

El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos

Andrés Fuchs Nissim

El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos

Enero 2020



Andrés Fuchs Nissim

Abogado, Universidad de Chile; Máster en derecho, Universidad de Harvard; Máster en razonamiento probatorio, Universidad de Girona. Profesor Asistente de Derecho Procesal en la Universidad de Santiago. Profesor invitado en los diplomados de libre competencia de la Universidad de Chile y Finis Terrae. Socio en Fuchs Abogados.

I. Introducción

En la noche del 9 de diciembre, y a casi dos meses del estallido social del 18 de octubre, el Presidente de la República anunciaba en cadena nacional la “Agenda de Trato Justo, Dignidad y Anti Abusos” (Agenda Anti-Abusos) impulsada por el Gobierno para garantizar un trato justo a todos los ciudadanos, combatir con eficacia todo tipo de abusos y proteger la dignidad de todos los trabajadores¹. Así, conforme a sus objetivos, se comunicó que la Agenda Anti-Abusos se basaba en tres pilares fundamentales: (i) No más abusos; (ii) Derecho de los consumidores; y, (iii) Derecho de los trabajadores.

Dentro de las propuestas para el primero de estos pilares, se ha adelantado que se adoptarían, al menos, las siguientes medidas: el fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE); el fortalecimiento del trabajo investigativo de la Fiscalía; el aumento a las sanciones penales de los delitos de colusión; la promoción de mayor transparencia en las compras públicas; y la creación de la figura del denunciante anónimo.

Como explicó posteriormente el Ministro de Economía, esta primera parte de la Agenda Anti-Abusos tiene como objetivo “poder fortalecer la competencia” dado que su institucionalidad es como una cancha de tenis de arcilla que “cada cierto tiempo hay que volver a pasar la tiza y volver a rayar la cancha, que sea una cancha clara, conocida por todos”². En el mismo sentido, el actual Ministro de Hacienda, al referirse recientemente a “esta lucha por la libre competencia que nunca cesa”, indicó que una de las prioridades de la agenda es justamente “una institucionalidad robusta, que supervise, regule los mercados en pos de la competencia, y disuada sus atentados, castigándolos severamente”³, y en ese sentido, “es importante seguir fortaleciendo a la Fiscalía Nacional Económica y al Tribunal de Defensa de la Competencia”.

No obstante, a mi juicio, estas medidas yerran al poner el acento de la lucha contra los carteles solo en la mejora de los sistemas de investigación y en las posibles mayores sanciones que puedan existir, sin preocuparse también de cómo aumentar las posibilidades que quien sea requerido por estas conductas, pueda luego ser condenado.

En efecto, de acuerdo con Louis Kaplow, la lucha contra los carteles debe darse creando los incentivos para disuadir a las personas de coludirse. En su opinión, la mejor manera de lograr aquello es mediante la combinación de los siguientes tres factores: (i) los sistemas institucionales deben contar con un buen sistema de investigación y detección de carteles que haga probable para quien se coordine anticompetitivamente con sus competidores el ser descubierto con posterioridad; (ii) del mismo modo, los sistemas institucionales

1. Gobierno, *Agenda Antiabusos*, www.gob.cl/agendaantiabusos.

2. Exposición del Sr. Lucas Palacios, Ministro de Economía, en el Seminario “Desafíos de Libre Competencia en el Chile de hoy: visión de las autoridades” organizado por el Centro de Competencia (CeCo) de la UAI, que tuvo lugar el 13 de diciembre de 2019, <https://centrocompetencia.com/la-mirada-positiva-de-las-propias-autoridades-sobre-la-actual-regulacion-de-competencia/>.

3. Exposición del Sr. Ignacio Briones, Ministro de Hacienda, en el Seminario “Desafíos de Libre Competencia en el Chile de Hoy”.

deben contar con herramientas que hagan probable que quien sea investigado o requerido por estas conductas pueda luego ser condenado como autor de las mismas; y, (iii) finalmente, que las sanciones sean de una magnitud que permitan verdaderamente disuadir⁴.

Si se revisa el sistema institucional chileno en materia de derecho de la competencia, la conclusión que aparece, es que las reformas que han habido desde el año 2009 en adelante, se han centrado en los factores primero y tercero de los descritos por Kaplow, pero dejando de cierta manera de lado las reformas referidas al segundo de ellos.

Así, por ejemplo, la reforma del año 2009 puso su principal foco en mejorar los sistemas de investigación, mediante la introducción de herramientas esenciales del *enforcement* anti-carteles, como fueron la implementación del programa de clemencia o delación compensada (regulado en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211), y el establecimiento de las denominadas facultades duras o intrusivas de investigación a la FNE (estas medidas se encuentran reguladas en el artículo 39 n) del Decreto Ley N° 211).

Por su parte, la reforma del año 2016, entre otras cosas, se preocupó de mejorar el sistema de sanciones de los carteles, al incorporar dos importantes modificaciones para aumentar la disuasión respecto de este tipo de conductas. Por una parte, se modificó el sistema de multas, pasando de una multa máxima definida *ex ante*, a un sistema que permite aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento 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. Por otra parte, también se introdujo una sanción criminal para el caso de los carteles duros.

En este mismo sentido, las discusiones que han existido en relación con las propuestas de la Agenda Anti-Abusos, también se han referido principalmente a estos mismos dos factores, ya la atención se ha centrado en la figura de los denunciante anónimos⁵, herramienta destinada a entregar más herramientas para el descubrimiento y la investigación de carteles; y en la posible conveniencia de modificar el diseño institucional de la persecución penal⁶.

Sin embargo, como anticipé, a mi juicio, estas reformas por sí solas no son del todo suficiente para perseguir efectivamente los carteles, ya que, según indicaba Kaplow, los sistemas institucionales requieren también que quien sea requerido por conductas colusorias pueda efectivamente ser condenado por las mismas. En este contexto, “dos instituciones cruciales en la lucha contra los *hard core cartels* o carteles duros son: la regla *per se* y los estándares de prueba de naturaleza civil que permiten lograr convicción en el juzgador con grados de certeza menores a la duda razonable”⁷. De la regla *per se*, se hizo cargo la reforma del 2016⁸. En cambio, los estándares de prueba no formaron parte de esa ni de la anterior reforma, ni tampoco han sido un tema que hoy se encuentre presente en la agenda de reformas a la libre competencia que presentó el Gobierno.

Por lo mismo, mi objetivo con este trabajo es complementar el abanico de medidas cuya introducción se debe discutir, y referirme específicamente al estándar de prueba aplicable en casos de carteles en el procedimiento contencioso que se sigue ante el TDLC. Lo anterior, porque como se explicará, en los sistemas

4. Louis Kaplow, “The Burden of Proof”, *The Yale Law Journal* 121, N° 4 (2012), 754.

5. En este sentido, pueden verse, por ejemplo, la columna del profesor Javier Tapia, “El denunciante anónimo”, *El Pulso, La Tercera*, diciembre 17, 2019, y la columna del Director del Centro de Competencia de la UAI, Felipe Irarrázabal “Deconstruyendo la Agenda Anti-Abusos en libre competencia”, *El Mercurio*, diciembre 17, 2019.

6. En este sentido, puede verse, por ejemplo, la columna de la profesora María Inés Horvitz “Obstáculos para la persecución penal”, *El Mercurio*, diciembre 17, 2019, y el debate a través de cartas enviadas al director de dicho periódico entre la referida profesora y el profesor Jorge Grunberg.

7. Jorge Grunberg y Santiago Montt, “La Prueba de la Colusión” en *Reflexiones sobre el derecho de la Libre Competencia* (Santiago de Chile: FNE, 2017), 348.

8. Dicha reforma modificó la forma en que el Decreto Ley N° 211 regulaba los carteles en el artículo 3°, letra a). En particular, dicha reforma eliminó de la redacción la necesidad de acreditar que los acuerdos entre competidores les “confieran poder de mercado”.

de valoración de la prueba bajo un sistema de sana crítica, como ocurre actualmente en sede de libre competencia, debe ser el legislador y no el juez quien determine cuál es el estándar de prueba aplicable para una determinada conducta⁹.

Para estos efectos, procederé de la siguiente manera. Primero, me referiré brevemente a los estándares de prueba y sus funciones en el derecho probatorio (*Capítulo II*); y, luego, centraré el análisis en determinar tanto cuál ha sido el estándar de prueba que se ha aplicado en Chile para casos de carteles, como las reformas que sobre esta materia debieran hacerse (*Capítulo III*). Finalmente, terminaré este trabajo con una síntesis de las principales conclusiones.

II. De los estándares de prueba en general

Si bien el proceso y más concretamente la prueba deben orientarse a averiguar la verdad¹⁰, ello no obsta a reconocer que el conocimiento de hechos que tiene lugar en el contexto de un juicio es imperfecto, pues, entre otras razones, el razonamiento probatorio está constituido por inferencias inductivas incapaces de garantizar certezas absolutas¹¹. Por lo mismo, tanto en el derecho como en cualquier otra ciencia cuyo razonamiento sea inferencial se necesitará establecer un umbral a partir del cual se aceptará una hipótesis como probada¹². Definir tal umbral es, por tanto, la principal función de los estándares de prueba.

No obstante, es tradicional encontrar en la literatura autores que al definir el estándar de prueba lo hagan indicando que “se refiere al nivel de persuasión acerca de los hechos que debe ser alcanzado por el tribunal para poder tomar una decisión o aplicar alguna sanción”¹³. De manera similar, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que la función del estándar de prueba es: “instruir al adjudicador acerca del nivel de confianza que nuestra sociedad piensa debe tener el o los jueces en la corrección de las conclusiones de hecho en un caso particular de adjudicación”¹⁴.

Estas definiciones, sin embargo, son criticables porque dan cuenta de una forma subjetiva de entender el estándar de prueba, esto es, relacionándolo con un determinado nivel de convencimiento del juez. Si los estándares de prueba efectivamente tuvieran que decir relación con niveles de confianza, entonces, la

9. Adicionalmente, los estándares de prueba pueden ser importantes herramientas de política de competencia, ya que, por ejemplo, un estándar de naturaleza civil tiende a disuadir de mejor manera la ocurrencia de carteles que uno de naturaleza penal. En todo caso, sobre cuál debe ser el estándar de prueba aplicable, he tenido la oportunidad de referirme en un artículo que se encuentra pronto a ser publicado (Andrés Fuchs, “Análisis y propuestas sobre el estándar de prueba en libre competencia” en *Del derecho al razonamiento probatorio* (Marcial Pons, 2020)).

10. Este es un postulado indiscutido entre los académicos del derecho probatorio que defienden los postulados de la teoría racional de la prueba. Estos postulados conllevan la defensa de algunas tesis centrales: (i) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial; (ii) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia; y, (iii) el recurso a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba (Jordi Ferrer, *La valoración racional de la prueba* (Granada: Marcial Pons, 2007), 19).

11. Al respecto, Marina Gascón ha señalado: “lo anterior, claro está, no significa que los resultados de la prueba no puedan tratarse como verdaderos; es más, hay buenas razones para esperar que el resultado de una prueba rigurosa sea fidedigno. Significa tan sólo que en sentido estricto lo más que puede decirse es que la prueba concluye con una hipótesis, un enunciado que aceptamos como verdadero, aunque no sabemos si lo es o no, y que el grado de probabilidad suministrará un buen criterio para su justificación”. (Marina Gascón, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28 (2005), 128).

12. Un estándar de prueba, en cualquier ámbito fuera del derecho en que se reclamen las pruebas, tiene la intención de indicar al investigador algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos (Larry Laudan, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28 (2005), 104).

13. Mauricio Duce, “El estándar de convicción y los alcances del recurso de reclamación en el derecho de defensa de la libre competencia en Chile”, (Santiago de Chile: FNE, 2007), 4.

14. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

pretensión de racionalizar el sistema probatorio desaparecería, pues la decisión de dar por probado un hecho y tenerlo por verdadero, dependería finalmente de percepciones personales imposibles de revisar.

En consecuencia, lo que el estándar de prueba determina no es un grado de convicción, convencimiento o persuasión sobre el estado mental del juzgador, sino que lo que realiza es establecer si ese grado de corroboración es suficiente para tener por probada la hipótesis o no. Usualmente ese grado de corroboración dependerá de la naturaleza del proceso de que se trate.

Por lo mismo, la principal función de los estándares de prueba es fijar el umbral a partir del cual la evidencia del caso permita justificar una sentencia condenatoria. Esta función es relevante, pues la epistemología no puede determinar los estándares de prueba. En efecto, con criterios puramente epistemológicos es posible determinar cuál es el grado de probabilidad de que una hipótesis sea verdadera, pero no cuándo ese grado es suficiente para aceptarla como verdadera¹⁵.

En este sentido, serán razones de *policy* las que determinen si el grado de probabilidad prevaleciente será suficiente para considerar que una hipótesis sea tenida por verdadera, o si, por el contrario, se requerirá un umbral que tenga alguna sensibilidad especial respecto de algún riesgo de error en particular. Por consiguiente, esta determinación debe ser realizada por el legislador, tal como lo hizo en sede penal al establecer que el tribunal, para dictar una sentencia condenatoria, debe adquirir la convicción más allá de toda duda razonable de que se ha cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él le ha correspondido una participación culpable al acusado¹⁶.

Finalmente, al determinar el umbral de prueba necesario, los estándares de prueba estarán cumpliendo una segunda función relevante, como es la de distribuir los casos de errores en las sentencias mostrando una preferencia por cierto valor del sistema de derecho que el procedimiento administra¹⁷. Así, por ejemplo, el Código Procesal Penal al establecer el estándar de prueba indicado, está optando por evitar los *falsos positivos* y que como consecuencia de ello se termine sancionando a un inocente.

III. El estándar de prueba en casos de carteles en el derecho chileno

En el caso de Chile, lo primero que debe decirse es que la normativa legal no define cuál es el estándar aplicable para casos de carteles. En efecto, el Decreto Ley N° 211, únicamente señala que “el Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”¹⁸, pero, como se sabe, el sistema de valoración de la prueba no es lo mismo que el estándar de prueba¹⁹.

Por consiguiente, para analizar cuál ha sido el estándar aplicado en estos casos se debe recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y de la Corte Suprema. De hecho, tan cierto es que para analizar esta materia debe recurrirse a la jurisprudencia, que el Presidente del TDLC

15. Juan Carlos Bayón, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Mario Alario D’Filippo* 2, N° 4 (2010), 14.

16. Código Procesal Penal, artículo 340.

17. Jonatan Valenzuela, “Una regla de estándar de prueba en el derecho de la competencia”, en *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016 (2017), 6.

18. Artículo 22°, inciso final.

19. Como explica Jordi Ferrer, el proceso probatorio se divide en tres momentos distintos: (i) la *conformación del conjunto de pruebas*, en que operan las reglas de admisión y exclusión de las pruebas; (ii) la *valoración de las pruebas*, en que operan las reglas y criterios que rigen la determinación del valor y apreciación de las pruebas en forma individual y conjunta; y (iii) la *adopción de la decisión sobre los hechos probados*, en que operan las reglas y estándares de prueba mediante los que se toma la decisión sobre los hechos probados (Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, 41 y ss).

reconoció en una reciente entrevista que hoy la gran discusión en los casos de carteles se centra, precisamente, en los estándares de prueba²⁰.

Al realizarse este análisis jurisprudencial, es posible advertir dos etapas. Una primera, en la que los tribunales no se pronunciaban directamente respecto del estándar de prueba, sino que únicamente se limitaban a adjetivar la fórmula exigida; y, luego, una segunda, que es la actual, en la cual el TDLC en particular ha acogido los postulados de la teoría racional de la prueba y ha intentado determinar cuál es el estándar de prueba aplicable²¹.

Así, durante la primera etapa de la jurisprudencia, era posible encontrar que los estándares exigían que el acuerdo se “determinara fehacientemente”²² o que se requería “plena certeza” para poder condenar. Entre los muchos inconvenientes de determinar un estándar de prueba de ese modo, estimo como particularmente grave el que un umbral así definido “inclina la balanza hacia los falsos negativos, porque incentiva a los jueces a emplear el mismo estándar de los juicios criminales en temas civiles”²⁴. De hecho, si se analiza la jurisprudencia en materia de carteles mientras el TDLC y la Corte Suprema fallaban de ese modo, se concluirá que, efectivamente, en la gran mayoría de los casos de carteles durante esta época las demandas fueron rechazadas, atendida la falta de prueba del acuerdo²⁵.

Afortunadamente, esa etapa fue dejada atrás desde la sentencia del conocido caso *Farmacias*. Este fue el primer caso en que el TDLC se pronunció expresamente sobre el estándar de prueba aplicable, y si bien no respondió de manera positiva cuál debe ser dicho estándar, si realizó un avance y señaló que el estándar no debe ser tan exigente como el de materia penal²⁶. Reclamada esa sentencia ante la Corte Suprema, dicho tribunal señaló que: “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”²⁷. El problema de ese considerando es que la Corte no definió de modo alguno que

20. Enrique Vergara, “Las miradas del Presidente del TDLC” (Podcast, diciembre 6, 2019), www.centrocompetencia.com/podcast/.

21. De hecho, en una reciente sentencia el TDLC hizo explícito el reconocimiento a los postulados de la teoría racional de la prueba, al señalar en uno de sus considerandos: “las teorías racionales de la prueba distinguen tres momentos de la actividad probatoria. Una primera etapa determinada a conformar el material probatorio; una segunda a valorar la prueba presentada; y, finalmente, una tercera y última etapa destinada a decidir cuándo puede tenerse por probado un enunciado sobre los hechos” (véase en este sentido, Ferrer, *La valoración racional de la prueba*, 41-49) (*Requerimiento de la FNE en contra de Servicios Pullman Bus Costa Central S.A.*, C-234-2011, Sentencia TDLC N° 136/2014 (2014), C. 63).

22. “Comienza entonces un análisis de las distintas hipótesis posibles, y concluye que la más plausible es la teoría de la colusión, lo que por cierto es del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia, máxime, si, como se reconoce en el fallo, el proceso de licitación resultó un éxito” (*Requerimiento de la FNE en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros*, Rol N° 5057-2006, Sentencia Corte Suprema (2006), C. 13).

23. “En estas condiciones, sólo cabe afirmar que la concurrencia de más de una hipótesis para explicar la conducta reprochada impide a esta Corte arribar a una conclusión indubitada en cuanto a la colusión que, se dice, habría regido la sustitución de la cobertura de carátula de los planes de salud; motivo por el cual, al no haberse adquirido la plena convicción de que tal situación legalmente reprochable se produjo, el recurso de reclamación no puede prosperar y debe ser rechazado” (*Requerimiento de la FNE en contra de Isapre ING. y otros*, Rol N° 4052-2007, Sentencia Corte Suprema (2007), C. 16).

24. Jorge Larroucau, “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho* 39, N° 3 (2012), 787.

25. En este sentido, pueden verse, entre otras las Sentencias del TDLC N° 32, 57, 63 y 72 y, especialmente, las sentencias de la Corte Suprema respecto de las reclamaciones presentadas contra ellas.

26. “Que, sin embargo, este Tribunal, con el fin de descartar cualquier duda que aún pueda existir respecto de la existencia del acuerdo colusorio objeto del requerimiento, analizará a continuación -con antecedentes adicionales- si el comportamiento observado en el mercado es compatible con la hipótesis de una mera interdependencia oligopolística o sólo puede explicarse con la hipótesis de colusión. De concluirse esto último, se habría logrado acreditar más allá de toda duda razonable la existencia de la colusión denunciada, es decir, con un nivel de convicción propio de un estándar de prueba superior al que se exige en esta sede” (*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otras*, C-184-2008, Sentencia TDLC N° 119/2012 (2012), C. 167).

27. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otras*, Rol N° 2578-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), C. 11.

significaba ese estándar de prueba y únicamente señaló que el mismo es posible de cumplirse mediante prueba directa o indirecta.

Luego de ese fallo, tanto el TDLC como la Corte Suprema han repetido en una serie de otras sentencias que el estándar de prueba aplicable es el de prueba clara y concluyente²⁸. Sin embargo, hasta ahora no es posible encontrar una explicación mayor de por qué ese debe ser el estándar aplicable ni en qué consiste dicho estándar. Con todo, un posible cambio se produjo en enero de 2018, con ocasión de la dictación de la sentencia del TDLC en el caso *Tissue* (Sentencia N° 160). Si bien la Sentencia N° 160 no innova, pues confirma que el estándar aplicable es de prueba clara y concluyente²⁹, sí tiene una importante novedad, la que está dada por una prevención que hacen dos de sus cinco ministros, según los cuales el estándar de prueba debiese ser el de preponderancia de la prueba.

La importancia de esta prevención no radica tanto en que conforme con estos ministros el estándar de prueba deba ser menos exigente, sino que lo realmente interesante es que estos dos ministros en su prevención no recurren únicamente a la naturaleza de la sanción para definir cuál es el estándar aplicable, sino que hacen un completo estudio dogmático, económico e institucional de la colusión, para concluir que el estándar debe ser el propio de los juicios civiles.

En efecto, en relación con las razones dogmáticas, la prevención de la Sentencia N° 160: (i) reconoce que los estándares de prueba dependen fundamentalmente de la naturaleza de la responsabilidad imputada; (ii) luego, analiza la naturaleza de la responsabilidad en sede de libre competencia; y concluye que la misma es civil, lo que justifica en que, por corresponder a cargas públicas, la infracción a la libre competencia genera necesariamente una responsabilidad infraccional; y sólo eventualmente una penal; (iii) a continuación, explica la separación que existe, a su juicio, entre las responsabilidades por infracción a la libre competencia y la responsabilidad penal; y, (iv) finalmente concluye que las potestades TDLC en un litigio, no corresponden al *ius puniendi*, ya que no tiene por objeto un reproche ético, sino que se derivan del *ius corrigendi*, propio del derecho correctivo obligaciones³⁰.

Respecto de las razones económicas, la prevención de la Sentencia N° 160 señala que la normativa de libre competencia no puede, en principio, preferir un tipo de error por sobre el otro, siendo ambos igualmente desaconsejables³¹. Y, finalmente, en cuanto a las razones institucionales, la prevención de la Sentencia N° 160 tiene presente que las sentencias que dicta corresponden a decisiones realizadas por un órgano jurisdiccional independiente e imparcial; y no por un órgano administrativo, lo que reforzaría el estándar de preponderancia de la prueba³².

Con todo, si bien es apreciable el esfuerzo que tanto el TDLC como la Corte Suprema vienen haciendo desde hace un tiempo en orden a explicitar el estándar de prueba que fue aplicado en el caso, lo que corresponde,

28. En este sentido, pueden verse, entre otras las Sentencias del TDLC (y las de la Corte Suprema que la confirman) N° 133, 134, 136 y 137.

29. Que, como se verá, existen en autos explicaciones contradictorias sobre estas cuestiones y abundante evidencia que requiere ser ponderada. Esta labor de ponderación debe realizarse conforme al estándar probatorio aplicable en esta sede, el cual, tal como ha señalado la jurisprudencia, tanto de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema, corresponde a uno de prueba "clara y concluyente"; (*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CMPC Tissue y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017), C. 7).

30. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CMPC Tissue y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017), C. 11 a 19 de la prevención.

31. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CMPC Tissue y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017), C. 20 de la prevención.

32. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CMPC Tissue y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017), C. 22 de la prevención.

en mi opinión, es que en una futura reforma este tema sea analizado por el legislador, ya que, como se sostuvo, en estricto rigor, es a éste y no al juez a quien le corresponde determinar los estándares de prueba aplicables.

Adicionalmente, de determinarse un estándar de prueba para casos de carteles, sería esperable que el legislador rechace tanto el mero recurso a etiquetas imprecisas de estándares³³, como a aquellas formulaciones que permiten una lectura subjetivista del estándar de prueba³⁴; y, en su lugar, establezca un estándar de prueba en términos precisos³⁵, y con criterios intersubjetivamente controlables, pues, de lo contrario, el único cambio sería avanzar desde cuál es el estándar aplicable, a qué se debe entender por dicho estándar³⁶.

33. Esto último es fundamental, pues, como ha reconocido la doctrina, “definir los estándares de prueba en relación con su etiqueta es un ejercicio inútil, ya que cuando el estándar está definido por criterios subjetivos, entonces, tampoco existe un estándar real” (Eric Gippini, “The elusive standard of proof in EU competition cases”, *World Competition* 33, N° 2 (2010), 11).

34. El problema que existe en materia de estándar de prueba para los casos de carteles, por ejemplo, es que existe parte de la literatura que defiende como necesaria la subjetividad en la determinación de los estándares. Así, Alfonso Lamadrid y Ana Balcells han argumentado que el juez “actuará en base a una convicción íntima, basada en su propia percepción de lo que constituye la normalidad económica”, agregando, que esta subjetividad, en cualquier caso, no es mayor ni menor por la ausencia de una etiqueta, como estándar ya que “lo cierto es que la formalización de la convicción humana difícilmente puede ser objetiva y absolutamente racionalizada” (Alfonso Lamadrid y Ana Balcells, “La prueba de los cárteles en derecho español”, en *La lucha contra los carteles en España* (Pamplona: Aranzardi, 2015), 12).

35. Daniela Accatino, “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 37 (2011), 499-503.

36. Eso es precisamente lo que ha ocurrido en sede penal, tanto en Chile, como a nivel comparado, ya que si bien existen consenso en cuanto a que el estándar de prueba aplicable debe ser el de *más allá de toda duda razonable*, existen una serie de interrogantes sobre qué significa dicho estándar; y, por lo mismo, el objetivo de varios académicos actualmente es ir avanzando en la interpretación objetiva de dicho estándar, o, derechamente, en la creación de estándares que no recurran a una simple etiqueta. En este sentido, pueden verse trabajos, entre otros, de Larry Laudan, Ronald Allen, Jordi Ferrer y en Chile de Daniela Accatino.

Conclusiones

1. Una efectiva lucha en contra de los carteles, debe crear los incentivos para disuadir a las personas de coludirse, lo que, en opinión de Kaplow, se logra mediante la combinación de los siguientes tres factores: (i) los sistemas institucionales deben contar con un buen sistema de investigación y detección de carteles que haga probable para quien se coordine anticompetitivamente con sus competidores el ser descubierto con posterioridad; (ii) del mismo modo, los sistemas institucionales deben contar con herramientas que hagan probable que quien sea investigado o requerido por estas conductas pueda luego ser condenado como autor de las mismas; y, (iii) finalmente, que las sanciones sean de una magnitud que permitan verdaderamente disuadir.

2. Las reformas que se hicieron al Decreto Ley N° 211 en el año 2009 y en el año 2016, incorporaron una serie de reformas destinadas a mejorar las facultades de investigación y aumentar la magnitud de las sanciones. Asimismo, las propuestas que hasta ahora se conocen de la Agenda Anti-Abusos, así como los debates que se han generado al respecto, también dicen relación con la etapa de investigación y las sanciones a imponer a quienes se coluden.

3. Sin embargo, ninguna de las reformas hasta ahora se ha hecho cargo de una herramienta fundamental para que quienes sean investigados o requeridos por posibles carteles, puedan luego ser condenado, como es la determinación del estándar de prueba aplicable en estos casos.

4. Los estándares de prueba cumplen con la función de establecer el nivel de prueba que será suficiente para dar por acreditado un hecho, lo que no dependerá de consideraciones epistemológicas, sino que de *policy*; y, al definir tales umbrales, los estándares de prueba estarán, además, distribuyendo los riesgos de errar en esa decisión. Por lo mismo, es necesario que, con independencia del estándar de prueba que se establezca, sea el legislador quien lo realice.

5. Por consiguiente, y aún cuando son valorables los esfuerzos que tanto el TDLC como la Corte Suprema han realizado por explicitar cuál ha sido el estándar aplicado en un caso en concreto, los esfuerzos hoy deben dirigirse para que esta materia sea definitivamente zanjada por el legislador en una próxima reforma. Además, al establecerse el estándar de prueba, será deseable que el legislador no recurra a etiquetas imprecisas o que permitan una lectura subjetivista del mismo, sino que derechamente establezca criterios objetivos que permitan un control intersubjetivo del mismo en sede de reclamación.

6. Finalmente, cuál debe ser ese estándar de prueba en concreto, y cómo se debe configurar para que cumpla con los requisitos de objetividad pretendido, quedarán pendientes para una siguiente oportunidad, ya que el objetivo de este trabajo, como se ha dicho, es bastante más humilde, y persigue únicamente crear consciencia sobre la importancia que sea el legislador quien, en una futura reforma, establezca el estándar aplicable para casos de carteles.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:

<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Andrés Fuchs Nissim. "El estándar de prueba aplicable en casos de carteles: una propuesta de debate para la denominada Agenda Anti-Abusos", *Investigaciones CeCo* (enero, 2020),

<http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com

CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile