide conocer de un acuerdo colusorio, **por cuanto su juzgamiento exige la acusación o imputación de la conducta de dos o más competidores**. En este caso, **la FNE sólo ha requerido a un agente económico**, la AGC, en circunstancias que se trata de un ilícito concertado"

II. El *requerimiento* o *demanda: Admisibilidad*

- "Esto implicaría la falta de un presupuesto básico para configurar una conducta coordinada: que ésta sea imputada a dos o más competidores".
- "**No es posible conocer y declarar la existencia de un acuerdo colusorio de competidores**, ni siquiera como presupuesto de sanción de un agente facilitador, **sin la comparecencia en el juicio de al menos dos competidores que concurrieron a dicho acuerdo".**
- "Así lo reclama la naturaleza de este ilícito que, al ser esencialmente colectivo, exige la concurrencia de dos o más agentes económicos competidores que celebran un acuerdo con "la voluntad y la decisión conjunta" de llevarla a cabo".

II. El *requerimiento* o *demanda: Admisibilidad*

- Críticas: (1) la configuración de los sujetos es un tema de fondo, correspondiente a la *legitimación pasiva*, lo que debiera conocerse en la sentencia definitiva; y (2) una decisión de este tipo implicaría que nunca podría requerirse por colusión a *un único sujeto*, pero no se hace cargo de situaciones en donde perfectamente es posible que alguno de los agentes económicos haya desaparecido del mercado, como sucedería a propósito de una fusión, disolución o quiebra.
- A favor, puede argumentarse que el TDLC está recurriendo a razonamiento que gira en torno a un ***óptimo de costos procesales***, pues cuando adquiere la convicción de problemas de falta de legitimidad activa o pasiva en etapas iniciales del juicio, ellas podrían ser materia de excepciones formales previas a la decisión de fondo, como lo sería en la etapa de admisibilidad.

II. El *requerimiento* o *demanda: Admisibilidad*

- En efecto, el TDLC señaló: "que, sin duda, la inadmisibilidad ab initio del requerimiento de autos por falta de un presupuesto material para su tramitación no es sino otra manifestación más del mencionado principio de oficialidad. **Dado que el legislador ha encomendado a este Tribunal la potestad de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia de modo eficaz y eficiente, el estándar de control inicial de las acciones debe ser superior al que ejerce un juez respecto de derechos o intereses subjetivos que le son enteramente ajenos**. En consecuencia, el examen de admisibilidad del libelo no se reduce únicamente a su aptitud formal, sino también puede referirse a su idoneidad procesal mínima para permitir un ejercicio útil de una jurisdicción que resguarda un ***interés público***".

III. La *incompetencia* del H. TDLC

- ¿Qué es lo que determina que el H. TDLC pueda ser incompetente?
- A *nivel territorial*, lo que determina la competencia del H. TDLC es que los ilícitos anticompetitivos deben producir ***efectos en nuestro país***.
- "**Cuarto**: Que lo anterior, además, generaría el **incentivo perverso** de dejar en la impunidad a quienes, queriendo vulnerar la competencia en los mercados chilenos, **adoptasen sus decisiones anticompetitivas o ejecutasen las acciones tendientes a implementarlas fuera de Chile** *ex profeso*, viajando con esos propósitos a otro país, o utilizando medios de comunicación o intermediarios no situados en Chile, pues de esta forma, aunque los efectos de esas decisiones y acciones afectasen nuestros mercados, no habría manera de someterlas al conocimiento de este Tribunal" (Causa C-207-2010).

III. La *incompetencia* del H. TDLC

- En cuanto a la *materia*, el H. TDLC entiende que posee una amplísima competencia para conocer de hechos, actos o convenciones que *podrían* ser un atentado a la Libre Competencia, bastado que en la demanda se impute un ilícito anticompetitivo para que el H. Tribunal estime pertinente al menos conocer del asunto.
- En múltiples ocasiones, el H. TDLC ha sentenciado:
- "Que, tal como se ha resuelto en otras oportunidades, en los artículos 3º y 18 Nº 1 del D.L. Nº 211 el **legislador atribuyó competencia a este Tribunal para conocer y resolver respecto de cualquier situación que pudiere constituir una infracción a la libre competencia**, esto es, cualquier hecho, acto o convención que la impida, restrinja o entorpezca, o tienda a producir dichos efectos, sin que se prevean excepciones o limitaciones".

III. La *incompetencia* del H. TDLC

- "Que la demandada ha sostenido que, independientemente de la veracidad de los hechos o de la prueba que se pueda rendir en autos, "se puede concluir que éstos no constituyen atentados a la libre competencia", debiendo entonces prosperar la excepción de incompetencia y ser acogida"
- "Que, sin embargo, los hechos imputados en la demanda sí podrían constituir atentados a la libre competencia, **a pesar de que exista una regulación sectorial o que alguno de ellos hayan sido objeto de un Acuerdo Extrajudicial**. En consecuencia, en este caso, **es necesario determinar la veracidad de los hechos y su justificación mediante la prueba que se pueda rendir, para luego establecer si podría dar lugar a una infracción al DL N°211**".

IV. La legitimación *activa*

- La *legitimación activa* se define como la titularidad de una posición jurídica que se sostiene en juicio a través de una acción.
- ¿Tiene la FNE el monopolio de la acción infraccional de Libre Competencia?
- La *legitimación extraordinaria* y el artículo 39 inc. 2° letra b) DL N°211: la representación del *"interés de la colectividad en el orden económico"*.

IV. La legitimación *activa*

- ¿Cómo conjugar el interés público representado por la FNE con el interés de los particulares?

IV. La legitimación *activa*

- El H. TDLC se ha encargado de zanjar esta discusión al sostener la correcta tesis de que, por un lado, existe el ***interés difuso*** de la colectividad y, por otro, un ***interés individual*** que se determina por quienes han sido directamente afectados por las conductas anticompetitivas.
- "**Decimoséptimo.** Es posible reconocer **dos tipos de intereses legítimos**, ambos protegidos por la acción por infracción a las normas de defensa de la libre competencia: el interés difuso de la colectividad en el orden económico; y, el interés individual de quienes resultan agraviados por una infracción a la libre competencia y que los sitúa en una especial relación con el objeto del litigio" (Causa C-206-2010, sentencia H. TDLC N°114/2011).

IV. La legitimación *activa*

- En cuanto al interés legítimo o cualificado requerido para interponer una acción privada o demanda en sede de Libre Competencia, el TDLC ha sentenciado:
- "**Decimoctavo.** El interés legítimo requerido para interponer una acción privada o demanda en esta sede corresponde a **todas aquellas personas que participan en los mercados afectados** por las conductas en cuestión -sea en calidad de competidores, proveedores o clientes- o que **podrían participar en ellos** de no mediar las conductas anticompetitivas de que se trate". (Causa C-206-2010, sentencia H. TDLC N°114/2011).

IV. La legitimación *activa*

- Bajo este razonamiento, las personas que pueden ser afectadas por una conducta anticompetitiva son:

  1) Los competidores;

  2) Los proveedores;

  3) Lo clientes o consumidores; y

  4) Quienes *potencialmente* pueden revestir alguna de las cualidades ya señaladas.

- ¿Qué sucede respecto de las asociaciones de consumidores, como Conadecus, Odecus y otras, o las asociaciones gremiales?

IV. La legitimación *activa*

- En un caso en donde Conadecus demandó por acaparamiento del espectro radioeléctrico a Entel, Movistar y Claro, el TDLC no le reconoció la legitimación activa al indicar que se estaba invocando un *interés indirecto*.

- El asunto fue corregido por la Corte Suprema, al señalar que, de acuerdo al artículo 8° letra e) de la Ley N°19.496, se permite que aquellas asociaciones representen el *interés difuso* de los consumidores.

IV. La legitimación *activa:* la *legitimación extraordinaria* de la FNE

- A este respecto, conviene tener presente lo asentado en la Sentencia H. TDLC N°180/2018:
- "**Quinto**: Que, conforme se desprende de la antedicha disposición, **existen dos clases de personas habilitadas para interponer este tipo de acciones**: (i) **el Fiscal Nacional Económico** y (ii) **otras partes interesadas o particulares**. Primero, respecto del Fiscal Nacional Económico, el artículo 39, letra b) del D.L. N°211 le confiere la atribución de actuar como parte ante este Tribunal, representando el interés general de la colectividad en el orden económico. Luego, respecto de la "parte" o "particular" a que alude la ley, se ha resuelto que, cuando se trata de aquellos sujetos o partes distintas al Fiscal Nacional Económico que deseen presentar demandas particulares por una supuesta conducta antijurídica, éstos deben acreditar el interés procesal que los vincula directamente con el objeto del litigio".

IV. La legitimación *activa:* la *legitimación extraordinaria* de la FNE

- "**Sexto**: Que, en consistencia con lo anterior, la doctrina ha señalado que el interés legítimo para impetrar una acción ante este Tribunal supone una ***legitimación cualificada***, en contraposición a una popular, entendiéndose por ello que la titularidad de la acción corresponde exclusivamente a aquellos que se ven afectados por la infracción al D.L. N° 211 (...) De este modo, se puede descartar que la acción que da lugar al proceso sancionador en libre competencia sea de naturaleza popular. Sin perjuicio de lo anterior, debe mencionarse que el artículo 41 del D.L. N° 211 establece que la Fiscalía Nacional Económica tiene el deber de recibir e investigar, según corresponda, las denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracción a las normas de dicho cuerpo normativo, sin que sea necesario acreditar interés alguno para ello".

IV. La legitimación *activa:* la *legitimación extraordinaria* de la FNE

- "**Séptimo**: Este criterio referido a la naturaleza del interés requerido en esta sede se ha consagrado y precisado en varias oportunidades por la jurisprudencia. En concreto, se ha fallado que el interés para interponer una acción privada -o demanda- por infracción al D.L. N° 211 se adquiere al tener la **calidad de sujeto pasivo inmediato** de la conducta imputada que pueda constituir una infracción al D.L. N° 211 para lo cual, además, dicho sujeto pasivo **debe participar actual o potencialmente en el o los mercados afectados** (véase Sentencias N° 98/2010 y N° 156/2017). En particular, sobre esta materia, la Sentencia N° 98/2010 indicó que "[...] para que un agente económico pueda ser considerado víctima directa de un atentado en contra de la libre competencia, ha de participar actual o potencialmente en el mercado que es directamente afectado por la presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico [...]" y, posteriormente, la Sentencia N° 156/2017 refrendó lo anterior, al indicar que: "al respecto, la Sentencia N° 98/2010 señala que el demandante particular debe tener la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al DL N°211, para lo cual debe participar actual o potencialmente en el o los mercados afectados"

IV. La legitimación *activa:* la *legitimación extraordinaria* de la FNE

- "**Noveno**: Que, de conformidad con lo expuesto precedentemente, corresponde determinar si, en la especie, Nelson Osorio Carvajal cuenta o no con un **interés legítimo**, esto es, si es sujeto pasivo inmediato de las conductas que imputa y si participa actual o potencialmente del o los mercados que la conducta en cuestión afectaría".

- Esta nueva tesis recoge que el interés legítimo de los particulares debe revestir la particularidad de ser un *interés cualificado*.

V. La legitimación *pasiva*

- La *legitimación pasiva* es aquella aptitud para soportar el ejercicio y las consecuencias de una acción y, por consiguiente, del poder jurisdiccional.

- La problemática de las *matrices* o *entidades de un grupo empresarial*.

V. La legitimación *pasiva:* la doctrina de la *unidad económica*

- Una entidad (por ejemplo, un grupo empresarial) puede ser considerada como una unidad económica si se conforma como una única *fuerza competitiva* en el mercado relevante en cuestión.

- *Ver,* el Caso Supermercados.

V. La legitimación *pasiva:* la doctrina de la *unidad económica*

- El TDLC concluyó que, desde el punto de vista de la Libre Competencia, lo relevante para avaluar una excepción por falta de legitimación pasiva era determinar si una sociedad tiene o no la capacidad para adoptar *decisiones competitivas* en el mercado como un agente autónomo o independiente del grupo empresarial del que forma parte. Bajo esta óptica, el TDLC dispuso:

V. La legitimación *pasiva:* la doctrina de la *unidad económica*

"**Octogésimo primero.** Que, primero, ambas entidades poseen unidad de dirección. Ello se demuestra no sólo por el hecho de que la propiedad ampliamente mayoritaria de Cencosud Retail S.A. pertenece a Cencosud S.A., sino también por lo declarado por el propio gerente general de Cencosud S.A., Jaime Soler Botinelli, cuya transcripción rola a fojas 3.852 del cuaderno principal, afirmando ser ***"responsable de cada una de las divisiones de la Compañía a lo largo de los cinco países"***, lo que "*implica liderar, supervisar y dirigir cada una de sus unidades de negocios en los cinco países donde actualmente participamos"* [...] siendo él *"el líder y el jefe de los gerentes generales de las diferentes divisiones a lo largo del país"* (fojas 3.853). Por lo demás, como bien hace notar la FNE a fojas 13.055, **la matriz y la filial comparten una serie de ejecutivos centrales comunes**, cuestión que no ha sido desmentida por Cencosud" (Sentencia Caso Supermercados)

V. La legitimación *pasiva:* la doctrina de la *unidad económica*

"**Octogésimo segundo.** Que, enseguida, **el mismo absolvente ratificó que el negocio supermercadista es el rubro principal de Cencosud**, y que sus principales ingresos provienen de él: *"el negocio de supermercadismo es el corazón de la Compañía, por ende, es el negocio más importante, y más menos asciende al 70% de las ventas totales de la Compañía a lo largo de la región"* (fojas 3.868). Esto se confirma circunstancialmente por el hecho que Cencosud S.A. ha actuado en numerosas ocasiones en esta sede, defendiéndose directamente en casos asociados al rubro supermercadista (véase, por ejemplo, la Sentencia N°159/2017 y la Resolución N°43/2012);"

"**Octogésimo tercero.** Que, finalmente, Cencosud no ha acreditado en estos autos (correspondiéndole hacerlo) que ambas sociedades son administradas de manera independiente; (Sentencia Caso Supermercados)"

V. La legitimación *pasiva:* la doctrina de la *unidad económica*

- Lo importante es que, para dar lugar a la doctrina de la *unidad económica*, concurran los siguientes elementos:

1. Unidad de dirección en la toma de decisiones (no confundir el control con la unidad de dirección, no bastando que haya una participación mayoritaria para suponer que tiene lugar la doctrina de la unidad económica).

2. La participación de las empresas en cuestión como un único agente económico en un **mercado relevante determinado como negocio principal y con administración dependiente.**

VI. Sanciones

- El artículo 26 del DL N°211 establece las distintas sanciones que pueden ser adoptadas en el procedimiento contencioso, siendo ellas:

- **A) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios al DL N°211.** Esta atribución del TDLC se consagra desde la estructura de la ley de competencia del año 1963, correspondiendo a lo que puede llamarse como *remedio estructural*, pues a través de la modificación o término puede disminuir la capacidad competitiva de un agente económico.

VI. Sanciones

- **B) Ordenar la modificación o disolución de sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren participado en una conducta contraria a la Libre Competencia.**
- Un ejemplo de este tipo de sanción ocurrió en el *Caso Pollos*, en donde el H. TDLC sancionó a la asociación gremial y, además, ordenó la disolución de su personalidad jurídica. Esto se debió porque de los hechos del caso quedó asentado que era tan claro que la asociación había sido constituida para propósitos anticompetitivos, que se torna muy difícil mantener su personalidad jurídica.

VI. Sanciones

- **C) La aplicación de multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes 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 reportado por la infracción.**
- Este actual sistema, que opera desde la última reforma al DL N°211, encontramos dos criterios principales para la determinación de la multa, bajo un *tope de factor*:

1) Las cantidades de ventas que el infractor tuvo en la línea de productos o servicios asociados a la infracción, durante el período que se extendió el ilícito. En este caso, el *tope de factor* es el 30% de las ventas reportadas.
2) Alternativamente al primero, puede aplicarse una multa que corresponda al doble del beneficio anticompetitivo reportado por el infractor.

VI. Sanciones

- Cuando por diversas circunstancias estos criterios son difíciles de determinar, el legislador se encargó de establecer un *criterio supletorio*, permitiendo soslayar estas problemáticas al establecer que *"en el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales"*.
- Este monto debe ser dotado de cierto contenido, para lo cual la parte final de la letra c) del artículo 26 del DL N°211 indica un listado no taxativo de criterios, como: (i) el beneficio económico reportado; (ii) la gravedad de la conducta; (iii) el efecto disuasivo; (iv) la reincidencia; (v) la capacidad económica del infractor; (vi) la colaboración con la FNE; etcétera.

VI. Sanciones

- Otra importante consideración es que la letra c) del artículo 26, a fin de dar efectividad al sistema de multas, consagra la ***responsabilidad solidaria*** de los directores, administradores y de quienes se hubieren beneficiado del acto respectivo. En particular, dispone: *"las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma"* (...) *"En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo".*

VI. Sanciones

- ¿Debe existir congruencia entre la multa sancionada y lo solicitado por el requirente o demandante?

- El Caso Fresenius (2018) y los artículos 2° y 5° del DL N°211 y la corrección por parte de la Corte Suprema

VI. Sanciones

- En donde no existe congruencia son en las otras medidas que el artículo 26 letra c) permite que se arrogue el TDLC. Dicho precepto establece en lo pertinente que las infracciones pueden ser sancionadas *"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"*. Estas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas pueden ser adoptadas de oficio por el TDLC, teniendo como limitación que no puedan consistir en alguna de las sanciones ya contempladas por el referido artículo.
- Una medida típica en este orden de ideas son los *programas de cumplimiento*, que hoy en día son solicitados con frecuencia por los demandantes o la FNE, sin perjuicio de que no eran realidad sino hasta los años 2018 y 2019, en donde el TDLC comenzó con su adopción.

VI. Sanciones

- **D) En caso de colusiones (letra a) del artículo 3°), pueden imponerse medidas de prohibición de contratar (a cualquier título) con órganos de la Administración del Estado, empresas en las que el Estado efectúe aportes, el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicación de concesiones, hasta por el plazo de 5 años contados desde que la sentencia quede firme y ejecutoriada.**
- Se ha dicho que esta medida vulnera el *principio de proporcionalidad*, en términos que no sería una sanción ajustada a la gravedad de las infracciones.
- No existe caso alguno en sede de Libre Competencia en el que se haya adoptado esta particular medida, ni tampoco se ha solicitado.

VI. Sanciones

- Respecto al ilícito anticompetitivo de colusión, por medio de la última reforma al DL N°211, en el actual Título V se establecieron sanciones penales para quienes hayan sido los autores de dicha infracción.
- De acuerdo al artículo 62, quien haya celebrado u ordenado celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores en variables esenciales de competencia (precio, limitación de producción, repartición de zonas de mercado, entre otras), **será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo**.