



UAI
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA: UNA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELEVANTE

María José Villalón Vargas y Daniela León Mc Vey

La prescripción extintiva en el derecho de la libre competencia: una revisión de la jurisprudencia relevante

Noviembre 2021



María José Villalón Vargas

Asociada senior del grupo de Libre Competencia y Mercados Regulados del estudio Carey y cía. Abogada de la Universidad Católica de Chile, LL.M. New York University, y Diploma en Derecho Sancionador Económico U. de los Andes. Integrante de la Red ProCompetencia.



Daniela León Mc Vey

Asociada del grupo de Libre Competencia y Mercados Regulados del estudio Carey y cía. Abogada de la Universidad Católica de Chile y ayudante del curso de Derecho Penal de la misma universidad. Diploma en Derecho Penal de la Universidad de los Andes.

I. INTRODUCCIÓN

La prescripción extintiva es una figura que tiene suma relevancia como defensa en los juicios de libre competencia. El Decreto Ley 211 de 1973 y sus modificaciones (**DL 211**) regula el plazo de prescripción de la acción y determina el momento a partir del cual se cuenta este plazo, esto es, desde el cese de los efectos imputables a la conducta, tratándose de colusiones, y desde la ejecución de la conducta, tratándose de otros ilícitos anticompetitivos.

El DL 211 no define en qué consiste la ejecución de la conducta ni cuándo se entiende que cesan sus efectos, de modo que ha sido tarea del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (**TDLC**) y la Excma. Corte Suprema desarrollar estos conceptos. El objeto de esta investigación es categorizar y distinguir los criterios jurisprudenciales en esta materia, dependiendo del tipo de conducta anticompetitiva de que se trate¹.

II. BREVE HISTORIA DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS A LA PRESCRIPCIÓN EN EL DL 211

En Chile, la regulación sobre la prescripción de la acción para perseguir ilícitos anticompetitivos ha sufrido modificaciones. En lo pertinente para los fines de esta investigación, la historia legislativa puede resumirse como sigue:

- a. El 14 de noviembre de 2003, se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.911, cuya versión refundida, sistematizada y coordinada fue fijada por el Decreto con Fuerza de Ley Núm. 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2005 (en adelante, "**DL 211/2003**"). Entre otras modificaciones relevantes, el DL 211/2003 perfeccionó la definición del ilícito anticompetitivo en su artículo 3, estableciendo una descripción genérica en su inciso 1° y recogiendo, a modo ejemplar, tres figuras tradicionales de ilícitos

¹ El objeto de esta investigación se centrará en el análisis jurisprudencial de las conductas perseguidas ante el TDLC y la Corte Suprema conforme al artículo 3° del DL 211. No revisaremos la jurisprudencia de la antigua Comisión Resolutiva.

anticompetitivos. Asimismo, facultó al TDLC para imponer respecto de cualquiera de estas conductas tanto medidas correctivas como sanciones pecuniarias (artículo 17 K). Así, el DL 211/2003 vino a modificar la naturaleza del ilícito de colusión, eliminando su carácter penal, pero aumentando las multas aplicables. El DL 211/2003 estableció la siguiente regla de prescripción de las acciones para perseguir ilícitos anticompetitivos:

Artículo 17 E, inciso 3º: “Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el **plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta** atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal”.

- b. El 13 de julio de 2009, se publicó la Ley 20.361, que introdujo diversas modificaciones en el DL 211/2003 (en adelante, “**DL 211/2009**”). En materia de prescripción, el DL 211/2009 enmendó el artículo 20 del DL 211/2003 (antiguo artículo 17 E), sustituyendo en el inciso tercero la expresión “dos” (años) por “tres” (años), agregando un nuevo inciso cuarto, referido a la prescripción de la acción para perseguir la colusión:

Artículo 20, inciso 4º: “Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3º prescribirán en el **plazo de cinco años**, y el cómputo de la prescripción no se iniciará **mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción**” (énfasis agregado).

- c. Finalmente, la Ley 20.945, publicada el 30 de agosto de 2016, introdujo importantes reformas en el DL 211/2009 (“**DL 211/2016**”). En lo que aquí interesa, tipificó la colusión como un ilícito penal en su artículo 62, estableciendo una regla especial de prescripción para este delito en su artículo 65². A esta fecha, no obstante, la jurisprudencia no ha tenido aún la oportunidad de dar aplicación a esta nueva regla.

Aclarados los hitos legislativos más importantes, en el siguiente apartado revisaremos la jurisprudencia más relevante del TDLC y la Corte Suprema en materia de prescripción de la acción.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En esta sección, haremos una breve referencia a los criterios jurisprudenciales respecto de la interrupción de la prescripción, aplicables a cualquier clase de conducta anticompetitiva. Luego, haremos un análisis para casos de colusión, y finalmente uno para conductas anticompetitivas distintas de la colusión.

1. Interrupción de la prescripción

Desde el DL 211/2003, rige en materia de libre competencia la siguiente norma de que la prescripción se interrumpe “por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal” (artículo 20 inciso 3º del actual DL 211).

2 Artículo 65.- La acción penal para la persecución del delito descrito en el artículo 62 prescribirá en el plazo de diez años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Pese al tenor literal de la norma, la jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema están contestes en que la prescripción no se interrumpe con la mera interposición del requerimiento o de la demanda, sino que solo con su notificación válida al requerido o demandado, ya que únicamente en ese momento se entiende trabada la litis³.

También es apta para interrumpir la prescripción la notificación válida de una medida prejudicial, por cuanto la jurisprudencia uniforme de los tribunales superiores de justicia ha interpretado la expresión “demanda” en términos amplios, refiriéndose a cualquier gestión judicial que tenga por objeto el resguardo del interés que se estima afectado⁴.

Finalmente, conforme al artículo 29 del actual DL 211, se debe considerar que aplica en sede de libre competencia el artículo 261 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil. Según esta norma, las modificaciones a la demanda deben considerarse como una demanda nueva para los efectos de su notificación, y el plazo para contestar debe correr solo desde la fecha en que dicha nueva notificación se practique. Por ello, el TDLC ha concluido que, si se modifica o amplía la demanda o requerimiento, la notificación válida para el cómputo de la prescripción es la de la demanda o requerimiento modificado o ampliado, y no la de la demanda o requerimiento original, pues es aquella la que produce el efecto de interrumpir la prescripción, y no esta última⁵.

Como veremos en la siguiente sección, la Corte Suprema ha esbozado una causal adicional de interrupción de la prescripción que, no obstante, no se encuentra establecida en el DL 211.

2. Colusión

Respecto del ilícito de colusión, el DL 211/2009 no solo amplió el plazo de prescripción, extendiéndolo de dos a cinco años, sino que también introdujo una regla especial según la cual el cómputo de la prescripción no se inicia mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta colusoria.

Según la Historia de la Ley 20.361 (“**HL 20.361**”), esta modificación se debió a que se consideró necesario “precisar desde cuándo empieza a correr la prescripción, particularmente en el caso de carteles, en que hay una conducta reiterada en el tiempo”⁶, considerando que “hay jurisprudencia que estima que la conducta en ese caso está constituida por el acuerdo, sin perjuicio que (sic) los efectos de ese acuerdo perduren en el tiempo”⁷.

Conforme a la jurisprudencia del TDLC, los “efectos anticompetitivos” del acuerdo colusorio corresponden a “la supresión de la competencia entre sus partícipes”⁸.

Como veremos, la distinción entre la ejecución del “acuerdo” y sus “efectos” es verdaderamente relevante solo en algunos casos excepcionales. En la mayoría de los casos la ejecución del acuerdo colusorio se

3 Sentencia 112/2011 del TDLC, c. 10°; Sentencia 106/2010 del TDLC, c. 17°.

4 Sentencia 163/2018 del TDLC, c. 8° y 9°.

5 Sentencia 106/2010 del TDLC, c. 26°.

6 Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), HL 20.361, 211. Segundo Informe de la Comisión de Economía, intervención del H. Senador Novoa.

7 BCN, HL 20.361, intervención del Fiscal Nacional Económico, Sr. Enrique Vergara.

8 Sentencia 122/2012 del TDLC, c. 13°.

extiende en el tiempo mediante una serie de actos sucesivos que, precisamente, prolongan el efecto de supresión de competencia entre los sujetos del acuerdo. Así, el cese de este efecto anticompetitivo, por lo general, coincide con el momento en que cesan los actos ejecutivos de la colusión, debido al carácter usualmente “permanente” de la colusión.

A continuación, desarrollaremos esta idea sobre la base de la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema.

2.1 Jurisprudencia conforme al DL 211/2003

De acuerdo con el DL 211/2003, la acción para perseguir la colusión prescribía en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta. La interposición de la excepción de prescripción bajo el imperio de dicha normativa requirió que el TDLC determinará con precisión en qué momento se entendía finalizada la ejecución del acuerdo colusorio.

Según la jurisprudencia mayoritaria, la ejecución del acuerdo colusorio no se reduce al momento específico de su celebración, sino que se extiende a todas las conductas posteriores y sucesivas de implementación del acuerdo, aptas para suprimir la competencia entre sus partícipes. Esto es lo que el TDLC y la Corte Suprema han denominado tradicionalmente como el carácter “permanente” de la colusión.

Conforme a este criterio, la ejecución de la colusión se inicia con el perfeccionamiento del acuerdo y se extiende mientras subsista la supresión de la competencia entre sus partícipes, lo cual requiere, por regla general, de un conjunto de acciones que “mantengan el estado de cosas contrario a derecho” provocado por el acuerdo. Tales acciones, junto con el acuerdo, constituyen un supuesto de unidad de acción⁹.

De esta manera, la prescripción de la acción no comenzaría a computarse sino a partir del cese de aquellos actos cuyo fin sea sostener o implementar el acuerdo colusorio. Así, por ejemplo:

“...en los **acuerdos de precios** debe entenderse que subsiste tal acuerdo -esto es, que éste está siendo ejecutado- mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios pactado; y en los **acuerdos de reparto** de mercado, ya sea geográfico, de clientes, o de cuotas de producción, mientras se ejecuten por las partes involucradas las acciones materiales concretas necesarias para mantener cada zona geográfica, cada cliente, o cada cuota de producción asignados, en manos de su titular”¹⁰. (énfasis agregado)

La calificación de la colusión como un ilícito de carácter permanente permite retrasar de manera relevante el inicio del cómputo de la prescripción, recién a partir desde el momento en que termine de ejecutarse el último de sus actos de implementación, aun cuando en ese momento ya no existan contactos o comunicaciones entre los sujetos del acuerdo.

La jurisprudencia dictada conforme al DL 211/2003 reconoció que la ejecución del acuerdo colusorio tiene una proyección temporal más limitada en algunos casos excepcionales. Un ejemplo destacado se encuentra

9 Sentencia 122/2012 del TDLC, c. 11°. Véase también: Sentencia 139/2014 del TDLC, c. 305°.

10 Sentencia 57/2007 del TDLC, c. 20°. Véanse también: Sentencia 43/2006 del TDLC, c. 27°; Sentencia 122/2012 del TDLC, c. 12°; Sentencia 133/2014 del TDLC, c. 36°; Sentencia 134/2014 del TDLC, c. 29°; Sentencia de la Corte Suprema Rol 5308-2012, c. 20°; Sentencia de la Corte Suprema Rol 6249-2014, c. 20°. El criterio se ha mantenido inalterado en la jurisprudencia posterior conforme al DL 211/2009. Véanse: Sentencia 139/2014 del TDLC, c. 305°; Sentencia de la Corte Suprema Rol 278-2019, c. 13°; Sentencia de la Corte Suprema Rol 9361-2019, c. 36°; Sentencia de la Corte Suprema Rol 15.005-2019, c. 35°.

en el denominado caso *Oxígenos*¹¹, en el cual Fiscalía Nacional Económica (FNE) imputó a cuatro empresas una práctica concertada de reparto de clientes (hospitales) para la provisión de oxígeno líquido medicinal. En este caso, el TDLC determinó que:

“...los efectos del acuerdo de reparto entre distintos competidores subsiste (sic) mientras no exista para alguno de ellos la posibilidad de volver a disputar [...] un cliente originalmente no asignado en dicho reparto. Tal posibilidad solo puede ocurrir en aquellos casos en los que termine un contrato o corresponda su renovación, o bien cuando sea posible para el cliente cambiar a su proveedor actual”¹².

Pese a reconocer que los *efectos* del reparto de clientes permanecían durante toda la vigencia de los contratos, el TDLC resolvió que la prescripción en este caso debía contarse desde la fecha de celebración del contrato o, en su defecto, desde la fecha del acto administrativo que lo apruebe¹³.

La Corte Suprema, al resolver el recurso de reclamación respecto de la sentencia del TDLC, confirmó este criterio, explicándolo —empero— con bastante más claridad:

“La ley es muy clara al respecto cuando dispone que éste [el plazo de prescripción] comienza a correr desde la ejecución de la conducta atentatoria, la que, como se dijo, se materializa en el caso de autos en la celebración de los respectivos contratos [...], independientemente de si los efectos de dicha conducta permanecen o no en el tiempo”¹⁴.

En el caso *Oxígenos*, si bien la supresión de la competencia entre los partícipes del acuerdo habría subsistido durante toda la vigencia de los contratos, a partir de su suscripción, no se requirió de la realización de ninguna conducta adicional de “ejecución” para la mantención del acuerdo. De ahí que solo era posible establecer el inicio del cómputo de la prescripción al momento de la suscripción de los contratos.

El mismo criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia respecto de los casos de colusión en licitaciones individuales y no sucesivas. Al respecto, destaca el caso *Ambulancias*¹⁵, en el cual la FNE imputó a tres sociedades un acuerdo con el fin de restringir la competencia en dos licitaciones para la provisión de ambulancias y clínicas dentales móviles. En este caso, el TDLC determinó que la prescripción debía computarse (a más tardar) a partir de la fecha de la presentación de las ofertas efectuadas en ambas licitaciones, argumentando lo siguiente:

“Por definición, en los casos de colusión en licitaciones individuales y no sucesivas —esto es, en licitaciones a las que se llama por una sola vez, sin que se espere otra u otras licitaciones para continuar proveyendo el mismo bien o producto u otros similares en el corto o mediano plazo— los actos que la componen se agotan y cesan con la presentación de las ofertas, debiendo entonces entenderse por ejecutada la

11 Rol TDLC C-15-2005, *Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros*.

12 Sentencia 43/2006 del TDLC, c. 28°.

13 Sentencia 43/2006 del TDLC, c. 29°.

14 Sentencia de la Corte Suprema Rol 5057-2006, c. 8°.

15 Rol TDLC C-163-2008, *Requerimiento de la FNE contra Bertonati Vehículos Especiales Ltda. y otros*.

conducta precisamente en ese momento, y no con posterioridad al mismo”¹⁶⁻¹⁷.

La sentencia parece acertada considerando el texto del DL 211 vigente a la época de su dictación, que distinguía los efectos de la colusión de la ejecución del acuerdo colusorio.

La jurisprudencia ha distinguido los casos de licitaciones individuales de aquellos en que la colusión adopta una dinámica de reparto de licitaciones sucesivas. Solo en el primer grupo de casos se ha considerado que el plazo de prescripción ha de contarse desde la fecha de presentación de las ofertas, al menos bajo el imperio del DL 211/2003. Subsiste aún la duda de cómo los tribunales interpretarán la norma para casos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor del DL 211/2009, ya que no se han juzgado hasta ahora colusiones en licitaciones individuales con efectos prolongados¹⁸, en los que haya sido relevante la distinción ejecución-efectos.

2.2 Jurisprudencia conforme al DL 211/2009

Con posterioridad al cambio legislativo del DL 211/2009, la calificación de la colusión como un ilícito permanente ha seguido siendo el criterio primordial para resolver excepciones de prescripción. No obstante, este criterio ha sido insuficiente en algunos casos de colusión más complejos resueltos en los últimos años. Para esos casos, la jurisprudencia ha desarrollado la doctrina del denominado “acuerdo único”, esbozada por primera vez en el caso *Pollos*¹⁹, enunciada también en el caso *Papeles*²⁰, y desarrollada cabalmente en el caso *Ampollas*²¹. La misma doctrina fue aplicada con posterioridad también en los casos *Supermercados*²² y, recientemente, *Buses de Temuco*²³.

El desarrollo más acabado de la doctrina del “acuerdo único” tuvo lugar en la sentencia del TDLC en *Ampollas*, que corresponde a un caso de licitaciones *sucesivas*. En esta sentencia, el TDLC, basándose expresamente en la jurisprudencia europea sobre el denominado *single continuous infringement* (“SCI”), detalló este concepto:

“...el problema sobre la existencia de un acuerdo único se origina en aquellos casos en que se celebran o ejecutan **varios acuerdos entre las mismas partes**, o un grupo estable de competidores, **por un período de tiempo en el que no median grandes interrupciones, o en el que, existiendo tales interrupciones, se puede inferir fundadamente que se trata de una infracción única** [...].

[...] En suma, **se estará en presencia de un acuerdo único cuando se ejecuten**

16 Sentencia 106/2010 del TDLC, c. 20°.

17 El mismo criterio, según el cual la prescripción en el caso de licitaciones sucesivas se computa desde la presentación de las ofertas, fue también aplicado en el caso *Radios* (Sentencia 112/2011 del TDLC), aunque para rechazar la excepción de prescripción.

18 Como veremos, el caso *Sueros* (Rol TDLC C-321-2017, *Requerimiento de la FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra.*) presenta características bastante particulares en lo que respecta a sus efectos.

19 Rol TDLC C-236-2011, *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.*

20 Rol TDLC C-299-2015, *Requerimiento FNE en contra de CMPC Tissue S.A. y otra.*

21 Rol TDLC C-312-2016, *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros.*

22 Rol TDLC C-304-2016, *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras.*

23 Rol TDLC C-361-2018, *Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Transportes Avda. Alemania-P. Nuevo S.A. y otros.*

varios acuerdos que tienen un mismo objeto (por ejemplo, afectar el resultado de determinados procesos licitatorios) **entre un grupo medular de participantes**. Para estos efectos, no es necesario acreditar la existencia de todos los acuerdos específicos si la prueba acompañada permite inferir la ejecución de varios en el tiempo”²⁴. (énfasis agregado).

Como puede apreciarse, el acuerdo único o SCI va más allá de la mera constatación de la colusión como infracción permanente. Se trata, en cambio, de una construcción doctrinal conforme a la cual se entiende que *varios acuerdos* configuran una infracción única, incluso mediando interrupciones, y sin necesidad de aportar prueba respecto de todos ellos.

Lo anterior tiene consecuencias directas en la prescripción de la acción: la consideración de diversos acuerdos adoptados en el transcurso de varios años como una sola infracción permite rechazar la prescripción respecto de aquellos más antiguos, que, de ser considerados aisladamente, estarían prescritos. Por esta y otras razones, la doctrina del SCI no ha estado exenta de críticas en Europa, cuyo desarrollo, no obstante, escapa al ámbito de esta investigación.

Una crítica importante que sí debemos hacer aquí se refiere al novedoso planteamiento sobre la prescripción de la acción contenido en la sentencia de la Corte Suprema en el *caso Ampollas*, que reproducimos a continuación:

“...sin embargo, en concepto de esta Corte, la discusión en torno a tratarse de una única acción o de varias que se suceden en el tiempo, interrumpidas o no durante los años 2005 y 2006, no reviste influencia alguna en aquello que se resuelva sobre la excepción de prescripción [...].

En efecto, ya se ha razonado que el acuerdo imputado se inició durante el año 1999 y, **aun cuando se estimara que hubo una interrupción en el año 2005 [...]** **igualmente la reanudación de las conversaciones en el año 2007 produciría el efecto de renovar la acción persecutoria, por la comisión de nuevos ilícitos que harían perder el tiempo de prescripción transcurrido** y así, finalizando éstas el año 2013, no operaría el término extintivo²⁵”. (énfasis agregado).

Esta misma idea de que el tiempo de prescripción transcurrido “se pierde” por la comisión de un nuevo ilícito fue reiterada por la Corte Suprema en su sentencia del caso *Supermercados*²⁶. El criterio resulta altamente cuestionable, considerando que no existe en el DL 211 una norma como la del artículo 96 del Código Penal, según la cual la “prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo trascurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito”. La interrupción de la prescripción, conforme al DL 211, solamente se produce con la notificación del respectivo requerimiento o demanda, de modo que la creación de una causal de interrupción adicional por la vía jurisprudencial parece ser -al menos- de dudosa constitucionalidad.

Dejando de lado este polémico punto, destacamos que la doctrina del acuerdo único tiene algunos límites

24 Sentencia 165/2018 del TDLC, c. 12°.

25 Sentencia de la Corte Suprema Rol 278-2019, c. 14°.

26 Sentencia de la Corte Suprema Rol 9361-2019, c. 38°.

que han sido aplicados por el mismo TDLC. Así, en el caso *Navieras*²⁷, el tribunal estimó que no existía un acuerdo único si se modificaba el grupo medular de participantes de los acuerdos²⁸. La doctrina del acuerdo único tampoco aplicaría respecto de licitaciones individuales y no sucesivas, como se desprende de la sentencia del TDLC en *Sueros*²⁹.

Además, el TDLC determinó que la prescripción en el caso *Sueros* debía computarse a partir de la fecha de presentación de las ofertas, en línea con la antigua jurisprudencia del caso *Ambulancias*. Lo anterior se debe a las particularidades de este caso, en el cual la primera imputación formulada por la FNE se refirió a un acuerdo entre competidores que no se habría ejecutado, y la segunda, a un acuerdo que no logró sus resultados debido a factores exógenos a la voluntad de sus partes³⁰. Así, los acuerdos generaron *efectos* únicamente hasta la fecha de cierre de presentación de ofertas, de manera que la decisión es, en realidad, consistente con el texto del DL 211/2009.

3. Abuso de posición dominante y otras conductas

Para conductas distintas de la colusión, el hito inicial para el cómputo de la prescripción es la ejecución de la conducta (independiente de cuán prolongados pudieran ser los efectos en el tiempo)³¹. Esta no ha variado desde el DL 211/2003, y la única modificación legislativa relevante fue la ampliación del plazo de dos a tres años.

El primer paso del análisis consiste en identificar la comisión o celebración de “hechos con significación jurídica”. Estos pueden adoptar cualquier forma: actos jurídicos simples o complejos, unilaterales o bilaterales; y deben poder ser acreditados con datos temporales objetivos contenidos en el expediente³²⁻³³. Dado que la prescripción se cuenta desde la ejecución de la conducta, resulta relevante determinar el momento en el que finaliza la ejecución³⁴. En este acápite es donde se encuentra la mayor diversidad. Por fines metodológicos, haremos el análisis utilizando la distinción jurisprudencial de “conducta permanente” y “conducta instantánea”³⁵.

27 Rol TDLC C-292-2015, *Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras*.

28 Sentencia 171/2019 del TDLC, c. 36.

29 Rol TDLC C-321-2017, *Requerimiento de la FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra*.

30 Sentencia 172/2020 del TDLC, c. 18.

31 Sentencia 174/2020 del TDLC, c. 64°.

32 Sentencia 123/2012 del TDLC, c.17°.

33 Si corresponde, al análisis anterior debe sumarse el análisis propio de conductas de explotación abusiva, que – por lo general – implican una sucesión de actos que buscan mantener la posición y los beneficios derivados de la conducta. En estos, cada vez que se ejecute un hecho abusivo se renueva el plazo de la prescripción. Ver: Sentencia 96/2010 del TDLC, c. 9°.

34 Sentencia 174/2020 del TDLC, c. 53°. Este mismo criterio ha sido consistentemente considerado en las sentencias del TDLC 43/2006, 55/2007, 57/2007, 59/2007, 60/2007, 62/2008, 66/2008, 70/2008, 75/2008, 76/2008, 83/2009, 96/2010, 109/2011, 112/2011, 123/2012, 126/2012, y 141/2014.

35 Sentencia 173/2020 del TDLC, c. 36°.

3.1 Conductas que se ejecutan en un solo acto

En las conductas que se producen en “un instante preciso y determinado en el tiempo”³⁶, destacan las conductas infraccionales con origen contractual. El TDLC ha señalado que la celebración de contratos es una conducta que se verifica y agota instantáneamente³⁷. Tratándose de cláusulas abusivas, aplica el mismo criterio: la conducta atentatoria se materializa al momento de celebrar el respectivo contrato³⁸. Este criterio ha sido confirmado por la Corte Suprema, la que afirma que una interpretación diferente significaría la imprescriptibilidad de las acciones³⁹. Tratándose de las renovaciones automáticas, sean expresas o tácitas, la prescripción se cuenta desde el establecimiento de la cláusula que permite dicha renovación. En otras palabras, el TDLC considera que la renovación es un efecto del contrato original⁴⁰, por lo que la fecha de este es la que cuenta para el cómputo.

Recientemente, en *Correos de Chile*⁴¹, el TDLC fue explícito en señalar la diferencia en la forma de computar el plazo en abusos de origen contractual dependiendo si el afectado participa o no del contrato. Si el afectado participa, el hecho de significación jurídica es de ejecución instantánea en la fecha de la celebración del contrato⁴². Si el afectado no fue parte, entonces la conducta es de tracto sucesivo: se entiende ejecutada cada vez que se aplica el contrato⁴³.

Entre otras conductas que el TDLC ha calificado como de ejecución inmediata, se encuentran: el registro como marca comercial de una expresión genérica (el plazo comienza a correr desde la fecha de inscripción)⁴⁴, la negativa de venta (se ejecuta a partir de la fecha del rechazo a la solicitud de compra)⁴⁵, el surgimiento de la Cuenta RUT⁴⁶, y la solicitud de aprovechamiento de derechos de aguas (se ejecuta al momento de la solicitud formal frente a la autoridad respectiva)⁴⁷.

36 Sentencia 126/2012 del TDLC, c. 16°.

37 Sentencia 115/2011 del TDLC, c. 11°; Sentencia de la Corte Suprema Rol 11.968-2011, c. 11°.

38 Sentencia 66/2008 del TDLC, c. 4°; Sentencia 174/2020 del TDLC, c. 63°.

39 Sentencia de la Corte Suprema Rol 3199-2008, c. 4°.

40 Sentencia 118/2012 del TDLC, c. 16°.

41 Rol TDLC C-359-2018, *Demanda de Servicios de Correspondencia Envía Limitada en contra de Correos de Chile*.

42 Sentencia 178/2021 del TDLC, c. 18°.

43 Sentencia 178/2021 del TDLC, c. 19°.

44 Sentencia 50/2007 del TDLC, c. 14°.

45 Sentencia 107/2010 del TDLC, c. 4°.

46 Sentencia 174/2020 del TDLC, c. 71°. La Cuenta RUT es una cuenta bancaria ofrecida por el Banco del Estado de Chile, donde se puede depositar dinero, y girarlo posteriormente a través de cajeros automáticos o mediante la correspondiente tarjeta de débito. Su particularidad es que todo chileno o extranjero con cédula de identidad nacional pueden abrirla sin gastos de apertura ni de mantención, y el número de la cuenta es equivalente al registro único tributario (RUT) del titular (excluyendo el dígito verificador).

47 Sentencia 109/2011 del TDLC, c. 11°.

3.2 Conductas permanentes o de tracto sucesivo

Este tipo de conductas consisten en una serie de acciones sucesivas en el tiempo, en donde la infracción cesa sólo cuando se realiza la última acción antijurídica⁴⁸. Destacan los siguientes grupos de conductas: (i) conductas derivadas de actos unilaterales, (ii) actos de competencia desleal, y (iii) el cobro de precios abusivos o predatorios.

Actos unilaterales

La aplicación de disposiciones abusivas contenidas en documentos dictados unilateralmente por la infractora se considera como una conducta de “ejecución” de tracto sucesivo. Hay una serie de casos que son ilustrativos a este respecto.

En el caso *Enami*⁴⁹, los demandantes (productores de minerales) alegaban abuso de la Empresa Nacional de Minería (**ENAMI**) por negativa de compra de minerales que no cumplían con ciertos estándares de calidad que la ENAMI había determinado en un reglamento de compras dictado unilateralmente por ella. La conducta abusiva consistía en que la ENAMI se apropiaba de los minerales de baja calidad, negándose a pagar por ellos. El TDLC descartó que el plazo de prescripción se contara a partir de la fecha del reglamento. Por el contrario, consideró que el abuso se ejecutaba cada vez que la ENAMI adquiría gratuitamente minerales por los que debería haber pagado⁵⁰. A juicio del tribunal, la prescripción debía contarse a partir de las fechas de emisión de los certificados de análisis de los minerales que no habrían sido pagados⁵¹.

Similar fue el caso *EFE*⁵². GTD Teleductos (“**GTD**”) sostenía que la Empresa de Ferrocarriles del Estado (“**EFE**”) había abusado de su posición de dominio al cobrarle precios abusivos por los servicios de atraviesos, que estaban determinados en un reglamento dictado unilateralmente por EFE. El TDLC desechó que el abuso se hubiese cometido al dictar el reglamento, y consideró que la infracción consistía en la “*aplicación del reglamento a los atraviesos de GTD mediante el cobro de precios abusivos*”, lo que habría sido una actividad continuada que cesaría solo cuando las tarifas dejaran de ser cobradas o fueran reestructuradas⁵³.

Distinto fue el caso de Terminales Químicos S.A. (“**Terquim**”) en contra de la Empresa Portuaria San Antonio (“**EPSA**”). Terquim alegaba que EPSA habría establecido en un Manual de Servicios un sistema de prioridades para el atraque de naves porta contenedores en desmedro de las naves porta líquidos. El TDLC estimó que el caso era distinto al de *EFE* porque Terquim tenía conocimiento y había aceptado el Manual de Servicio al tiempo en que se adjudicó la concesión, mientras que GTD habría recién conocido el reglamento al requerir los servicios⁵⁴. Así, tratándose de actos unilaterales que son *conocidos* por la víctima de la conducta infraccional al momento de iniciar la relación jurídica, la ejecución se estima instantánea.

48 Sentencia 176/2021 del TDLC, c. 18°.

49 Rol TDLC C-118-06, *Demanda del Sr. Luciano Pinto Martínez y Otros contra Enami*.

50 Sentencia 70/2008 del TDLC, c. 10°.

51 Sentencia 70/2008 del TDLC.

52 Rol TDLC C-100-06, *Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE*.

53 Sentencia 76/2008, c. 9°.

54 Sentencia 96/2010 del TDLC, c. 12°.

En el reciente caso *ANFP*⁵⁵ el TDLC y la Corte Suprema tuvieron una diferencia de criterio en cuanto a la prescripción. La ANFP exigía una cuota de incorporación como requisito para ascender a la Primera División B del fútbol profesional chileno. El TDLC consideró la cuota de incorporación como una norma general dictada por una organización privada⁵⁶, que se materializó a través de una serie de actos⁵⁷. La imposición de una sanción de alto valor por no pago⁵⁸ en las bases del campeonato, habría sido el acto que provocó el efecto exclutorio⁵⁹. El TDLC recalcó, aludiendo a los casos *Enami* y *EFE*, que la cuota no era de naturaleza contractual, pero que por tratarse de una norma la prescripción, *no debería contarse a partir de ningún momento específico*⁶⁰. La Corte Suprema fue explícita en su desacuerdo con el razonamiento del TDLC, acusando una “deliberación inmadura o no afinada en sus conclusiones”⁶¹. La Corte Suprema estimó que la prescripción debía ser rechazada porque la cuota seguía siendo cobrada (*ergo*, ejecutada) al tiempo de la notificación del requerimiento⁶², coincidiendo –eso sí– en que la cuota no era una cláusula contractual⁶³.

Actos de competencia desleal

El TDLC ha estimado que las conductas de competencia desleal son de ejecución permanente. Así, las conductas de imitación y confusión son una actividad continuada, que comienza con la introducción del producto imitador y termina cuando dicho producto deja de beneficiarse de la fama del producto imitado⁶⁴. Tratándose de engaño a los consumidores mediante el uso o difusión de aseveraciones incorrectas sobre la propiedad o características del bien comercializado, la conducta termina cuando cesa el uso o difusión⁶⁵. El registro de una marca que induce a error puede ser de tracto sucesivo. Su ejecución se mantiene en tanto la marca sea difundida y usada con el fin de desviar clientela⁶⁶. Distinto es el caso de registro como marca de una expresión genérica a la que nos referimos en las conductas instantáneas⁶⁷, donde el fin del registro es instrumentalizar la inscripción para crear barreras a la entrada⁶⁸.

Otra variante de competencia desleal incluye el uso abusivo de procedimientos administrativos y judiciales. En estos casos, una acción o recurso se termina de ejecutar cuando el procedimiento llega a su fin, sea con

55 Rol TDLC C-343-2018, *Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional ANFP*.

56 Sentencia 173/2020 del TDLC, c. 39°.

57 Como la sesión del consejo de presidentes, aprobación en otra sesión, establecimiento de excepciones y sanciones, establecimiento de modalidades de pago, entre otros. Ver Sentencia 173/2020 del TDLC, c. 40°.

58 Sentencia 173/2020 del TDLC, c. 40°.

59 Sentencia 173/2020 del TDLC, c. 41°.

60 Sentencia 173/2020 del TDLC, c. 44°.

61 Sentencia de la Corte Suprema Rol 94.189-2020, c. 13°.

62 Sentencia de la Corte Suprema Rol 94.189-2020, c. 14°.

63 Sentencia de la Corte Suprema Rol 94.189-2020.

64 Sentencia 59/2007 del TDLC, c. 6°; Sentencia 60/2007 del TDLC, c. 9°.

65 Sentencia 126/2012 del TDLC, c. 9°.

66 Sentencia 126/2012 del TDLC, c. 10°.

67 La conducta de este caso de ejecución instantánea consistió en registrar como marca comercial la expresión genérica “Executive Search”, asociada a los servicios de asesoría para contratación de ejecutivos en empresas. Ver: Sentencia 50/2007 del TDLC, c. 14°.

68 Sentencia 50/2007 del TDLC, c. 7°.

una sentencia de término o con un desistimiento⁶⁹.

En el caso Uber⁷⁰, el TDLC consideró que la conducta era de ejecución permanente, en términos bastante amplios. El sindicato de taxistas imputaba a Uber la infracción de una serie de normas (tributarias, laborales, entre otras) y desvío de clientela aprovechándose de la reputación de los taxis. Según el TDLC, el inicio de la conducta habría sido el ingreso de Uber al mercado relevante, y esta se ejecutaría en la medida en que Uber continuara operando en Chile bajo las mismas condiciones y modelo de negocios⁷¹.

Precios abusivos o predatorios

En las conductas relativas a precios, el TDLC ha reconocido su carácter de tracto sucesivo en distintas variantes. Si la conducta abusiva consiste en aumento de precios, la ejecución de la conducta continúa en tanto se mantenga el incremento de precios⁷². La Corte Suprema es de la misma opinión⁷³. También es una conducta continuada aquella en la que el abuso consiste en un sistema de determinación y aplicación de precios exclusorios⁷⁴. La misma lógica aplica en los casos en que la conducta infraccional consista en el cobro de tarifas más bajas o precios predatorios: se verifica cada vez que se aplican las tarifas⁷⁵ y cesa cuando la empresa dominante deja de cobrarlos⁷⁶.

Sin embargo, cuando los precios abusivos o predatorios están fijados en un contrato, es la celebración de este lo que constituye la ejecución de la conducta⁷⁷, puesto que el cobro sería efecto de la celebración del respectivo contrato⁷⁸. Cabe precisar que se tratará de una actividad continuada si: (i) los precios o tarifas provienen de un documento unilateralmente dictado⁷⁹, o (ii) el contrato no pacta el monto, en cuyo caso el hito determinante para efectos del cómputo es el cobro de la tarifa o precio⁸⁰ (i.e. cuando se emite la factura)⁸¹.

69 Sentencia 83/2009 del TDLC, c. 5°.

70 Rol TDLC C-320-2017, *Demanda de Sandra Elizabeth Ruiz García y Otros Contra Uber Chile SpA*.

71 Sentencia 176/2021 del TDLC, c. 22°.

72 Sentencia 73/2008 del TDLC, c. 35°.

73 Sentencia de la Corte Suprema Rol 5505-2008, c. 20°.

74 Sentencia 55/2007 del TDLC, c. 10°.

75 Sentencia 102/2010 del TDLC, c. 8°; Sentencia 176/2021 del TDLC, c. 21°.

76 Sentencia 55/2007 del TDLC, c. 11°. *Ver también*: Sentencia 110/2011 del TDLC,

77 Sentencia 163/2018 del TDLC, c. 10°.

78 Sentencia 174/2020 del TDLC, c. 62°.

79 Sentencia 174/2020 del TDLC, c. 66°.

80 Sentencia 174/2020 del TDLC, c. 81°.

81 Sentencia 174/2020 del TDLC, c. 80°.

IV. REFLEXIONES FINALES

La jurisprudencia, en cuanto a la prescripción en ilícitos distintos de la colusión, ha creado criterios bastante razonables en torno al concepto de la ejecución y su cómputo. Si bien la delgada línea que separa los casos de ejecución permanente de aquellos de ejecución inmediata depende finalmente de cuál es concretamente la conducta infraccional alegada y de cuáles son las acciones que constituyen su ejecución propiamente tal, a nuestro juicio, la jurisprudencia se adhiere bastante al texto legal de manera consecuente.

Mención separada merecen los casos de colusión. Sorprende cómo el TDLC y, especialmente, la Corte Suprema han tendido a alejarse en su jurisprudencia más reciente del texto legal en las formas de computar la prescripción, incluso llegando al punto de crear una causal de interrupción de la prescripción no prevista en la ley. Si bien las figuras del “acuerdo único” o SCI y la renovación de la acción persecutoria pueden ser herramientas eficaces para sancionar la colusión, no procede que sean aplicadas a falta de respaldo legal. De haber una nueva reforma al DL 211, estas tendencias jurisprudenciales en el ámbito de la prescripción en casos de colusión debiesen ser consideradas, en aras de una mayor certeza jurídica.



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:

María José Villalón Vargas y Daniela León Mc Vey, "La prescripción extintiva en el derecho de la libre competencia: una revisión de la jurisprudencia relevante", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2021),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile