



Sección Diálogos

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Enrique Vergara Vial

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Abstract:

Español:

El ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y ex Fiscal Nacional Económico, Enrique Vergara, analiza la evolución del sistema de libre competencia chileno durante las últimas dos décadas, a partir de su experiencia a cargo de las dos autoridades de competencia de nuestro país. El artículo comienza describiendo el estado del régimen desde principios de los 2000 y la puesta en marcha del nuevo diseño institucional de libre competencia (que creó el TDLC). Posteriormente, el autor repasa los hitos políticos y judiciales más relevantes en materia de persecución de carteles, abusos de posición dominante y operaciones de concentración. Finaliza entregando reflexiones sobre el balance de la evolución de la institucionalidad de libre competencia, y sobre los principales desafíos que enfrentará este régimen, tanto a nivel nacional como internacional.

English:

Enrique Vergara, former President of the Chilean Competition Tribunal and former National Economic Prosecutor, reviews the progress of the Chilean competition system over the last two decades, based on his experience in charge of the two competition authorities in our country. The article begins by describing the state of the antitrust regime since the early 2000s and the implementation of the new institutional framework for competition (which created the TDLC). Afterward, it analyzes the most relevant political and judicial developments in cartel enforcement, abuses of dominant position, and mergers. It concludes by providing reflections on the balance of the evolution of the institutional design, and on the main challenges that this regime will face, both in Chile and in the World.



Biografía:

Enrique Vergara Vial es abogado de la Universidad Diego Portales y Máster en Estudios Europeos de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Fue Ministro Titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia desde 2012 a 2016, y Presidente del mismo tribunal de 2016 a 2022. En forma previa, fue Fiscal Nacional Económico entre 2006 y 2010, Sub Fiscal Nacional Económico entre 2003 y 2006, asesor y jefe de gabinete del Ministerio de Economía, Minería y Energía y Presidente suplente de la Comisión Preventiva Central.

Participó activamente en la discusión y tramitación de las Leyes N° 19.911 de 2003 y 20.361 de 2009.

Actualmente, es Director Académico de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, ejerce como abogado en el estudio Schenke Brancoli, y es Consejero Jurídico de CeCo.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	6
INTRODUCCIÓN.....	10
I. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA A PRINCIPIOS DE LOS AÑOS 2000.....	11
II. CREACIÓN DEL TDLC Y SU PUESTA EN MARCHA.....	14
¿Por qué un tribunal?.....	15
La puesta en marcha del TDLC.....	19
III. POLÍTICA DE PERSECUCIÓN DE CARTELES.....	21
La prueba indirecta no es suficiente.....	23
La ley N° 20.361.....	26
El caso Farmacias.....	29
La entrada en vigencia de la Ley N° 20.361. Primer caso de delación compensada y el uso de facultades intrusivas.....	38
El caso Pollos y la Comisión Rosende.....	39
Ley 20.945 y carteles.....	43
Caso Tissue. Bomba III.....	47
La odiosa confidencialidad.....	50
Caso Laboratorios. De ratas y ratones.....	51
Caso Supermercados. Hub and Spoke. La desvalorización del compliance.....	52
IV. ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE.....	54
Evolución legal.....	55
Casos más relevantes.....	56
V. POLÍTICA DE FUSIONES.....	63
VTR con Metrópolis Intercom. Polémica a la vista.....	65
Toma de control de Bellsouth comunicaciones S.A. por parte de Telefónica Móviles S.A. El controvertido límite de los 60 MHz.....	67
Caso Hidroaysén. El proyecto que nunca fue.....	67

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Caso Supermercados. El stress de la FNE.....	68
Primera guía de Fusiones. El primer paso en las directrices internas de la FNE.....	70
D&S Falabella. El lanzamiento al estrellato del TDLC.....	71
Agitado año 2009: Auto Acordado N° 12/2009 y Reforma de la Ley N° 20.361.....	73
Fusión de Lan con Tam y la intervención de terceros.....	74
Fusión de SDS con SMU. La jugada que no resultó.....	76
Necesidad de una reforma sustantiva en materia de fusiones.....	77
Evaluación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración en Chile. Informe de la OCDE.....	78
Ley N° 20.945. El salto cualitativo.....	79
El JBA de Latam y las primeras operaciones rechazadas por la FNE que conoció el TDLC.....	81
VI. REFLEXIONES PERSONALES Y CONCLUSIONES.....	83

PRÓLOGO

Para introducir adecuadamente este ensayo en que Enrique Vergara expone su visión sobre la evolución y desafíos de la institucionalidad de libre competencia en nuestro país, es fundamental relevar el momento en que se publica.

Abril, 2023. Estamos en un mundo que sufre cambios vertiginosos en múltiples dimensiones. A nivel global, en el ámbito político, ha aumentado el populismo y han surgido cuestionamientos al modelo capitalista. Han brotado fuerzas que socavan las democracias y contribuyen a su debilitamiento; tanto así, que de acuerdo con el índice mundial V-DEM, al 2022, el 72% de la población mundial vive en una autocracia (puntualizando que las democracias liberales en el mundo han disminuido desde 44 en 2009 a 32 en 2022). Menores niveles de democracia se relacionan con mayor desinformación, más polarización y con el deterioro de la libertad de expresión (V-DEM Institute, 2023). Al mismo tiempo, ello se entrelaza con un alto nivel de desconfianza hacia las instituciones por parte de la ciudadanía. Desde luego, la democracia chilena no se encuentra libre de esas amenazas.

En el ámbito económico, se han producido ingentes cambios tecnológicos. Con motivo de la irrupción de la economía digital -las plataformas digitales y la inteligencia artificial- vivimos un cambio de paradigma en los mercados, en los modelos de negocios y en la forma como interactuamos. Ello ha producido enormes beneficios, pero, a su vez, genera interrogantes sobre la privacidad de los datos personales, la veracidad de la información ("*fake news*") y algunas consideraciones éticas. Epítome de ello es la polémica carta que recientemente suscribieron más de 1.000 expertos y ejecutivos de la industria tecnológica en que solicitan poner pausa temporalmente al entrenamiento de los sistemas de inteligencia artificial más poderosos que GPT-4 debido a los graves riesgos que éstos conllevan (*Future of Life Institute*, 2023).

En particular, en relación con la libre competencia, se ha suscitado un debate en torno a sus objetivos. Hasta hace pocos años, existía un amplio consenso en torno al bien jurídico tutelado por la libre competencia, el bienestar de los consumidores. Sin embargo, éste ha sido cuestionado por movimientos que se originaron en Estados Unidos (*Neo Brandesians*), que propugnan la inclusión de otras consideraciones en el propósito de la libre competencia, como la justicia ("*fairness*"), la protección de pequeñas empresas y la lucha contra la desigualdad; y estos movimientos no son meros ejercicios académicos, sino que actualmente inciden en la toma de decisiones de las autoridades de competencia en ese país. Junto con este debate, se vislumbran nuevos desafíos, como la regulación de la economía digital y los límites a esa regulación (será interesante observar la experiencia de la Unión Europea y la regulación que implementará a partir de mayo, 2023), así como el diseño de medidas de mitigación eficaces y fiscalizables cuando se trata de plataformas digitales. Por último, la hipótesis consistente en que los algoritmos de precios (aquellos conocidos como *machine* y *deep learning*) pueden facilitar o derechamente lograr resultados colusivos sin comunicación entre competidores parece plausible (V.gr. Ezrahi y Stucke, 2020) y, por tal motivo, será necesario examinar la licitud de la colusión tácita y las reglas de atribución de responsabilidad en las conductas coordinadas.

En este contexto social, económico y político, el ensayo de Enrique Vergara cobra especial relevancia. El *viaje*, como él lo califica, nos lleva a explorar los hitos más relevantes de la política de competencia en Chile en los últimos 20 años y da cuenta que nuestro esquema institucional y las reformas que ha experimentado en ese período han sido el resultado de un proceso reflexivo y racional, que la institucionalidad y el sistema en que se desenvuelve es robusto y que comprende procedimientos y un estándar de análisis rigurosos.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

En definitiva, en el núcleo de la reflexión que realiza el autor subyace la importancia de las instituciones para nuestra democracia y de la parsimonia que se requiere al momento de reformarlas, especialmente cuando se trata de un sistema que funciona razonablemente bien, como el de libre competencia. En el contexto en que se sitúa el ensayo, particularmente con el surgimiento de populismos que se apartan del bien común y de un mayor grado de polarización política, se puede caer fácilmente en la tentación de introducir cambios apresurados, miopes, desprovistos de la perspectiva técnica, en el fragor de escándalos específicos; ello es precisamente lo que este trabajo busca evitar. En palabras del autor, *lo importante es que [las reformas a la normativa de libre competencia] sean realizadas a partir de diagnósticos y análisis reflexivos, y no al calor de un caso mediático.*

El autor también afirma *que la protección de la libre competencia afortunadamente es hoy una prioridad en nuestro país.* Por cierto, ello se puede observar en las campañas presidenciales de la última década en cuanto todas ellas han contemplado propuestas en materia de libre competencia. Este fenómeno es deseable toda vez que la evidencia empírica demuestra que la libre competencia conduce a mayores niveles de productividad, crecimiento económico e innovación (véase una revisión de la literatura en OCDE, 2014).

Esa importancia de la libre competencia en la discusión pública a la que alude el ensayo se ha exacerbado después del estallido social de 2019. En ese estallido que produjo un estado de convulsión política y social en el país, se pudo observar que el descontento social se expresó, entre otros, en contra de los abusos del sector empresarial, particularmente, la colusión. Ello generó un *momentum* en la política pública para fortalecer la libre competencia. Ilustrativo en ese sentido es que el proyecto constitucional de 2022 -que se rechazó en septiembre de ese año- consagraba por primera vez en nuestra carta fundamental la libre competencia y contenía varias disposiciones sobre operaciones de concentración, colusión y el abuso de posición dominante (varias de ellas cuestionables, véase CECO, 2022). Dado que estamos en un proceso constituyente que aún no concluye y que la libre competencia es un tema atractivo que los políticos y legisladores pueden percibir como rentable, es indispensable que toda discusión sobre reformas al sistema de libre competencia repare en las lecciones que expone este trabajo.

En suma, el ensayo es una contribución significativa y oportuna a la discusión sobre la política de competencia en Chile y sus eventuales reformas: por una parte, nos invita a reflexionar sobre el valor de las instituciones que cumplen un rol pivotal en el nivel de desarrollo de los países (V.gr. North, 1990; Acemoglu et. al. 2001). Por otra, exhorta a los actores que participan de la discusión de *lege ferenda* a realizar un escrutinio prudente y racional, que considere los aciertos y aprendizajes que se han observado en los últimos 20 años y que el autor cristaliza con claridad y precisión.

Finalmente, el ensayo logra rescatar asertivamente los aspectos más relevantes de la política y del derecho de libre competencia chilenos. Así, el autor destaca que la libre competencia supone un análisis interdisciplinario en que convergen la economía y el derecho; que la normativa es de textura abierta, por lo que requiere ser dotada de contenido a través del desarrollo jurisprudencial; que en los litigios confluyen elementos de derecho público y privado (especialmente a partir de 2016, en que el TDLC conoce y resuelve de las acciones de indemnización de perjuicios en materia de libre competencia); que la normativa confiere al Tribunal potestades de naturaleza extra jurisdiccional, tales como la de absolver consultas y dictar instrucciones generales a particulares en los mercados con carácter vinculante, que se ejercen en el marco de un procedimiento no contencioso – cuya aplicación ha sido problemática porque, como se señala, entre otras razones, *“se ha hecho un uso abusivo del mismo”*–; que las autoridades de libre competencia tienen el deber de resguardar la confidencialidad que, según señala el autor, *“ha traído muchos dolores de cabeza al*

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

sistema"; que la Excma. Corte Suprema a través de sus fallos ha introducido incertidumbre, particularmente en instituciones como la delación compensada (caso *Tissue*); y también, que los casos que conoce el TDLC han aumentado en su número y complejidad de manera significativa.

Dicho lo anterior, quiero detenerme en el autor. Como se mencionó, Enrique Vergara declara que el objetivo de su artículo es exponer los episodios más relevantes de la política de competencia en las dos últimas décadas. Y el objetivo se cumple ampliamente porque el autor es la persona más idónea para realizar esta labor. Su experiencia lo instala como protagonista de la historia de la libre competencia en Chile, primero, cuando actuó como presidente suplente de la antigua Comisión Preventiva Central y, enseguida, cuando dirigió las dos instituciones de libre competencia: la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). En esas posiciones de liderazgo, participó en las discusiones legislativas que han dado lugar a las tres reformas más sustantivas de nuestro sistema. Además de esa competencia y autoridad, con la sencillez que lo caracteriza, en el ensayo se soslayan algunos de sus aportes medulares y su legado, de los que tuve el privilegio de ser testigo.

Trabajé con Enrique Vergara en la discusión del proyecto de ley que se tradujo en la Ley N°20.361 y en el TDLC. Durante la discusión legislativa, los parlamentarios se mostraban renuentes a introducir la delación compensada y las facultades intrusivas de la FNE y en esa instancia, Enrique mostró su habilidad para negociar en el Congreso y su creatividad para alcanzar acuerdos transversales. Luego, como relatora y después como Ministra del Tribunal, pude constatar que es una persona juiciosa y prudente, que sabe discernir entre lo relevante y lo baladí en los casos que conoce el TDLC. Siempre implacable en el respeto irrestricto a las instituciones y su independencia.

Es importante recordar que Enrique se desempeñó como Ministro del TDLC (2012- 2016) y luego, lideró el pleno del TDLC como Presidente (2016-2022). El pleno es un órgano colegiado que se compone de tres abogados y dos economistas. La existencia de distintas posiciones y criterios es consustancial a un órgano colegiado y ello se acentúa en este caso porque su integración cambia a través del tiempo (debido a su renovación por parcialidades y límites a la reelección establecidas en la normativa; ello implicó que, durante su mandato, Enrique Vergara presidiera dos plenos distintos).

En ese escenario, Enrique mostró destreza para articular consensos y respetar las disidencias. Asimismo, quisiera rescatar la capacidad de Enrique de saber escuchar y de instar a fundamentar las decisiones del TDLC, ya sea que se tratara de una resolución intermedia o de una sentencia o resolución final. Además, siempre subrayó que la labor de los jueces debe tributar a la certeza y seguridad jurídica y, por ello, enfatizaba el valor de la predictibilidad en las decisiones del TDLC para reforzar su legitimidad (a modo de anécdota, recordar cuando decía *"no podemos ser una verdulería"*). De igual forma, enfatizaba la importancia de transmitir a la comunidad nuestro quehacer usando un lenguaje claro y comprensible en las resoluciones de manera de, en sus palabras, *democratizar la justicia de libre competencia*. Desplegó constantemente su esfuerzo para que el TDLC fuera más eficiente, trabajando como él mismo señala en el ensayo *"sin prisas, pero sin pausas"* y, simultáneamente, exigiendo rigurosidad y calidad en el análisis. Por último, al liderar el Tribunal, Enrique fue capaz de movilizar a los equipos en función de un objetivo común, en que todos comulgaran con la misión y valores del TDLC y de ese modo, favoreció el sentido de pertenencia y la colaboración de todos quienes trabajan en esa institución.

Daniela Gorab
Ministra Abogada TDLC (2018-2024)

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Referencias bibliográficas:

Acemoglu, Daron, Johnson, Simon y Robinson, James. "The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation", *American Economic Review* 5, vol.91 (2001), 1369-1401.

CentroCompetencia, "Proyecto constitucional chileno: advertencias para la libre competencia", 31 de agosto de 2022. <https://centrocompetencia.com/proyecto-constitucional-libre-competencia/>

Ezrachi, Ariel y Stucke, Maurice. "Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion", *Journal of Technology and Intellectual Property* 17, N°217 (2020). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol17/iss2/2>

Future of Life Institute. "Pause Giant AI Experiments: An Open Letter" (2023). <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>

North, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Nueva York: Cambridge University Press, 1990).

OCDE. *Competition and macroeconomic outcomes factsheet* (2014). <https://www.oecd.org/daf/competition/factsheet-macroeconomics-competition.htm>

Varieties of Democracy Institute. *Defiance in the Face of Autocratization. Democracy Report 2023*. (Gotenburgo: Universidad de Gotenburgo, 2023). https://www.v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf

INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es describir algunos hitos relevantes de la política de competencia de los últimos 20 años. No pretende ser un manual de derecho de la competencia ni menos un tratado, sino un breve recuento de algunos hechos ocurridos en esta materia y de mi experiencia trabajando en las instituciones que conforman el sistema de protección de libre competencia.

Desde ese lejano mes de abril del año 2000, en el que fui designado Presidente Suplente de la Comisión Preventiva Central, ha pasado mucha agua bajo el puente. Estuve dos años en esa Comisión aprendiendo cómo funciona y se organiza el trabajo en un órgano colegiado, en el que nos reuníamos los días viernes en la tarde para revisar los asuntos que figuraban en una tabla que elaboraba la Fiscalía Nacional Económica ("FNE o Fiscalía"). Era un trabajo ad honorem en el que cada uno de sus miembros tenía una mirada y aproximación distinta al problema de competencia que se nos presentaba.

Posteriormente, en marzo de 2003, asumí como Sub Fiscal Nacional Económico y conocí por dentro una institución tan importante para el desarrollo económico del país, de la cual con posterioridad fui designado Fiscal Nacional Económico el año 2006. Tengo un especial cariño por la FNE, en la cual conocí un grupo de personas extraordinarias, con quienes tuvimos que enfrentar momentos muy desafiantes y casos muy importantes como la Guerra del Plasma, las compras de cadenas de supermercados por parte de D&S y Cencosud, la fallida fusión de D&S con Falabella, el también fallido proyecto de HidroAysén, y como no, la colusión de las farmacias, entre otras.

Luego de un breve paso por el sector privado, llegué en 2012 al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC o Tribunal"), primero como ministro y luego como Presidente, con momentos muy complicados al principio por mi pasado en la FNE. En este organismo también tuve el honor de trabajar con profesionales de primer nivel. Los ministros y ministras con quienes compartí largas sesiones, vistas y audiencias, discusiones y deliberaciones, puntos de acuerdo; en fin, todo lo que es posible imaginar en el seno de un órgano colegiado. Ahí uno se da cuenta cómo el aporte de distintas visiones sobre un problema común enriquece su solución. Los secretarios y secretarías abogados, quienes cumplen un papel clave en el funcionamiento del Tribunal, organizando los equipos internos y el funcionamiento de este. Luego, los relatores y relatoras quienes trabajaban incansablemente en el estudio de las causas, relación, preparación de audiencias y vistas, entre otras muchas labores. Las y los economistas que aportaban esa mirada fundamental a la resolución de las causas presentadas en el Tribunal. Por último, el personal de apoyo y administrativo, quienes realizan su trabajo con un rigor y profesionalismo admirable.

En fin, soy un agradecido de la vida por la oportunidad de trabajar en estas instituciones y ser testigo como la política y el derecho de la competencia han tenido un desarrollo extraordinario basado en reformas legales bien pensadas y robustas, sólidas instituciones, la especialización y sofisticación de los litigios, la publicidad de los casos emblemáticos, el aporte de la academia y de organismos internacionales -principalmente la Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico ("OCDE")-, entre otros factores.

Se ha creado una nueva institucionalidad, se les han otorgado más atribuciones a las autoridades de libre competencia, se ha fortalecido la política de persecución de carteles, incluido el delito de colusión, la promoción de la libre competencia ha tomado vuelo y, como guinda de la torta, contamos con un sistema de

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

control previo de operaciones de concentración económica, que era uno de los mayores déficits que tenía nuestro sistema regulatorio.

Podríamos decir que estamos en camino de lograr una vieja aspiración de crear una *cultura de la competencia*, vale decir, un entorno en el cual los principios de la libre competencia se impregnen en la sociedad, principalmente en los agentes económicos que producen bienes y servicios. De esta manera, se pueden hacer realidad los beneficios que debe entregar un sistema económico basado en el mercado como asignador de recursos, esto es, el bienestar de los consumidores, reflejado en más y mejores bienes y servicios, al menor costo posible.

Para efectos de describir ciertos hechos relevantes ocurridos en las últimas dos décadas y algunas aventuras y desventuras que me tocó vivir en mi paso por los organismos de protección de la libre competencia, se separan las secciones de manera temática, partiendo por los cambios institucionales y luego exponiendo ciertos hitos que han marcado la política de carteles y las otras conductas anticompetitivas, principalmente los abusos unilaterales, para terminar con el sistema de control de operaciones de concentración. Básicamente, de lo que se trata es de citar las regulaciones que han permitido las mejoras en cada uno de esos ámbitos, los casos que han marcado el desarrollo jurisprudencial y que han servido de antecedentes relevantes en la formulación de reformas legales, el aporte de organismos extranjeros, y alguna que otra anécdota y vivencia personal.

Así, este trabajo se estructura de la siguiente forma: (i) en la primera sección, se describe el estado del arte de la política de competencia a principios de los años 2000 y los antecedentes que dieron origen a la Ley N° 19.911; (ii) luego, se expone uno de los hitos más relevantes cual es la creación del TDLC mediante la citada Ley N° 19.911, los pormenores de su discusión legislativa y su puesta en marcha; (iii) en la tercera sección, se analizan los hechos más importantes de la política de persecución de carteles, desde los fracasos iniciales debido a las evidentes dificultades probatorias imperantes en la época, hasta el éxito y la consolidación de esta política, en la que una de sus piedras angulares fue la dictación de la Ley N° 20.361; (iv) en la cuarta sección, se describen algunos hechos relevantes que han ocurrido en las investigaciones y casos de abusos de posición dominante (v) a continuación, se comenta el sistema de control de operaciones de concentración económica; y (vi) por último en la sexta sección, se entregan algunas reflexiones personales y las conclusiones de este trabajo.

I. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA A PRINCIPIOS DE LOS AÑOS 2000

A principios del Siglo XXI el sistema de libre competencia mantenía, sin grandes cambios, el diseño institucional introducido por el D.L. N° 211 de 1973, el que, a su vez, era tributario de aquel instaurado por las leyes N° 13.305 de 1959 y N° 15.142 de 1963. Este contemplaba un órgano colegiado que decidía los casos, un fiscal que investigaba y la Corte Suprema como órgano revisor.

En particular, la institucionalidad vigente el año 2000 estaba compuesta por las Comisiones Preventivas Central y Regionales, la Comisión Resolutiva, la Fiscalía Nacional Económica y la Corte Suprema. Este sistema institucional permaneció inalterable por más de 30 años -1973 a 2004- y, huelga decir, sus instituciones contribuyeron notablemente a la consolidación de una economía de mercado.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Esto último no es baladí. Chile, a diferencia de lo que normalmente ocurre en otras latitudes, es un caso bien particular porque tuvo leyes de competencia antes de que se consolidara un sistema de mercado. Como expone Patricio Bernedo en su Libro *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*, “la Ley Antimonopolios se desarrolló en un ambiente político que favorecía mayormente los controles y la participación estatal en amplios sectores de la economía”¹. Normalmente este proceso es al revés, vale decir, se liberaliza la economía y una vez que se empiezan a sentar las bases de un sistema económico liberal o capitalista, los países se ven en la necesidad de contar con una legislación que defienda y promueva la libre competencia en los mercados.

Este hecho tan particular marcó, a mi juicio, decisivamente el trabajo de la institucionalidad. Por una parte, las Comisiones Preventivas realizaron una labor más bien pedagógica explicando, a través de su principal atribución cual era la de absolver consultas, qué se podía hacer en este nuevo sistema económico. Ciertamente es que el enfoque de esos primeros años era excesivamente formalista, sin mayor análisis económico, pero aun así su trabajo fue, como señalé, muy relevante a la hora de instaurar el nuevo régimen económico. Solo por citar un ejemplo que grafica lo que se viene diciendo, en materia portuaria se dictó el Dictamen N° 1045/1998 que estableció reglas sobre integración vertical y horizontal en las concesiones de frentes de atraque de puertos públicos, las que se continúan aplicando, con ciertas modificaciones, hasta estos días.

Por otra parte, la labor de la Comisión Resolutiva, órgano de naturaleza jurisdiccional, también fue esencial, sobre todo en los procesos de liberalización de ciertos servicios de utilidad pública, como los de telecomunicaciones^{2,3,4}, energía eléctrica⁵ y sanitarios. Como señala el economista Pablo Serra, “los gobiernos de la época, producto de la insatisfacción con la regulación de las industrias privatizadas, fueron más cuidadosos en las cuestiones relativas a la competencia al traspasar empresas al sector privado. Es así como, informaron previamente las condiciones bajo las cuales se privatizarían los servicios públicos a los organismos antimonopolios, los que tuvieron oportunidad de analizarlas y emitir informes sobre los aspectos de su dominio”⁶. Así, una de las principales preocupaciones de las autoridades de competencia de la época fue resguardar los problemas de competencia que se podían derivar de integraciones verticales en las que aguas arriba existía un monopolio.

Por último, la Corte Suprema conocía de los recursos de reclamación interpuestos en contra de las resoluciones dictadas por la Comisión Resolutiva. De acuerdo a las estadísticas de ese tiempo, la tasa de

1 Patricio Bernedo, *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010* (Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2013), 52.

2 Por ejemplo, el año 1992, conociendo de un recurso de reclamación, rechazó la toma de control de Entel y CTC por parte de Telefónica España (Resolución N° 368/1992).

3 Ver también Resolución N° 547/1999 sobre la modalidad “Calling Party Pays Plus”.

4 En la Resolución N° 332/1998 de la Comisión Resolutiva se instauró el sistema multicarrier en Chile.

5 En la Resolución N° 488/1997 si bien no se acogió el requerimiento de la FNE que buscaba desconcentrar las actividades de generación, transmisión y distribución del Sistema Interconectado Central, se dictaron instrucciones de carácter general que persiguieron paliar, en parte, los problemas de competencia que se presentaban en el sector.

6 Pablo Serra, “Las Facilidades Esenciales en la Doctrina de los Organismos de Competencia Chilenos”, *Documentos de Trabajo* 104, Centro de Economía Aplicada de la Universidad de Chile (2001), 9.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

confirmación de las decisiones de dicha Comisión era bastante alta⁷, lo que se puede explicar, en parte, porque quien presidía dicho organismo era un ministro del máximo tribunal⁸.

Pese al encomiable esfuerzo de estas autoridades, el sistema empezó a entregar síntomas de fatiga producto que las actividades comerciales y económicas fueron siendo cada día más complejas, derivado, básicamente, de la globalización y la creciente concentración de los mercados. Se necesitaba mayor *expertise* técnica, más dedicación y una separación real de funciones entre la FNE y las Comisiones. Los integrantes de las Comisiones⁹ no eran expertos en materia de libre competencia y no tenían dedicación exclusiva, ni siquiera preferente, y, por supuesto, no eran remunerados. En el caso de las Comisiones Preventivas Regionales, se reunían cuando existía algún asunto que tratar, mientras que la Comisión Preventiva Central sesionaba, como se anticipó, una vez a la semana -los viernes en la tarde- para conocer los asuntos que la FNE fijaba en una tabla que sólo se conocía ese día por los integrantes de la Comisión. Por último, la Comisión Resolutiva sesionaba los miércoles en la mañana para recibir alegatos y resolver los asuntos del despacho diario.

En lo medular, el trabajo de la institucionalidad de libre competencia descansaba en la Fiscalía, quien era el motor del sistema. Como servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, el organismo fiscalizador contaba con los recursos necesarios para servir de soporte al trabajo de las Comisiones. Tanto la Secretaria o Secretario de la Comisión Preventiva Central como de la Comisión Resolutiva, eran funcionarios de la FNE y, como mencioné, era ésta quien preparaba las tablas de los asuntos que debían conocer las comisiones, lo que era especialmente discrecional en el caso de la Comisión Preventiva Central, por cuanto la ley no establecía un procedimiento, a diferencia del procedimiento que se seguía ante la Comisión Resolutiva, inspirado en el procedimiento civil ordinario.

Estas tres circunstancias -falta de *expertise* técnica, dedicación ad honorem y dependencia de la FNE- fueron detectadas en el denominado *Informe Jadresic* de 1998. En el decreto que formó la Comisión Asesora Presidencial en Materias de Modernización de la Institucionalidad Regulatoria¹⁰, se estableció expresamente en su artículo 2° que estaría especialmente orientada hacia la modernización reguladora del Estado en distintas áreas, nombrando en primer lugar la defensa de la libre competencia.

7 Ricardo Paredes analizó la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva entre 1973 y 1993, y en una gran mayoría de los casos, las decisiones de la Comisión Resolutiva fueron confirmadas por la Corte Suprema. En: "Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile", *Estudios Públicos* 58 (1995), 227 y ss.

8 Así, se ha sostenido que la jurisprudencia de los tribunales superiores "no ha visto con buenos ojos esta nueva práctica que se estaría dando en los tribunales en orden a impugnar las resoluciones de la Comisión Resolutiva. Se sostiene diciendo que por su carácter de órgano técnico sus pronunciamientos serían más infalibles a los del resto de las Cortes del país si acaso ellas decidieran entrar a conocer el fondo de los asuntos en conflicto". Ignacio Barón, "Mecanismos constitucionales para la impugnación de las resoluciones emanadas de la Comisión Resolutiva antimonopolio", *Revista Chilena de Derecho* 30, N°3 (2003), 470. Esta idea también se menciona en Olga Feliú, "Los organismos de la defensa de la competencia", *Actualidad jurídica* 5 (enero de 2002), 197.

9 Las Comisiones Preventivas Regionales estaban compuestas por el Secretario Regional Ministerial de Economía, quien la presidía, un miembro designado por el Intendente Regional, un profesor universitario designado por el Consejo Regional y un representante de las Juntas de Vecinos. La Comisión Preventiva Central la presidía un miembro designado por el Ministerio de Economía y estaba integrada por un representante del Ministerio de Hacienda, dos profesores universitarios (un ingeniero comercial y un abogado), designados por el Consejo de Rectores y un representante de las Juntas de Vecinos. Por último, la Comisión Resolutiva era presidida por un ministro de la Corte Suprema y la integraban dos jefes de servicio dependientes de los Ministerios de Hacienda y Economía, y dos decanos, uno de una facultad de Derecho y otra de una facultad de Economía.

10 Por Decreto N° 19 de 1998 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se creó la Comisión Asesora Presidencial en Materias de Modernización de la Institucionalidad Regulatoria. Sus integrantes fueron Alejandro Jadresic, Gregorio San Martín y Vivianne Blanlot.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

El informe del trabajo de dicha Comisión constó de tres volúmenes en los que se entregaron propuestas concretas en diversos temas regulatorios, incluidas aquellas relacionadas con la política de competencia. La Propuesta 5 consistió en “crear la Comisión de la Libre Competencia, como tribunal especializado en aspectos de competencia en los mercados domésticos y el comercio exterior, con jurisdicción en todo el país”, quien tendría la obligación de “velar porque impere la competencia leal en los mercados doméstico, formularía medidas preventivas, propondría medios para corregir situaciones de abuso y sancionaría las infracciones a la ley”. Esta propuesta tuvo como fundamentos la necesidad de mayor autonomía, especialización y dedicación de sus integrantes.

En la Propuesta 11 se consignaron ciertas medidas para asegurar que los miembros de esta Comisión tuvieran idoneidad (*expertise* técnica), permanencia y dedicación. Se incubó la idea de tener un tribunal mixto, “con especialistas en temas legales y económicos”. En lo demás, se propuso el número de integrantes (cinco), la duración, su renovación, la forma de designar del presidente de la Comisión y del resto de los integrantes, y el carácter remunerado de los cargos.

Las necesidades de reformas legales a nuestra institucionalidad también fueron recogidas en el programa de gobierno del presidente Ricardo Lagos, “Para Crecer con Igualdad”, aunque de manera difusa y general. Así, se prometió organizar un sistema de protección para la competencia, los consumidores y los usuarios, generando una institucionalidad con este fin. Asimismo, se indicó que se establecería una autoridad responsable de la competencia y la regulación de los servicios de utilidad pública, con adecuada independencia técnica, recursos, y atribuciones para fiscalizar y sancionar.

Pese a su vaguedad y generalidad, la promesa contenida en ese programa se cumplió. Como veremos en la próxima sección, en el mes de mayo de 2002 el gobierno del presidente Lagos envió el proyecto de ley que creó el TDLC.

II. CREACIÓN DEL TDLC Y SU PUESTA EN MARCHA

Sin duda alguna uno de los hitos más relevantes de la política de competencia de los últimos 20 años ha sido la creación del TDLC, proyecto en el cual pude participar gracias a la generosa invitación que me hiciera el Ministro de Economía, Minería y Energía de la época, José de Gregorio, para incorporarme a su staff de asesores. Esta era una experiencia totalmente nueva para mí por cuanto no había trabajado antes en el sector público. De inmediato me sentí a mis anchas en este Tri Ministerio; la mirada de bien común que se plasmaba en todas las iniciativas hacía mucho sentido y el trabajo era muy motivador porque debía interactuar con profesionales de primer nivel y de distintas profesiones. También en este organismo compartí con personas notables, partiendo por los ministros De Gregorio y después con Jorge Rodríguez Grossi, así como con economistas, abogados, ingenieros, periodistas y otros funcionarios. Realmente era un lujo poder estar en el corazón de un órgano de la Administración del Estado tan importante como es un ministerio.

La elaboración del proyecto de ley que le dio origen se incubó, como señalé precedentemente, en el Ministerio de Economía tomando como base el *Informe Jadresic*, cuyas propuestas en materia de competencia fueron

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

descritas anteriormente. En un principio, un reducido grupo de funcionarios y asesores¹¹ del ministro José de Gregorio comenzó a trabajar en el mismo. En esas reuniones rápidamente se llegó al consenso de que lo más conveniente para la nueva institucionalidad que se pretendía implementar, era crear un órgano jurisdiccional independiente con una clara separación de funciones y recursos de la FNE.

¿Por qué un tribunal?

La idea de reforzar la independencia de las funciones del órgano que resolviera los conflictos jurídicamente relevantes en materia de competencia fue la razón principal. Qué mejor que un tribunal que por esencia es independiente. No se revisó la experiencia de otros países que contaban con órganos parecidos como Sudáfrica¹². Simplemente se nos metió en la cabeza la idea de contar un con tribunal especializado, el que sirvió de inspiración para la creación de otros, como los ambientales¹³ y los tributarios aduaneros¹⁴.

Como todo proyecto de ley de esta envergadura y efectos, su preparación y discusión prelegislativa tomó tiempo. Entre otras razones, la demora se explicó por las múltiples tareas a las que tenía que abocarse el Triministerio. Las urgencias y prioridades en una institución de ese tamaño eran cambiantes y costaba relevar la prioridad que debía dársele a la modificación legislativa del D.L. N° 211. Junto con lo anterior, se debe tener presente que el proyecto de ley no solo consideraba la creación del TDLC, sino también otras materias de especial relevancia, como la eliminación de las penas privativas de libertad para las infracciones anticompetitivas, la depuración del tipo infraccional, modificaciones al procedimiento contencioso y la introducción de un nuevo procedimiento no contencioso, entre otras. Finalmente, y luego de haber concordado el anteproyecto de ley con los ministerios de Justicia y Hacienda, la Secretaría General de la Presidencia consolidó el documento en el proyecto de ley¹⁵ que fue enviado al Congreso Nacional el 17 de mayo de 2002.

En su Mensaje, el proyecto hace un merecido reconocimiento a la labor realizada por las Comisiones, afirmando que cumplieron un ciclo y que se necesitaba más independencia, recursos y *expertise* técnico¹⁶. Señala que debido a “los profundos cambios en la estructura económica del país de las últimas décadas, que dio paso a la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la inserción de Chile en la economía global¹⁷”, se hacía necesario contar con una nueva institucionalidad y que el foco del proyecto era,

11 Entre otros, participaron los economistas Andrea Butelmann, Eduardo Saavedra y Alexander Galetovic, el Fiscal del Ministerio Enrique Sepúlveda, el jefe de gabinete Sergio Espejo y el suscrito.

12 El Competition Tribunal fue creado por la sección 26 de la Competition Act, No. 89 de 1998 de Sudáfrica.

13 Creados por la Ley 20.600 de 2012.

14 Creados por la Ley 20.322 de 2009.

15 A esas alturas ya había asumido como Fiscal Nacional Económico Pedro Mattar Porcile, quien tuvo una participación clave en la tramitación del proyecto de ley en el Congreso.

16 “Con la perspectiva del tiempo, parecen algo sorprendente los satisfactorios resultados, especialmente si se considera que estas Comisiones no cumplían requisitos básicos de independencia, especialidad, dedicación y dotación de recursos. En este sentido, hay que destacar la responsabilidad personal de quienes las integraron y el aporte de la Fiscalía Nacional Económica al buen funcionamiento de esta institucionalidad.” Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.911*, 13, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5814/HLD_5814_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

17 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.911*, 3.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

precisamente, fortalecer el órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en esta materia, el que pasa a denominarse Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Pero lo más importante es que el Mensaje recogió expresamente las tres debilidades que tenía el sistema. Así, se expuso que para materializar un órgano de excelencia era necesario (i) elegir a los miembros del Tribunal mediante concurso público de antecedentes; (ii) sus integrantes debían ser remunerados y tener una dedicación significativa; y (iii) debían separarse las funciones del Tribunal y de la FNE.

La discusión legislativa fue más bien pacífica, a diferencia de lo ocurrido con la tramitación de las leyes N° 20.361 de 2009 y N° 20.945 de 2016, según veremos más adelante. Esto se manifestó en los tiempos que duró su tramitación -1 año y 6 meses aproximadamente¹⁸, en que se mantuvo, en lo grueso, el proyecto original y en la alta aprobación que tuvo, luego del tercer trámite constitucional¹⁹.

Por cierto, hubo temas que generaron mayor debate. Uno de ellos fue el objeto de la ley. El Ejecutivo, en un esfuerzo por definir el bien jurídico protegido, propuso en el Mensaje que era necesario otorgar mayor claridad en este punto “de modo que el Tribunal disponga de una guía más precisa para sus pronunciamientos, con lo cual se logra mayor predictibilidad de su accionar”²⁰. De este modo, el artículo 1°²¹ propuesto originalmente recogió ciertos principios bastante asentados en el orden internacional sobre los fines de la política de competencia, asociados a la eficiencia asignativa y el bienestar de los consumidores. Sin embargo, luego de varias sesiones en que se discutió este tema no se arribó a acuerdo y, finalmente, se logró un texto bastante sencillo y amplio sobre esta materia, limitando el objeto de la ley a la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados.

Otra disposición que tuvo cambios importantes según veremos más adelante, fue el artículo 3° letra a) que sancionaba las prácticas colusivas. De acuerdo con el proyecto original, la idea era sancionar “Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado”. Vale decir, se proponía una regla *per se*, aunque con un error bien básico: incluir a cualquier agente económico dentro de estas prácticas y no solamente a los competidores. Sin embargo, una indicación formulada en el primer trámite constitucional por el Senador Jovino Novoa agregó la frase “para, a su vez, abusar del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Finalmente, el texto aprobado incluyó la frase “abusando del poder que dichos acuerdos les confieran”, consagrando una regla de la razón para evaluar este tipo de conductas, desviándose de las tendencias de la época que señalaban claramente que era una infracción *per se*. Más adelante volveremos sobre este tema cuando se analiza la evolución de la política de persecución de carteles.

18 La Ley fue promulgada el 20 de octubre de 2003 y se publicó en el Diario Oficial el 14 de noviembre del mismo año.

19 El informe de la Comisión Mixta (tercer trámite constitucional) fue aprobado por 28 senadores y 85 diputados, sin abstenciones ni votos en contra.

20 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.911*, 5.

21 El artículo en cuestión disponía lo siguiente: “La presente ley tiene por objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores”.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

La forma de designación de los integrantes del Tribunal también fue ampliamente discutida. En lo medular, el debate se centró en la conveniencia o no de mantener a un ministro de la Corte Suprema como Presidente del TDLC y los organismos que debían intervenir en la designación del resto de los ministros. Por supuesto que el tema subyacente detrás de esta polémica era cuánta independencia debía tener el sistema de nombramiento. En un principio, se estimó que un ministro economista y un ministro abogado, junto con sus respectivos suplentes, debían ser propuestos por los Ministros de Economía, Fomento y Reconstrucción y de Hacienda, quienes en una comisión mixta debían designarlos previo concurso público de antecedentes. El otro abogado y economista, junto con sus respectivos suplentes, serían designados por el Consejo de Rectores de las universidades chilenas, también previo concurso público de antecedentes. El final de la historia es conocido: el Presidente del TDLC no sería un ministro de la Corte Suprema, sino un abogado que cumpliera ciertos requisitos y que lo designaría la o el Presidente de la República, previo concurso de antecedentes llevado a cabo en la Corte Suprema. Para la designación de los otros ministros se estimó conveniente la intervención del Banco Central²².

Curiosamente, la incorporación de ministros no letrados no produjo gran discusión, pese a que era una materia bastante innovadora del proyecto de ley. Existió un fuerte consenso en la necesidad de contar con ministros economistas por la especialidad del tema, lo que no es de extrañar por lo delicado que resulta ser la intervención del Estado en las actividades económicas. Los economistas, expertos en organización industrial, eran los que mejor podían medir la temperatura de dichas intervenciones. Por lo demás, ya se tenía experiencia sobre el carácter interdisciplinario de la política de la competencia con el trabajo de la FNE y de las Comisiones Preventivas y Resolutiva.

La controvertida facultad que se confirió al TDLC de dictar instrucciones de carácter general también fue cuestionada, pese a que ya en la Ley N° 13.305²³ se contemplaba. La diputada María Pía Guzmán presentó un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, aduciendo que dicha facultad importaba una infracción al principio de reserva legal establecido en el artículo 19 N° 21 de la Constitución. La Justicia Constitucional desechó la objeción de constitucionalidad “por considerarse que la aludida norma no contiene, propiamente, una potestad normativa de índole legislativa o reglamentaria que la Constitución Política confiere a otros órganos del Estado de modo exclusivo, sino de una atribución del Tribunal necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados, cuyo ejercicio, además, se encuentra detalladamente reglado en el artículo 18 del proyecto de ley, el que garantiza la audiencia de los agentes económicos a los que se aplicarán tales instrucciones y a los que se da oportunidad de aportar antecedentes y manifestar su opinión”²⁴.

22 Finalmente se aprobó que dos integrantes, un abogado y un economista serían designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes. Los otros dos integrantes, también uno de cada área profesional, serían designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, una para cada designación, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes.

23 Artículo 175 letra d) de la Ley N° 13.305. La Comisión Antimonopolio podía dictar pautas de carácter general a las cuales puedan ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieren estar sujetos a las disposiciones de esta ley.

24 Oficio del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2003. Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.911*.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Por último, en el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados se evaluó la conveniencia de introducir alguna referencia a la competencia desleal. Si bien es cierto que los actos de competencia desleal afectan fundamentalmente intereses privados, en la discusión, liderada por el diputado Eduardo Saffirio²⁵, se hizo hincapié en que la lealtad o buena fe en la competencia que debe darse entre los agentes económicos constituía un interés general que se debía proteger. Después de muchas discusiones se llegó a un consenso: el acto desleal debía afectar la competencia, es decir, no bastaba que afectara solo derechos privados. De este modo, se llegó a la redacción de la letra c)²⁶ del artículo 3°, la que se mantiene vigente.

A todo esto, en abril de 2003, estando la discusión del proyecto de ley en un estado bastante avanzado, tuve una conversación con el Fiscal Nacional Económico Pedro Mattar en las afueras del Congreso Nacional, en que me ofreció el cargo de Sub Fiscal Nacional Económico, el que, por supuesto, acepté sin vacilaciones, iniciando así mi carrera en la Fiscalía Nacional Económica. Fue un paso natural y sin mayores complicaciones. Ya conocía al Fiscal porque trabajamos codo a codo en la tramitación de esta ley y a buena parte de los funcionarios de la Fiscalía por mi pasado como Presidente Suplente de la Comisión Preventiva Central. Fue un período que estuvo marcado por la intensa agenda que nos demandaba este proyecto de ley y, en paralelo, por el Examen Inter-Pares al que se sometió Chile ante la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo para evaluar el estado de nuestra política de competencia, sobre el cual nos referiremos más adelante.

Después de esta auto referencia, volvamos a la ley. La flamante Ley N° 19.911 fue aprobada en octubre de 2003 y publicada en el Diario Oficial del 14 de noviembre del mismo año. Sentó las bases institucionales de nuestro sistema de protección de la libre competencia al crear el TDLC, sucesor legal de la Comisión Resolutiva y Preventivas, a quien se le transfirieron las facultades que tenían estos organismos, las que tenían y tienen un doble carácter: jurisdiccional y extra jurisdiccional. En lo medular, el Tribunal mantiene la misma composición de aquel entonces²⁷, las mismas facultades²⁸ y puede aplicar las mismas medidas²⁹. Junto con la aprobación de la Ley N° 19.911, en esa misma época, octubre de 2003, la FNE organizaba su primer Día de la Competencia, evento que con los años se ha ido transformando en el principal centro de discusión de los temas de competencia en el país, con invitadores y expositores de renombre, tanto nacionales como internacionales. Esta fue una idea del ex Fiscal Pedro Mattar quien importó la iniciativa desde México. Recuerdo que, en esa primera edición, además del Fiscal, intervinieron Juan Claro, de la Sofofa (quien en esos tiempos jugaba un rol relevante en la Agenda Pro-Crecimiento impulsada por el gobierno del Presidente Lagos y el sector privado), Enrique Barros y el economista Pablo Serra.

25 En septiembre de 2003, el diputado Saffirio junto a otros presentaron una moción parlamentaria para regular los actos de competencia desleal, lo que finalmente dio lugar a la Ley N° 20.169.

26 Se consideran anticompetitivas, “las prácticas predatorias y de competencia desleal que tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

27 Cinco miembros: un presidente abogado, dos ministros abogados y dos ministros economistas.

28 Conocer asuntos contenciosos y no contenciosos, dictar instrucciones de carácter general, emitir los informes que le encomienden leyes especiales y formular recomendaciones normativas. Con la Ley N° 20.945 de 2017 se le agregó la de conocer a través de un recurso de revisión especial las operaciones de concentración que son rechazadas por la FNE.

29 Poner término o modificar actos, contratos o sistemas; disolver y modificar personas jurídicas; y aplicar multas. Estas últimas, sin embargo, fueron aumentadas de forma relevante con las modificaciones de las leyes números 20.361 y 20.945. También desde un principio, el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211 confirió al TDLC la facultad de disponer las medidas preventivas, prohibitivas o correctivas.

La puesta en marcha del TDLC

El Tribunal comenzó sus funciones el 12 de mayo de 2004 con sus flamantes integrantes. Como presidente fue designado el abogado Eduardo Jara; los ministros abogados elegidos fueron Radoslav Depolo y Tomás Menchaca; y los economistas escogidos fueron Andrea Butelmann y Pablo Serra. Todos ellos tenían bastante experiencia en política de competencia, salvo su presidente. Depolo había trabajado en la FNE, en tanto que Menchaca era un asiduo litigante en casos de libre competencia; Butelmann trabajaba en el Ministerio de Economía en estas materias y era en ese entonces Presidenta de la Comisión Preventiva Central; y Serra era un académico especializado en estos temas. El juramento del pleno tuvo lugar en la sede del ex Congreso Nacional en Santiago.

Como era de esperarse, en un principio gran parte de los funcionarios de la FNE que estaban destinados al soporte del trabajo de las Comisiones Resolutiva y Preventiva Central, fueron seleccionados por el nuevo tribunal, incluido su Secretario Abogado, Jaime Barahona Urzúa. Los esfuerzos de esos primeros meses estuvieron enfocados en dotar al Tribunal de una estructura administrativa, una forma de organizar el trabajo y separarse claramente de la FNE, de manera de marcar su independencia, lo que produjo ciertos roces entre dichas autoridades. Así, se decidió sesionar tres días a la semana y se dictaron siete auto acordados³⁰ en los dos primeros meses.

De estos últimos, el Auto Acordado N° 5 sobre la “Forma de tramitación de demandas o requerimientos, por un parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre unos mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado ‘no contencioso’ del artículo 31 del texto en vigor del Decreto Ley N° 211”, no estuvo exento de polémica porque incorporaba modificaciones o ajustes a los procedimientos contencioso y no contencioso establecidos en la Ley. Entre otras materias, regulaba los escenarios de sustitución del procedimiento no contencioso al contencioso y al efecto suspensivo de una consulta formulada por quien se proponía ejecutar un hecho o acto, o celebrar un contrato.

La discusión sobre la legalidad de dicho auto acordado se trasladó a la Corte Suprema, pues Smartcom S.A. presentó un recurso de queja como modo de impugnación de este Auto Acordado, el que fue rechazado³¹.

Los primeros casos que conoció el Tribunal consistieron principalmente en terminar los procedimientos seguidos en las Comisiones, resolver recursos de reclamación interpuestos en contra de los dictámenes de las Comisiones Preventivas³² y conocer los asuntos a los que se avocó de oficio la Comisión Resolutiva.

30 El 19 de mayo de 2004 se dictaron tres auto acordados. El primero estableció el régimen de suplencias del Presidente y de los restantes Ministros titulares. En el segundo se adoptaron medidas para la tramitación de las causas que estaban siendo conocidas por las Comisiones Preventivas al momento de la instalación del TDLC. El tercero trató sobre la forma de expedición de resoluciones de mera sustanciación y la forma de acompañar documentos a los procesos. Posteriormente, en julio se dictó el número 4, sobre asignación de roles contenciosos y no contenciosos del Tribunal y el número 5 que reguló cómo se resolvían las presentaciones de asuntos contenciosos y no contenciosos cuando recaen en los mismos hechos.

31 Sentencia de la Corte Suprema de 13 de enero de 2004, en la causa rol N°4415-2003.

32 Sentencia N° 1/2004 del TDLC.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Dentro de los asuntos importantes que heredó el TDLC y que resolvió en sus primeros meses³³ de vida destacan dos que han entregado criterios en industrias particularmente sensibles como la de la leche fresca y el de los supermercados. Me refiero a la Sentencia N° 7/2004 y a la Sentencia N° 9/2004.

En la primera de ellas, el TDLC, pese a que rechazó el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Nestlé Chile S.A., Parmalat Chile S.A., Soprole S.A., Watt's Alimentos S.A. y Dos Álamos S.A. por reparto de mercado, negativa de compra y acuerdo de precios, dictó una serie de instrucciones generales en el mercado de adquisición y procesamiento de leche fresca. De esta manera, nacieron las famosas pautas de precio³⁴ que debían publicar las empresas procesadoras de leche con el objeto de hacer más transparente el mercado y permitir la movilidad de los productores de leche. Posteriormente este asunto volvió a ser sometido a conocimiento del Tribunal el año 2018³⁵ mediante una consulta de Watt's sobre las condiciones de comercialización de leche fresca y las pautas de precio. En esta oportunidad se dictaron nuevas medidas³⁶.

La Sentencia N° 9/2004 resolvió una consulta formulada ante la Comisión Preventiva por la Asociación Gremial de Industrias Proveedoras A.G. en contra de Supermercados Líder (D&S), por negativa de venta a los consumidores. A pesar de que el Tribunal consideró que la conducta descrita constituía una práctica contraria a la libre competencia, no sancionó a D&S porque no había denuncia y procedió a dictar una serie de medidas³⁷ que debían cumplir las cadenas de supermercados que fueron parte de dicha causa. Estas medidas sirvieron posteriormente de base para los acuerdos conciliatorios que celebró la FNE con D&S y con Cencosud³⁸ sobre las condiciones de contratación con sus proveedores.

33 Hubo varios casos importantes que se resolvieron en ese tiempo en materia de carteles, abusos y fusiones, cuyo análisis se desarrolla en las secciones correspondientes.

34 Se ordenó, entre otras medidas, que las empresas procesadoras de leche debían mantener un listado de precios de compra, el que debía detallar los diferentes parámetros que lo componen, con la debida información a los interesados; y anunciar, a lo menos con un mes de anticipación, cualquier cambio en las condiciones de compra de leche fresca.

35 Resolución N° 57/2018 del TDLC.

36 Las medidas fueron las siguientes: a) Watt's, Nestlé y Soprole deben excluir de sus pautas de precios y de sus contratos toda cláusula que obstaculice la movilidad a los proveedores, resultando de facto en una tratativa exclusiva. En particular, deben abstenerse de pactar aquellas que premian de manera retroactiva por crecimiento de volúmenes anuales o por crecimiento de volúmenes en invierno, y aquellas que otorgan mejores condiciones de pago por duración o permanencia como proveedor de la respectiva procesadora. b) Watt's, Nestlé y Soprole deberán incluir en sus respectivos contratos la posibilidad que los productores puedan poner término unilateral a los mismos dando aviso con una antelación razonable, sin responsabilidad ulterior. c) A fin de facilitar el monitoreo de la movilidad de los productores, Watt's, Nestlé y Soprole deberán informar a ODEPA la duración de los contratos que cada una de ellas suscriba, para efectos de darles debida publicidad.

37 Las medidas fueron las siguientes: a) Las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa deben abstenerse de realizar conductas que impliquen alterar ex post y unilateralmente el precio y las demás condiciones de las compras previamente acordadas con los proveedores. b) Las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa deben establecer en forma objetiva y no discriminatoria las condiciones en las que efectuarán sus compras a los proveedores, debiendo informar a cada uno de ellos, antes de efectuarles compras, cuáles son éstas. c) Dadas las imperfecciones y el grado de concentración que se observan en este mercado, se ordena a cada una de las cadenas de supermercados que han sido parte en esta causa y a las personas relacionadas con cualesquiera de ellas, en los términos dispuestos en el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, hasta llegar a sus controladores finales, que consulten a éste Tribunal, en forma previa, cualquier negociación, operación, pacto, acuerdo de actuación conjunta, acto o contrato que implique directa o indirectamente su integración o fusión con empresas del mismo rubro o la adquisición de las mismas; y, Cuarto: Se previene a Distribución y Servicios D & S S.A. que en el futuro debe abstenerse de efectuar conductas como las descritas en el considerando trigésimo primero precedente. La condición tercera fue revocada por la Corte Suprema por Sentencia de 26 de mayo de 2005, en autos Rol N° 4827/2005.

38 Celebrados en el marco del juicio de la FNE en contra de D&S S.A. y Cencosud S.A., Rol C N° 101-2006.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Así, sin prisas, pero sin pausas, fue asentándose el Tribunal. Se contrataron relatores y economistas, cambió su sede al edificio de la Interamericana (hoy Metlife) en calle Agustinas y resolvió las causas heredadas de las Comisiones en tiempos bastante razonables. El Presidente Eduardo Jara declaraba en su primera cuenta pública el 12 de mayo de 2005 que el TDLC había trabajado con ahínco, haciéndose cargo de las causas que habían heredado de las Comisiones Preventivas y Resolutiva “de las cuales hemos resuelto las más importantes, restando solo aquellas que, por diversas razones, las partes no se han interesado en activar. Respecto de ellas se han adoptado las medidas pertinentes para impulsar de oficio el procedimiento como nos faculta la ley. Además, hemos abordado los procesos ingresados con posterioridad a la creación del tribunal haciendo un total de 128 causas ingresadas de las cuales se han resuelto 61 no contenciosas y 18 contenciosas”³⁹.

La creación de un tribunal independiente que conociera y juzgara los casos relacionados con la libre competencia fue la materialización de un sueño largamente esperado, el que empezó a tomar más forma luego de las propuestas elaboradas en el Informe Jadresic. Como mencioné, desde sus orígenes el sistema se edificó sobre la base de un órgano colegiado que dirimiera los conflictos surgidos en el orden económico y, finalmente, el TDLC fue la joya de la corona de nuestro sistema institucional.

III. POLÍTICA DE PERSECUCIÓN DE CARTELES

Junto con la creación del TDLC, la Ley N° 19.911 depuró las conductas prohibidas, constituyendo un notable avance en relación con la redacción anterior. En el nuevo artículo 3° que se aprobaba en ese entonces, se contemplaba una norma de textura abierta en su inciso primero⁴⁰ y una serie de ejemplos en su inciso segundo. La intención era recoger en los ejemplos las figuras o conductas más importantes de esta disciplina, esto es, los carteles y los abusos de posición dominante.

En materia de carteles, el inciso segundo letra a) del artículo 3° finalmente aprobado fue el siguiente: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

Como indiqué en la sección anterior, la intención del Ejecutivo era establecer una especie de regla *per se*⁴¹ para sancionar las conductas colusivas. Sin embargo, algunos parlamentarios⁴² introdujeron como indicación

39 TDLC, “Primera cuenta pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, don Eduardo Jara Miranda. 12 de mayo de 2005”, <https://www.tdlc.cl/CuentasPublicas/CP2005.pdf>, 2 y 3.

40 “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

41 Cuando se aplica la regla *per se* no es necesario probar los efectos de la conducta en el mercado, ni aun los potenciales, a diferencia de los criterios que se utilizan cuando se aplica la regla de la razón.

42 En el primer trámite en el Senado, el Senador Jovino Novoa planteó que “por sí sola la fijación de precios de venta o de compra, la limitación de la producción o la asignación de zonas o cuotas de mercado a que alude la letra a) pueden obedecer a motivos económicos razonables o de buena administración de la empresa. El solo hecho de que se produzca alguna de estas situaciones no permite suponer que se atenta en contra de la libre competencia, ya que siempre se deberán ponderar otros elementos para llegar a

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

la última frase de dicha disposición (“abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”), poniendo en entredicho el criterio de la regla *per se* e instaurando una regla de la razón. Afortunadamente, el TDLC interpretó de manera correcta dicha disposición al no exigir que la conducta produjera efectos concretos en el mercado para poder ser sancionada, sino que tuviera la aptitud de producirlos⁴³.

A propósito de la regla que finalmente se incorporó en esta materia con la Ley N° 19.911, ese mismo año 2004 Chile, representado por la FNE, se sometió a un Examen Inter-Pares⁴⁴ o *Peer Review*, bajo el auspicio de la OCDE y del BID. En el informe de rigor, se recomendó en materia de carteles duros, volver a la regla *per se* y modificar la regla de la razón introducida en la comentada reforma. Sin embargo, el camino hacia su consagración fue tortuoso ya que, según veremos, tampoco pudo aprobarse en la reforma que tuvo lugar el año 2009 y hubo que esperar 12 años hasta que finalmente fuera aprobada en la Ley N° 20.945 en 2016.

Por otra parte, las reformas introducidas el año 2003 en materia de carteles, si bien implicaron un avance, resultaron insuficientes para tener una política efectiva de persecución de dichas conductas. Al poco andar, la experiencia demostró que se necesitaban las facultades intrusivas y el programa de delación compensada si se quería tener éxito en este ámbito. En el período 2005-2008 se perdieron varios casos de colusión, precisamente, por falta de prueba dura.

En ese mismo año, la Presidenta Michelle Bachelet me designaba Fiscal Nacional Económico. Fue un nombramiento que no esperaba, pese a que íntimamente deseaba ser Fiscal porque tenía muchos proyectos para la Fiscalía. No había sistema de alta dirección pública y el cargo era de exclusiva confianza de la Presidenta, razón por la cual los partidos políticos tenían marcados intereses en poner a alguno de sus militantes en esta posición, militancia de la cual yo carecía. Sin embargo, por esas cosas de la vida, la Ministra de Economía de ese tiempo, Ingrid Antinojevic, me designó Fiscal subrogante mientras se definía el nombre definitivo. Y así empezó a pasar el tiempo y me fui quedando en el puesto hasta que, finalmente, me designaron como titular, en buena medida porque ya a esas alturas había ordenado instruir la investigación del caso del Plasma y de la fallida operación de Endesa con Colbún para crear el proyecto de HidroAysén, de los cuales hablaremos más adelante.

Empezaba así un viaje, un período de mi vida extraordinariamente complejo, con momentos de dulce y de agraz. Dentro de lo dulce, conocer un grupo extraordinario de personas que me ayudaron a sacar esta empresa adelante, y de lo agraz, bueno, las consabidas presiones que uno siente en este cargo, no externas, sino aquellas que uno mismo se autoimpone por la responsabilidad que conlleva un cargo en el cual se tienen que tomar decisiones que afectan el funcionamiento de los mercados y de los agentes económicos que participan en ellos. El balance, en todo caso, es positivo en lo profesional: se

esa conclusión, particularmente, como se plantea en la indicación número 10, un elemento subjetivo, consistente en querer abusar del poder que confieran dichos acuerdos o prácticas”.

43 En la Sentencia N° 74/2008, el TDLC dispuso que “se debe tener presente que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado” (C° 3°).

44 Los exámenes inter pares son verdaderas auditorías a las que se somete un país para conocer el estado de su política de competencia y analizar las observaciones que se le formulan.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

aprende a liderar equipos de trabajo, lidiar con las presiones, convivir con los medios de comunicación, relacionarse con el Congreso y así muchas otras experiencias. Sin embargo, en el plano personal se pagan varios costos, sobre todo familiares.

La prueba indirecta no es suficiente

Las dificultades para sancionar conductas colusivas no tardaron en presentarse. A pesar de que es posible probar una colusión con prueba indirecta⁴⁵, fundamentalmente económica, los primeros casos importantes que conoció el TDLC demostraron lo contrario. En todos ellos existían algunos antecedentes que parecían indicar que había conductas coordinadas, pero no tenían la entidad suficiente para descartar las explicaciones alternativas que presentaban los acusados.

El primero de estos casos, en 2005, es el requerimiento de la FNE en contra de las cuatro empresas distribuidoras de combustibles líquidos más importantes del país. En su libelo adujo que estas empresas se habrían coludido tácitamente en el período comprendido entre febrero de 2001 y septiembre de 2002, mediante alzas de precios. En abono de su teoría del caso, describió ciertos elementos que se presentaban en el mercado que acreditarían, en su concepto, la colusión. Dichos elementos decían relación con el aumento de los márgenes de comercialización en un contexto de restricción de la demanda, el traspaso más rápido de las alzas de los precios fijados por ENAP, la existencia de precios similares y el comportamiento diferente en una estación de servicio independiente. Sin embargo, el TDLC rechazó el requerimiento⁴⁶ porque para cada uno de esos indicios existía una explicación alternativa razonable.

Un año más tarde (junio de 2006), el TDLC resolvió⁴⁷ el requerimiento formulado en 2005 por la FNE en contra de las principales agencias de naves del país. La acusación trataba de una supuesta concertación de las empresas requeridas ocurrida en abril de 2002, mes en el cual habrían implementado cobros sin justificación, por los denominados Servicios Documentales Integrales. La principal y casi única evidencia era el comportamiento paralelo de las requeridas puesto que se acreditó que las cinco agencias de naves requeridas habían iniciado el cobro de los Servicios Documentales Integrales entre los meses de marzo y abril de 2002. Así, el TDLC acogió el requerimiento porque “los indicios en los que se basa la convicción del Tribunal respecto de esta concertación entre las agencias de naves requeridas corresponden, principalmente, a la simultaneidad en el comienzo de la nueva modalidad de cobro (comenzaron en marzo - abril de 2002), y la similitud de los montos cobrados y su concepto”⁴⁸.

45 En teoría se puede probar un cartel si se acredita una conducta paralela y ciertos factores adicionales *-plus factors-* que se infieren a partir de la estructura del mercado, así como del desempeño de sus actores. Así, si la conducta paralela tiene lugar en un mercado con pocos actores, el producto es homogéneo, la demanda es más bien inelástica, existen barreras de entrada, los participantes tienen altas rentabilidades, las participaciones de mercado permanecen estables en período prolongados y no existe una explicación alternativa razonable a la conducta, se podría acreditar el caso de colusión.

46 Sentencia N° 18/2005 del TDLC.

47 Sentencia N° 38/2006 del TDLC.

48 Sentencia N° 38/2006 del TDLC, C°36°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Esta victoria duró poco. Seis meses después, en diciembre de ese año 2006, la Corte Suprema revocó⁴⁹ la decisión del Tribunal porque, en su opinión, no existía prueba concluyente y los indicios no tendrían la entidad suficiente para tener por acreditada la conducta acusada. La Corte sostuvo que “el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa, condiciones ambas cuya existencia no puede tenerse por demostrada por la simple concurrencia de las circunstancias ya señaladas (simultaneidad y homogeneidad de precios)”⁵⁰.

Ese mismo año 2006, en septiembre, el Tribunal volvió a acoger⁵¹ un requerimiento de la FNE por colusión, esta vez en contra de las empresas proveedoras de oxígeno. En una parte de su acusación, el ente fiscalizador imputó a las requeridas haber realizado una práctica concertada para eliminar o restringir la libre competencia en un proceso de licitación llevado a cabo por la Central Nacional de Abastecimiento (Cenabast) para la provisión de oxígeno líquido al Sistema de Salud Pública del año 2004. El TDLC consideró que la prueba aportada era suficiente. Dicha licitación había sido diseñada por la Cenabast de una forma tal que evitaba la coordinación de las cuatro requeridas, dividiendo el país en tres zonas. Pese a los intentos de hacer fracasar la licitación, una de las requeridas se desvió del acuerdo y presentó una oferta a un precio más bajo. El Tribunal, tuvo por acreditada la conducta acusada en base a prueba indirecta porque “no existía justificación económica alguna para que no haya habido más competencia durante las primeras etapas de la licitación, y para que los precios ofrecidos por las requeridas desde su inicio no reflejaran las condiciones planteadas por la misma, las que implicaban menores costos y menores riesgos para los proveedores en comparación con la situación existente antes de la licitación de Cenabast”⁵².

La alegría tampoco duró mucho. En enero del año 2007, la Corte Suprema revocaba⁵³ nuevamente una decisión del TDLC que había sancionado conductas colusivas, señalando que las presunciones requerían la existencia cierta de hechos “en base a los cuales es posible deducir otros”, concluyendo que no existían hechos probados que sirvieran de “indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente”⁵⁴.

No tengo certezas, pero estas dos sentencias de la Corte Suprema pudieron haber producido un efecto en el Tribunal, quien de aquí en adelante sería más exigente al momento de analizar y ponderar la prueba que se presentaba en casos de colusión. Esto ocurrió en el caso Isapres. En septiembre de 2005, la FNE había presentado un requerimiento en contra de las cinco principales Isapres del país, lo que causó el primer gran impacto público de estos casos⁵⁵. La FNE acusó que las cinco requeridas habían acordado poner término a

49 Sentencia de la Corte Suprema de 28 de diciembre de 2006, en los autos rol N° 3.395-2006.

50 Sentencia de la Corte Suprema de 28 de diciembre de 2006, en los autos rol N° 3.395-2006, C°10°.

51 Sentencia N° 43/2006 del TDLC.

52 Sentencia N° 43/2006 del TDLC, C°75°.

53 Sentencia de la Corte Suprema de 22 de enero de 2007, en los autos rol N° 5.057-2006.

54 Sentencia de la Corte Suprema de 22 de enero de 2007, en los autos rol N° 5.057-2006, C°13°.

55 De hecho, el caso es citado en el Programa de Gobierno de la entonces candidata Michelle Bachelet en los siguientes términos: “La Fiscalía Nacional Económica ha iniciado una investigación sobre posible colusión en el sector de las Isapres. Le corresponderá al Tribunal de la Libre Competencia fallar al respecto. Si se comprueba que han existido conductas anticompetitivas y que se ha abusado de los usuarios, esas conductas deben castigarse con toda la fuerza de la ley”.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

los planes de salud con cobertura de caratula 100/80 y los había reemplazado por aquellos que tenían una cobertura 90/70, vale decir, un producto de inferior calidad. Nuevamente, la prueba estaba basada en indicios, pero esta vez eran más sólidos que en los casos de las agencias de naves y Oxígeno. En este asunto se logró acreditar la conducta paralela (todas las Isapres habían comenzado el cambio de planes en abril del año 2002) con ciertos factores adicionales, como la simetría en la secuencialidad de los cambios, y las rebajas de los presupuestos de publicidad y fuerza ventas. El TDLC, en un fallo dividido⁵⁶, rechazó la acusación por considerar que existía una explicación alternativa razonable para cada uno de los indicios antes mencionados.

Mención aparte merece el voto de minoría de la ministra Butelmann y el ministro Depolo, en el que se sentó la sana doctrina del análisis holístico que debía realizarse de los indicios, criterio que después fue recogido en los casos de colusión que conoció el Tribunal. De acuerdo con estos ministros, “si bien respecto de cada uno de los hechos precedentemente enumerados, por sí solo, no sería suficiente para revelar que hubo colusión –tal como expresa la sentencia–, pues para cada uno de ellos podría existir una explicación teórica alternativa, a juicio de estos sentenciadores de minoría, esos mismos hechos, analizados como un todo, sólo pueden explicarse por la existencia de un acuerdo entre las Isapres requeridas. En otras palabras, el fallo de mayoría no presenta una única explicación alternativa de la colusión que se haga cargo de todos estos elementos y los justifique en un ambiente concreto de competencia”⁵⁷.

La Corte Suprema ratificó este fallo, también en forma dividida⁵⁸, no sin antes emitir duros juicios en contra de los ministros del TDLC. A propósito del conocimiento de los recursos de reclamación y de la forma de analizar la prueba indiciaria, la Corte expuso que “las disquisiciones citadas en los cuatro fundamentos que anteceden aparecen revestidas de una imprecisión y de una falta de certeza impropia de los razonamientos que deben fundar las resoluciones que adopten jueces de la República. En efecto, tales declaraciones resultan vagas, equívocas, contradictorias y poco esclarecedoras al momento de definir si, efectivamente, existe el acuerdo colusorio denunciado en autos. No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia”⁵⁹.

Este nuevo caso perdido representaba un duro golpe para la FNE. Las huestes estaban decaídas porque a nadie le gusta perder y menos al órgano persecutor que representa a la colectividad en el orden económico. Sin embargo, pese a las derrotas, nunca perdimos la fe, íbamos en alza y en el horizonte estaba el proyecto de ley que le entregaría a la Fiscalía las herramientas necesarias para investigar de manera efectiva las colusiones.

Las cosas empezaron a cambiar con el caso de la Guerra del Plasma, al que le tengo una especial consideración porque fue la primera investigación que ordené instruir como Fiscal Nacional Económico. En abril de 2006, aparece con bombos y platillos en una página completa de un diario de circulación nacional un aviso publicado por el Banco de Chile en el que se anunciaba que no se podía celebrar la Feria Tecnológica

56 Sentencia N° 57/2007 del TDLC.

57 Sentencia N° 57/2007 del TDLC, voto de minoría, p. 12.

58 Sentencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 2008, en los autos Rol N° 4052-07.

59 Sentencia de la Corte Suprema de 28 de enero de 2008, en los autos Rol N° 4052-07, C° 11°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

que tendría lugar una semana después, y en la que se venderían artículos electro hogar (especialmente los televisores plasma de cara al Mundial de Alemania que se celebraría en junio, con facilidades de pago para quienes lo hicieran con las tarjetas del Banco de Chile, con 12 cuotas sin interés), por las presiones que habían recibido los proveedores de estos productos por parte de Falabella y París.

Luego de una investigación bastante rápida, el 9 de agosto de 2006 la FNE presentó el correspondiente requerimiento en contra de Falabella y París, el que se acumuló junto con la demanda presentada por el Banco de Chile en septiembre del mismo año. Un año y ocho meses después el TDLC acogió el requerimiento⁶⁰, lo que es confirmado por la Corte Suprema⁶¹. En el caso reviste especial relevancia la prueba decretada por el Tribunal del registro de llamados telefónicos entre los ejecutivos de las empresas requeridas en las semanas previas a la celebración de la referida feria.

La Ley N° 20.361

El año 2006 fue muy importante en materia de carteles, no solo por los casos que se acaban de relatar, sino porque en marzo de dicho año asume la primera mujer como Presidenta de la República, Michelle Bachelet, quien en su programa de gobierno “Estoy Contigo” dedica un capítulo especial a la política de competencia. En él se comprometen varias reformas a la ley, pero en lo que aquí nos interesa se da un paso gigante en la materia porque se reconoce que es muy difícil acreditar una colusión si no se cuenta con la herramienta más poderosa que se había inventado: los programas de delación compensada⁶². En el último párrafo de dicho capítulo se sostiene que “es sumamente difícil probar la colusión de agentes de mercado por limitar la oferta y aumentar el precio de un producto. Proponemos un esquema de delación compensada, como el que se usa en varios países avanzados, para que un participante de una acción colusiva pueda recibir una reducción en su sanción si coopera con la investigación”⁶³.

Dicha promesa se cumplió y con creces. Solo tres meses después de haber asumido el nuevo gobierno, el Ejecutivo envió al Congreso Nacional el proyecto de ley que daría lugar a la Ley N° 20.361, en el que una de sus ideas matrices sería fortalecer las atribuciones de la FNE para perseguir e investigar colusiones, proponiendo que se instaurara un programa de delación compensada del estilo de lo que existía en materia de tráfico de estupefacientes y terrorismo. En lo pertinente, el Mensaje sostenía que “el otro eje central del proyecto es fortalecer las atribuciones que debe tener la Fiscalía Nacional Económica, en tanto órgano que investiga las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados, particularmente en lo que dice relación con aquellas herramientas para poder detectar colusiones. Efectivamente, la experiencia nacional

60 Sentencia N°63/2008 del TDLC.

61 Sentencia de la Corte Suprema de 13 de agosto de 2008, en los autos Rol N°2339-08.

62 Beneficios que entrega la agencia de competencia a quien participa en un cartel consistentes en la exención de la sanción (multas o cárcel) o rebaja de las multas, a cambio de su cooperación. Se trata de “la concesión de inmunidad de las penas o la reducción de éstas para las infracciones a la competencia, a cambio de la cooperación con las autoridades de competencia” Wouter Wils, “Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice”, *World Competition: Law and Economics Review* 30, N°1 (marzo 2007), en CentroCompetencia, “Delación compensada”, <https://centrocompetencia.com/delacion-compensada/>.

63 *Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2006-2010*, 44, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/13433/1/2005_programa-MB.pdf

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo. Frente a ello, un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes en otros países es la delación compensada o *leniency*, de eficacia comprobada en nuestro país en la lucha contra el narcotráfico y que, por la gravedad de ciertas conductas que atentan contra el sistema de mercado, es conveniente replicar, con los debidos ajustes, en virtud de los diferentes bienes jurídicos que protege nuestra legislación antimonopólica respecto de la ley de tráfico de sustancias estupefacientes”⁶⁴.

El final de la historia es conocido. El proyecto fue finalmente aprobado no solamente con la inclusión del programa de delación compensada⁶⁵, sino que además se le confirieron a la FNE las denominadas facultades intrusivas⁶⁶, se aumentó el plazo de prescripción⁶⁷ para las conductas colusivas, se elevó la multa⁶⁸ en caso de carteles y, algo muy importante, se eliminó la exigencia de probar el abuso en el tipo de la colusión. A cambio, se exigió que el acuerdo o práctica concertada confiriera poder de mercado a sus partícipes. En cierto modo el proyecto recogió la jurisprudencia del TDLC de esos años, en la que señalaba que debían cumplirse tres requisitos para que se configurara la infracción al artículo 3° letra a): (i) la existencia de un acuerdo; (ii) que dicho acuerdo incidiera en una variable competitiva; y (iii) que el acuerdo tuviera la aptitud objetiva de producir un resultado contrario a la libre competencia⁶⁹.

¿Cuánto costó aprobar esta ley? ¿Qué incidencia tuvo en su aprobación el caso Farmacias?

Vamos por parte. En cuanto a la tramitación del proyecto de ley, algunos parlamentarios no vieron con buenos ojos la introducción de la delación compensada, ni las nuevas facultades intrusivas de la FNE, como tampoco elevar el monto de la multa.

Los cuestionamientos a la delación eran, básicamente, tres. Por una parte, se consideraba inmoral eximir de sanciones a quien participara de un cartel. En segundo lugar, se estimaba que esta figura solo podía estar reservada para delitos gravísimos como el narcotráfico y el terrorismo. Por último, en el imaginario colectivo se pensaba que la delación se prestaría para que los delatores se aprovecharan de su uso para perjudicar a sus competidores.

Costó hacer entender que la delación era la herramienta más eficaz para investigar los carteles y también para desestabilizarlos, y que su consagración no tenía que ver necesariamente con la magnitud del delito, sino más bien con el carácter colectivo del ilícito. Efectivamente, la cooperación eficaz solo tiene

64 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.361, 4*, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4696/HLD_4696_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.

65 Artículo 31 bis del D.L. N° 211.

66 Artículo 39 letra n) del D.L. N° 211. Registrar, allanar, incautar, descerrarajar e interceptar comunicaciones.

67 De dos a cinco años.

68 De 20.000 unidades tributarias anuales a 30.000 unidades tributarias anuales.

69 Véanse, al efecto, las sentencias N°74 y 79 del TDLC, ambas de 2008.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

sentido cuando se busca infiltrar una asociación ilícita y, por consiguiente, no tiene mayor justificación si el delito o la infracción es individual.

Como ejemplos de lo que se viene diciendo son las intervenciones de algunos parlamentarios. En el primer trámite constitucional seguido ante la Cámara de Diputados, se puede destacar la intervención del Diputado Eluchans al proponer ciertas indicaciones al proyecto de ley. En lo relativo a la delación, señaló que era un “procedimiento completamente extraño a nuestro sistema institucional y que sólo existe para el caso de delitos terroristas y de tráfico de drogas. Al respecto, nos parece que los delitos referidos a la libre competencia no tienen la gravedad extrema de los mencionados con anterioridad y, por lo tanto, no se justifica la introducción de esa institución tan extraña a nuestro sistema. Por lo tanto, proponemos rechazar esa disposición, de manera de no establecer el procedimiento de la delación compensada”⁷⁰.

El Diputado Arenas, por su parte, sostenía similares convicciones, afirmando que era una figura importada de Estados Unidos que no funcionaría en Chile y que “tratar de replicar la misma lógica del terrorismo y del narcotráfico a posibles acuerdos colusorios, me parece un exceso que puede producir más males en los aspectos que se trata de solucionar, especialmente por la falta de regulación en el proyecto para su aplicación”⁷¹.

Ambos diputados argumentaban, además, que la delación solo podía funcionar si los carteles eran sancionados con penas privativas de libertad⁷².

Así como ellos, hubo otros que también tenían muchas dudas con esta parte del proyecto.

Otro tanto sucedía con las facultades intrusivas para investigar carteles y elevar las multas. Estas reformas fueron cuestionadas por algunos parlamentarios. Por ejemplo, el Diputado Arenas señaló que las facultades intrusivas le parecían excesivas “(...) porque se trata de una atribución que nuestra legislación establece especialmente para delitos que implican pena de cárcel, circunstancia que no se contempla para los atentados a la libre competencia”⁷³. Con respecto a la decisión de incrementar las multas, el Diputado señaló que “(...) carece de racionalidad, porque hace poco las aumentamos de 10 mil a 20 mil, tanto más cuanto que nunca se ha aplicado este máximo de multa (...) Seamos razonables en cuanto a qué queremos perseguir con las multas; no las aumentemos por considerar que es bueno aumentarlas”⁷⁴. El proyecto las consideraba esenciales para que la figura de la delación pudiera funcionar eficazmente. Sin la amenaza de recibir una sanción severa y sin que los partícipes de un acuerdo colusorio sintieran la posibilidad real de ser descubiertos, no existirían los incentivos correctos para que las personas se delataran.

70 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.361*, 56.

71 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.361*, 62.

72 Los Diputados señores Arenas y Eluchans sostuvieron que el aumento de las multas era completamente arbitrario siendo que nunca se había aplicado en el país ni siquiera el máximo vigente, agregando el primero que no creía que esta alza incentivara el mecanismo de la delación compensada, porque la única pena que, de acuerdo al derecho comparado, ha tenido efectos, había sido la pena de cárcel, tal como sucede en los Estados Unidos. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.361*, 99.

73 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.361*, 62 y 63.

74 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.361*, 63.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

A fines del año 2007, el proyecto fue finalmente aprobado en la Cámara de Diputados en el primer trámite constitucional. En lo que aquí interesa, se elevaron las multas en el caso de carteles de 20.000 a 30.000 unidades tributarias anuales ("UTA"), se aprobaron las facultades intrusivas previa autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones, y también la delación compensada con la introducción de un nuevo artículo, el famoso 39 bis del D.L. N° 211.

En el intertanto, mientras el proyecto seguía su curso en la Cámara de Diputados, en ese mismo año 2007 Chile fue invitado como observador al Comité de Competencia de la OCDE. Esto constituía un hecho muy relevante para el fortalecimiento de las normas de competencia y, en particular, para la política de persecución de carteles, pues dicho organismo era un entusiasta partidario de incluir la delación compensada, de tener sanciones elevadas y facultades intrusivas. Ese año, además, la OCDE hizo un seguimiento⁷⁵ a los compromisos y recomendaciones del Examen Inter-Pares de nuestro país, conjuntamente con los de Argentina, Brasil México y Perú. En materia de carteles, en el caso de Chile se recordaba la recomendación realizada el año 2004, cual era asignar como prioridad su persecución y el establecimiento de la regla *per se*. Al dar cuenta de lo que se había hecho en la materia, el país señalaba que se encontraba "en el proceso de aplicar estas recomendaciones. Están en estudio las enmiendas que permitirían a la FNE dirigir redadas, con autorización judicial, y crear un programa de clemencia. Estas reformas también aumentarían la cuantía de las multas que se aplican por estas prácticas. La FNE ha incrementado su actividad contra los carteles, como lo demuestra el hecho de que desde 2005 ya ha llevado a los tribunales cuatro causas relacionadas con los carteles"⁷⁶.

Volviendo al proyecto de ley, en diciembre de 2007 pasó a segundo trámite constitucional en el Senado, tramitación que estuvo indudablemente marcada por el denominado caso Farmacias, ya que un mes antes las tres principales cadenas de farmacias del país alzaban exponencialmente el precio de un grupo de medicamentos, lo que produjo un gran revuelo en la población.

El caso Farmacias

A principios del año 2008, la FNE inició la investigación del caso Farmacias. Como mencioné, las alzas expresivas de un grupo no menor de medicamentos habían causado una gran indignación en la ciudadanía porque la mayor parte de ellos eran éticos, vale decir, solo se vendían bajo receta médica. Específicamente, se trataba de productos notorios, que generan percepción de precios, por ser comúnmente cotizados por los consumidores y ser de alto volumen de rotación.

Con anterioridad, la FNE ya había investigado de oficio ciertos aspectos en este mercado, y en particular la relación entre Cruz Verde y Salcobrand. Las indagaciones comenzaron cuando una empresa parte del grupo Cruz Verde acordó en octubre de 2007 suministrar medicamentos genéricos a su competidor⁷⁷.

75 OCDE/IDB, *Exámenes inter-pares de la política y del derecho de la competencia en América Latina: Un Seguimiento: Argentina, Brasil, Chile, México, Perú* (Paris: OECD Publishing, 2008).

76 OCDE/IDB, *Exámenes inter-pares de la política y del derecho de la competencia en América Latina: Un Seguimiento: Argentina, Brasil, Chile, México, Perú*, 20.

77 El Mercurio, "Fiscalía Económica investiga relación comercial entre Cruz Verde y SalcoBrand", 29 de noviembre de 2007.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

La investigación del caso Farmacias propiamente tal duró nueve meses aproximadamente. Durante la misma, declararon ejecutivos de las cadenas y de los laboratorios involucrados. Sin embargo, el principal hallazgo de la FNE fue recabar varios correos electrónicos de una de las cadenas investigadas, que permitían inferir que el alza de los precios tenía su causa en un acuerdo y no en la actuación independiente de los agentes económicos⁷⁸. Con todo, cabe precisar que uno de dichos correos, quizás el más demostrativo de la colusión acusada, fue pesquisado por el Ministerio Público en la investigación que paralelamente inició por estos hechos.

Finalmente, en el mes de diciembre de 2008, la Fiscalía presentó el correspondiente requerimiento ante el TDLC. En el mismo se acusaba a las cadenas de farmacias de fijar al alza, concertadamente, el precio de venta a público de al menos 222 productos farmacéuticos, para lo cual habían utilizado a los laboratorios para coordinar dichas alzas al nivel de los precios de venta a público ("PVPs") sugeridos, los que serían comunes para todas ellas.

Recuerdo nítidamente la portada del Diario La Segunda ese día 9 de diciembre de 2008 en la que se anunciaba con bombos y platillos la acusación de la FNE en contra de las grandes cadenas. Fue difícil manejar esta verdadera bomba periodística. Los medicamentos son productos muy sensibles para la población y la indignación era gigantesca. Como sucede en Chile cada vez que aparece un gran caso judicial, de inmediato comenzaron una serie de cuestionamientos al sistema, lo que sin duda era un impulso para el proyecto de ley. Sin embargo, había que andar con cuidado. El caso no estaba ganado ni mucho menos y, además, el efecto mediático puso una presión enorme en la FNE quien no podía, simplemente, perder esta causa.

Al interior de la FNE estábamos confiados con nuestro caso. El equipo había actuado muy profesionalmente y estamos convencidos que se había reunido la prueba suficiente para tener por acreditada la acusación, pero nunca se sabe. Las mayores exigencias probatorias impuestas en las decisiones de la Corte Suprema en los casos de agencias de naves, Oxígeno e Isapres obligaban a moderar el optimismo. Afortunadamente llegaron las vacaciones y las aguas se calmaron un poco, pero solo un poco, porque en marzo estallaría otra bomba.

Un buen día de enero de 2009, en las oficinas de la FNE ubicadas en calle Agustinas 835 Piso 12, la apoderada de Farmacias Ahumada ("FASA") solicitó una audiencia. Recibida, nos anuncia que su representada quería llegar a un acuerdo con la Fiscalía en el que reconocería los hechos imputados en el requerimiento, aportaría evidencia adicional y pagaría una suma a beneficio fiscal. La oferta era tentadora, pero peligrosa. Si bien la conciliación había sido introducida expresamente dentro del procedimiento contencioso en la Ley N° 19.911, su llamado era facultativo para el Tribunal y podía ser discutible en el caso de una colusión.

Después de pensarlo mucho y de revisar sus bondades con los máximos directivos de la FNE, se llegó a un acuerdo con dicha cadena de farmacias. Para adoptar esta decisión nos basamos una vez más en la experiencia internacional, la que nos enseñaba que era una práctica extendida conciliar casos de carteles *-cartels settlements-*. Por lo demás, las soluciones alternativas de solución de controversias ya era una realidad en otros procesos, principalmente en el penal, en el que se discuten bienes jurídicos de tanto o más valor que la libre competencia.

78 Revista Capital, "Farmacias en la mira", 31 de julio de 2008.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Así es como dimos el salto y el 23 de marzo de 2009 se solicitó al Tribunal el llamado a conciliación, el mismo día en que el Tribunal Constitucional recibía los alegatos de Cruz Verde y de la FNE en un requerimiento de inaplicabilidad presentado por el primero, por considerar que el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil⁷⁹ era inaplicable en el juicio por transgredir el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, requerimiento que fue rechazado por la Justicia Constitucional.

El acuerdo causó un revuelo sin precedentes en la opinión pública. Notas de prensa, noticias en la radio y televisión, entrevistas, conferencias de prensa y más eran el pan de todos los días en aquel tiempo. Amenazas cruzadas, acusaciones, meas culpas, iniciativas legales, presentaciones de denuncias, etc. La noticia remeció al país. Recuerdo que incluso fui citado a la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados a dar cuenta de este acuerdo, existiendo posiciones a favor y en contra del mismo.

A modo de ejemplo, algunos parlamentarios criticaron el acuerdo suscrito con FASA. Así, el Diputado Juan Lobos señaló que el convenio extrajudicial se había dado “a espaldas de los consumidores y traiciona la confianza de los chilenos”, calificándolo de un verdadero “perdonazo”, pues “finalmente queda el mensaje que la vara con que se mide a unos y otros chilenos no es la misma”⁸⁰. En un sentido similar, la Diputada Karla Rubilar solicitó a través de la prensa que el TDLC no permitiera el acuerdo conciliatorio⁸¹.

Por otra parte, tanto las bancadas del Partido Socialista como de la Democracia Cristiana se pronunciaron solicitando modificaciones a las leyes de libre competencia, elevando las sanciones contra quienes se coludieran⁸².

A su vez, el Gobierno anunció por esos días un endurecimiento de la fiscalización del cumplimiento de la normativa legal por parte de las cadenas de farmacias, que se plasmaría en medidas como exigir que la lista de precios de medicamentos estuviese a disposición del público. Del mismo modo, se mostraron abiertos a la posibilidad de presentar reformas para establecer sanciones penales frente a ilícitos anticompetitivos⁸³.

Por cierto, se sufrió y se durmió mal en esos agitados días. La apoderada de FASA y el que escribe estábamos en el ojo del huracán y recibíamos constantes cuestionamientos de las cadenas Cruz Verde y, sobre todo, Salcobrand⁸⁴.

79 “Los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia. La agregación de los que se presenten en segunda instancia, no suspenderá en ningún caso la vista de la causa; pero el tribunal no podrá fallarla, sino después de vencido el término de la citación, cuando haya lugar a ella”.

80 El Mercurio, “Diputado Lobos: Acuerdo de FASA con fiscalía es a espaldas de los consumidores”, 25 de marzo de 2009, <https://www.emol.com/noticias/nacional/2009/03/25/350563/diputado-lobos-acuerdo-de-fasa-con-fiscalia-es-a-espaldas-de-los-consumidores.html>

81 El Mercurio: “Diputada Rubilar llama a no permitir acuerdo entre FASA y la Fiscalía Económica”, 25 de marzo de 2009, <https://www.emol.com/noticias/nacional/2009/03/25/350668/diputada-rubilar-llama-a-no-permitir-acuerdo-entre-fasa-y-la-fiscalia-economica.html>

82 El Mercurio: “Caso farmacias: Bancada PS pide comisión investigadora y llama a elevar sanciones”, 25 de marzo de 2009, <https://www.emol.com/noticias/nacional/2009/03/25/350617/caso-farmacias-bancada-ps-pide-comision-investigadora-y-llama-a-elevar-sanciones.html>; y “Bancada DC prepara batería de propuesta para sesión especial por casos de colusión”, 3 de abril de 2009, <https://www.emol.com/noticias/nacional/2009/04/03/352122/bancada-dc-prepara-bateria-de-propuesta-para-sesion-especial-por-casos-de-colusion.html>

83 El Mercurio, “Gobierno arremete en colusión de farmacias y anuncia instructivo que obligue a publicar precios”, 27 de marzo de 2009, B2.

84 El Mercurio, “Cruz Verde y Salcobrand se defienden”, 29 de marzo de 2009, B4.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Para muestra de lo anterior, se presentan a continuación algunas noticias que aparecieron en los días inmediatamente siguientes a aquel en que se dio a conocer públicamente el acuerdo.

(i) “Alta tensión entre las farmacias: FASA reconoce colusión de precios y desata dura respuesta de Cruz Verde y Salcobrand” (Diario Financiero 25 de marzo de 2009, pág. 1)

(ii) “Fasa admite acuerdo de precios y gatilla dura pugna con otras cadenas. En un hecho inédito, Fasa llegó a un acuerdo con la Fiscalía Nacional Económica, donde admitió que algunos ejecutivos coordinaron precios con la competencia, aceptando una multa de US\$ 1 millón. El hecho provocó fuerte malestar en SalcoBrand y Cruz Verde, que sólo días antes habían negado los cargos ante el Tribunal” (Diario Financiero 25 de marzo, pág. 26).

(iii) “Elodoro Matte y caso farmacias: “cualquier actividad que limite la libre competencia es muy negativa y censurable” (La Segunda, 27 de marzo, pág. 28).

(iv) “Frei: esto es cárcel en otros países” (La Nación, 27 de marzo, pág. 9).

(v) “Clientes protestan y generan desmanes frente a locales de farmacias en cuatro regiones”; “Piñera se deshace de acciones de Farmacias Ahumada en medio de arremetida de Frei y La Moneda” (La Tercera, 28 de marzo, pág. 47).

(vi) “Cruz Verde y Salcobrand se defienden. Si fuera una colusión no podría seguir como empresario”. (El Mercurio, 29 de marzo, pág. B4).

(vii) “Farmacias: Presentan querrella criminal por aumento fraudulento de precios y asociación ilícita” (La Segunda, 30 de marzo, pág. 16).

(viii) “Quiebre en el directorio de FASA: representantes de Falabella y AFP piden salida de ejecutivos” (Diario Financiero, 31 de marzo, pág. 5).

(ix) “Presentan primera demanda colectiva contra FASA” (Estrategia, 31 de marzo, pág. 16).

Y así suma y sigue. Durante un buen tiempo la FNE estuvo en la portada de la prensa, lo que generó una presión gigantesca al interior del organismo. Ahora bien, cabe señalar que la Presidenta Bachelet respaldó el actuar de la FNE, destacando el buen funcionamiento de la institucionalidad de libre competencia para proteger a los consumidores⁸⁵.

El trámite de la conciliación y sus sucesivas audiencias fue tenso. En realidad, todo ese período fue muy tenso. Las otras dos cadenas requeridas se negaron a llegar a un acuerdo y presentaron fuertes cuestionamientos a la conciliación propuesta, los que se fundamentaban en el supuesto carácter indisponible del bien jurídico protegido, la imposibilidad de conciliar un caso de colusión, la inexistencia del programa de delación compensada y en que solo el Tribunal podía imponer multas.

⁸⁵ El Mercurio, “Bachelet y colusión en farmacias: Era la presunción del gobierno”, 24 de marzo de 2009, <https://www.emol.com/noticias/nacional/2009/03/24/350519/bachelet-y-colusion-en-farmacias-era-la-presuncion-del-gobierno.html>

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Finalmente, el acuerdo fue aprobado en abril de 2009 por el TDLC⁸⁶ y en agosto del mismo año por la Corte Suprema⁸⁷. En el mismo, FASA reconoció que, en noviembre de 2007, algunos de sus ejecutivos habían mantenido contactos personales con ejecutivos de algunos laboratorios y que algunos de tales ejecutivos de laboratorios transmitieron a los ejecutivos de FASA la proposición de alzar coordinadamente los precios de las tres compañías (FASA, Salcobrand y Cruz Verde) para un grupo determinado de medicamentos, como solución a la guerra de precios entre las farmacias que había comenzado en el año 2005. Adicionalmente, FASA pagó a beneficio social la suma de 1.350 UTA. al Fisco de Chile, como una suerte de compensación del daño social causado. Junto con lo anterior, esta cadena entregó a la FNE un “cronograma” en el que se mostraba la evolución de los precios de los medicamentos incluidos en el requerimiento. Este cronograma fue conocido como “1, 2 y 3”, ya que una de las farmacias era siempre la que subía primero los precios y luego las otras dos se intercambiaban los días para subirlos al día siguiente o subsiguiente.

Volvamos al Congreso. El caso Farmacias ya comenzaba a ser citado en la discusión del proyecto de la Ley N° 20.361 en el segundo trámite constitucional en el Senado y sin duda aceleró su aprobación⁸⁸. Pero es bueno señalar que, como se anticipó, las principales reformas al D.L. N° 211, en particular, las herramientas para perseguir los carteles (mayores multas, facultades intrusivas y delación compensada), ya habían sido aprobadas. La Ley N° 20.361 finalmente fue promulgada el 7 de julio de 2009 y se publicó el 13 del mismo mes, constituyendo uno de los hitos más relevantes de la política de competencia de los últimos 20 años.

La aprobación de la ley fue muy relevante y una gran satisfacción, sin embargo, el caso Farmacias seguía su curso. El Ministerio Público había iniciado una investigación por una posible infracción a los artículos 285 y 286 del Código Penal⁸⁹ por adulteración fraudulenta en los precios de los bienes, y FASA iniciaba un proceso para compensar a los consumidores afectados.

En forma paralela a la aprobación del proyecto, se veía en la Tercera Sala de la Corte Suprema el recurso de reclamación interpuesto por la cadena Cruz Verde en contra de la resolución que aprobó el acuerdo conciliatorio. El ambiente de tensión continuaba, lo que se percibía en la sala. Como era de esperar, los alegatos se circunscribieron a los temas que fueron levantados en el recurso y que ya habían sido planteados en las audiencias de conciliaciones ante el TDLC. Indisponibilidad del bien jurídico protegido, improcedencia de la conciliación en caso de carteles, ausencia del mecanismo de la delación compensada e improcedencia de un pago a título de multa, eran las principales objeciones.

86 Diario Financiero, “TDLC aprobó acuerdo de conciliación entre FASA y Fiscalía Económica”, 13 de abril de 2009, <https://www.df.cl/empresas/tldc-aprobo-acuerdo-de-conciliacion-entre-fasa-y-fiscalia-economica>

87 Diario Financiero, “Corte Suprema respalda a Fiscalía Económica y aprueba avenimiento con Farmacias Ahumada”, 1 de septiembre de 2009.

88 El gobierno reaccionó rápidamente una vez que confesó Fasa y anunciaba por la prensa dar “suma urgencia a proyecto para castigar la colusión” (Diario La Nación, 27 de marzo de 2009, 9).

89 El artículo 285 señala que “Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”. El artículo 286 establece sanciones adicionales “cuando el fraude (...) recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad”.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

El 31 de agosto de 2009⁹⁰, la Corte Suprema rechazó la reclamación de Cruz Verde y confirmó la resolución del TDLC que había aprobado la conciliación. En una decisión trascendental para el sistema de libre competencia no solo porque hacía posible o procedente la conciliación en casos de colusión, sino porque además recogió todos los argumentos de la FNE, en especial aquel relativo a la discrecionalidad⁹¹ con que puede actuar el Fiscal Nacional Económico y los límites de aquella, sosteniendo que no actuaba arbitrariamente si en el ejercicio de sus potestades buscaba promover y defender la libre competencia, como era el caso.

Qué año ese 2009. Además de sobrellevar el caso Farmacias, se presentaban importantes desafíos en el ámbito internacional.

Por un lado, Chile estaba en el proceso de acceso a la OCDE, el que finalmente se produce en el mes de diciembre de 2009, fecha en la que se nos invitó formalmente como el miembro trigésimo primero de dicho organismo. Entre otras políticas públicas, la de competencia también era evaluada por nuestros pares. La Ley N° 20.361 era un aporte trascendental a la hora de lograr el visto bueno de dicho organismo a nuestra política de competencia. En efecto, el Comité de Competencia en su informe señalaba que “la ley de 2009 aborda las limitaciones prácticas. Estos cambios contemplan la introducción de un programa de clemencia típico, otorgan a la FNE poderes para realizar allanamientos sorpresa y aumentan las sanciones máximas. La autorización de un programa de clemencia representará un importante paso adelante hacia una aplicación más efectiva. Poderes de investigación y sanciones más drásticas también serán de ayuda, aunque el apoyo de la Corte en la imposición de la elevada multa en el caso de los televisores de pantalla plana muestra que quizá, a diferencia de otras jurisdicciones, no se requiere tanta educación sobre la importancia de sanciones disuasivas. Los nuevos poderes de investigación que la FNE puede aplicar, en la recopilación de las pruebas necesarias para acreditar un acuerdo, ya los ejercen otros organismos de aplicación de leyes en Chile”⁹².

Por otro lado, el 9 y 10 de septiembre de 2009, la FNE organizaba el Foro Latinoamericano de Competencia, auspiciado por la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo. Fue un gran orgullo como país haber sido elegidos anfitriones de este evento, que reunía lo más granado de las autoridades de la región. El tema del foro era la colusión, en particular, el programa de delación compensada y nuestra Ley N° 20.361 fue la estrella de la noche. El evento lo inauguró la Presidenta Bachelet y contamos con invitados de lujo, nacionales y extranjeros: Scott Hammond, de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de EEUU; John Pecman, Presidente del Competition Bureau de Canadá; y Frédéric Jenny, Presidente de la Comisión de Competencia de la OCDE, entre otros. Fueron varias discusiones en torno a cómo tener un programa de inmunidad y clemencia eficaz y todos concordaron en que debía tener tres piedras angulares: (i) la amenaza de que el partícipe de un cartel pueda ser descubierto, lo que se relaciona con las facultades intrusivas; (ii) amenaza de una sanción severa; y (iii) transparencia y predictibilidad en la gestión del programa por parte de la respectiva agencia.

90 Sentencia de la Corte Suprema de 31 de agosto de 2009, en los autos rol N° 3344-2009.

91 La discrecionalidad del Fiscal está consagrada en el inciso 1° del artículo 39 del D.L. N° 211, según el cual “el Fiscal Nacional Económico podrá defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”.

92 OCDE: *Derecho y Política de Competencia en Chile. Examen de Acceso* (París: OECD Publishing, 58), <https://www.oecd.org/daf/47951548.pdf>.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Luego del paréntesis que representó el acceso de Chile a la OCDE y el Foro Latinoamericano, volvimos a la dura realidad. El juicio de las Farmacias siguió su curso durante dos años y seis meses más hasta que finalmente el 31 de enero del año 2012, el TDLC acogió el requerimiento de la FNE y sancionó a las farmacias Cruz Verde y Salcobrand con el máximo de la multa vigente a la época en que se realizaron las conductas⁹³. En ese tiempo yo ya no estaba en la Fiscalía y recuerdo que recibí la noticia en el sur de Chile. De inmediato fui a imprimir las más de 300 páginas que tenía el documento en una librería para leerlo con avidez. Todo lo que había significado este caso en lo profesional y emocional era muy intenso, y el fallo del Tribunal constituía un hito muy importante para ir cerrando esta etapa.

Fueron muy relevantes para acoger la petición de la FNE no solo el acuerdo que ésta celebró con FASA y los aportes que esta última entregó, sino también un correo electrónico particularmente sensible emitido entre ejecutivos de la cadena Salcobrand⁹⁴ y el comportamiento o patrón de monitoreo que las firmas tuvieron durante el período colusivo. Junto con esto, el Tribunal daba las primeras señales sobre el estándar de prueba, indicando que no se aplicaba el estándar de más allá de toda duda razonable.

La Sentencia de la Corte Suprema⁹⁵ que confirmó la decisión del TDLC, contiene muchos elementos que hasta el día de hoy han seguido marcando la jurisprudencia en materia de carteles. Entre otras materias, fijó los criterios para determinar cuándo se vulneraba el principio de congruencia⁹⁶ en el procedimiento contencioso administrativo sancionador, fijó el valor probatorio de una declaración en la que se reconoce la acusación⁹⁷, determinó el estándar de prueba en materia de libre competencia⁹⁸, entregó pautas sobre el valor probatorio de algunos medios de prueba⁹⁹, fundamentalmente de la prueba testimonial, aportó reglas sobre la apreciación de la prueba y señaló las diferencias entre la prueba directa y la circunstancial.

93 Sentencia N°119/2012 del TDLC.

94 El correo intercambiado entre ejecutivos de Salcobrand rezaba así: “insistir con los laboratorios la necesidad de una coordinación para el alza de precios. Para ello ofrecimos ser la cadena que primero subiera los precios (los días lunes o martes) de este modo las otras dos cadenas tendrían 3 o 4 días para ‘detectar’ estas alzas y luego asumirlas. Hasta el momento se ha logrado que con 4 laboratorios hayamos subido el precio de 5 de sus principales productos. Dados estos buenos resultados esperamos repetir ‘el procedimiento’ con más productos y más laboratorios, en el transcurso de las próximas semanas”.

95 Sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre de 2012, en los autos Rol N° 2578-2012.

96 Mucho se discutió en este proceso si se infringía dicho principio. Finalmente, la Corte estimó que no se había vulnerado al señalar que “es relevante sostener que las partes y el Tribunal quedan vinculados a los hechos en que se sustenta la controversia, los cuales han sido precisados en todos sus contornos en el requerimiento, cual es que las cadenas de farmacias imputadas acordaron alza de precios de, a lo menos, 206 medicamentos – pues indicó 222 –, entre el mes de diciembre de 2007 y marzo de 2008. La forma en que se procedió a concretar esta acción pasa a formar parte de los antecedentes de hecho, que el requirente debe acreditar y los imputados desvirtuar, para dejar en manos del Tribunal fundar su determinación en los extremos en que formó su convicción.” (C° 7°).

97 La Corte estimó que se podía probar una conducta colusiva si el reconocimiento de uno de los partícipes reunía las siguientes condiciones: “1) El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos. 2) El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables. 3) Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión. 4) Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso”. (C° 24°). Este criterio siguió siendo utilizados en los casos posteriores de colusión en los que existió una delación compensada.

98 “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” (C° 11°).

99 “Una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos, por ejemplo” (C° 12°).

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Con la sentencia de la Corte Suprema se cerraba el capítulo en sede infraccional, pero continuaba la arista penal. La Fiscalía del Ministerio Público continuaba su investigación por el delito de adulteración fraudulenta en la formación de los precios de las mercaderías, establecidos en los artículos 285 y 286 del Código Penal.

En 2013, el Ministerio Público había decidido suspender el proceso de investigación penal a los ejecutivos por el eventual delito, ofreciéndoles a los involucrados una salida alternativa. El Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago aprobó el acuerdo para la suspensión condicional del procedimiento, ordenando a los imputados un pago de unos \$255 millones, y la asistencia de algunos de ellos a un programa de capacitación sobre ética empresarial¹⁰⁰. Esta última medida fue duramente criticada por la opinión pública, quien simplemente no entendía, o entendía que era una broma de mal gusto, que esa fuera la sanción que recibieran los involucrados en este caso.

Sin embargo, la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago anuló el acuerdo entre el Ministerio Público y los ejecutivos para la suspensión del proceso¹⁰¹, por lo que el órgano persecutor debía llevar a juicio oral a los nueve ejecutivos de las farmacias que estaban involucrados en la colusión¹⁰².

A este juicio la Fiscalía del Ministerio Público me presentó como testigo. Recuerdo como si fuera ayer ese fin de semana del mes de marzo del año 2015 en el que me encerré a preparar mi testimonio. Para ello volví a estudiar nuevamente la causa y los antecedentes allegados a la misma. Fue un ejercicio sanador porque me confirmó que, pese a todos los cuestionamientos que recibió la FNE en su momento y yo en particular, habíamos obrado correctamente. El día de la audiencia de estilo desperté con una tranquilidad y lucidez notables, lo que me ayudó al interrogatorio al que fui sometido por el Fiscal Retamal y los abogados de los ejecutivos involucrados. En la sala estaban presentes estos ejecutivos, con alguno de los cuales tuve fuertes enfrentamientos en los momentos más álgidos del caso que me sacaron varias canas; de hecho, comencé mi período como Fiscal con el pelo colorín y terminé canoso, en buena medida por este mediático caso. Después de cuatro horas de preguntas terminé mi testimonio y pude respirar tranquilo: había por fin terminado un ciclo.

En julio de 2015¹⁰³, el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago absolvió a los nueve ejecutivos acusados por la Fiscalía del Ministerio Público¹⁰⁴. Si bien el tribunal dio por establecido que los ejecutivos tomaron contacto entre sí con ocasión de una coordinación para el alza de precios programadas respecto de ciertos medicamentos¹⁰⁵, la discusión se centró en determinar si con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911, que

100 El Mercurio, "Caso farmacias: Clases de ética a los 10 imputados y pago de \$235 millones", 8 de julio de 2013, <https://www.emol.com/noticias/economia/2013/07/08/607941/tribunal-suspende-condicionalmente-y-por-un-ano-proceso-en-caso-solucion-de-farmacias.html>

101 Diario Financiero, "Caso Farmacias: Corte de Apelaciones deja sin efecto salida alternativa ofrecida por el Ministerio Público", 30 de agosto de 2013, <https://www.df.cl/empresas/actualidad/caso-farmacias-corte-de-apelaciones-deja-sin-efecto-salida-alternativa>

102 Resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de agosto de 2013, causa Rol N°1953-2013.

103 Sentencia del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 28 de Julio de 2015, causa RIT 531-2014.

104 El Mercurio, "Tribunal absuelve a los 10 ejecutivos farmacéuticos acusados por colusión", 23 de junio de 2015, <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2015/06/23/722801/Tribunal-absuelve-a-los-10-ejecutivos-farmaceuticos-acusados-por-colusion.html>

105 Alex Van Weezel, "El Caso Farmacias", en *Sentencias Destacadas 2015* ed. por Arturo Fermandois y Sebastián Soto (Santiago: Ediciones LyD, 191-210).

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

había descriminalizado los ilícitos contrarios a la libre competencia, se habían derogado tácitamente los artículos señalados. El Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago consideró que no había tal derogación, sino una superposición de normas y, por consiguiente, continuaban vigentes. Sin embargo, los jueces señalaron que los tipos de los arts. 285 y 286 del Código Penal establecen una conducta distinta a los ilícitos anticompetitivos del D.L N°211. A su juicio, el acuerdo celebrado no está sancionado de acuerdo con esta disposición, pues los acusadores no lograron probar que se estableciera una alteración fraudulenta del “precio natural” en el mercado¹⁰⁶. Por tanto, en un fallo dividido, absolvieron a los imputados¹⁰⁷.

El Ministerio Público dedujo un recurso de nulidad, sustentado en parte por el voto de minoría de uno de los jueces del Tribunal¹⁰⁸. La Corte de Apelaciones de Santiago al conocer el recurso confirmó, en lo medular, la decisión del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal¹⁰⁹. En un fallo unánime, se hizo énfasis en la voluntad del legislador de descriminalizar el ilícito de colusión en la ley especial de competencia, por lo que no tiene sentido perseguir estas conductas mediante delitos del Código Penal¹¹⁰. Así, señala la Corte “(...) que en la actualidad hay una legislación especial que sanciona estas conductas colusivas, la cual ha eliminado las sanciones punitivas, por lo que no parece lógico que, por la vía del Código Penal, se pretenda insertar una sanción restrictiva de derechos por conductas que claramente ya no tienen ese carácter en la legislación especializada”¹¹¹.

El proceso para la indemnización de daños por parte de las farmacias fue bastante más largo. Una vez que estuvo firme la sentencia de la Corte Suprema, el Sernac interpuso una demanda en 2013 en contra de las tres cadenas de farmacias por la colusión mencionada¹¹². Después de casi siete años de tramitación, se acogió en sede civil la pretensión del órgano en diciembre de 2019. Casi un año después, se llegó a un acuerdo entre el Sernac con Cruz Verde y Salcobrand, del que FASA se restó¹¹³. Finalmente, este avenimiento benefició a más de 50.000 consumidores que adquirieron algunos de los medicamentos éticos críticos que se consideraron afectados por el cartel o que se vieron impedidos de adquirirlos en virtud del aumento artificial de precios¹¹⁴, por un monto de algo más de \$22.000 a cada uno¹¹⁵.

106 Van Weezel, “El Caso Farmacias”, en *Sentencias Destacadas 2015*, 200.

107 Diario Financiero, “Caso farmacias: tribunal absuelve a los 10 ejecutivos acusados de colusión de precios de medicamentos”, 23 de junio de 2015, <https://www.df.cl/empresas/actualidad/caso-farmacias-tribunal-absuelve-a-los-10-ejecutivos-acusados-de>

108 Diario Financiero, “Ministerio Público buscará anular la sentencia en el Caso Farmacias”, 29 de julio de 2015, <https://www.df.cl/empresas/actualidad/ministerio-publico-buscará-anular-la-sentencia-en-el-caso-farmacias>

109 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2015, en los autos Rol N° 3.139-2015.

110 Van Weezel, “El Caso Farmacias”, en *Sentencias Destacadas 2015*, 197-201, El Mercurio, “Caso Farmacias: Corte confirma absoluciones y destima tipo penal invocado por la fiscalía”, 30 de diciembre de 2015, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=215185>

111 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de diciembre de 2015, en los autos Rol N° 3.139-2015, C°13°.

112 La Tercera, “Sernac demanda a tres cadenas de farmacias por caso colusión de 2008”, 1 de febrero de 2013, <https://www.latercera.com/diario-impreso/sernac-demanda-a-tres-cadenas-de-farmacias-por-caso-colusion-de-2008/>

113 Centro Competencia, “Indemnización por colusión del 'Caso Farmacias': más vale tarde que nunca”, 17 de noviembre de 2020, <https://centrocompetencia.com/indemnizacion-caso-farmacias/>.

114 Centro Competencia, “Indemnización por colusión del 'Caso Farmacias': más vale tarde que nunca”, 17 de noviembre de 2020, <https://centrocompetencia.com/indemnizacion-caso-farmacias/>.

115 Sernac, “Comienza pago de las compensaciones a los consumidores por la colusión de las farmacias”, 14 de diciembre de 2020, <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-60225.html>

La entrada en vigencia de la Ley N° 20.361. Primer caso de delación compensada y el uso de facultades intrusivas

La flamante Ley N° 20.361 entró en vigencia en el mes de octubre de 2009 y ese mismo mes la FNE tuvo que publicar una Guía Interna sobre el Programa Delación Compensada. Esto era de vital importancia por cuanto, como decía el Director de la Ejecución Penal de la División Antitrust del Departamento de Justicia de EEUU, Scott Hammond, crear un programa de delación compensada en el papel es la parte fácil; sin embargo, implementar uno en el que la comunidad empresarial y los abogados pudieran confiar para correr a delatarse es mucho más difícil. Y así es, nomás. No bastaba con tener sanciones severas ni facultades intrusivas, era necesario además entregar cierta predictibilidad y transparencia sobre la forma como la FNE interpretaría el artículo 39 bis, fundamentalmente en lo que decía relación con el aporte de antecedentes, graves, precisos y comprobables, y cómo se determinaría quien llegaba primero en esta carrera por delatarse. La Guía entregaba lineamientos en esa dirección que resultaron fundamentales para las primeras delaciones¹¹⁶.

A las pocas semanas se acercaron a las oficinas de la FNE ejecutivos de Tecumseh Do Brasil Ltda, empresa brasileña del rubro de compresores para refrigerantes, quienes en una loca carrera a nivel mundial venían a confesar su participación en un cartel internacional que tenían con las empresas Whiripool Anfoss A/S, Appliances Components Company y Matsushita, y cuyo objeto era incrementar artificialmente el precio de los compresores herméticos. Todavía me acuerdo de la cara de alivio de los ejecutivos de dicha compañía cuando en la reunión que tuvimos les indicamos que eran los primeros.

Como buen primer caso, en la Sentencia N° 122/2012 del TDLC se marcarían ciertos criterios para el futuro. La acusación fue probada y no se acreditó que la delatora había organizado el cartel ni que había coaccionado al resto para coludirse, por lo que el Tribunal no aplicó ninguna multa¹¹⁷ a Tecumseh, lo que fue muy importante porque entregó certeza y afirmó la delación. Esto, que parece de perogrullo, no lo era puesto que, como se verá en algunos casos (particularmente en el del Papel *Tissue*), existía la tentación de que se confiriera al Tribunal la potestad de calificar si era procedente o no el otorgamiento de los beneficios contemplados en dicha norma, lo que a todas luces habría sido un misil al programa de delación compensada.

En la sentencia referida se entregaron otros antecedentes muy relevantes. Primero, se fijaron criterios para determinar cuándo comienza y termina una conducta colusiva. Así, se dictaminó que “la ejecución del ilícito de colusión se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o supresión del concierto de voluntades que lo configura”¹¹⁸. Segundo, se fijó el valor probatorio de la delación¹¹⁹, señalando al efecto que “la confesión de un miembro de un cartel constituye una prueba directa

116 Entre otras materias, la Guía regulaba la forma para establecer el lugar de postulación, el alcance para obtener los beneficios y, en general, el procedimiento que debía seguirse con la FNE. Posteriormente, en marzo de 2017, se publicó una nueva Guía de Delación que perfeccionó la primera y recogió la experiencia de casi 8 años de aplicación.

117 De acuerdo con el texto del artículo 39 bis del D.L. N° 211, vigente a la época de los hechos, si el Tribunal daba por acreditada la conducta, no podía aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.

118 Sentencia N°122/2012 del TDLC, C°11°.

119 Posteriormente este criterio fue modificado por la doctrina sentada por la Corte Suprema en el caso Farmacias.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

del acuerdo y que, desde un punto de vista procesal, cuando es usada contra los demás demandados, ha de otorgársele el valor de una prueba testimonial¹²⁰. Y tercero, se entregaron directrices en materia de jurisdicción del Tribunal, la que estaba cuestionada por uno de los requeridos porque la coordinación se había acordado fuera de Chile, explicando que “el objeto del presente litigio dice relación con los efectos de la conducta en el mercado chileno, por lo que el ejercicio de la facultad del artículo 76 de la Constitución Política de la República se encuentra plenamente justificada al tenor de lo señalado precedentemente”¹²¹.

El caso Pollos y la Comisión Rosende

Bomba número II. El 30 de noviembre de 2011, la FNE interpone un requerimiento en contra de Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, y la asociación gremial que las cobijaba, la Asociación de Productores Avícolas (“APA”), por haber celebrado y ejecutado un acuerdo consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y la asignación de cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto.

La investigación había nacido por una visita que habían realizado funcionarios de la FNE en distintos supermercados, la que buscaba evaluar si los precios de algunos productos podrían ser indicativos de una colusión. Así, se llegó a los precios del pollo fresco, los que eran idénticos. Una vez instruida la investigación, jugó un papel relevante una entrevista publicada en la Revista del Campo en El Mercurio¹²², que explicaba por sí sola el cartel: “Para qué pelear con Súper Pollo, mejor es convivir. Como se dice: si tiene un enemigo muy poderoso, mejor únase a él. Con Ariztía y Agrosuper tenemos una asociación gremial muy fuerte a través de la cual hemos logrado acuerdos con respecto a lo que le corresponde a cada uno en el mercado. No nos vamos a quemar por un 1% más”¹²³. Con estos antecedentes, funcionarios de la FNE, en conjunto con Carabineros de Chile, allanaron y registraron las oficinas de la APA y Don Pollo, diligencia que permitió incautar valiosos documentos, especialmente correos electrónicos. Se empezaba, así, a utilizar las herramientas entregadas por la Ley N° 20.361.

El revuelo mediático fue gigantesco. Otro terremoto, tal como en el caso Farmacias. La duración del cartel (más de 15 años) y el carácter especialmente sensible del pollo fresco -uno de los principales productos consumidos por los ciudadanos- causó un nivel de malestar considerable. Nuevamente la FNE estaba en el ojo del huracán y debía sostener una causa sumamente compleja por los efectos mediáticos que implicaba. No solo eso, era el primer gran caso en el que la FNE había ejercido las facultades de registro e incautación establecidas en la letra n) del artículo 39 del D.L. N° 211 y, por lo tanto, debía defender -y así lo hizo- la corrección y apego a la ley con que se ejercieron dichas facultades, en particular el cumplimiento de los requisitos y condiciones que establece el Código Procesal Penal en la materia. Era tan delicado este tema, que el caso podía perderse si el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que autorizó el allanamiento acogía alguno de los recursos interpuestos por los investigados.

120 Sentencia N°122/2012 del TDLC, C°25°.

121 Sentencia N°122/2012 del TDLC, C°8°.

122 “Clan Covarrubias y su estrategia de desarrollo. Don Pollo engordará cerdos”, *Revista del Campo de El Mercurio* (16 de abril, 2007).

123 “Clan Covarrubias y su estrategia de desarrollo. Don Pollo engordará cerdos”, *Revista del Campo de El Mercurio* (16 de abril, 2007).

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

A tanto llegó el revuelo público de este caso, que el Presidente de la República de la época, Sebastián Piñera, creó la denominada Comisión Rosende¹²⁴, presidida por el economista Francisco Rosende, para que estudiara posibles perfeccionamientos a nuestra legislación antimonopolio de tal manera que no se volvieran a repetir *nunca más* este tipo de actos. A propósito del *nunca más*, en este país se piensa que todo se resuelve a través de las leyes y la política de competencia no es la excepción. Si bien es cierto que todas las modificaciones legales al D.L. N° 211 han introducido mejoras al sistema, existieron otras tantas que felizmente no llegaron a puerto por su falta de solidez. Creer que nunca más se van a cometer estas conductas a punta de leyes es un error. La codicia es inherente al ser humano y, por lo tanto, siempre habrá colusiones; lo importante es tener una institucionalidad fuerte que permita disuadirlas, detectarlas y sancionarlas.

Después de intensas reuniones celebradas en las dependencias del Ministerio de Economía, en una de las cuales me enteré de que había sido elegido como ministro del TDLC, la Comisión entregó su informe en el mes de julio de 2012. Sus conclusiones fueron las siguientes:

- a) Se recomendó que las multas fueran establecidas de acuerdo con una estimación de los beneficios obtenidos como consecuencia de las mismas, más un monto que actuaría como disuasivo. Frente a las dificultades de disponer de antecedentes para determinar el beneficio, se aconsejó al TDLC adoptar “una política de multas basada en un porcentaje de las ventas materializada por los partícipes del ilícito”.
- b) Se recomendó establecer las penas de inhabilitación para cargos de representación pública, incluyendo la participación en directorios de sociedades anónimas abiertas, para los condenados por prácticas colusivas.
- c) La incorporación de sanciones penales suscitó controversias, existiendo miembros que estaban a favor y otros en contra.
- d) En cuanto a la política de fusiones, el informe fue un poco vago, optándose por un sistema mixto -entre voluntario y obligatorio- “a través de un esquema de ‘umbrales’ que definen si procede o no la consulta, permitiría alcanzar un manejo más eficiente de estas operaciones”.

Como se puede apreciar, varias de estas recomendaciones fueron recogidas en el proyecto de ley que dio lugar a la Ley N° 20.945, que se analizará más adelante.

Como anticipé, en una de las reuniones sostenidas en mayo de 2012 en dicha Comisión, empecé a recibir una serie de WhatsApp felicitándome por mi nombramiento como Ministro del TDLC. Comenzaba mi carrera en el tribunal y los primeros tiempos, sobre todo el primer año, fue bastante tortuoso por las inhabilidades que tenía por mi pasado en la Fiscalía y, sobre todo, porque había sido asesor de dicho organismo con posterioridad a mi salida en 2010. A tanto llegó este tema que en un momento pensé seriamente en renunciar.

Pero volvamos al caso Pollos. El requerimiento ante el TDLC fue presentado el 30 de noviembre de 2011. En él se acusó a Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada y la Asociación de

¹²⁴ Presidida por Francisco Rosende e integrada por los abogados Arturo Irarrázabal, Domingo Valdés, Ricardo Jungmann, Francisco Agüero, Blanca Palumbo y el suscrito; y los economistas Anita Holuigue, Hermann von Gerdoff, Aldo González, Jorge Rodríguez y Ronald Fischer. Actuó como secretario ejecutivo, el economista Tomás Flores.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Productores Avícolas A.G. de haber infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 mediante la celebración y ejecución de un acuerdo entre competidores consistente en la limitación de la producción de pollo ofrecida al mercado nacional y la asignación de cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto. La cantidad de información agregada al expediente fue monumental, la mayoría correos electrónicos pesquizados en los computadores incautados de la asociación gremial y de uno de los polleros, algunos de ellos eran bastante explícitos¹²⁵ sobre el acuerdo imputado por la FNE.

Como eran documentos electrónicos, había que percibirlos en eternas audiencias en las que el TDLC revisaba uno a uno cada uno de dichos antecedentes. En esas largas audiencias, los ministros del Tribunal -aclaro que yo no participé en este proceso- fueron formándose una idea del caso porque les permitía percibir directamente la prueba. Por esto mismo el juicio fue extenso -casi tres años- hasta que el TDLC finalmente dictó sentencia definitiva en el mes de septiembre de 2014¹²⁶.

¿Qué elementos se pueden rescatar de ese fallo y que son relevantes para la política de persecución de carteles? Varios.

De partida, poco importaban los informes económicos presentados por las requeridas que afirmaban que las conductas imputadas tenían una explicación alternativa si es que existía prueba dura o directa, la que estaba constituida principalmente, como señalé, por los correos electrónicos de los ejecutivos de las empresas productoras de pollo, así como actas de la asociación gremial y planillas Excel. En este sentido, el Tribunal sostuvo que en este caso era “suficiente contar con prueba económica que indique que las Empresas Avícolas Requeridas no se desviaron en forma importante de las sugerencias de la APA, sin ser necesario efectuar un análisis como el expuesto en la consideración anterior; análisis que habría sido necesario si no se contara con prueba directa del acuerdo”¹²⁷.

A propósito de este tema, cómo olvidar la polémica que suscitó esta materia entre el Fiscal Nacional Económico y un destacado economista de la plaza, quien había elaborado un informe para una de las empresas demandadas. Dimes y diretes en medios de comunicación, charlas y seminarios marcaron un intenso debate entre ambos sobre la explicación económica de las firmas y la prueba directa recabada en la investigación de la FNE.

En segundo lugar, el fallo siguió avanzando hacia una regla *per se* en materia de carteles. Siguiendo su jurisprudencia, afirmaba que “la sola acreditación de la aptitud objetiva del acuerdo entre competidores para otorgarles poder de mercado y producir algún efecto contrario a la libre competencia permite sancionar a las Requeridas al tenor de lo dispuesto en los artículos 3° inciso segundo letra a) y 26 del texto actualmente vigente del D.L. N° 211”¹²⁸.

125 A modo de ejemplo, los siguientes correos: “Posterior a la reunión de esta semana y luego de analizar los datos y proyecciones para el 2 semestre, sugiero mantener las cargas en las mismas cantidades sugeridas el 13 de febrero pasado, esto es 3.250.000 unidades semanales. Lo anterior se descompone en 1.980.000; 1.010.000 y 260.000. Estas cargas se deberán mantener por Junio y serán revisadas a fin de mes” (correo electrónico de 6 de junio de 2008 del Presidente de la APA a las empresas requeridas). “Considerando la actual situación, recomiendo ajustar las cargas a 3.000.000 unidades semanales, esto es 1.830.000; 930.000 y 240.000. Considero este sacrificio indispensable para ajustar los precios a partir del lunes” (correo electrónico de 18 de junio de 2008 del Presidente de la APA a las empresas requeridas).

126 Sentencia N°139/2014 del TDLC.

127 Sentencia N° 139/2014 del TDLC, C° 263°.

128 Sentencia N° 139/2014 del TDLC, C° 226°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Luego, en el fallo se entregan directrices sobre la teoría del acuerdo único, cuyos contornos serían explicitados de manera más precisa en la Sentencia N° 165/2018. De este modo, el Tribunal afirmó que “el hecho de que las partes implicadas en una colusión cambien la variable competitiva en la que se coordinan durante la existencia de un cartel no obsta a que se trate de un único acuerdo, siempre y cuando se mantenga la lógica de coordinación anticompetitiva en el que descansa”¹²⁹ y que “la circunstancia de que pueda ir variando en el tiempo la forma en que se manifiesta el acuerdo, no implica que se trate de acuerdos independientes, pues subyace a todas esas formas el interés común de sustituir los riesgos de la competencia por los beneficios anticompetitivos de la coordinación”¹³⁰.

También se entregaron lineamientos en materia de prescripción, determinando cuándo empieza y termina un acuerdo de este tipo, lo que era particularmente relevante en un caso como este en el que la conducta infraccional se había extendido por más de 15 años. Así, se consignaba en el fallo que “Los acuerdos entre competidores requieren, por regla general, de un conjunto de acciones que mantengan el estado de cosas contrario a derecho que provocan, y se extienden temporalmente mientras subsiste la supresión de la competencia entre los partícipes que resulta de los mismos”¹³¹.

Por otro lado, la citada sentencia nos entregó los elementos para discernir cuándo las condiciones de un mercado hacen más razonable coludirse y qué aspectos deben ser observados en el funcionamiento del mercado para tal fin. Así, dentro de dichos elementos, el Tribunal consideró: (i) la capacidad de respuesta de la oferta no cartelizada para reaccionar a la conducta de los coludidos; (ii) la homogeneidad del producto; (iii) la simetría entre empresas; (iv) la estructura de la demanda; (v) las fluctuaciones importantes y previsibles de la demanda; (vi) el tamaño de los compradores; y (vii) la existencia de una asociación gremial.

Asimismo, la sentencia es muy interesante porque fija, en cierta medida, los límites de la información que se puede intercambiar dentro de una asociación gremial. Recordemos que, en este caso, la APA hacía proyecciones de la demanda del pollo fresco, utilizando para ello información que le aportaban las propias requeridas. En este sentido, el Tribunal expresa que “la metodología para calcular la proyección de ventas de la APA presenta características anticompetitivas y de hecho permitió la asignación de cuotas de producción entre las Empresas Avícolas Requeridas”¹³².

Por último, este fue el primer caso donde se produjo una discusión en torno a la ley aplicable para efectos de la aplicación de las multas y otras sanciones, atendido la extensión de la práctica acusada. En efecto, podían resultar aplicables la multa del D.L. N° 211 de 1973 (10.000 UTM), la multa establecida en la Ley N° 19.911 (20.000 UTA) o la de la Ley N° 20.361 (30.000 UTA). El Tribunal finalmente decidió que la conducta se entendía ejecutada al momento que terminaba el concierto de voluntades y, por consiguiente, “el régimen de sanciones aplicable al caso de autos es el contemplado en el D.L. N° 211 actualmente vigente, aun cuando pueda estimarse más gravoso que el que disponía su versión intermedia, toda vez que, como se ha dicho, la

129 Sentencia N° 139/2014 del TDLC, C° 301°.

130 Sentencia N° 139/2014 del TDLC, C° 302°.

131 Sentencia N° 139/2014 del TDLC, C° 305°.

132 Sentencia N° 139/2014 del TDLC, C° 169°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

hipótesis de hecho que se juzga en esta sentencia no es un caso de retroactividad de una ley más gravosa, sino la aplicación de la ley vigente durante la comisión de la conducta punible”¹³³.

Ley 20.945 y carteles

Pese al significativo avance que había experimentado la política de carteles con la Ley N° 20.361 y con el caso Pollos, todavía faltaba pulir ciertos detalles. La obra gruesa estaba, pero las infaltables terminaciones nos indicaban que había que seguir trabajando. Las conclusiones del Informe Rosende tenían que ser recogidas junto con otras materias como el establecimiento de la regla *per se*, un sistema de multas que estuviera de acuerdo con los estándares internacionales y, por supuesto, la criminalización de la colusión, la que como veremos seguía causando voces disonantes.

En la elección presidencial de 2013 tanto las candidaturas de Michelle Bachelet como la de Evelyn Matthei contemplaban reformas al D.L. N° 211.

En el programa de la primera¹³⁴, se propusieron cuatro materias: (i) fortalecimiento de las sanciones con el establecimiento de multas en base a un porcentaje de ventas obtenidas, la inhabilitación para directorios, organismos públicos, asociaciones gremiales y colegios profesionales, y una sanción adicional para empresas involucradas, excluyéndolas de participar en licitaciones del Estado; (ii) evaluar la inclusión de un tipo penal explícito para carteles más gravosos para los mercados; y (iii) establecimiento de un sistema de control de operaciones de concentración.

En el programa de Evelyn Matthei¹³⁵ se proponían siete ejes reformadores, existiendo bastante coincidencia, esto es: (i) aumento de multas basadas en el beneficio de los infractores y el establecimiento de inhabilidades; (ii) fortalecer la delación compensada y evaluar la incorporación de sanciones penales a la colusión; y (iii) la consagración del sistema de control de operaciones de concentración.

En esta parte nos enfocaremos en las reformas relacionadas con el fortalecimiento de la política de carteles. La incorporación del sistema de control de operaciones de concentración se tratará en la sección correspondiente.

Como sabemos, esa elección presidencial fue ganada por Michele Bachelet y, nuevamente, honrando su compromiso, el 16 de marzo de 2015, vale decir, un año después de haber asumido como Presidenta, envió el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.945. En el Mensaje se citan los objetivos de la misma, los que recogen, como he señalado, los compromisos del programa y algunas de las recomendaciones del Informe Rosende.

En materia de carteles, se proponen las siguientes reformas:

133 Sentencia N° 139/2014 del TDLC, C° 308°.

134 Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, “Chile es de Todos”, 61 y siguientes, <http://www.bibliotecanacionaldigital.gob.cl/visor/BND:157782>.

135 Programa de Gobierno Evelyn Matthei 2014-2018, “Un Siete para Chile”, 111 y siguientes, <https://media.elmostrador.cl/2013/10/Programa-de-Evelyn-Matthei-Un-Siete-para-Chile.pdf>.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

a) Siguiendo la experiencia internacional, se propuso la eliminación de la exigencia de acreditar el poder de mercado de quienes participan en una conducta colusiva, estableciendo por fin la anhelada regla *per se* para los carteles duros. Esto ahorraría costos para la agencia persecutora, pues ya “no resulta necesario destinar ingentes recursos para probar algo evidente, esto es, que la colusión tiene la aptitud de atentar en contra de la libre competencia. Por otra parte, entrega una clara señal a los agentes económicos en el sentido de que bajo ninguna circunstancia pueden incurrir en conductas que tan gravemente atentan contra la libre competencia en los mercados”¹³⁶.

b) Aumento de las multas¹³⁷. El diagnóstico sobre las multas con monto fijo era que muchas veces éstas no se condecían con la magnitud de la infracción y, por lo tanto, había que establecer un sistema que efectivamente tuviera un efecto disuasivo. Así, era “necesario establecer un límite máximo flexible que permita al Tribunal aplicar una multa superior al beneficio económico obtenido por los infractores y que, para aquellos casos en que resulte sumamente complicado determinar dicho beneficio, se le autorice al Tribunal a fijar las multas basándose en estándares que se han considerado por el derecho comparado y la literatura como una aproximación certera de tales beneficios”¹³⁸.

c) Prohibición de contratar con los órganos de la Administración del Estado.

d) Fortalecimiento de la delación compensada. Con el objeto de aumentar los incentivos a auto delatarse, el proyecto contemplaba agregar a la exención de la multa para el primer delator la exención de la sanción consignada en la letra b) del artículo 26 del D.L. N° 211, esto es, la disolución de la persona jurídica y la de prohibición de celebrar contratos con órganos de la Administración del Estado.

e) Finalmente, el Ejecutivo se definió a favor de establecer penas privativas de libertad en los casos de carteles duros, con ciertos resguardos como la protección de la delación compensada, ya que resultaba “pertinente conferir el beneficio de exención de responsabilidad criminal al primero que aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica. En especial, este último beneficio, limitado a quien primero comparezca ante la Fiscalía, debiera constituirse en un significativo aliciente para que la delación compensada opere de manera eficaz”¹³⁹. La titularidad de la acción le correspondería al Fiscal Nacional Económico, quien podría impetrarla una vez que el acuerdo haya sido establecido por la sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La tramitación no estuvo exenta de polémicas. La principal de ellas se relacionaba con el ejercicio de la acción penal por el nuevo delito de colusión que incorporaba la ley. Por una parte, el Ministerio Público sostenía que debía establecerse una acción pública y que, en tal carácter, le correspondía a este ejercer dicha acción de conformidad con las normas constitucionales y legales en la materia, todo ello por la experiencia

136 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 57, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

137 Se proponía no solo para los carteles sino para cualquier infracción a la libre competencia.

138 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 5.

139 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 6.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

vivida a propósito de las platas políticas y el ejercicio privativo de la acción que la ley confería el Servicio de Impuestos Internos. Por otra parte, la FNE afirmaba que por la naturaleza del sistema de protección de la libre competencia lo más sensato era entregarle dicha herramienta al Fiscal Nacional Económico, quien, como se anticipó, solo podría interponerla una vez que quedara ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria del TDLC. Se buscaba con esto evitar que existieran investigaciones paralelas.

En este sentido, el Fiscal Nacional Económico de la época, Felipe Irarrázabal, señalaba que existían “ciertas aprehensiones sobre la criminalización de las conductas colusorias, no porque se estime que no sea justo castigar con penas corporales las infracciones más graves a la libre competencia, sino por los problemas de interferencias que lo anterior podría tener en el trabajo de las agencias dedicadas a perseguir este flagelo, especialmente a partir de ciertas tensiones institucionales que la ciudadanía ha podido observar en el último tiempo”¹⁴⁰. Esta aprehensión era compartida por el Ministerio Público. El Fiscal Nacional (s) del Ministerio Público, Andrés Montes, explicaba que debía buscarse un mecanismo de coordinación para evitar los problemas que se podían derivar de las investigaciones paralelas, pero que preocupaba a la institución que representaba el tiempo que podía transcurrir entre la ocurrencia del hecho delictivo y el comienzo del proceso penal. Así, para esta autoridad era fundamental discernir la forma “como puedan coexistir las persecuciones administrativas y penales. Expresó que es razonable incorporar reglas que tiendan a la coordinación interinstitucional y el mejor uso de los recursos públicos. En segundo término, indicó que para la persecución penal es muy relevante el tiempo transcurrido entre el momento en que los hechos típicos tiene lugar, y cuando se inicia la investigación criminal. Expresó que, en todo tipo de delitos y sobre todo en los complejos, la experiencia indica que mientras antes se parta con la pesquisa criminal menos información útil se perderá”¹⁴¹.

Así, poco a poco, fue tomando forma el actual sistema de persecución penal del delito de colusión, para lo cual fue relevante la actuación del Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, el Senador Alberto Espina, quién instó a la FNE y al Ministerio Público a lograr un acuerdo en esta materia. De esta forma, se llegó a una fórmula en la que, por un lado, se evitaban las investigaciones paralelas y, por otra, se entregaba el ejercicio de la acción penal a la FNE. El Fiscal Nacional (s) del Ministerio Público, Andrés Montes, manifestaba su conformidad con la solución propuesta, al expresar que “el nuevo texto contiene una forma razonable de conciliar el esfuerzo estatal en materia de persecución del delito de colusión, porque se contempla una primera fase dirigida por la Fiscalía Nacional Económica y una vez que se dicte la sentencia definitiva por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Fiscal Nacional Económico tiene la facultad de presentar querella, con lo cual dicha Fiscalía asume un rol activo en lo que es la investigación penal y la persecución del delito de colusión en sede penal, en los casos que estime plausible perseguir dicho delito. Concluyó señalando que lo anterior permite darle continuidad al interés que el Estado tiene en perseguir en sede de libre competencia y sede penal el delito de colusión”¹⁴². Misma conformidad manifestaba el Fiscal Nacional Económico quien, a continuación de la intervención del Ministerio Público, agregaba que “en la institucionalidad de la libre competencia, el órgano decisorio

140 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 629.

141 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 629.

142 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 635.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y no la Fiscalía Nacional Económica. La redacción que se propone evita que existan procesos paralelos. Agregó que en el texto aprobado por la Comisión, la decisión de presentar querrela se toma al final de la investigación que desarrolla la Fiscalía Nacional Económica. Estimó que, con la intervención de delatores, los plazos debieran reducirse”¹⁴³.

Finalmente, el proyecto de ley fue aprobado y se promulgó el 19 de agosto de 2016. En lo que se refiere a la lucha contra los carteles, la Ley N° 20.945 incorporó prácticamente todas las normas propuestas en el proyecto original, dentro de estas vale la pena consignar, entre otras, las siguientes:

- (i) El establecimiento de la regla *per se*¹⁴⁴ para los carteles duros, eliminándose la exigencia de probar el poder de mercado.
- (ii) Se despejó cualquier duda sobre el emplazamiento de una empresa extranjera¹⁴⁵.
- (iii) Se aumentaron las multas¹⁴⁶.
- (iv) Se agregó la sanción de inhabilitación para contratar con organismos del Estado por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada¹⁴⁷.
- (v) En materia de delación compensada, se agregó para el primer delator el beneficio de exención de la sanción de disolución de la persona jurídica y se pulieron otros aspectos como los requisitos para acceder a una rebaja de la multa en el caso del segundo delator y el establecimiento de penas privativas de libertad¹⁴⁸ para quienes realizaran delaciones dolosas con el propósito de perjudicar a otros agentes económicos.

143 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 635.

144 La nueva letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211 en su primera parte sanciona “Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación”.

145 Se incorporó el nuevo inciso segundo del artículo 21 del Decreto Ley N° 211: “Se podrá notificar a las filiales o agencias constituidas en Chile de una empresa extranjera, los requerimientos o demandas que se deduzcan en su contra por infracciones de esta ley, y carecerá de valor cualquier limitación estatutaria de dicha filial o agencia”.

146 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. 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. Artículo 26 letra c) del D.L. N° 211.

147 Para estos efectos, se incorporó la siguiente letra d) en el artículo 26 del D.L. N° 211: “En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada”.

148 Presidio menor en su grado máximo.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

(vi) Se consagró el delito de colusión en su artículo 62¹⁴⁹, la transmisibilidad de los beneficios de la delación en el artículo 63, la titularidad de la acción penal en el artículo 64¹⁵⁰ y normas sobre prescripción en el artículo 65¹⁵¹.

Caso Tissue. Bomba III

Mientras se tramitaba la Ley N° 20.945, otro caso de colusión remecía a la opinión pública y ponía en tela de juicio a la clase empresarial. En octubre de 2015, la FNE acusaba a las empresas CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A. de haber infringido lo dispuesto en el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) D.L. N° 211, al celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos de papeles suaves o *tissue* desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre del año 2011¹⁵².

La historia se volvía a repetir. Tal como en el caso Farmacias y la tramitación de la Ley N° 20.361, el caso *Tissue* estallaba en la mitad de la tramitación de la Ley N° 20.945, lo que ayudó en su aprobación y puso en el tapete la importancia de criminalizar la colusión.

El escándalo público fue gigantesco. Nuevamente uno de los grupos empresariales más grandes del país estaba envuelto en este tipo de prácticas, y la economía de mercado y el sistema liberal se ponían en entredicho. Tal como cita Renato Garín González en su libro *La Gran Colusión, Libre Mercado a la Chilena*, las reacciones provinieron de todos lados, incluido el empresarial. Especialmente duro se manifestó el empresario y ex presidente de la Asociación de Bancos, Jorge Awad, acusando al presidente de la Sociedad de Fomento Fabril de la época de que “sus lamentos por colusión son un show”¹⁵³, agregando que lamentaba que “haya gente de la envergadura de la familia Matte que esté involucrada en este tipo de acciones. Su preocupación por el mercado ha hecho que se despreocupen de la sociedad”¹⁵⁴.

En este caso existían circunstancias gravísimas, como la creación de cuentas de correos electrónicos personales y habilitación de teléfonos móviles de prepago destinados única y exclusivamente a coordinar el cartel. También se supo que computadores se arrojaron a las aguas del canal San Carlos¹⁵⁵, además de amenazas de duras

149 El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, así como penas accesorias, tales como la inhabilitación para ejercer ciertos cargos de interés público.

150 Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrella formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrella. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.

151 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.

152 Fiscalía Nacional Económica, “FNE presenta requerimiento por colusión contra CMPC y SCA”, 28 de octubre de 2015, [https://www.fne.gob.cl/fne-presenta-requerimiento-por-colusion-contra-cmpc-y-sca/#:~:text=Durante%20el%20curso%20de%20la,a%20SCA%20\(ex%20Pisa\).](https://www.fne.gob.cl/fne-presenta-requerimiento-por-colusion-contra-cmpc-y-sca/#:~:text=Durante%20el%20curso%20de%20la,a%20SCA%20(ex%20Pisa).)

153 Renato Garín, *La Gran Colusión. Libre mercado a la chilena* (Santiago: Catalonia, 2019), 223.

154 Garín, *La Gran Colusión. Libre mercado a la chilena*, 223.

155 Véase, entre otros, The Clinic, 29 de octubre de 2015 “Confortgate: Ejecutivos de la empresa del Grupo Matte tiraron computadores al Canal San Carlos” y La Tercera de 26 de Febrero de 2016, “El computador arrojado al Canal San Carlos y la denuncia por robo.”

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

represalias por parte de CMPC a SCA y otros detalles sabrosos. Vale decir, un cartel de aquellos. Por supuesto que también hubo coletazos en el mundo penal. La Fiscalía Metropolitana Sur iniciaba una investigación por estos hechos y se enfrascaba en una polémica con la FNE y el TDLC que incluso llegó al Tribunal Constitucional. El motivo: la confidencialidad de la información y antecedentes de la delación aportados al proceso que se seguía ante el Tribunal. El Ministerio Público quería esa información, pero las autoridades de competencia se oponían a esa aspiración. Se debía proteger la confidencialidad a toda costa. En los alegatos en el Tribunal Constitucional, hubo apasionadas presentaciones del Fiscal Raúl Guzmán y del Fiscal Económico Felipe Irarrázabal, con duras referencias de este último sobre la petición del primero¹⁵⁶. Finalmente, la cuestión de competencia fue resuelta a favor del TDLC y, así, pudo resguardarse un punto esencial del programa de inmunidad y clemencia.

Más allá del escándalo público, el caso *Tissue* volvió a demostrar la importancia de la delación compensada. Ambas empresas se auto delataron y aportaron contundente evidencia sobre la existencia del cartel y la forma como se implementó, sin perjuicio de que, con posterioridad, durante el juicio seguido ante el TDLC, SCA no se mostró especialmente colaborativa con la postura de la FNE.

¿Qué enseñanzas nos dejó el caso *Tissue* para la política de carteles? Al igual que los casos de Farmacias y Pollos, varios son los legados de la sentencia N° 160/2017 del TDLC.

En primer lugar, lo peligrosas que resultan las guerras de precios. En estas situaciones siempre existe la tentación de coludirse para superarlas, tal como se probó en el caso Farmacias. El Tribunal es especialmente claro en esta materia al señalar que “la aludida guerra afectó a todos los participantes del mercado y, por lo mismo, todos tenían incentivos a intentar ponerle término, a fin de no disminuir sus márgenes de ganancia”¹⁵⁷.

En segundo término, este fallo entregó los criterios para determinar cuándo una empresa implementa un cartel y coacciona a las demás a participar en el mismo. En este orden de ideas, la tesis del Tribunal fue sumamente exigente en relación con lo que debía entenderse por coacción, limitándola sólo a la *violencia física o psicológica irresistible*¹⁵⁸, criterio que luego sería desestimado por la Corte Suprema quien argumentó que la coacción, en los términos consignados en el artículo 39 bis, alcanzaba a la *vis compulsiva*¹⁵⁹, resolviendo que en este caso se había producido la hipótesis contemplada en dicha norma. Todavía está por verse si la sentencia de la Corte Suprema afectará los incentivos a delatarse. Son inherentes a los carteles las amenazas y represalias, por lo que es peligroso realizar una interpretación más bien laxa sobre el concepto de coacción que contempla el mencionado artículo.

¹⁵⁶ Diario Financiero, “Colusión: Irarrázabal acusa ilegalidad en recurso de Ministerio Público ante Tribunal Constitucional”, 23 de diciembre de 2015, <https://www.df.cl/empresas/actualidad/colusion-irrazabal-acusa-ilegalidad-en-recurso-de-ministerio-publico>

¹⁵⁷ Sentencia N° 160/2017 del TDLC, C° 26°.

¹⁵⁸ “La aplicación de coacción a los demás partícipes de una colusión por parte de uno de los agentes económicos participantes en la misma debe ser interpretada en relación al interés público que la libre competencia busca proteger. Por tanto, la acepción de coacción en este ámbito excluye, de inmediato y necesariamente, los daños o amenazas de daño consistentes en actos competitivos legítimos dirigidos contra el agente contumaz a entrar o mantenerse en la colusión. Tales formas de coacción no hacen sino mantener un estado de competencia entre los agentes del mercado que el legislador protege”. Sentencia N° 160/2017 del TDLC, C° 148°. Por su parte en el considerando 150° el TDLC afirmó que “la coacción que priva a quien la ejerce de los beneficios de la delación compensada sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible”.

¹⁵⁹ “La coacción a que se refiere el artículo 39 bis sólo puede estar constituida por la aplicación sobre la persona, empresa u organización respectiva de fuerza moral o psíquica, esto es, por la vis compulsiva, sin que se pueda entender referida, como lo hacen los falladores, a la primera de las nombradas, es decir, a la vis absoluta (...).”. Sentencia Corte Suprema del 6 de enero de 2020, en los autos rol N° 63.600-2019, C° 21°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

En tercer lugar, se confirma la teoría del acuerdo único¹⁶⁰, ya enunciada en el caso Pollos, lo que es particularmente relevante para efectos de resolver las excepciones de prescripción opuestas en caso de carteles, teoría que después se desarrollará con más precisión en la Sentencia N° 165/2018.

En cuarto lugar, se aclaró que la verificación del cumplimiento de los requisitos¹⁶¹ para acceder a los beneficios de la delación compensada corresponde a la FNE y no al TDLC, como solicitaba SCA y terceros que se hicieron parte en el juicio.

Como se señalaba, en enero de 2020 la Corte Suprema confirmó la condena del Tribunal por colusión a CMPC y SCA¹⁶². Sin embargo, dejó sin efecto el beneficio otorgado por la FNE a CMPC (refrendado por el TDLC), como consecuencia de haber accedido al programa de delación compensada, a través del que se eximía de la pena de multa tras haber confesado su participación y colaborar con la investigación subsecuente¹⁶³.

Por otra lado y en otra de las aristas de este caso, es importante destacar que en este caso cobró especial relevancia el plan de compensación acordado entre el Sernac y CMPC en 2018, a través del cual esta última se obligó a pagar la suma de \$7.000 pesos chilenos a cada uno de los chilenos mayores de 18 años¹⁶⁴. Este acuerdo involucró un desembolso de US\$150 millones por parte de la empresa condenada¹⁶⁵.

En suma, el caso *Tissue* fue otro hito en la política de persecución de carteles que tuvo de todo: dos delaciones, prueba dura, escándalo público y alegaciones de coacción por parte de uno de los delatores. Estas particularidades hacen difícil pensar que vuelva a repetirse un caso como este en el futuro y es de esperar que las grandes empresas hayan tomado debida nota del mismo para no repetir este tipo de conductas.

Antes de continuar con el análisis de otros casos de colusión, no puedo dejar pasar que en medio del *affaire* del *Tissue*, en mayo de 2016, nuevamente la Presidenta Bachelet me designaba en un cargo de alta responsabilidad, esta vez, en la Presidencia del TDLC, luego del concurso realizado por la Corte

160 "La conducta de autos es una sola, de carácter permanente, compuesta de muchas acciones concurrentes y complejas desarrolladas a lo largo del tiempo, y que se mantiene en curso hasta el cese de la última de ellas". Sentencia N° 160/2017 del TDLC, C° 185°.

161 "En nuestra legislación, el beneficio de la delación compensada fue introducido el año 2009 con ocasión de la reforma aprobada por la Ley N° 20.361. En ella, el legislador fue particularmente claro en otorgar exclusivamente a la FNE la decisión de conceder o no el beneficio. Lo anterior no podía ser de otra manera, pues dado lo antes señalado, entender que la concesión del beneficio está sujeta a la verificación por parte de este Tribunal del cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 39 bis haría inoperante la norma, al introducir un elemento de incertidumbre que desincentivaría las auto-denuncias" Sentencia N° 160/2017 del TDLC, C° 191°.

162 Sentencia Corte Suprema del 6 de enero de 2020, en los autos rol N° 63.600-2019. La Tercera, "Corte Suprema rechaza recurso y aprueba acuerdo compensatorio por tissue", 17 de mayo de 2018, <https://www.latercera.com/pulso/noticia/corte-suprema-rechaza-recurso-aprueba-acuerdo-compensatorio-tissue/168704/>

163 FNE, "Corte Suprema condena a CMPC y SCA por colusión en el mercado del papel tissue", 6 de enero de 2020, <https://www.fne.gob.cl/corte-suprema-condena-a-cmpc-y-sca-por-colusion-en-el-mercado-del-papel-tissue/>

164 La Tercera, "Corte Suprema aprueba acuerdo compensatorio por tissue y pago de \$7.000 se iniciará en dos meses", 17 de mayo de 2018, <https://www.latercera.com/pulso/noticia/sernac-informa-pago-7-000-compensacion-se-iniciara-dos-meses/169071/>

165 Diario Financiero, "Corte Suprema finalmente da luz verde para el pago de los \$7.000 por la colusión del papel tissue", 17 de mayo de 2018, <https://www.df.cl/empresas/industria/corte-suprema-finalmente-da-luz-verde-para-el-pago-de-los-7-000-por-la>

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Suprema¹⁶⁶. No fue fácil tomar la decisión de postular al cargo; ya tenía 48 años y terminaría mi periodo a los 54, a buscar trabajo. Es decir, implicaba estar 10 años en el Tribunal más 7 en la FNE, toda una vida. Pero al final pudo más la vocación y, especialmente, el respaldo recibido internamente para que me animara a dar el salto. La experiencia como presidente tuvo luces y sombras.

La odiosa confidencialidad

A propósito de la controversia sobre los antecedentes reservados suscitada entre la Fiscalía Metropolitana Sur del Ministerio Público, el TDLC y la FNE que se describió anteriormente, un breve paréntesis. El ejercicio de las facultades intrusivas, principalmente la incautación de información, empezó a traer muchos dolores de cabeza al sistema de libre competencia por el tema de la confidencialidad.

Sabido es que la información estratégica de las empresas es el activo clave que les permite competir en los mercados y, por lo tanto, se debe proteger a toda costa. Por ello es que en todos los regímenes de libre competencia se regula exhaustivamente la forma como deben aportarse antecedentes y documentos que contengan información confidencial.

Por esta razón el D.L. N° 211 contiene una disposición expresa sobre la materia: el famoso artículo 22, en el que se define genéricamente la confidencialidad como aquella información cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular. A esto se debió suma una regulación más detallada (Auto Acordado N° 11/2008) en la que se normara de la mejor manera posible cómo se acompañaban los documentos que contenían información reservada y/o confidencial, el derecho de las partes a objetarlos y la elaboración de las correspondientes versiones públicas, entre otras materias. Dicho auto acordado fue modificado por el N° 15/2012 y N° 16/2017.

El tratamiento y gestión de la confidencialidad ya era un tema antes de la Ley N° 20.361. Dar con el tono de la versión pública bien elaborada y definir criterios de confidencialidad no era sencillo. Este problema fue incrementándose con el tiempo en la medida en que los casos fueron complejizándose y la litigación se hizo cada vez más intensa. El TDLC pasaba largas sesiones discutiendo y resolviendo las solicitudes de confidencialidad, así como revisando la elaboración de las versiones públicas.

Como señalé, el problema se agudizó con las incautaciones de documentos que realizaba la FNE cuando ejercía las facultades intrusivas como sucedió en los casos de Pollos y *Tissue*. Los documentos incautados, contenidos en las famosas NUE (número único de evidencia) contenían una cantidad relevante de información confidencial, no solamente aquella estratégica o sensible de las empresas, sino también la referida a la identidad de quienes efectuaban declaraciones o aportaban antecedentes en los procesos de delación compensada.

Así, con el tiempo la confidencialidad dejó de ser una actriz secundaria en esa película. En la tramitación de los procedimientos en el Tribunal se empezaron a formar micro procedimientos en torno a la discusión sobre la

166 Diario Financiero, "Bachelet elige a Enrique Vergara como presidente del Tribunal de la Libre Competencia", 10 de mayo de 2016, <https://www.df.cl/empresas/actualidad/bachelet-elige-a-enrique-vergara-como-presidente-del-tribunal-de-la->; El Mercurio, "Presidenta Bachelet designa a Enrique Vergara como nuevo presidente del TDLC", 10 de mayo de 2016, <https://www.emol.com/noticias/Economia/2016/05/10/802046/Presidenta-Bachelet-designa-a-Enrique-Vergara-como-nuevo-presidente-del-TDLC.html>.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

confidencialidad. Presentaciones mal formuladas, peticiones sobregiradas, versiones públicas preliminares, versiones públicas definitivas, etc. copaban las sesiones diarias del TDLC. Para qué decir el sufrimiento y desierto que ha tenido que pasar la Fiscalía en este orden de materias. Expedientes de investigación con miles de páginas dentro de los cuales se debían elaborar versiones públicas de información confidencial o reservada. Una verdadera pesadilla. Para los litigantes también esto les suponía ingentes esfuerzos de tiempo y recursos.

Caso Laboratorios. De ratas y ratones.

La delación compensada y el ejercicio de las facultades intrusivas siguió dando frutos. Se presentaron requerimientos en los mercados naviero, laboratorios, supermercados, servicios ginecológicos y otros. De estos, me gustaría destacar dos, porque cumplen con el objetivo de este trabajo: importan hitos importantes para la política de competencia.

Luego de sendas denuncias de la Contraloría General de la República y del Ministerio de Salud, en agosto de 2012, la FNE inició una investigación y obtuvo la aprobación del TDLC y la autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, para llevar adelante las diligencias de entrada, registro e incautación, así como de interceptación y registro de comunicaciones de los Laboratorios Biosano S.A. ("Biosano"), Fresenius Kabi Chile Ltda. ("Fresenius") y Laboratorio Sanderson S.A. En enero de 2014, Biosano tocó la puerta de la FNE para acogerse al beneficio de delación compensada, el que se le otorgó el 11 de junio de ese mismo año.

Luego de cuatro años de investigación, el 3 de agosto de 2016, la FNE requirió a esos tres laboratorios por celebrar y ejecutar un acuerdo para afectar el resultado de procesos de licitación pública convocados por Cenabast, para la adquisición de medicamentos inyectables genéricos contenidos en envases de menor volumen, también llamados ampollas. En específico, las requeridas habrían acordado cuál de ellas ofertaría el menor precio en las licitaciones de ampollas convocadas por Cenabast, con el objetivo de determinar quién proveería estos medicamentos a dicho organismo.

Lo interesante de este caso es el prolongado período de tiempo que habría durado el cartel según la FNE -casi 15 años, de 1999 a 2013-, y la circunstancia que la conducta estaba compuesta por un sinnúmero de acuerdos particulares destinados a alterar los resultados de los procesos de licitación convocados por Cenabast, los que de acuerdo con la teoría del caso constituían un acuerdo único. En su defensa, Fresenius, junto con solicitar el rechazo del requerimiento, opuso la excepción de prescripción respecto de aquellos acuerdos ocurridos antes de los cinco años contados desde la notificación del líbello.

Así las cosas, la definición del acuerdo único se tornó en el tema principal de la causa. Nunca antes, ni siquiera en los casos de Pollos y *Tissue*, se había discutido tanto este punto. En este caso, efectivamente, existían acuerdos entre las requeridas para hacer fracasar el resultado de procesos de licitación, por lo que era perfectamente posible pensar y sostener que cada uno de ellos era un acuerdo particular que debía tratarse en su mérito.

El TDLC acogió la tesis de la FNE y sentó las bases doctrinarias del acuerdo único. Lo esencial era que existiera una identidad o similitud entre las empresas, el objeto del acuerdo, su modo de implementación y el grupo medular de ejecutivos a cargo de su coordinación. En la sentencia, se consiga lo siguiente: "se estará en presencia de un acuerdo único cuando se ejecuten varios acuerdos que tienen un mismo

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

objeto (por ejemplo, afectar el resultado de determinados procesos licitatorios) entre un grupo modular 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 de ellos en el tiempo. Como se anticipó, la existencia de un acuerdo único se puede inferir de uno o más elementos de los acuerdos particulares, tales como la forma como se implementan, los ejecutivos que participan en los mismos, los lugares en que se reúnen y los medios que utilizan para contactarse, entre otros. Adicionalmente, es necesario que los múltiples acuerdos que permiten inferir el acuerdo único se hayan desarrollado de forma continua, sin perjuicio de que el acuerdo pueda ser interrumpido durante un lapso de tiempo. Lo determinante en este último caso será revisar las identidades o similitudes entre los acuerdos celebrados antes de su interrupción o cese y los celebrados después, identidades que dicen relación con el objeto del acuerdo, el grupo modular de ejecutivos que participa en el mismo y sus formas de implementación”¹⁶⁷.

Por último, cómo olvidar algunos correos internos de una de las requeridas, en los que los ejecutivos se referían a la competencia como “ratas y ratones”¹⁶⁸.

Caso Supermercados. Hub and Spoke. La desvalorización del compliance

Otro caso con gran repercusión mediática es el de los supermercados. En paralelo con el caso Pollos, la FNE allanaba las dependencias de los tres principales supermercados del país: Walmart S.A. (“Walmart”), Cencosud S.A. (“Cencosud”) y SMU S.A. (“SMU”)¹⁶⁹. Nuevamente se volvía a demostrar la importancia de la reforma del año 2009 que dio lugar a la Ley N° 20.361, que había otorgado facultades intrusivas a la FNE. Este organismo, en coordinación con el Departamento de Organizaciones Criminales OS9 de Carabineros de Chile, lograba incautar valiosa correspondencia electrónica de diversos ejecutivos de dichas cadenas con proveedores de pollo fresco que resultaría vital para acreditar el acuerdo imputado. En enero de 2016, la FNE presentaba su requerimiento en contra de las cadenas de supermercados mencionadas por haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinada a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados que fuera igual o superior a su precio de lista mayorista, conducta que se habría ejecutado al menos entre los años 2008 y 2011¹⁷⁰.

Al igual que en el caso Farmacias, el acuerdo imputado no se había producido por contactos directos entre los competidores, sino que habían utilizado a los proveedores de pollo fresco para tal fin. Esta práctica consistía en que las cadenas de supermercados de manera consciente habían observado y exigido, en forma colectiva y por medio de sus proveedores comunes, que sus competidores aplicaran una regla que buscaba impedir la venta de pollo fresco en supermercados bajo su costo de adquisición mayorista (o precio de lista, precio de

167 Sentencia N°165/2018 del TDLC, C°12°.

168 Uno de los ejecutivos señaló en un correo electrónico de fecha 5 de mayo de 2005 que tenía “una reunión con la rata y el roedor en el Vasco para retomar las negociaciones”; mientras que en otro de fecha 7 de septiembre de 2006 afirman la necesidad de “tomar un pronunciamiento acerca de qué hacer con los roedores”. Sentencia N°165/2018 del TDLC, C°42°.

169 Radio BíoBío, “FNE allana oficinas de grandes cadenas de supermercados por posible colusión”, 14 de diciembre de 2011, <https://www.biobiochile.cl/noticias/2011/12/14/fne-investiga-posible-colusion-de-las-grandes-cadenas-de-supermercados.shtml>

170 Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, 7 de enero de 2016, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/01/requ_01_2016-1.pdf.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

referencia o costo, indistintamente). Este precio mínimo de venta estaría dado por el precio de lista, más IVA. Así, las requeridas actuaban bajo el conocimiento de que los demás competidores se encontraban sujetos a la misma regla y habían supeditado su cumplimiento al seguimiento de la misma por parte del resto.

Dos lecciones nos dejaron este caso. La primera es la distinción entre un acuerdo expreso y una práctica concertada tipo *hub and spoke*. En esta línea, vale la pena destacar algunos considerandos del Tribunal en su Sentencia N° 167/2019. El primero de ellos es el décimo quinto, conforme al cual el órgano jurisdiccional aclara que lo relevante consiste “en establecer cuándo un acuerdo meramente vertical (es decir, entre firmas que participan en diferentes niveles de una cadena de distribución), que puede ser legal o contrario a derecho dependiendo de las circunstancias, pasa a configurar uno de tipo horizontal (es decir, entre competidores), de naturaleza ilegal. Para ello se requiere acudir a elementos adicionales que permitan inferir una coordinación horizontal”¹⁷¹. En este mismo orden de ideas, el considerando décimo séptimo explica detalladamente en qué consiste la práctica concertada denominada *hub and spoke* en los siguientes términos: “una situación en que una firma (el “hub” o “centro”) mantiene varios acuerdos verticales separados con firmas que son aparentemente competidoras entre sí (los “spokes” o “rayos”), pero que en realidad mantienen un acuerdo implícito entre ellas. La doctrina suele acudir a la figura metafórica de una rueda de bicicleta para ilustrar esta situación. En el presente caso, los rayos son las reglas de comportamiento para cada cadena requerida y el centro serían los proveedores de pollo fresco”¹⁷².

La segunda lección que nos entrega este caso se relaciona con el valor de los programas de cumplimiento normativo o *compliance*. Las tres requeridas habían alegado que contaban con este tipo de programas y, por consiguiente, deberían ser eximidas de la aplicación de multas o, al menos, que estas fueran reducidas. El Tribunal, en primer lugar, da a entender que un programa serio, creíble y efectivo puede llegar a eximir de sanciones a quien lo implementa. Ilustrativo a este respecto es el considerando centésimo septuagésimo octavo en el que se explica que “en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las características que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores. En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad”¹⁷³.

Enseguida, el Tribunal agrega que la evaluación sobre la seriedad del programa le corresponde de manera discrecional y entrega los elementos que necesitan ser implementados para ser tomados en consideración. Así, sostiene que “la implementación de un programa “real” de cumplimiento y ética va más allá del mero cumplimiento de un listado de requisitos. De hecho, los propios elementos que debieran conformarlo varían dependiendo, entre otros factores, del tamaño de la firma (lo que implica, por cierto, que en el caso de Walmart la exigencia es elevada). En esto, existe una diferencia fundamental con el régimen contemplado en el artículo 4° de la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en ciertos delitos.

171 Sentencia N°167/2019 del TDLC, C°15°.

172 Sentencia N°167/2019 del TDLC, C°17°.

173 Sentencia N°167/2019 del TDLC, C°178°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

En sede de libre competencia, lo relevante es que el programa pueda ser calificado como serio, creíble y efectivo, cuestión que no depende del número de elementos que contenga”¹⁷⁴.

Los elementos relacionados con la seriedad, credibilidad y efectividad de un programa de cumplimiento habían sido entregados en anteriores fallos del mismo Tribunal y en la Guía de Programas de Cumplimiento de la FNE. Estos se relacionan, esencialmente, con el nombramiento de un oficial de cumplimiento independiente con acceso directo a las más altas autoridades de la firma, el involucramiento real del directorio, capacitaciones efectivas de los ejecutivos del área comercial y la gerencia general, canales de denuncia anónima, sanciones a los trabajadores que incumplan el programa, denuncias ante la autoridad en el caso de encontrarse una conducta contraria a la libre competencia, evaluaciones del programa y seguimiento del mismo, entre otros.

La Corte Suprema, sin embargo, tuvo un criterio distinto. El solo hecho de que se haya producido el ilícito probaba, en su concepto, que el programa no era efectivo y, por lo tanto, la empresa no podía ser acreedora del beneficio de exención de la sanción. En este sentido señala que “un plan de cumplimiento completo, real y serio exige un examen también desde el punto de vista de su efectividad. En este sentido, un instrumento que reúna todos estos requisitos necesariamente será eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia. Por el contrario, la verificación de una práctica anticompetitiva como aquella reprochada en estos antecedentes, que se extendió por, a lo menos cuatro años según el requerimiento de la FNE, deja en evidencia que las directrices impuestas por las empresas requeridas no resultaron idóneas o eficaces en el cumplimiento de la finalidad preventiva que las caracteriza, circunstancia que deja de manifiesto, por un lado, la necesidad de su perfeccionamiento y, por otro, el merecimiento de una sanción”¹⁷⁵

Como se puede apreciar, la política de persecución de carteles tuvo un notable avance en el período que comprende este trabajo. Perfeccionamientos al tipo infraccional, introducción de la regla *per se*, aumento sustantivo de las multas, reglas especiales de prescripción, facultades intrusivas, programa de delación compensada, criminalización de la colusión y un buen número de casos en los que se sancionaron este tipo de prácticas, demuestran la relevancia de contar con un sistema que permita prevenir, disuadir y perseguir con rigor estas prácticas nefastas para el sistema de mercado, comúnmente llamadas “*el mal supremo*”¹⁷⁶ de la libre competencia.

IV. ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE

A diferencia de los carteles, los abusos unilaterales son bastante menos *sexys* porque no tienen ese morbo propio de una asociación ilícita, y existen menos pormenores o anécdotas vinculadas en sus casos. Por lo mismo, esta sección tiene menos condimento que la primera; me costó mucho esfuerzo acordarme de alguna vivencia particular ligada a alguna causa, a diferencia de lo que ocurrió en los casos de colusión y, como veremos, de lo vivido con las operaciones de concentración económica.

174 Sentencia N°167/2019 del TDLC, C°182°.

175 Sentencia de la Corte Suprema de 8 de abril de 2020, en los autos Rol N° 9361-2019.

176 Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 2004.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Los abusos unilaterales tienen la particularidad de ser esencialmente figuras grises, en las que no es sencillo de determinar su ilicitud. Es más, el reproche está a la vista, no es una práctica escondida como ocurre con las conductas coordinadas. Por esta razón, se analizan bajo la regla de la razón, esto es, un agente económico solo puede ser sancionado por esta conducta en la medida que se pruebe su posición de dominio y el acto abusivo acusado haya producido efectos, actuales o potenciales, en el mercado afectado, los cuales no han podido ser compensados por eficiencias.

A continuación, revisaremos cómo evolucionó el tipo legal de los abusos unilaterales y algunos casos que han ido sentando doctrina en esta materia.

Evolución legal

Hasta la reforma del año 2003, mediante la Ley N° 19.911, nuestro sistema de protección de libre competencia no contaba con una descripción adecuada de los ilícitos anticompetitivos. Al igual que el actual artículo 3° del D.L. N° 211, el texto vigente entre 1973 y 2003 establecía en su artículo 1° un tipo general¹⁷⁷ que sancionaba con penas privativas de libertad cualquier hecho, acto o contrato que tendiera a impedir la libre competencia. Sin embargo, al momento de listar específicamente las conductas que impedían la libre competencia en el artículo 2°¹⁷⁸, el Decreto Ley de 1973 mostraba graves deficiencias, una de las cuales era, como se ha explicado, la falta explícita de la figura del abuso de posición dominante. Esa deficiencia fue subsanada el año 1979, pero en un artículo distinto al que contiene la infracción.

Pese a esta deficiencia, los organismos encargados de velar por la libre competencia en los mercados no tuvieron mayores inconvenientes en conocer y sancionar abusos de posición dominante. El artículo 1° antes citado y la figura residual del artículo 2° letra f) dejaban un margen de maniobra bastante flexible a las autoridades para conocer, en la práctica, cualquier materia relacionada con la libre competencia.

Como se anticipó, buena parte de la labor de la Comisiones Antimonopolio se enfocó, sobre todo en los 90, en casos relacionados o, mejor dicho, derivados de los procesos de liberalización de ciertos sectores de la economía, muchos de los cuales fueron presentados como abusos de posición dominante. La OCDE en su Informe Acceso de Chile, en el capítulo de competencia, es particularmente clara en esta materia, resaltando la importancia que tuvo la institucionalidad de libre competencia en la evolución de nuestro sistema económico. En efecto, señala dicho informe que “muchacha de la aplicación de la ley en torno al

177 Art. 1: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado”

178 Art. 2: “Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes: a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas; b) Los que se refieran al transporte; c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores; d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros; e) Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entorpecen el legítimo acceso a una actividad o trabajo, y f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia”.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

abuso de posición dominante ha estado relacionada con monopolios de infraestructura. Se ha sugerido que muchos países sudamericanos se equivocaron al comenzar con un modelo norteamericano para la ley de competencia, ya que dicho modelo no es necesariamente apto para el tratamiento de problemas fundamentales aparecidos tras una historia de intervención estatal en la actividad económica (De León, 2001). Al concentrarse en el monopolio de infraestructura, Chile parece ser una excepción¹⁷⁹. Esta conclusión también había sido recogida en el Examen Inter-Pares al cual se sometió nuestro país el año 2004¹⁸⁰.

La Ley N° 19.911 vino a llenar el vacío de no contar expresamente con esta prohibición. El nuevo artículo 3° mantuvo, en lo medular, el tipo general establecido en el artículo 1°, pero consagró, en su inciso segundo, de manera mucho más pulcra los actos, hechos o convenciones que podían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a ello. De este modo, se introdujo en la letra a) a los acuerdos ilícitos, de lo cual ya hablamos en la sección anterior, en la letra b) a los abusos de posición dominante y en la letra c) a los actos de competencia desleal y las prácticas predatorias que tuvieran por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio.

La nueva norma de abusos unilaterales introducida por la Ley N° 19.911 se ha mantenido en sus elementos esenciales hasta estos días. El artículo 3° letra b) señalaba que estaba prohibida “La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”. La disposición contenía un pequeño error que posteriormente fue corregido en la Ley N° 20.361; era redundante la expresión “conjunto de empresas con un controlador común” porque ese es un solo agente económico en el derecho de la competencia, por lo que se sustituyó la frase “de una empresa o conjunto de empresas que tengan un controlador común” por los términos “de un agente económico, o un conjunto de ellos”. Con esta modificación llegaba a nuestro ordenamiento jurídico la controvertida figura del abuso de posición dominante colectivo, respecto de la cual no están claros sus deslindes con la colusión tácita y el mero paralelismo. El tiempo ha demostrado las dificultades prácticas que tiene esta conducta, ya que muy pocos casos, acaso ninguno, han sido sancionados por el TDLC.

Casos más relevantes

En cuanto a los casos más emblemáticos que ha conocido el TDLC desde su creación, se debe tener presente que en la mayoría de ellos han intervenido particulares, ya sea denunciando la práctica ante la FNE o demandando directamente ante el TDLC. Esto no debe llamar mucho la atención puesto que, en general, la experiencia comparada muestra que en la persecución de los abusos unilaterales la agencia de competencia descansa en el *enforcement* privado. Lo anterior se debe a que las empresas directamente afectadas por el acto -generalmente exclusorio- son la que tienen la sensibilidad de primera mano sobre el abuso cometido y, en este sentido, empujan los procedimientos destinados a sancionarlos. Las autoridades, por su parte, dedican sus esfuerzos y prioridades en la lucha contra los carteles.

179 OCDE, *Derecho y Política de Competencia en Chile. Examen de Acceso*. 22.

180 “Available data do not indicate how many of Chile’s monopolisation cases involved infrastructure monopolies, although it is clear that the competition institutions have devoted very substantial resources to those sectors” OCDE, *Competition Law and Policy in Chile. A Peer Review* (Paris: OECD Country Studies, 2004), 22.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Hecha esta prevención, a continuación, repasaremos brevemente algunos casos de abusos unilaterales que fueron acogidos por el Tribunal, en la mayoría de los cuales intervienen, como se señaló, actores privados.

El Tribunal en sus primeros años de vida conoció algunos casos de abusos unilaterales, destacando el de Chiletabacos, empresa super-dominante en el mercado de cigarrillos. Phillip Morris, su principal competidor, la demandó ante el TDLC por haber impuesto barreras artificiales a la entrada que le impedía, o a lo menos entorpecía, su ingreso al mercado. Dichas barreras consistían en conductas de negativa de venta, amenaza de negativa y negativa efectiva de crédito, retiro de productos y elementos de promoción, comunicación e información a los distribuidores de cigarrillos; y en la entrega de incentivos pecuniarios a condición de no exhibir ni vender productos de la demandante. Los distribuidores afectados eran, principalmente, quioscos de diarios y revistas, y almacenes de menor tamaño. También estas barreras se habían impuesto en los puntos de venta de mayor tamaño mediante la celebración de contratos de exclusividad, a cambio de exhibir y/o comercializar en exclusiva los productos de CCT. A través de estas prácticas, Chiletabacos, que a la sazón tenía más de un 90% de participación de mercado, buscaba cerrarlo.

Todas esas conductas fueron declaradas ilícitas por el Tribunal. En la Sentencia N° 26/2005, consideró que le asistía “la convicción de que las condiciones de exclusividad pactadas en los contratos de CCT constituyen, en los hechos, una limitación objetiva a la venta y comercialización de cigarrillos Philip Morris, circunstancia que obstaculiza la competencia en el mercado en cuestión y adquiere la connotación de barrera estratégica a la entrada que permite a CCT mantener su predominio en dicho mercado”¹⁸¹, para más adelante señalar que “las cláusulas de exclusividad e incentivos antes indicadas son, a la vez, fuente y medida de un ejercicio ilícito del poder de mercado que detenta CCT, toda vez que actúan como un verdadero cerrojo que impide, en los hechos, la venta de cigarrillos de otras marcas en los puntos de venta High Trade, los que, además, no pueden negarse a pactarlas, pues, por una parte, no les es conveniente prescindir de la venta de cigarrillos de Chiletabacos, dado que, tal como se ha acreditado, éstos son los más consumidos por el público y, por la otra, reciben incentivos económicos evidentes por aceptarlas”¹⁸².

Otro caso destacado de la época fue el de Transbank, empresa que con los años se ha transformado en un verdadero dolor de cabeza para los organismos de libre competencia, quienes han debido conocer múltiples asuntos relacionado con esta plataforma. Esta fue una causa heredada de la Comisión Preventiva Central, la que en su Dictamen N° 1270/2003 determinó que dicha empresa había abusado de su posición dominante mediante el cobro de precios discriminatorios y abusivos hacia los comercios que aceptan tarjetas de crédito bancarias, y que dicha compañía tenía una estructura tarifaria discriminatoria hacia los emisores de tarjetas, ordenando al Fiscal Nacional Económico a deducir el correspondiente requerimiento.

Esta investigación marcó los tiempos del trabajo interno de la FNE en aquella época. Era una de las investigaciones más importantes y había que estar a tono. El mercado presentaba evidentes problemas para la libre competencia y era de aquellos casos que no se podían perder por la importancia de la industria involucrada.

181 Sentencia N° 26/2005 del TDLC, C° 20°.

182 Sentencia N° 26/2005 del TDLC, C° 22°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Durante el procedimiento la Fiscalía, la Cámara de Comercio de Linares y Transbank, llegaron a un avenimiento parcial mediante el cual se regularon una serie de materias como la manera que los bancos podían afiliar comercio, la publicidad de las tarifas que los comercios pagan a los adquirentes, el menor valor que debían tener las comisiones que se cobraban por el uso de tarjetas de débito frente a las de crédito, el acceso que debía dar Transbank a los emisores autorizados por el Banco Central y que fueran fiscalizados por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, entre otras. En la parte no cubierta por el avenimiento, la firma fue sancionada por abuso de su posición dominante en el mercado de los medios de pago, por haber discriminado a Coopeuch.

Otro caso heredado de las Comisiones Antimonopolio fue la acusación que formuló Compañía Minera S.A. en contra de Sociedad Sal Punta de Lobos S.A. por abuso de posición dominante en el mercado de servicios portuarios para el transporte de sal en la Región de Tarapacá. Dos fueron los cargos que formuló la primera empresa en contra de la segunda: (i) el intento de monopolizar el mercado relevante antes indicado al intentar comprar el Puerto de Patache; y (ii) el ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas tendientes a impedir que Cordillera adquiriera dicho puerto. La FNE, al evacuar el informe que solicitó la Comisión Resolutiva, había deducido un requerimiento en contra de Punta de Lobos por estos mismos hechos.

El final de la historia es conocido. El año 2006, la empresa demandada fue sancionada por haber impuesto barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores con el objeto de mantener su posición de dominio en el mercado interno de la sal. Lo trascendente de este caso fue que el Tribunal fijó el estándar para considerar cuándo el ejercicio de acciones judiciales y administrativas puede calificarse de abusivo, señalando al efecto que “las acciones y peticiones -en principio legítimas- pueden ser constitutivas de infracciones que a este Tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia”¹⁸³. Para determinar dicha finalidad, la sentencia se basó, principalmente, en el carácter contradictorio de las acciones ejercidas por la empresa demandada.

En 2006 también se decidió uno de los casos más controversiales en materia de abusos unilaterales. Me refiero a la demanda de Producción Química y Electrónica Quimel S.A. en contra de James Hardie Fibrocementos Limitada, por precios predatorios. Como sabemos, el TDLC rechazó la demanda porque no se había configurado ninguno de los supuestos para que dicha conducta llegue a sancionarse, esto es, “si durante el desarrollo de la alegada estrategia de predación la parte demandada ha dispuesto de suficiente poder de mercado, de forma tal que este supuesto dominio de mercado le haya provisto de una razonable expectativa de recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo, en caso de ser válida la acusación de fijación de precios predatorios. Y segundo, en caso de cumplirse la condición anterior, si existen indicios definitivos sobre la alegación de fijación de precios de venta por debajo de los costos relevantes”¹⁸⁴.

Sin embargo, la Corte Suprema tuvo una interpretación más bien formalista del artículo 3° letra c) del D.L. N° 211. Al efecto, puntualizó que de dicha disposición se podía colegir que no era necesario “para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisamente por no tenerla. En el caso sub lite, tal como ya se ha

183 Sentencia N°47/2006 del TDLC, C°86°.

184 Sentencia N° 39/2006 del TDLC, C° 5°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

manifestado, James Hardie durante los años en que operó en nuestro país mantuvo una conducta de precios predatorios, es decir, tuvo como estrategia para la venta de las planchas de fibrocemento la aplicación de precios artificialmente bajos, sin mediar eficiencia desde que vendió bajo el costo de producción”¹⁸⁵.

Dos años después, en 2008, el TDLC vuelve a emitir una sentencia condenatoria por abusos unilaterales cuyo origen es una demanda de privados. En esta oportunidad, la empresa GTD Teleductos S.A. (“GTD”) acusó a la Empresa de Ferrocarriles del Estado (“EFE”) de abusar de su posición dominante al discriminar arbitrariamente en la determinación de los precios de los atraviesos de la vía férrea. Más allá de la multa que impuso el Tribunal a EFE y de la obligación de que ésta modificara su “Reglamento de Atraviesos, Paralelismos y Apoyos”, el fallo fijó un criterio muy importante en materia de prescripción. La infracción no se entendía ejecutada al momento de dictarse el referido Reglamento “sino en su aplicación a los atraviesos de GTD mediante el cobro de los precios abusivos reprochados; lo cual constituye una actividad continuada o de tracto sucesivo, que se verifica o ejecuta desde el establecimiento de los parámetros de cobro cuestionados, cada vez que EFE exige el pago de las tarifas abusivas denunciadas, y que cesa o concluye una vez que éstos dejan de aplicarse o son reestructurados”¹⁸⁶. Este criterio fue utilizado invariablemente en todos los casos en los que se oponía una excepción de prescripción por conductas similares de abusos unilaterales.

Un año más tarde, en 2009, el TDLC dictó la Sentencia N° 85/2009 en la que se condenó por abuso de posición dominante a algunas empresas sanitarias por cobros abusivos y discriminatorios que estas habrían realizado a compañías constructoras e inmobiliarias, por los servicios de provisión de servicios sanitarios de calidad suficiente para cumplir con las normas de urbanización de un proyecto sanitario que se encontraba fuera del área de concesión. Como viene siendo la tónica, en este caso intervino un demandante particular y la FNE. La importancia del juicio radica, a mi juicio, en que es uno de los primeros casos en que se plantea indirectamente la controvertida discusión sobre los precios excesivos.

El mismo año 2009 nuevamente el TDLC falló un asunto en el que la FNE y un privado van de la mano: la Sentencia N° 90/2009. Me refiero al caso de los Fósforos, iniciado en junio de 2008 por un requerimiento de la agencia en contra de la Compañía Chilena de Fósforos (“CCF”), al que dos meses después se sumó Canadá Chemical mediante la presentación de una demanda que fue acumulada a la primera causa. En este caso, al igual que en el Chiletabacos, la posición de dominio de CCF era incontrarrestable y se determinó que había establecido barreras a la entrada de nuevos competidores al tratar de cerrar el mercado mediante cláusulas de exclusividad y un sistema de incentivos anticompetitivos.

También en 2009 se falla el famoso caso Celulink, originado nuevamente en una demanda de privados, en este caso, OPS Ingeniería Limitada (“OPS”) en contra de Telefónica Móviles de Chile S.A. (“Telefónica”) a la cual fue posteriormente acumulada la demanda de otros privados Interlink Global Chile Limitada (“Interlink”) y Sistek Limitada (“Sistek”). Lo relevante del caso es que la empresa demandada fue condenada por incurrir en una conducta siempre controvertida en el derecho de la competencia, cual es la discriminación de precios y, en particular, el estrangulamiento de márgenes. En efecto, en su sentencia el TDLC junto con confirmar la posición de dominio de Telefónica, consideró que ésta la tenía en el mercado de terminación

185 Sentencia de la Corte Suprema del 29 de noviembre de 2006, en los autos Rol N° 3449-06, C° 6°.

186 Sentencia N° 76/2008 del TDLC, C° 9°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

de llamadas fijo-móvil, conexo al mercado de servicios de telefonía móvil y había incurrido “en una práctica de discriminación arbitraria de precios en contra de las empresas demandantes, consistente en explotar abusivamente su posición de dominio en el mercado de la telefonía móvil, mediante el estrangulamiento del margen de sus competidoras en el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, con el objeto de mantener o incrementar así su posición de dominio en este último”¹⁸⁷.

Seguimos en el año 2009. Como se ha señalado tantas veces en este trabajo, en dicho año se dictó la Ley N° 20.361, la que en materia de abusos unilaterales no introdujo mayores innovaciones salvo la incorporación del abuso de posición dominante colectivo y el aumento del plazo de prescripción de dos a tres años contado desde la ejecución de la conducta atentatoria a la libre competencia.

Un año más tarde y también como se ha explicado con anterioridad, la OCDE aprobaba el acceso de Chile a dicho organismo. En lo que respecta a la política de competencia y, específicamente, en el tema de los abusos unilaterales, llamó la atención de dicha organización que las disposiciones contractuales podían ser consideradas abusivas, así como la presentación de acciones legales litigiosas. Curiosamente cita como casos relevantes el requerimiento de la FNE contra Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A. de 2006, y otro requerimiento de la FNE, esta vez, contra la Empresa Eléctrica de Magallanes S.A., porque se tratan de asuntos relacionados con abusos unilaterales explotativos, figura que es menos común que los abusos unilaterales exclusorios. También cita casos relevantes de negativas de ventas, discriminaciones, cláusulas de exclusividad (caso Chiletabacos) y precios predatorios (Producción Química y Electrónica Quimel S.A. vs. James Hardie Fibrocementos Ltda.). A propósito de los precios predatorios, la OCDE en una de sus conclusiones alerta sobre la inconsistencia que se pueden presentar entre las decisiones del TDLC y de la Corte Suprema, al señalar que “[l]a incertidumbre sobre lo que hará el TDLC se magnifica por la inconsistencia de las orientaciones de la Corte Suprema. La propia Corte Suprema carece de capacidad para abordar cuestiones económicas complejas y sus desacuerdos con el TDLC revelan una prolongada preferencia judicial por las decisiones relacionadas con las categorías y normas jurídicas. La incertidumbre persiste en los métodos para la definición de mercados, el estándar sustantivo aplicable a las fusiones y el estándar de convicción aplicable a los carteles duros. Las normas aplicadas a la exclusión predatoria son difusas. Más concretamente, una decisión de la Corte Suprema implica que se pueda determinar que la fijación de precios es predatoria en ausencia de poder de mercado, tratándola casi como un ilícito *per se*”¹⁸⁸.

Ese año 2010 siguió trayendo noticias importantes en el mercado de las telecomunicaciones, cliente favorito del sistema. En marzo, el TDLC dicta la Sentencia N° 97/2010, en la que se sientan las bases jurisprudenciales de la venta atada. El demandante nuevamente es un privado -Voissnet S.A.- y la demandada vuelve a ser Telefónica, esta vez acusada de condicionar contractualmente la venta de banda ancha a la contratación de servicio telefónico, atando comercialmente a dicha oferta conjunta un determinado número de minutos de tráfico de voz, con precios implícitos negativos para éstos últimos. En definitiva, el Tribunal condenó a esta empresa por abusar de su posición de dominio en el mercado del producto de telefonía, que era el producto atado o vinculado. La importancia de esta sentencia es que señala que la venta atada es una conducta que puede tener al mismo tiempo un carácter excluyente y uno explotativo. Así, por una parte, expresa que se

187 Sentencia N° 88/2009 del TDLC, C° 126°.

188 OCDE, *Derecho y Política de Competencia en Chile. Examen de Acceso*, 54.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

levanta una “barrera prácticamente infranqueable a la entrada y excluyendo a los que actualmente participan en el mercado del producto vinculado”¹⁸⁹ ; y, por otra, explica que “la restricción, explícita o implícita, de la libertad de los clientes para decidir si contratan telefonía y para determinar a su proveedor, tiende a afectar la libre competencia, pues altera el proceso de asignación de recursos basado en el mercado”¹⁹⁰ .

El mismo año 2010 vuelve a decidirse un asunto relacionado con el cobro de precios. Me refiero al caso del Puerto Terrestre Los Andes (“PTLA”), nuevamente promovido por un particular. En este asunto diversos importadores de automóviles provenientes de la zona central de Argentina y Brasil a la zona central de Chile, demandaron a PTLA porque habría abusado de su posición de dominio al cobrar la tarifa máxima correspondiente al servicio regulado de estiba y desestiba, en circunstancias que éste no habría sido el servicio que efectivamente presta. Además, se le imputó cobrar una tarifa abusiva por el servicio que efectivamente había provisto, ya que, en concepto de las demandantes, el servicio prestado sería más simple o de menor esfuerzo o actividad. En definitiva, el TDLC acogió parte de las demandas y determinó que PTLA había infringido el artículo 3° letra b) del Decreto Ley N° 211 “al abusar de su condición de monopolio legal en la provisión de los servicios en cuestión mediante el cobro de la tarifa máxima correspondiente al servicio regulado de estiba y desestiba (TEDO), en circunstancias que éste no es el servicio que efectivamente presta y considerando, adicionalmente, que dicho cobro carece de justificación tanto jurídica como económica”¹⁹¹. Este fallo fue posteriormente revocado por la Corte Suprema al acoger los recursos de reclamación¹⁹².

En abril de 2011, el Fiscal Nacional Económico de la época interponía un requerimiento que tuvo cierta repercusión pública. En el líbello acusaba a Embotelladora Andina S.A. y a Coca-Cola Embonor S.A. de haber abusado de su posición dominante en el mercado de distribución y comercialización de bebidas carbonatadas, al establecer en el canal tradicional un sistema de distribución muy parecido al que se analizó en los casos de Chiletabacos y Fósforos, esto es, uno en el que se entregaban incentivos supeditados a que los destinatarios de ellos no publicaran, exhibieran o comercializaran bebidas carbonatadas de la competencia (Marcas B o alternativas). Como era de esperarse en un caso de abuso de posición dominante, empresas privadas¹⁹³ también demandaron a Andina y Coca-Cola, por lo que hubo que acumular diversas causas. Así, con el precedente de los mencionados casos de Chiletabacos y Fósforos, las partes demandadas exploraron la posibilidad de arribar a una conciliación con el ente persecutor y los demandantes privados, la que finalmente se produce y se aprueba por resolución de 22 de noviembre de 2011¹⁹⁴. En dicho avenimiento, las empresas requeridas se obligaron a no establecer de ninguna forma exclusividades verticales, incentivos exclusorios ni incentivos retroactivos.

189 Sentencia N° 97/2010 del TDLC, C° 61°.

190 Sentencia N° 97/2010, del TDLC, C° 62°.

191 Sentencia N° 100/2010 del TDLC, C° 103°.

192 Sentencia Corte Suprema de 28 de enero de 2011, en los autos rol N° 6100-2010.

193 Embotelladora Latinoamericana S.A., Industrial y Comercial Lampa S.A., Embotelladora Castel Limitada y Sociedad Comercial Antillanca Limitada.

194 Resolución TDLC, que aprueba la conciliación en los autos Rol N° C-221-11.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Dos años después, en abril de 2013, la FNE nuevamente ponía en jaque a otro proveedor de bienes y mercaderías relevante, esta vez, interponiendo un requerimiento en contra de Unilever Chile S.A. ("Unilever") por haber abusado de su posición dominante en el mercado de los detergentes para el lavado de ropa, en el que dicha empresa participaba a través de sus marcas OMO, Drive, SKIP y Rinso. Nuevamente se acusaba a una gran empresa de entregar, reiterada y sistemáticamente, incentivos por exclusividad y descuentos condicionales retroactivos. En este caso, estas restricciones se vinculaban con el uso de espacios para la comercialización de dichos productos, tanto en el canal tradicional como en el supermercadista. En este asunto también hubo actores privados¹⁹⁵ que demandaron a Unilever y también se llegó a una conciliación¹⁹⁶. Esta resolución es más quisquillosa que las anteriores por cuanto el TDLC comienza a realizar ciertas prevenciones antes de dar su aprobación a este tipo de acuerdos. En este sentido, señalaba que su resolución no significaba "un pronunciamiento general sobre el contenido de sus cláusulas, aplicables en cualquier mercado y circunstancias".

Nos saltamos al 2014. De nuevo aparece en escena la controvertida figura de los precios excesivos en el caso Campomar con Santa Rosa de Tunquén. Lo destacable de la Sentencia N° 140/2014 es que en esta oportunidad se explicitaron criterios y se marcaron las diferencias. La demandante acusó a la demandada de haberle impuesto precios excesivos en el mercado de la provisión de servicios de agua potable en el Condominio Campomar, en el cual detentaba poder monopolístico. Sin perjuicio de que la demanda finalmente fue rechazada, por primera vez se transparentan las posiciones que tenían los ministros de la época sobre esta materia. Así, la mayoría (ministros Tapia, Saavedra y el suscrito) coincidieron en que, bajo ciertas circunstancias, podía ser sancionada una conducta de precios excesivos. Había razones de texto legal (artículo 3° letra b) y doctrinarios para ello, concluyendo que luego de un análisis en dos etapas podía configurarse la infracción.

La primera etapa "consiste en determinar el mercado relevante y analizar su estructura, con la doble finalidad de determinar si se está en presencia de una firma dominante cuya posición no sea resultado de inversiones pasadas o innovación, sino de otras fuentes, como derechos especiales o exclusivos; y si existen barreras de entrada altas y de naturaleza no transitoria que protejan el mercado"¹⁹⁷. A su vez, la segunda consiste en determinar la naturaleza excesiva del cobro para cuyo análisis deben utilizarse "de manera simultánea todos los estándares de comparación disponibles, incluyendo, por ejemplo, el análisis de costos (lo que en concreto implica establecer si el precio cobrado por el producto excede el costo medio total), precios (por ejemplo, históricos o cobrados a diversas clases de clientes) y utilidades de la firma dominante"¹⁹⁸.

Por su parte, el ministro Menchaca y la ministra Domper adujeron que en el Derecho y jurisprudencia chilenos no existía como conducta sancionable la institución de los precios excesivos explotativos. En su opinión, lo que se debía determinar "no es si ese precio es mayor mucho mayor-- o incluso al de un mercado competitivo, sino si se puede sancionar dicho precio por el mero hecho de ser alto,

195 Canadá Chemicals S.A., Industria Química Brillex S.A., Ecotec S.A., Industrias Cleaner Chile S.A., Miguel Maritano Industria de Jabones S.A., ICPC S.A., Comercial Aportas y Prosud S.A.

196 Avenimiento de Unilever con la Fiscalía Nacional Económica, en los autos Rol C N°249-13.

197 Sentencia N° 140/2014 del TDLC, C° 16°.

198 Sentencia N° 140/2014 del TDLC, C° 18°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

aun cuando no fue causado por un abuso”¹⁹⁹. Luego, agregaron que en la “gran mayoría de los casos, el precio es superior al costo marginal, no existiendo criterios para determinar cuándo un precio se consideraría ‘excesivo’”²⁰⁰, y que en un sistema de mercado es normal que “las empresas exitosas y eficientes obtengan utilidades sobre normales, las cuales incentivan a nuevos entrantes a ingresar al mercado generándose con ello un círculo virtuoso gracias a la competencia”²⁰¹.

Los fallos analizados son algunos de los casos más emblemáticos en materia de abusos unilaterales. Podría citar varios más, pero no es el objeto de este trabajo. Al realizar este repaso por algunos de los casos que considero más relevantes, cuesta visualizar si existe una política detrás de su persecución. Pienso que no. Si bien la FNE ha presentado casos importantes como los de Coca-Cola y Unilever, la mayor parte de estos tienen su origen en demandas de particulares. Esto no es de extrañar pues, como anticipé, la política de la agencia ha estado enfocada en priorizar la lucha contra los carteles y, desde el 2016, en el control de operaciones de concentración económica.

V. POLÍTICA DE FUSIONES

Al igual que la persecución de carteles, la política de competencia en materia de control de operaciones de concentración económica ha experimentado un notable desarrollo durante los últimos 20 años, culminando con el sistema de notificación obligatorio incorporado el año 2016 por la Ley N° 20.945.

Remontándonos a la situación que existía antes de la creación del TDLC, el camino que proveía nuestra institucionalidad para revisar este tipo de operaciones era la facultad que tenían las Comisiones Preventivas Regionales²⁰² y Central²⁰³ para conocerlas a través de la facultad de absolver consultas y de ser revisadas por la Comisión Resolutiva en los recursos de reclamación²⁰⁴ que se podían interponer en contra de los dictámenes de las Comisiones. Vale decir, el sistema estaba edificado sobre la base de la voluntariedad de los agentes económicos que deseaban concentrarse. Con todo, se debe decir que en algunos dictámenes de la Comisión Preventiva Central²⁰⁵ y resoluciones de la Comisión Resolutiva²⁰⁶ se

199 Sentencia N° 140/2014 del TDLC, Voto de minoría, p. 4°.

200 Sentencia N° 140/2014 del TDLC, Voto de minoría, p. 8°.

201 Sentencia N° 140/2014 del TDLC, Voto de minoría, p. 9°.

202 De acuerdo con el artículo 8° letra a) del D.L. N° 211, las Comisiones Preventivas Regionales tenían la atribución y el deber de absolver consultas acerca de los actos o contratos existentes que podrían infringir las disposiciones de la presente ley”.

203 El artículo 11 de dicho texto hace aplicable las atribuciones de las Comisiones Preventivas Regionales a la Comisión Preventiva Central.

204 Art. 9 del D.L. N°211 de 1973, versión original: “De las decisiones y medidas acordadas por las Comisiones Preventivas Regionales y Central, se podrá reclamar ante la Comisión Resolutiva, dentro del plazo de tres días hábiles. Este recurso, que no suspenderá los efectos de las resoluciones reclamadas, se interpondrá ante la respectiva Comisión Preventiva Regional o Central que lo remitirá, informado, con los antecedentes que se hayan allegado, dentro de tercero día. La Comisión Resolutiva se pronunciará sobre la reclamación dentro del plazo de quince días, contado desde que reciba los antecedentes. Si no resolviere dentro de este plazo se entenderá acogido el reclamo”.

205 Dictámenes N° 952, N° 1042 y 1282 de la Comisión Preventiva Central.

206 Resoluciones N°581 y 586 de la Comisión Resolutiva.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

estableció como medida la de consultar cualquier operación de concentración que alguna de las partes del respectivo asunto o juicio quisiera realizar en el futuro.

Este sistema funcionó con altibajos. Si bien es cierto que algunas operaciones de concentración emblemáticas fueron consultadas, como la fusión de las aerolíneas Lan Chile con Ladeco, hubo otras que no fueron escrutadas, como la compra de Santa Isabel por parte de Cencosud.

La aprobación de la fusión de Lan Chile con Ladeco fue una de las más polémicas de los 90'. En un principio, la Comisión Preventiva Central rechazó²⁰⁷ la compra de las acciones de Ladeco por parte de Lan Chile, atendido que la misma “produciría efectos restrictivos de la competencia en el mercado nacional de la aeronavegación comercial”, basado en la reducción del número de empresas que pasarían a concentrar el 85,1% del transporte de pasajeros y el 83,4% del transporte de carga, “todo lo cual conferiría a este mercado características monopólicas”. A pesar de que las empresas habían acordado seguir operando en los antedichos mercados en forma separada, la Comisión señaló que eso no era óbice para que se produjera la monopolización de los mismos por parte de la nueva empresa fusionada. La Comisión Resolutiva, en una, como dije, polémica resolución²⁰⁸, acogió el recurso de reclamación de Lan Chile en base a argumentos, a lo menos, cuestionables por su falta de profundidad. En efecto, como primer argumento, aduce que el D.L. N° 211 “no sanciona ni prohíbe la existencia de empresas que ocupen una posición dominante o monopólica en un determinado mercado”, para luego agregar que al artículo 6° de dicha ley “castiga las conductas, actos y prácticas comerciales que eventualmente ejecuten estas empresas, que configuren un abuso de dicha posición dominante y monopólica”. Vale decir, mediante este argumento, esta resolución cercenó o hizo caso omiso de la finalidad preventiva que tenían las Comisiones Preventivas. Además, cuestionó que existieran barreras de entrada a los mercados de transporte de pasajeros y de carga, explicando que el mercado doméstico “es competitivo, y opera en condiciones de entrada, transparencia y desregulación, presentando actualmente una fuerte expansión y en el cual presumiblemente la demanda, frente a una oferta acompañada de rebajas de precios, puede producir un incremento de ella y un crecimiento del mercado”²⁰⁹.

Como sabemos, el tiempo no le dio la razón a la Comisión Resolutiva. Durante muchos años y hasta el día de hoy, el mercado nacional de pasajeros y de carga presenta altos índices de concentración económica, el mercado presenta barreras de entrada y Lan Chile fue sancionada²¹⁰ por incumplir el Plan de Autorregulación²¹¹ a que se comprometió.

El año 2003 Cencosud pasó a tomar el control de Santa Isabel, alcanzando con ello una participación de mercado cercana al 20% en la industria supermercadista. A pesar de que podía considerarse que dicha cuota de mercado no produciría riesgos en contra de la libre competencia, en los hechos sí se materializaron. El

207 Dictamen N° 915/837 de la Comisión Preventiva Central.

208 Resolución N° 445/1995 de la Comisión Resolutiva.

209 Resolución N° 445/1995 de la Comisión Resolutiva, C°9°.

210 En 2003 la Comisión Resolutiva acogió un requerimiento de la FNE por incumplimiento del Plan de Autorregulación y aplicó multas a Lan Chile.

211 Aprobado por la Comisión Resolutiva por Resolución N° 497/1997.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

7 de mayo de dicho año, el Gerente de Administración y Finanzas de Santa Isabel envió una carta a sus proveedores en la que les pedía un “aporte financiero” comprometiéndose a pagar solo el 70% de la deuda que dicha cadena mantenía con ellos en un plazo de dos años. Afortunadamente, la institucionalidad reaccionó rápidamente. Luego que la prensa diera a conocer este abuso, insertando una copia de la referida carta, la FNE solicitó una medida precautoria a la Comisión Resolutiva para que se suspendieron los efectos de la referida carta, la que fue concedida. El posterior requerimiento fue acogido por Resolución N° 720/2004²¹².

Uno de los principales argumentos que tuvo la Comisión para acoger el requerimiento de la FNE fue, precisamente, el poder de mercado que le otorgaba la operación a la empresa concentrada. Al efecto, en el considerando noveno de dicha resolución la Comisión razona en el siguiente sentido: “Que del análisis de los hechos que acontecieron luego de la toma de control de Santa Isabel S.A. por Cencosud S.A., se desprende que el comportamiento manifestado en la carta enviada el día siete de agosto de dos mil tres, obedece a una conducta que en los hechos constituyó el ejercicio de un poder de mercado respecto de sus proveedores ya que tenía la potencialidad de producir efectos que alterarían en forma substancial las condiciones de competencia, en particular, en lo referente a las relaciones de los proveedores afectados con uno de sus principales canales de distribución”²¹³.

En el mismo año 2003 se publicaba la Ley N° 19.111. Pese a la trascendencia que ha tenido dicha ley para nuestro sistema de protección de la libre competencia, su dictación no implicó ningún cambio relevante en materia de operaciones de concentración económica, manteniéndose el mecanismo voluntario de consulta a través de la nueva facultad del TDLC de conocer los hechos, actos o contratos existentes o por realizarse que pudieran afectar la libre competencia, para lo cual, como señala, el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, puede fijar condiciones.

Los porfiados hechos demostraron la debilidad de la ley en esta materia. En 2004 se gestaría una de las principales operaciones de concentración del país, la fusión de Almacenes París y Cencosud S.A., informada a principios de 2005 a la entonces Superintendencia de Valores y Seguros. Pese a la magnitud de la operación y a los efectos que podía producir en el mercado del *retail*, esta no fue consultada y tampoco la FNE presentó un requerimiento para suspenderla, mecanismo que, en todo caso, no era el más idóneo para conocer esta clase de actos por el carácter prospectivo y conjetural de su análisis, poco amigable con un procedimiento contencioso en el que se imputan infracciones sobre hechos que ya ocurrieron.

VTR con Metrópolis Intercom. Polémica a la vista

El primer gran caso que debió resolver el TDLC, allá por el año 2004, fue la fusión de los dos operadores de cable dominantes, VTR S.A. (“VTR”) y Metrópolis Intercom S.A. (“MI”). Era un caso complejo. Recuerdo que en la FNE discutimos mucho las recomendaciones que se hicieron al Tribunal al momento de emitir el informe. Existía un *trade off* entre los riesgos y las eficiencias. Considerábamos que la fusión, en principio, no debía ser aprobada, pero que, de acreditarse eficiencias, esta podía ser aprobada con una serie de condiciones, muchas de las cuales fueron recogidas posteriormente en la resolución del TDLC.

212 Junto con acoger el requerimiento, la Comisión Resolutiva aplicó una multa de 1.000 unidades tributarias mensuales.

213 Resolución N° 720/2004 de la Comisión Resolutiva, C° 9°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Heredado el caso de la extinta Comisión Preventiva Central, el TDLC, en un fallo dividido y muy controvertido, decidió autorizar la operación de concentración²¹⁴, pese a que ambas empresas alcanzarían más del 90% de participación en el mercado de la televisión pagada.

La noticia no fue bien recibida. Recuerdo las expresiones del Senador Ominami en las que afirmaba que era un muy mal debut del Tribunal. Era una concentración importante y políticamente era difícil de explicar que un monopolio fuese autorizado por el Tribunal que tenía por misión defender la libre competencia.

La Resolución N°1/2004 del TDLC nos mostró dos visiones sobre cómo debe analizarse una operación de concentración. Por una parte, la mayoría consideró que debía hacerse un análisis más bien dinámico y proyectar el mercado más allá de la televisión pagada. En este sentido, consideró que se afectaban otros mercados -internet banda ancha y telefonía fija-, por lo que la operación consultada incidía también en estos mercados relevantes de prestación de servicios de telecomunicaciones. En esa línea, estimó que no se podía hacer un análisis sin considerar las relaciones que existen en estos tres mercados²¹⁵.

Así, al considerar en conjunto los efectos que la operación produciría en esos tres mercados, las consecuencias negativas que se producían en el mercado de la televisión pagada se veían compensadas por las eficiencias que se podían producir en los otros dos y en la posibilidad cierta que VTR, luego de la fusión, se convirtiera en un actor que pudiera desafiar a Telefónica. En efecto, en la parte conclusiva de la Resolución N°1/2004, el Tribunal afirmó que “la fusión de las empresas consultantes puede ser positiva para el mercado nacional de las telecomunicaciones pues ella reducirá los costos de inversión para proveer los tres servicios en conjunto y, así, permitirá cumplir con una expansión que llevará telefonía y conexión de banda ancha a un número importante de hogares en Chile, que hoy sólo cuentan con un proveedor de infraestructura de redes para satisfacer tales demandas. La competencia que se dará en servicios tan esenciales para el desarrollo del país entregará, a juicio de este Tribunal, beneficios que superan los costos de tener, por un tiempo, una empresa con clara posición dominante en el mercado de la TV pagada. Este Tribunal tiene el convencimiento de que, en el mediano plazo, el dinamismo tecnológico del sector eliminará esa posición dominante en la TV pagada, aumentando la competencia en todo el sector de telecomunicaciones”²¹⁶.

En definitiva, el TDLC mediante un análisis prospectivo decidió autorizar la operación de concentración, no sin antes fijar una serie de condiciones, tanto estructurales como conductuales, que debía cumplir la empresa resultante de la operación en el mercado de la televisión pagada. Entre otras, se aplicó la inédita medida²¹⁷ de congelar los precios durante un plazo de tres años.

214 Resolución N°1/2004 del TDLC.

215 “Los tres mercados están estrechamente relacionados tanto por el lado de la oferta como por el de la demanda. En efecto, las empresas de cable hoy ofrecen telefonía fija y banda ancha. Por su parte, las empresas de telefonía fija también ofrecen banda ancha, y eventualmente podrían proveer televisión multicanal pagada” Resolución N°1/2004 del TDLC, 42.

216 Resolución N°1/2004 del TDLC, 49.

217 Condición séptima. Se establece como condición de la operación la oferta de los consultantes contenida a fs.188, en orden a que la empresa resultante no realizará alzas de los precios ni disminuciones en la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas durante los próximos tres años posteriores a la fecha de la materialización de la fusión, fuera de la variación de sus costos.

Toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A. por parte de Telefónica Móviles S.A. El controvertido límite de los 60MHz

Otra importante operación de concentración se gestó el año 2004 en el mercado de la telefonía móvil. El 18 de mayo de dicho año se presentó una consulta al TDLC con el objeto de que este autorizara el contrato denominado *Stock Purchase Agreement*, mediante el cual Telefónica Móviles S.A. ("Telefónica Móviles") y BellSouth Corporation ("Bellsouth") alcanzaron un acuerdo para la adquisición por la primera de activos de telefonía de la segunda, en Centro y Sudamérica, incluyendo Chile.

El Tribunal finalmente aprobó la operación sujeta a una serie de remedios o condiciones, tanto estructurales como conductuales²¹⁸. Dentro de las primeras cabe destacar la obligación que impuso a Telefónica Móviles de enajenar concesiones que, consideradas en conjunto, le otorgaran, a nivel nacional, el uso y goce de un bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz, en la banda de 800 MHz. Asimismo, se dispuso que en el evento que el adquirente fuera una empresa de telefonía móvil que operara en Chile no podría tener más 60 MHz, debiendo transferir a un tercero no relacionado, por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto, el ancho de banda que superara tal cantidad. Posteriormente, se trabó una discusión sobre el límite de 60MHz, que fue zanjado por la Corte Suprema²¹⁹ en la causa sobre la participación de Entel, Movistar y Claro en el concurso de la banda de 700 Mhz. La Corte dispuso que aquel límite se aplicaba de manera general y no para esta consulta específica, causando coletazos en el mercado de las telecomunicaciones móviles. Así, por ejemplo, Entel declaraba que lamentaba el fallo "por cuanto esta es una resolución sin precedentes en el país, que deja en una situación muy compleja a la industria local de telecomunicaciones, por cuanto impugna una licitación pública, que fue realizada de manera abierta y transparente, y cuyas bases fueron preparadas por la autoridad competente y visadas por la Fiscalía Nacional Económica"²²⁰.

Por otra parte, en dicha resolución se comienzan a sentar las bases para que las empresas móviles sin red, los operadores móviles, pudieran participar en el mercado. En efecto, en la última condición impuesta por el TDLC se recomendó a la Subsecretaría de Telecomunicaciones que dispusiera, para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar ofertas de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializadores sin redes²²¹.

Caso Hidroaysén. El proyecto que nunca fue

El 2006 traería importantes novedades en el ámbito de las operaciones de concentración. En mayo de dicho año, Endesa y Colbún presentaban sendas consultas con el objeto que el TDLC aprobara el famoso

218 Resolución N°2/2004 del TDLC.

219 Sentencia de la Corte Suprema del 25 de junio de 2018, en los autos rol N° 73.923-2016, que acoge un recurso de reclamación interpuesto por Conadecus en contra de la Sentencia N° 154/2016 del TDLC.

220 La Tercera, "Entel lamenta fallo de la Corte Suprema y afirma que límite de 60 MHz es anacrónico", 26 de junio de 2018, <https://www.latercera.com/pulso/noticia/entel-lamenta-fallo-la-corte-suprema-afirma-limite-60-mhz-anacronico/221511/>.

221 Resolución N°2/2004 del TDLC.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

proyecto “Hidroaysén”, que consistía en la construcción y operación, en conjunto, de cinco plantas o centrales hidroeléctricas en la XI Región. En concreto, el proyecto consultado buscaba el desarrollo y ejecución de todas las tareas vinculadas al financiamiento, construcción y operación de dos centrales en el río Baker, dos centrales en el río Pascua, y una central en el río Del Salto, por un total aproximado de 2.355 MW instalado. Esto se debía materializar a través de una sociedad anónima en la que Endesa tendría el 51% y Colbún el 49%.

Si bien la operación estrictamente hablando no era una concentración, puesto que Colbún y Endesa no perderían su independencia y ninguna controlaría a la otra, el proyecto generaba evidentes riesgos para la libre competencia, en especial, de coordinación entre dos empresas competidoras. Como diría el TDLC, “es posible esperar, tal como se analizará más adelante, que exista un riesgo de coordinación entre las matrices (Endesa y Colbún), teniendo en especial consideración que HidroAysén no constituirá un operador independiente en el mercado de la generación, pues sólo proporcionará energía y potencia a las consultantes, sin tener acceso directo al mercado de la comercialización y que, además, es una empresa con vocación de permanencia ilimitada en el tiempo”²²².

Pese a contar con un fallo favorable en sede de competencia, el proyecto nunca pudo ser materializado debido a que encontró una férrea oposición desde sectores ambientalistas.

Caso Supermercados. El stress de la FNE

Pese a las debilidades del sistema, consistentes, reitero, en el carácter voluntario de las consultas y en la imposibilidad de que un tercero, incluida la FNE, pudiera solicitar la suspensión del acto proyectado en un procedimiento no contencioso, el organismo fiscalizador da un golpe de timón en julio de 2006. Ante una seguidilla de compras de supermercados regionales y locales que estaban realizando Cencosud y D&S S.A. (D&S), el 20 de julio de 2006 solicitó al TDLC la paralización de compras que estaban negociando dichas cadenas de supermercados.

Atendido el grado de concentración del mercado y los efectos en la libre competencia que dichos actos podían generar, el Tribunal accedió a la medida cautelar de la FNE el mismo día y suspendió las operaciones que llevaba a cabo D&S con las cadenas El Pilar de la Región del Maule y Rendic en las Regiones de Atacama y Coquimbo, y Cencosud con Supermercados Infante de Región de Antofagasta y Economax en la Región Metropolitana. En la resolución respectiva ordenó al Fiscal cumplir estrictamente lo establecido en el artículo 25 del D.L. N° 211 y presentar el respectivo requerimiento en un plazo de 30 días.

La suspensión de estos actos produjo un gran impacto en los medios y en la opinión pública. Toda la prensa recogió la noticia en las portadas de sus ediciones de ese inolvidable del 21 de julio de 2006. A modo de ejemplo;

- (i) “Tribunal congela por 45 días compras de supermercados anunciados por D&S y Jumbo. La Fiscalía Nacional Económica solicitó la medida, que deja ‘en veremos’ al menos 4 operaciones de estas compañías” (El Mercurio, 21 de julio, pág. B1).

222 Sentencia N° 22/2007 del TDLC, 31.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

(ii) “TDLC paraliza últimas compras de D&S y Jumbo” (Estrategia, 21 de julio, pág. 1).

(iii) “Fiscal Económico pide que Cencosud y D&S suspendan sus compras. La medida apunta a las tratativas en torno a Economax, Infante, El Pilar, Deca, Korlaet y Montserrat”. (Las Últimas Noticias, 21 de julio, pág. 18).

(iv) “Tribunal de la Competencia congela compras de supermercados de D&S y Cencosud. La medida frenaría las adquisiciones de El Pilar, Rendic, Infante, Economax y las posibles compras de Korlaet y Montserrat, que darían a Cencosud y D&S el 73% del mercado. Los supermercados analizan los caminos judiciales” (La Tercera, 21 de julio, pág. 35).

Fue tan fuerte la repercusión mediática y la polémica generaba en este caso, que empezaron a circular rumores que yo tenía en la mira a la concentración económica como un objetivo de mi gestión y la del gobierno. Como señala Patricio Bernedo, “el mayor celo del fiscal ante las concentraciones fue asociado, en el mundo privado, a supuestas directrices provenientes desde el palacio de La Moneda. En virtud de ello, aparecieron voces que apuntaron a la autonomía del fiscal y propusieron que en su nombramiento debía intervenir el Banco Central (...) para evitar todo atisbo de permeabilidades políticas, que hoy por hoy es uno de los asuntos que preocupan a las empresas”²²³. Todo esto era falso por supuesto. Jamás recibimos ninguna presión, directriz o lineamiento alguno por parte del gobierno.

La suspensión de la medida, la presión de los medios y el plazo que confirió el Tribunal a la Fiscalía Nacional Económica para presentar el correspondiente requerimiento, produjo una gran presión en este organismo y a mí en particular. Recuerdo muy bien ese día 20 de agosto del año 2006 porque en la madrugada del día 21 nacía mi tercera hija y fue como un bálsamo, porque yo estaba con una carga de stress brutal. Debía prepararse un requerimiento en muy poco tiempo atendido los antecedentes que se disponían. El organismo se estresó y se abocaron la mayor parte de sus recursos a preparar el libelo acusatorio. Y este era el principal problema: cómo formular cargos por operaciones de concentraciones, las que en sí mismas, no constituyen, por regla general, una infracción a la ley. Afortunadamente, existía en el D.L. N° 211 el *tienda a producir dichos efectos* del artículo 3° inciso primero, que fue la norma que permitió fundar legalmente la acusación.

Con las dificultades descritas la FNE trabajó en el requerimiento, el que finalmente fue presentado el día 18 de agosto del mencionado año 2006. Los principales riesgos que dicho organismo vislumbraba se relacionaban con el poder de mercado que poseían D&S y Cencosud respecto de esos proveedores, aduciendo que “tanto D&S, como Cencosud, efectivamente han ejercido ese poder de mercado, específicamente su poder de compra, en contra de sus proveedores, imponiendo condiciones de compra subjetivas, discriminatorias y sorpresivas, y alterando ex post y unilateralmente las ya acordadas”²²⁴. Asimismo, sostenía que este tipo de operaciones había eliminado competidores actuales “concentrando en su favor la industria y, por la otra, han levantado una fuerte barrera estratégica a la entrada de nuevos competidores, generando para sí un enorme poder de mercado, con el consiguiente riesgo de abuso, concertado o unilateral, para consumidores, competidores actuales y potenciales, y proveedores”²²⁵.

223 Bernedo, *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*, 180.

224 Requerimiento de la FNE contra D&S y Cencosud, 18 de agosto de 2006, 2.

225 Requerimiento de la FNE contra D&S y Cencosud, 18 de agosto de 2006, 2.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Así, la estrategia de la FNE se enfocó en lograr mejores y más justas condiciones de comercialización²²⁶ de los antedichos supermercados con sus proveedores, especialmente los más pequeños, y en evitar la concentración. Ambos objetivos finalmente se cumplieron. Rápidamente la FNE y D&S llegaron a un acuerdo conciliatorio, mediante el cual la segunda se comprometió a reformular sus condiciones de comercialización, transparentando sus cobros, estableciendo plazos de pago de 30 días y se obligó a notificar a la FNE cualquier nueva operación de concentración que en el futuro quisiera celebrar. En el caso de Cencosud, dicho acuerdo se logró en la Corte Suprema cuando ésta conoció el recurso de reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N° 65/2008 del TDLC, con la salvedad que se la obligó a consultar a este último las nuevas operaciones de concentración que celebre.

¿Qué lecciones nos dejó el caso Supermercados para la política de fusiones? Yo diría que, básicamente, son tres.

La primera, es que se necesitaba un sistema obligatorio de control de operaciones de concentración económica. Descansar en la buena voluntad de los agentes económicos no aseguraba, ni con mucho, que estos consulten operaciones que fueran riesgosas para la libre competencia. En el fondo, tenían conciencia que una vez materializada la operación era muy difícil retrotraer sus efectos (el conocido *unscramble the eggs*).

En segundo lugar, el requerimiento no era el camino idóneo para analizar una operación de concentración. Mucho se discutió en este caso si la FNE estaba obligada a solicitar las medidas del artículo 26 del D.L. N° 211 (multas, disolución o modificación de personas jurídicas y el término o modificación de actos, contratos o sistemas) o podía solamente pedir que se aplicaran las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas a que alude el inciso primero del artículo 3° de dicho decreto ley. Al final, el Tribunal dio la razón a la FNE, lo que permitió seguir adelante con el proceso. Pero, además, no era el mejor camino porque en los análisis de operaciones de concentración se tiene que hacer un juicio prospectivo y conjetural sobre los riesgos de aquellas y su probable impacto en la competencia; en otras palabras, no se juzgan hechos pasados.

Por último, este asunto reflejó que, tal como en el pasado, el único mecanismo para obligar a las grandes empresas que quieren concentrarse era presentar un caso ante el TDLC y que este dispusiera como medida preventiva, la consulta obligatoria. Después veremos que el procedimiento de consulta tampoco resultó el ser el más conveniente para evaluar las operaciones de concentración.

Primera Guía de Fusiones. El primer paso en las directrices internas de la FNE

En paralelo al traumático caso Supermercados, el mismo 2006, esto es, mi primero al frente de la FNE, se nos ocurrió la idea de lanzar una guía para analizar fusiones, siguiendo la tendencia internacional de muchas autoridades de libre competencia.

El objeto de este documento no era establecer una normativa de carácter infra reglamentario que obligara a los agentes económicos. Se trataba de un documento interno de trabajo del Servicio en el que se explicitaban los criterios que utilizaría al momento de analizar una operación de concentración. Al principio, esto no fue bien recibido por las empresas y los abogados y abogadas litigantes. Existía una desconfianza muy grande acerca de la finalidad del instrumento, pero creo que finalmente el esfuerzo fue recompensado y se valoró la iniciativa.

226 Entre otras, se exigían cobros no pactados y pago de las facturas en plazos abusivos, los que llegaban, en algunos casos, a los 180 días.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Así nacía la primera Guía para el Análisis de Operaciones de Carácter Horizontal; en realidad, la primera guía interna de la FNE. En esta se dieron a conocer los elementos que consideraría el organismo para analizar una operación de estas características, vale decir (i) la forma como se determinaría el mercado relevante; (ii) los índices de concentración que se utilizarían; (iii) las condiciones de entrada clasificándolas en barreras a la entrada, comportamiento estratégico, y tiempo y suficiencia de entrada; (iv) el análisis de riesgos unilaterales y coordinados; (v) las eficiencias que serían consideradas como contrapesos a los riesgos; y (vii) las medidas de mitigación o remedios que se podían fijar.

La iniciativa fue premiada por el Gobierno en un concurso de transparencia, lo que nos llenó de orgullo. Con el tiempo la FNE ha seguido con esta buena práctica. La Guía de Fusiones fue reemplazada y perfeccionada en el 2012 y 2021, y se dictaron otras en una serie de materias como las guías de Compras Públicas, Asociaciones Gremiales, Programas de Cumplimiento, Sector Público, Restricciones Verticales y, por supuesto, todas las guías que se emitieron con ocasión de la Ley N° 20.945 en materia de operaciones de concentración.

D&S Falabella. El lanzamiento al estrellato del TDLC

Los convulsionados años 2006-2007 (Guerra del Plasma, paralización de ventas de supermercados, HidroAysén, fallos en casos de colusión, nuevo proyecto de reforma al D.L. N° 211, etc.), traerían otro caso que constituiría un hito relevante en materia de operaciones de concentración. Me refiero al caso de la fallida fusión de D&S con Falabella.

En junio de 2007, los controladores de ambas firmas presentaban la respectiva consulta en el Tribunal y descorchaban botellas de champagne anunciando profusamente la fusión en lo que consideraban una operación histórica. Era impensable que el Tribunal llegara a rechazar una operación que, a sus ojos, producía claras eficiencias y permitiría a la empresa fusionada competir más intensamente en el contexto internacional²²⁷.

Como era de esperar, el anuncio de la fusión causó nuevamente un gran revuelo en la opinión pública²²⁸. Lentamente se iba formando una conciencia país acerca de la importancia de la política de competencia en el bienestar de los consumidores, lo que se agudizó, como vimos, cuando explota el caso Farmacias.

Las partes que se fusionarían fueron muy duras con la FNE cuando esta emitió su informe²²⁹, formulándole ácidas críticas²³⁰. También citando a Bernedo, “el caso Falabella-D&S, al igual que muchos otros, acrecentó la fama de ‘duro’ y ‘antiempresarial’ del fiscal que, según se llegó a afirmar, con sus actuaciones despertaba

227 El Mercurio, “Falabella y D&S sellan acuerdo de fusión”, 17 de mayo de 2007, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=26693>

228 La Tercera, “Falabella y D&S se fusionan y crean el mayor operador de retail de Sudamérica”, 18 de mayo de 2007; La Tercera, “Fusión D&S-Falabella suma el 26% de las tarjetas de crédito del país”, 13 de junio de 2007; El Mercurio, “Falabella pone voz de alerta por demora en fusión con D&S”, 27 de julio de 2007.

229 Diario Financiero, “Fiscalía pide duras condiciones para aprobar fusión entre D&S y Falabella”, 24 de agosto de 2007; El Mercurio, “Fiscalía Nacional Económica detectó serios riesgos para la competencia en fusión D&S-Falabella”, 1 de febrero de 2008; El Mostrador, “FNE habría advertido ‘riesgos’ a competencia por fusión D&S-Falabella”, 1 de febrero de 2008, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2008/02/01/fne-habia-advertido-riesgos-a-competencia-por-fusion-ds-falabella/>.

230 El Mercurio, “Falabella acusa a FNE de no tener una política de competencia y D&S de dar datos erróneos”, 23 de marzo de 2008, B2.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

temor, e incluso la oposición, de importantes grupos y asesores económicos en el país²³¹. Es más, durante esos días se publicó un artículo en El Mercurio que describía el “activo rol” de la FNE en el último tiempo, a raíz del temor que habría estado infundiéndose en los empresarios por las decisiones del organismo²³².

Las críticas recibidas a la FNE por su informe fueron totalmente infundadas y exageradas. En su análisis, el órgano persecutor separó los distintos mercados relevantes afectados por la operación (supermercados, tarjetas de crédito, centros comerciales y artículos electro hogar), identificó los riesgos que se producían en cada uno de ellos para luego ponderar las eficiencias y propuso que se adoptaran una serie de medidas conductuales y una estructural, consistente en la venta de las cadenas supermercadistas Tottus y San Francisco a un tercer actor que se pudiera convertir en un competidor vigoroso²³³.

Lo notable de la Resolución N° 24/2008 es que el Tribunal nuevamente realizó un análisis más bien dinámico sobre el mercado afectado por la operación -al igual que en el caso de la fusión de VTR con MI- y se aleja del análisis más estático que había realizado la FNE. A juicio del Tribunal, “no puede analizarse cada uno de los muchos negocios que involucra la operación consultada como actividades totalmente separadas, pues tienen muchos puntos en común, que tienden a ser cada vez mayores, y así se explica el deseo de fusionarse de Falabella y D&S”²³⁴. Un actor clave en este cambio fue el economista Manuel Cruzat²³⁵, quien en la audiencia pública de rigor expuso muy claramente cómo debía ser estudiada una operación de este calibre. Así las cosas, se llegó al famoso concepto de *retail integrado*²³⁶ que acuñó el Tribunal para determinar el ámbito relevante de competencia donde se producirían los efectos de la proyectada operación.

El final de la historia fue de alto impacto. En una resolución inédita, el TDLC rechazó la operación de concentración consultada aduciendo la dominancia que obtendría la empresa fusionada, las escasas posibilidades que entrara un competidor que la desafiara, la insuficiencia de las eficiencias alegadas²³⁷ y la inexistencia de

231 Bernedo, *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*, 181.

232 El Mercurio, “El activo rol del fiscal económico y el resquemor que causa en las empresas”, 2 de septiembre de 2007, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=32402>

233 El Mercurio, “FNE pide que Falabella venda sus supermercados como condición para fusión con D&S”, 23 de agosto de 2007, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=31885>

234 Resolución N° 24/2008 del TDLC, p. 31.

235 A modo de ejemplo, “este Tribunal estima, tal como lo expuso el señor Manuel Cruzat en estrados, que otra particularidad del mercado chileno, que habría contribuido al rápido y vigoroso desarrollo de operadores de retail integrado en Chile, sería el relativo retardo en el desarrollo y grado de profundización del mercado financiero local”. Resolución N° 24/2008 del TDLC, 31 de enero de 2008, p. 29. Véase Revista Qué Pasa, “La jugada en solitario de Manuel Cruzat”, 15 de febrero de 2008.

236 Modelo de negocios mediante el cual se busca llevar adelante de manera integrada los negocios de supermercados, tiendas por departamento, tiendas para el mejoramiento del hogar, administración de tarjetas de crédito, servicios bancarios, desarrollo de proyectos inmobiliarios complementarios, y diversos servicios adicionales tales como seguros generales, agencias de viajes, servicios de mudanza, entre otros. Resolución N° 24/2008, p. 28).

237 A juicio del TDLC, las eficiencias “deben cumplir con ciertos requisitos copulativos para ser consideradas como un contrapeso eficaz, a saber: (i) haber sido debidamente demostradas por los interesados en la materialización de la operación; (ii) ser eficiencias inherentes a la operación de concentración consultada; y (iii) no provenir de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos o servicios ofrecidos, que resulten del mayor poder de mercado alcanzado” Resolución N° 24/2008 del TDLC, p. 239.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

remedios eficaces para compensar los riesgos a la competencia que la operación generaba. Este fallo generó una tremenda sorpresa en los actores de mercado, como puede comprobarse de la prensa de la época²³⁸.

Pero la historia no terminó con la dictación de la Resolución N° 24/2008. Las partes debían recurrir de la decisión del Tribunal, pero la norma del artículo 31 del D.L. N° 211 era poco clara. Efectivamente, señalaba que las resoluciones que fijen condiciones²³⁹ podían ser reclamadas ante la Corte Suprema, dando a entender que no lo eran aquellas que aprobaban pura y simplemente una operación, y las que rechazaban tales actos. La norma era vaga, pero se podía realizar una interpretación más bien teleológica de la misma, en el sentido de sostener que si procedía la reclamación de una resolución que fija condiciones, con mayor razón se podría reclamar aquella que rechaza una operación. Pero al final no pasó nada. Las partes no quisieron estar expuestas a la incertidumbre que generaba estar unos meses más en la contingencia judicial y abandonaron la operación²⁴⁰. Un tiempo después Walmart compraría D&S.

Para finalizar este hito, no puedo dejar pasar el reportaje que hizo Revista Qué Pasa sobre el Tribunal luego de que éste rechazara la operación²⁴¹. En una extensa nota, con portada incluida, el medio de prensa revelaba cómo funcionaba el Tribunal y el bombazo que significó no aprobar la fusión de D&S con Falabella. Por ejemplo, los ministros señalaron que tuvieron que trabajar considerablemente más tiempo que lo normal para redactar el fallo, y que este sentaría “un precedente importante para el país y sabemos que será un caso a estudiar por otros organismos internacionales que lo han seguido de cerca²⁴²”.

La respuesta no se hizo esperar; unas semanas después la Revista Capital entrevistaba al abogado de Falabella, quien emitiría duras críticas al Tribunal por su fallo y por el tono del reportaje²⁴³.

Agitado año 2009: Auto Acordado N° 12/2009 y Reforma de la Ley N° 20.361

Las concentraciones económicas comenzaron a ser un dolor de cabeza para el sistema de libre competencia. Operaciones no consultadas, suspensiones solicitadas en el procedimiento contencioso y escasa claridad del medio de impugnación, hacían que este tema estuviera haciendo agua. Además, la tramitación de las operaciones de concentración ante el Tribunal a través del procedimiento no contencioso establecido en el artículo 31 del D.L. N° 211 empezó a mostrar sus falencias. Era poco amigable con la naturaleza de este

238 El Mercurio, “En inédita resolución, autoridad rechaza fusión entre las empresas D&S y Falabella”, 1 de febrero de 2008; El Mostrador, “TDLC sorprende al mercado y rechaza fusión entre D&S y Falabella”, 31 de enero de 2008, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2008/01/31/tdlc-sorprende-al-mercado-y-rechaza-fusion-entre-ds-y-falabella/>; Revista Qué Pasa, “Ocho meses de esfuerzos perdidos”, 1 de febrero de 2008.

239 Posteriormente, con la Ley N° 20.361 este problema se corrigió con la reforma al artículo 31 inciso final del D.L. N° 211, en el que se estableció que “las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27”.

240 La Tercera, “Falabella y D&S deciden poner fin a la mayor fusión empresarial chilena”, 4 de marzo de 2008; El Mercurio: “No habrá fusión: D&S y Falabella desechan apelar resolución del Tribunal”, 4 de marzo de 2008.

241 Revista Qué Pasa, “D&S-Falabella. El tribunal que dijo no”, 1 de febrero de 2008.

242 Revista Qué Pasa, “D&S-Falabella. El tribunal que dijo no”, 1 de febrero de 2008.

243 Revista Capital, “El día de la Incompetencia”, 4 de abril de 2008.

tipo de actos. La experiencia internacional mostraba que la negociación de los remedios debía ser la clave para agilizar las correspondientes autorizaciones que debía dar la autoridad. En la mayoría de los países que tenían un sistema de notificación obligatoria de estos actos cuando superaban ciertos umbrales, se contemplaban procedimientos más bien informales entre las empresas que deseaban concentrarse y la agencia de competencia, en los que se podían negociar compromisos o remedios. La tramitación ante un Tribunal con las ritualidades propias de un proceso judicial no ayudaba a aquello.

El Tribunal, consciente de los problemas que tenía la falta de regulación de las operaciones de concentración, hizo un esfuerzo por reglamentar vía auto acordado una de las aristas más importantes que se revisan en este tipo de actuaciones: la información que se debe acompañar en una solicitud de este tipo. Así se engendraba el Auto Acordado N° 12/2009, de 20 de marzo de dicho año, sobre Información Relevante para el Control Preventivo de Operaciones de Concentración. Esta iniciativa nació de una necesidad detectada por el Tribunal, ya que muchas veces los interesados no acompañaban o incorporaban con posterioridad a la respectiva solicitud, la información necesaria para resolver adecuadamente el asunto, lo que producía retrasos en la tramitación de la consulta. En un completo y detallado instrumento, el Tribunal señalaba la información que debía acompañarse conjuntamente con la solicitud, esto es, la individualización de las partes y una descripción de la operación, el mercado relevante, los objetivos de la operación, sus efectos y medidas de mitigación, entre otra.

El Auto Acordado N° 12/2009 fue un paso importante, pero insuficiente. El mismo 2009 se publicó la Ley N° 20.361, en la que no se innovó muy sustancialmente lo que existía en esta materia; más bien se hizo hartos poco. Sólo se incorporó un nuevo número 2²⁴⁴ al artículo 31 que abrió, indirectamente, un espacio de negociación entre la FNE y las partes que querían concentrarse, al permitir que los interesados pudieran aceptar las recomendaciones que efectuaba dicho organismo en su informe y, con ello, acelerar el procedimiento no contencioso.

Fusión de Lan con Tam y la intervención de terceros

Un camino para evitar conocer actos concentrativos a través del procedimiento no contencioso era utilizar la nueva herramienta otorgada por la Ley N° 20.361 a la FNE, consistente en celebrar acuerdos extrajudiciales con los investigados. El 27 de enero de 2011, a las 23:45 horas, la FNE presentó al TDLC un acuerdo extrajudicial celebrado con Lan y TAM, con el objeto de obtener su autorización de conformidad con la letra ñ) del artículo 39 del D.L. N° 211. En el mismo las empresas asumían una serie de obligaciones para mitigar los riesgos que para la libre competencia representaba la fusión.

Sin embargo, horas antes, a las 12:45 del mismo día 27 de enero de 2011, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios ("Conadecus") presentaba una consulta ante el TDLC sobre los mismos hechos que motivaron el acuerdo extrajudicial entre la FNE y Lan/TAM. Así, en razón de haber prevenido en el conocimiento del asunto, el Tribunal rechazó el referido acuerdo y dio lugar a la tramitación de la consulta formulada por Conadecus.

244 Art. 31 N° 2 del D.L. N°211: "Vencido el plazo anterior, quienes hayan ejecutado o celebrado, o se propongan ejecutar o celebrar los hechos, actos o contratos consultados, podrán evaluar las recomendaciones que hubiere efectuado la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de aporte de antecedentes y comunicar por escrito al Tribunal su concordancia con las mismas".

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Este hecho no fue menor. Era la primera vez que un tercero -Conadecus- y no las partes interesadas en una operación de concentración presentaba una consulta sobre un hecho futuro. Antes de la reforma de 2009 existía norma expresa²⁴⁵ que facultaba solo a las partes que celebrarían el acto o contrato para presentar la correspondiente consulta ante el TDLC. Lo anterior era de toda lógica, por cuanto el objeto de la consulta era obtener certeza acerca de si lo que se proyectaba realizar podría afectar la libre competencia. Con la aprobación del TDLC, el o los interesados lograban la inmunidad establecida en el artículo 32 del D.L. N° 211.

Las cosas se empiezan a torcer con la reforma del año 2009, en la que se modificó el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211²⁴⁶, facultando esta vez no solo a las partes que proyectaban celebrar una operación en el futuro para presentar la correspondiente consulta ante el TDLC, sino que también a todo aquel que tuviera un interés legítimo.

La pregunta que surgía entonces era ¿quién tenía un interés legítimo en una consulta de un hecho futuro? ¿los interesados en el acto o contrato, o también terceros?

La respuesta del TDLC frente a esta disyuntiva fue dividida. En un principio, la unanimidad de sus miembros decidió dar inicio al correspondiente procedimiento no contencioso²⁴⁷. Sin embargo, luego de sendas reposiciones presentadas por Lan y la FNE en contra de dicha resolución, solo la mayoría del Tribunal confirmó el criterio conforme al cual un tercero podía consultar un hecho futuro, en este caso, una asociación de consumidores cuyos intereses podían ser afectados por la operación²⁴⁸. La minoría, en tanto, consideró que solo los que proyectaban realizar la operación eran interesados legítimos, confirmando, de paso, la doctrina ya asentada del TDLC que las consultas formuladas por terceros transformaban, necesariamente, en litigioso el asunto²⁴⁹.

La fusión de Lan con Tam finalmente fue aprobada con una serie de condiciones, pero dejó ciertas interrogantes abiertas. La primera, si era viable que la FNE celebrara acuerdos extrajudiciales para resolver operaciones de concentración de esta magnitud. La segunda, decía relación con la posibilidad que se abriera la puerta para que terceros pudieran formular consultas no solamente sobre una operación de concentración sino sobre cualquier hecho, acto o contrato. El tiempo respondió ambas interrogantes.

En cuanto a los acuerdos extrajudiciales recaídos en operaciones de concentración, el tema no estuvo exento de polémica. En marzo de 2013, la FNE presentaba ante el TDLC un acuerdo extrajudicial celebrado con Pfizer y Nestlé por una operación en la que esta última compraría activos de primera. Esta era la primera ocasión en que el Tribunal debía pronunciarse sobre la procedencia de esta facultad en los casos de fusiones

245 La norma del artículo 18 N° 2 señalaba que al TDLC le correspondía “conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos”.

246 La misma norma dispuso que el TDLC debía “conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

247 Resolución del TDLC del 28 de enero de 2011, de la causa rol N°388-11.

248 Resolución del TDLC del 17 de marzo de 2011, de la causa rol N°388-11.

249 Resolución del TDLC del 17 de marzo de 2011, de la causa rol N°388-11.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

y, en un fallo dividido²⁵⁰, no admitió a tramitación el acuerdo presentado porque la mayoría consideró que este tipo de operaciones debían someterse a un proceso de consulta ante el TDLC. Fue una decisión muy compleja porque había muy buenos argumentos en ambos sentidos. En esa época ya llevaba casi un año en el Tribunal como ministro y recuerdo muy bien la discusión que tuvimos en este tema con los ministros Depolo y Butelmann, quienes eran férreos opositores a que una operación no materializada pudiera ser conocida por la FNE. Al final, el asunto se dio vuelta porque cuando se resolvió la reposición²⁵¹ presentada por las partes había vuelto el ministro Menchaca, quien se sumó a la minoría compuesta por la ministra Domper y el suscrito. Así, la FNE pudo suscribir acuerdos extrajudiciales sobre operaciones de concentración que fueron aprobados por el TDLC²⁵², pero no de la envergadura de la fusión de Lan con Tam.

En lo referente a las consultas de terceros, la jurisprudencia permitió que cualquier persona que demostrara un interés legítimo podía interponer un asunto no contencioso, incluso sobre hechos futuros. En esto último resultó clave la intervención de la Corte Suprema, en un doble sentido. Por una parte, consideró que procedía el recurso de reclamación²⁵³ en contra de las resoluciones que declaraban inadmisibles una consulta. Por otra parte, amplió el concepto no contencioso, estableciendo como límite la imputación de responsabilidad²⁵⁴.

Fusión SDS con SMU. La jugada que no resultó

La fusión entre SMU y Supermercados del Sur S.A. ("SDS") constituye también un hecho que resulta conveniente destacar dentro de la política de fusiones, porque fue una operación importante que fue consultada al TDLC después de ella fuera materializada.

En efecto, el 17 de septiembre de 2011 se cerró la operación²⁵⁵ y tres días después se presentó al TDLC una consulta como un hecho, acto o contrato existente y su compatibilidad con las normas de libre competencia. Como era una operación que ya se había cerrado, las consultantes no solicitaron que se autorizara la operación, sino que se aprobaran las medidas de mitigación que proponían en su presentación.

La idea de SMU y SDS no prosperó. El Tribunal estimó que no era lógico ni razonable que se evaluaran solamente las medidas sin revisar la fusión en su conjunto. Lo accesorio no se podía analizar sin lo principal. En una extensa resolución, el Tribunal determinó, entre otras varias materias, que "teniendo en consideración

250 Resolución del TDLC de 20 de marzo de 2013, AE 07-13.

251 Resolución del TDLC de 20 de marzo de 2013, AE 07-13.

252 A modo ejemplar, los acuerdos extrajudiciales N° 9/2014 y N° 10/2014 del TDLC.

253 La Corte Suprema ha interpretado el término resolución de término del artículo 31 inciso final del D.L. N° 211 en forma amplia, incluyendo en ellas no solo aquellas que se dictan al final del procedimiento, como era la idea del legislador cuando introdujo la norma, sino que además a las que declaran inadmisibles las consultas.

254 "El ejercicio de la potestad consultiva no impide el análisis de la conformidad de ciertos actos o contratos ya celebrados con la legislación que rige la materia, siempre y cuando se refiera a actos concretos y no exista una imputación formal y directa". Sentencia de la Corte Suprema del 10 de mayo de 2021, en los autos Rol N° 138.221-2020.

255 El Mercurio, "SMU se fusiona con Supermercados del Sur y proyecta ventas anuales por US\$ 5.000 mills.", 19 de septiembre de 2011, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=88677>

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

que las proposiciones de medidas de mitigación que SMU ha sometido al conocimiento de este Tribunal solo pueden ser analizadas y, en definitiva, aceptadas, rechazadas o complementadas, en atención a la evaluación de las características de la operación de concentración a la que acceden, este Tribunal analizará la fusión por incorporación de la sociedad SDS en SMU y, de acuerdo con esa evaluación, declarará si infringe las normas del D.L. N° 211 e impondrá las condiciones que eventualmente deban ser cumplidas en la misma”²⁵⁶.

La antedicha decisión se adoptó además con un buen tirón de orejas a las consultantes. En sus párrafos 7.7²⁵⁷, 7.8²⁵⁸ y 7.9²⁵⁹, el Tribunal puntualiza los problemas de revisar una operación de esta envergadura cuando ya había sido materializada, pudiendo las consultantes haberlo hecho perfectamente antes de su perfeccionamiento.

Necesidad de una reforma sustantiva en materia de fusiones

Todos los problemas descritos fueron creando la necesidad de avanzar hacia un sistema regulado sobre el control de las operaciones de concentración económica. En efecto, (i) la naturaleza del procedimiento no contencioso; (ii) la necesidad de negociar compromisos o remedios; (iii) la legitimación de quienes son los verdaderos interesados en obtener la aprobación de estas operaciones; (iv) los actos que afectaban la competencia y que no eran consultados; y (v) los límites de los acuerdos extrajudiciales²⁶⁰ para resolver este tipo de actos cuando su envergadura es considerable; fueron los antecedentes más relevantes que se tuvieron en consideración para adoptar y regular un sistema previo de control de fusiones.

Para los efectos anteriores, en 2014 la FNE, cosechando los frutos de la excelente relación que las autoridades tenían con la OCDE, logró que el Ministerio de Economía de la época encargara un informe a dicho organismo sobre la “regulación” de las fusiones en nuestra legislación y solicitó propuestas concretas sobre la dirección que había que seguir en este campo.

256 Resolución N°43/2012 del TDLC, 7.4.

257 “7.7. Antes de entrar en el análisis del asunto sometido a su conocimiento en autos, este Tribunal considera relevante hacer notar la inconveniencia de que SMU haya consultado con posterioridad a su concreción una operación que, como es el caso de la que se examinará, es esperable que tenga un impacto significativo en la competencia, dada su envergadura y características de los mercados en los que tiene incidencia. Ello en circunstancias de que dicha compañía pudo consultar a este Tribunal previamente a la materialización de la fusión por incorporación de SDS”.

258 “7.8. Lo anterior habida cuenta de que, en términos generales, solicitar voluntaria y preventivamente el ejercicio de la potestad que el artículo 18° N° 2 del D.L. N° 211 entrega a este Tribunal, es preferible a exponerse a una intervención ex post de la autoridad de defensa de la libre competencia respecto de una operación que podría cambiar sustancialmente la estructura de uno o más mercados y probablemente tendrá efectos en el funcionamiento de la competencia en los mismos, en el caso de que tales efectos sean considerados perniciosos en esta sede”.

259 “7.9. En efecto, en el caso de que una operación de concentración ya materializada represente riesgos importantes para la competencia en uno o más mercados, este Tribunal puede verse en la necesidad de imponer como condición la realización de desinversiones o derechamente declararla contraria a la libre competencia, lo que obligaría a deshacerla parcial o totalmente, todo lo cual puede resultar muy costoso, tanto para las empresas involucradas en la operación en cuestión como desde un punto de vista social. Por otra parte, en caso de que se interponga una demanda o requerimiento o que se presenten una o más oposiciones en los términos del numeral 2° del Auto Acordado N° 5/2005 -y se tuviese por configurada una infracción al artículo 3° del D.L. N° 211 en el proceso respectivo-, este Tribunal incluso podría llegar a imponer cualquiera de las sanciones del artículo 26 del dicho cuerpo legal, todo lo cual podría resultar en consecuencias aún más gravosas desde el punto de vista privado y social”.

260 De acuerdo con el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211, el TDLC solo tiene 15 días hábiles contados desde la audiencia de rigor para dar su aprobación a un acuerdo extrajudicial.

Evaluación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración en Chile. Informe de la OCDE

El objeto del Informe de la OCDE consistió en analizar el D.L. N° 211 en materia de operaciones de concentración y proponer reformas en base a “(a) las mejores prácticas internacionales, (b) el reporte de la OCDE sobre la aplicación de la recomendación de 2005 relativa a las operaciones de concentración, y (c) cuestiones identificadas en la revisión de la adhesión de Chile a la OCDE”²⁶¹.

De esta forma, el Informe OCDE en su primera parte, evalúa nuestro precario sistema, realizando un diagnóstico de nuestra legislación, las normas que posibilitan pronunciarse sobre estas operaciones, los procedimientos que se siguen ante la FNE y el TDLC, los análisis sustantivos, las condiciones que se imponen y el sistema de revisión judicial. En la segunda parte, describe las “problemáticas” del sistema y formula observaciones, y finaliza realizando algunas recomendaciones.

La conclusión principal es tajante. Chile carecía de un sistema razonable y las escasas normas que se aplicaban en esta materia eran poco claras y transparentes. Literalmente, señala que “el actual régimen de control de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos clave para un eficaz sistema de control de concentraciones. Las principales razones de la situación actual en Chile son: la falta de disposiciones legales para el control de concentraciones, la carencia de criterios jurisdiccionales claros, el que el control esté sujeto a procedimientos generales antimonopolios que no fueron diseñados para tales fines y la ausencia de facultades específicas entre la FNE y el TDLC”²⁶².

Las recomendaciones, como es de suponer, implicaban cambios profundos en nuestra legislación. La primera y más obvia era establecer expresamente un sistema reglado en la ley. Era increíble que Chile no lo tuviera, considerando la antigüedad de sus leyes, el respeto que concitaba en el orden internacional y el hecho que fuera miembro de la OCDE. La segunda, también bastante obvia, era establecer umbrales que dieran certeza y a partir de los cuales se debía gatillar el control previo de la operación de concentración. Tercero, aparece la palabra colaborativo. El sistema tenía que ser “eficiente, transparente, previsible y colaborativo”, es decir, debía proveer instancias que permitieran a las partes negociar con la autoridad medidas de mitigación. En ese sentido, en el informe se afirmaba que “[l]os periodos largos y la incertidumbre en el proceso de análisis puede tener un efecto intimidatorio e incentivar a las empresas a evitar la notificación, o incluso a no materializar las operaciones (las cuales pudiesen tener efectos pro competitivos)”²⁶³. En cuarto lugar, se propuso un sistema o procedimiento que contemplara dos fases de investigación y análisis. Luego, se recomendó establecer un estándar sustantivo bajo el cual debían analizarse estas operaciones, proponiendo al efecto el de reducción sustancial de la competencia (*Substantial Lessening of Competition test* -SLC-). Por último, el sistema debía contemplar un régimen de sanciones por el incumplimiento de las medidas adoptadas en una operación o la falta de notificación de aquellas operaciones que superaran los umbrales que se fijasen.

261 OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración en Chile. Informe del Secretariado de la OCDE*, (París: 2014), 4, https://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf.

262 OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración en Chile. Informe del Secretariado de la OCDE*, 8.

263 OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración en Chile. Informe del Secretariado de la OCDE*, 11.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Como se puede apreciar, el Informe de la OCDE fue fundamental a la hora de confeccionar el proyecto de ley que dio origen a la Ley N° 20.945. Prácticamente todas sus recomendaciones fueron recogidas en el texto que finalmente se aprobó, según veremos a continuación.

Ley N° 20.945. El salto cualitativo

Con el Informe OCDE en la mano, el Gobierno de Michele Bachelet y (particularmente) la FNE, enfrentaron la incorporación del control obligatorio de operaciones de concentración económica durante la tramitación del proyecto de ley que culminó con la dictación de la Ley N° 20.945.

Dentro de las ideas matrices de ese proyecto de ley se establecía como uno de sus ejes centrales el control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración. Ya en el Mensaje del mismo se citaba la importancia que se le había asignado al citado informe. Así se decía que “en julio de 2014, el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicó el Informe preparado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) titulado ‘Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile’. En él, la OCDE identifica y evalúa los principales problemas del régimen de control de fusiones vigente en Chile y propone recomendaciones para su perfeccionamiento a la luz de las mejores prácticas internacionales”²⁶⁴. También se cita la tajante conclusión a la que había arribado el organismo internacional sobre nuestro sistema a la que habíamos hecho alusión precedentemente, esto es, la falta de “transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos claves para un eficaz sistema de control de concentraciones”.

El proyecto propuesto en esta materia, consistente en incluir un título en la ley que regulara el control preventivo y obligatorio de las operaciones de concentración, recogió todas las recomendaciones del Informe OCDE y no sufrió grandes variaciones a lo largo de su discusión legislativa, generando un amplio consenso entre los parlamentarios²⁶⁵.

Así, finalmente, se aprobó nuestro flamante sistema de notificación previa de fusiones. En síntesis, la nueva normativa regula, en los artículos 46 y siguientes del D.L. N° 211, las siguientes materias:

- (i) Concepto de operación de concentración.
- (ii) Concepto de agente económico.
- (iii) Sujeción de notificación obligatoria de aquellas operaciones que superen los umbrales que fije la FNE por resolución fundada²⁶⁶.
- (iv) La forma de calcular las ventas para efectos de los umbrales.
- (v) La regulación detallada de las dos fases de análisis, estableciendo al efecto los antecedentes que

264 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.495*, 9.

265 Tras realizar una comparación entre el Informe OCDE y el proyecto de ley, es posible concluir que se recogen íntegramente las recomendaciones del organismo, como por lo demás se señala el Mensaje (p.55 Historia de la Ley N°20.945). Durante la tramitación del proyecto varió en esta materia solamente que el Senado le confirió a la FNE la facultad de determinar los umbrales de ventas sobre los cuales la notificación es obligatoria, en vez de un reglamento dictado por el Ministerio de Economía. Pero esto no contradice el informe de la OCDE.

266 De acuerdo con la Resolución Exenta de la FNE N° 157/2019, los umbrales son los siguientes: “a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores 2.500.000 unidades de fomento. b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores a 450.000 unidades de fomento”.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

se deben acompañar, los plazos, derechos de los notificantes, incluido el de proponer medidas de mitigación y resoluciones que puede adoptar la FNE al término de cada una de sus fases.

(vi) El estándar para rechazar una operación, cual es la reducción sustancial de la competencia.

(vii) Los medios de impugnación en contra de la resolución de la FNE que rechaza la operación.

Junto con lo anterior, la nueva ley consagró el nuevo artículo 3° bis del D.L. N° 211²⁶⁷ que sanciona una serie de conductas que deriven del incumplimiento, por parte de los notificantes, de las obligaciones que surgieron con motivo del nuevo régimen implementado.

Como se puede apreciar, se estableció una regulación detallada y completa, a la altura de los más exigentes estándares a nivel internacional en la materia. Sin embargo, su implementación no era sencilla y hubo que incorporar un articulado transitorio²⁶⁸ que diera tiempo a la FNE para la puesta en marcha del nuevo sistema. Para lo anterior, dicho organismo tuvo que dictar una serie de normas²⁶⁹, guías internas²⁷⁰ y un formulario de notificación para hacer operativo el sistema.

Adicionalmente, la FNE tuvo que reorganizar sus divisiones internas, asignando más recursos y personal²⁷¹ a la División de Fusiones. Uno de los grandes temores era cuántos recursos y tiempo iba a tener que destinar el Servicio para analizar las operaciones que se notificaran. Tampoco se tenía certeza si los umbrales originalmente fijados²⁷² reflejaban efectivamente la necesidad de revisar las operaciones más importantes.

Durante el primer año luego de la entrada en vigencia de la nueva ley, es decir, entre junio de 2017 y mayo de 2018, la FNE conoció 42 operaciones de concentración²⁷³, la gran mayoría de las cuales fue aprobada sin condiciones²⁷⁴. El año 2019 hubo que realizar un ajuste en los umbrales²⁷⁵.

267 Art. 3° bis del D.L. N°211: “Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: a) Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48. b) Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49. c) Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 31 bis, 54 ó 57, según sea el caso. d) Perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación, de conformidad a lo establecido en los artículos 31 bis ó 57, según corresponda. e) Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa”.

268 Las reformas en esta materia comenzaron a regir a partir del primer día del sexto mes siguiente a la fecha en que se publicara en el Diario Oficial la resolución que estableciera los umbrales contemplados en las letras a) y b) del artículo 48 contenido en el numeral 21 del artículo 1°.

269 Reglamento de Notificación de Operaciones de Concentración; Resolución Exenta N° 667/2016 que fijó los umbrales, posteriormente modificada por la Resolución N° 157/2019.

270 Nueva Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales; Guía de Interpretación de Umbrales; Guía de Competencia; y Guía de Remedios.

271 Se pasó de 16 a 23 funcionarios.

272 1.800.000 unidades de fomento y 290.000 unidades de fomento, respectivamente.

273 Confirmado en base a la información disponible en el sitio de la FNE. El periodo abarca los primeros 12 meses, es decir, entre junio de 2017 y mayo de 2018.

274 Durante 2017, 14 operaciones fueron aprobadas en forma pura y simple, y 4 aprobadas con medidas. En 2018, 47 operaciones fueron aprobadas en forma pura y simple, 5 con medidas, y una sola fue prohibida. Estadísticas disponibles en el sitio de la FNE.

275 2.500.000 unidades de fomento y 450.000 unidades de fomento, respectivamente.

El JBA de Latam y las primeras operaciones rechazadas por la FNE que conoció el TDLC

En octubre de 2018, el TDLC dictaba una importante resolución en materia de operaciones de concentración o, mejor dicho, cuasi concentración, como fue la consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo sobre los *Joint Business Agreement* (JBA) que Latam pretendía suscribir con Iberia, British Airways y American Airlines para el servicio de transporte aéreo de carga y pasajeros. Estos acuerdos suponían la coordinación entre dichas empresas respecto de los precios, la capacidad e itinerarios, entre otras actividades, así como el reparto de ingresos del transporte aéreo de pasajeros en su ámbito geográfico. El TDLC resolvió autorizar esta operación bajo una serie de condiciones o medidas²⁷⁶ y la Corte Suprema, revocando la decisión del tribunal, decidió rechazarla por no existir medidas o remedios estructurales eficaces para mitigar los riesgos que estos JBA generaban para la libre competencia²⁷⁷.

Pero este caso tuvo otras implicancias más allá de la decisión final que se adoptó. Por esa época empezaban a surgir las primeras quejas por los atrasos que tenía el TDLC para la dictación de sus sentencias y resoluciones finales, atrasos de los cuales por supuesto yo era el primer responsable como presidente del organismo²⁷⁸. Es más, en el Día de la Competencia organizado por la FNE ese año 2018, asistió el presidente Piñera, quien privada y públicamente me representó los retrasos que estaba teniendo el Tribunal²⁷⁹.

La primera operación de concentración que rechazó la FNE y que conoció el Tribunal fue el acuerdo de compra por parte de Ideal S.A. del 100% de las acciones de Alimentos Nutrabien S.A. ("Nutrabien") a sus titulares, Foods y CCU Inversiones. De acuerdo con el Servicio, la operación reducía sustancialmente la competencia por cuanto las eficiencias y medidas ofrecidas por las partes no lograban mitigar los riesgos identificados por la FNE. Para estos efectos, no consideró necesario determinar en forma estricta el mercado relevante, ya que se trataban de bienes diferenciados. Así, estimó que, en el canal supermercadista, el ámbito de sustitución cubría las categorías de bizcochos individuales (brownies, bizcochos rellenos) y alfajores; en tanto que, en canal de las tiendas de mayor tamaño, el análisis podría incluir dentro del ámbito de sustitución a las galletas dulces.

Esta innovación en el análisis de la FNE se basó, como se señaló, en el hecho de que se trataba de productos diferenciados y, por lo tanto, el análisis tradicional del mercado relevante podía no reflejar con exactitud el grado de sustitución de los productos involucrados en la operación. En su lugar, utilizó los denominados índices de presión al alza en precios (GUPPI e IPR), los que darían cuenta darían cuenta "de la existencia de riesgos unilaterales en productos específicos como Brownie, Braunichoc y alfajores de Nutrabien"²⁸⁰.

276 Resolución N°54/2018 del TDLC.

277 Resolución de la Corte Suprema de 23 de mayo de 2019, en los autos rol N°31.502-2018.

278 "(...) entre algunos abogados que litigan ante el TDLC se repite una crítica: una excesiva demora en los fallos". Diario Financiero, "La mano de Enrique Vergara en el TDLC", 9 de febrero de 2018.

279 La Tercera, "Piñera llama al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a levantar 'taco' en tramitación de causas", 8 de noviembre de 2018, <https://www.latercera.com/pulso/noticia/pinera-llama-al-tribunal-defensa-la-libre-competencia-levantar-taco-tramitacion-causas-vergara-reconoce-demora/392037/>.

280 Sentencia N° 166/2018 del TDLC, 3.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Como era de esperar, el TDLC al resolver el primer recurso de revisión²⁸¹ especial fijó algunos contornos acerca del ámbito de dicha revisión. En un voto dividido, la mayoría señaló que “en cuanto al ámbito de revisión que comprende el recurso de autos, este Tribunal realiza un escrutinio tanto sobre el mérito como sobre la validez de las resoluciones de la FNE que prohíben una operación de concentración”, sin que imponga la ley “restricción alguna a esta facultad que permite al Tribunal obtener herramientas para realizar un escrutinio exhaustivo de la decisión de la FNE”²⁸². Luego, citando el artículo 31 bis del D.L. N° 211, en el que se fija el procedimiento de este recurso, el Tribunal sostuvo que “puede aprobar una operación de concentración que hubiere sido previamente prohibida por la Fiscalía, condicionada al cumplimiento de nuevas condiciones, distintas de aquellas que hubieren sido evaluadas en sede administrativa”²⁸³. Concluye el TDLC su análisis señalando “que el objeto de este proceso consiste en la revisión del proceso de investigación realizado por la FNE y los supuestos fácticos y jurídicos que fundamentan la Resolución Recurrída”²⁸⁴. Asimismo, el Tribunal también consideró pertinente recabar nuevos antecedentes.

El voto de minoría, por su parte, consideró que el alcance del recurso de revisión especial era más limitado, pues el análisis debía realizarse con un “criterio de deferencia con la autoridad administrativa”²⁸⁵.

Finalmente, el recurso de revisión fue acogido y se aprobó la operación de concentración sujeta a las medidas de mitigación ofrecidas por las recurrentes a la FNE durante el procedimiento administrativo, no sin antes llamar la atención a esta última por no constar en el respectivo expediente “un diálogo con las Partes una vez que ofrecieron las medidas de mitigación, ni, con anterioridad al Informe de Prohibición, se consignan las razones que motivan su rechazo por parte de la FNE”²⁸⁶.

La otra operación de concentración que fue rechazada por la FNE y conoció el Tribunal por reducir sustancialmente la competencia, fue la adquisición de la Isapre Colmena por parte de Isapre Nueva Más Vida. En la Sentencia N° 182/2022, el TDLC confirmó cuál era el ámbito de revisión determinado en la Sentencia N° 166/2018, señalando al efecto que “supone un escrutinio tanto del mérito como de los fundamentos de las resoluciones de la FNE que prohíben una operación de concentración”²⁸⁷. A diferencia de la operación entre Nutrabien e Ideal, en este caso sí se siguió un análisis más tradicional en el sentido de determinar el mercado relevante²⁸⁸, las participaciones de mercado y niveles de concentración, las condiciones de entrada,

281 El recurso de revisión especial se encuentra establecido en el artículo 57 inciso final del D.L. N° 211. Solo procede en contra de las resoluciones del Fiscal Nacional Económico que rechaza una operación de concentración y el plazo para interponerlo es de 10 días.

282 Sentencia N° 166/2018 del TDLC, C° 6°.

283 Sentencia N° 166/2018 del TDLC, C° 7°.

284 Sentencia N° 166/2018 del TDLC, C° 11°.

285 Sentencia N° 166/2018 del TDLC, 50.

286 Sentencia N° 166/2018 del TDLC, C° 146°.

287 Sentencia N° 182/2022 del TDLC, C° 7°.

288 Se definieron dos mercados relevantes: (i) El mercado de los planes de salud individuales provistos por Isapres abiertas, en el territorio nacional; y (ii) el mercado de los planes de salud colectivos provistos por Isapres abiertas, en el territorio nacional (Sentencia N° 182/2022 del TDLC, C° 21°).

la evaluación de los riesgos unilaterales y coordinados y de las eficiencias alegadas por las recurrentes, así como las medidas de mitigación que estas últimas ofrecieron a la FNE en el procedimiento administrativo.

En definitiva, el Tribunal resolvió rechazar el recurso de revisión por considerar la operación sometida a su escrutinio reducía sustancialmente la competencia y que las medidas de mitigación propuestas por las partes eran insuficientes para restaurar la presión competitiva “existente previo a la Operación, además de que son difíciles de monitorear, complejas de ejecutar e ineficaces para mitigar los riesgos de la Operación”²⁸⁹.

Cuando uno va escribiendo y describiendo ciertos hitos relevantes que han ocurrido en materia de fusiones resulta sorprendente caer en la cuenta cómo hemos evolucionado en este ámbito. De no tener nada a contar con un sofisticado y vanguardista sistema de notificación de operaciones de concentración económica. Esto es realmente digno de admiración. También no deja de llamarme la atención la profundidad que han ido adquiriendo los análisis que la FNE, el TDLC y las partes realizan de las operaciones que se someten al escrutinio de la autoridad.

VI. REFLEXIONES PERSONALES Y CONCLUSIONES

Escribir este artículo ha sido un ejercicio muy interesante, lleno de recuerdos. Me he reconectado con experiencias y emociones que tenía bien guardadas en mi memoria. Buena parte de mi vida profesional ha estado y va a estar inevitablemente ligada a los temas relacionados con la libre competencia. En este sentido soy afortunado. El Derecho, a veces, es muy árido, con una densidad normativa que se hace difícil de aprehender. Trabajar en un área en la que la creatividad y el trabajo interdisciplinario es esencial entrega enormes beneficios. Las soluciones no vienen entregadas automáticamente por la norma, hay que interpretar, darle vida y sentar doctrina a través de la jurisprudencia. Eso es muy reconfortante. Es como ir creando derecho todos los días, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo.

Como mencioné en las primeras páginas de este ensayo, he tenido la fortuna de trabajar con personas extraordinarias. No puedo citarlas a todas porque las inevitables omisiones serían muy injustas. A todas y todos les tengo un profundo agradecimiento y admiración. Muchas gracias por todo lo vivido y entregado estos años.

Como se pudo apreciar, el alcance de este trabajo no cubre, ni con mucho, todos los eventos más importantes que han ocurrido las últimas dos décadas en materia de libre competencia. Se ha tratado, en suma, de relatar algunos de los cuales fui testigo y, porque no decirlo, protagonista.

Al reflexionar sobre este viaje por la política y el derecho de la competencia, no dejo de sorprenderme de su evolución, tanto desde el punto de vista institucional, como normativo y mediático. La protección de la libre competencia afortunadamente es hoy una prioridad en nuestro país. Avanzamos decididamente hacia una verdadera economía de mercado, es decir, aquella en que los agentes económicos compiten libremente por captar consumidores a través de más y mejores bienes y servicios, al menor costo posible.

289 Sentencia N° 182/2022 del TDLC, C° 173°.

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Asimismo, los hitos descritos en los capítulos precedentes permiten extraer algunas conclusiones sobre el estado de nuestra política de competencia.

La primera y más importante, es que contamos, como señalé al principio de este trabajo, con un sistema de protección de la libre competencia que se ha ido consolidando a través de los años. Hoy se puede decir que el marco normativo que rige este bien jurídico es omnicomprendivo de todas las materias que deben contener una legislación de este tipo, esto es, una adecuada descripción de las infracciones, autoridades dotadas de la debida independencia, facultades para investigar y sancionar las conductas anticompetitivas y, por último, un sistema de control previo de operación de concentración económica.

En segundo lugar, no puedo dejar de mencionar el alto nivel de sofisticación que ha alcanzado la litigación en esta sede. Juicios complejos con grandes volúmenes de información y la odiosa confidencialidad, han requerido del esfuerzo de todos los actores del sistema: ministros del TDLC y de la Corte Suprema, relatores, economistas, Fiscal, funcionarios de la FNE, abogados litigantes, economistas, etc. Todas y todos ellos han debido adaptarse a los desafíos que ha implicado esta evolución del sistema. Existe un salto cualitativo bastante notable en todas las actuaciones que se desarrollan y practican en este orden de materias y ello es digno de ser mencionado.

En tercer lugar, en materia de persecución de carteles, la reforma del año 2009 con la Ley N° 20.361, y los subsecuentes casos de carteles en cuyas investigaciones se ejercieron las facultades intrusivas o se otorgó el beneficio de la delación compensada, han demostrado que el sistema funciona. Sin embargo, está por verse cómo la sentencia de la Corte Suprema dictada en el caso del Papel *Tissue* afectará los incentivos de los agentes económicos para delatarse.

En cuarto término, la persecución e investigación de los abusos unilaterales parece no haber sido la prioridad de los objetivos fijados por la agencia de la competencia, la FNE. Ello puede obedecer a varios factores, pero sin duda que ha influido en aquello la priorización del ente persecutor en los casos de carteles duros y el *enforcement* privado de estas conductas.

Luego, en cuanto a sistema de control de las operaciones de concentración económica instaurado en la Ley N° 20.945 y que tuvo como antecedente esencial el Informe de la OCDE, ha funcionado de acuerdo con lo esperado. La FNE ha revisado con acuciosidad las operaciones que se han debido notificar, cumpliendo los plazos establecidos en la ley, y ha dictado la normativa interna necesaria para hacer operativo el sistema de una manera eficaz.

Por supuesto que, como toda obra humana, nuestra política de competencia puede ser perfeccionada. Es más, las mejoras al sistema son algo recurrente. En los últimos 25 años el D.L. N° 211 ha tenido cuatro reformas sustantivas. Esto no es de extrañar. A nivel comparado sucede algo parecido, si no miren el caso de España, que en los últimos quince años ha cambiado tres veces su institucionalidad, o del Reino Unido y Países Bajos²⁹⁰. Dar con el tono adecuado para tener una institucionalidad eficiente no resulta sencillo.

²⁹⁰ En Reino Unido, la Enterprise and Regulatory Reform Act de 2013 (ERRA) creó la Competition and Markets Authority (CMA), que reemplazó a la Competition Commission e incorporó las atribuciones en materia de libre competencia de la Office of Fair Trading. Por su parte, la autoridad de competencia neerlandesa, la Authority for Consumers and Markets (ACM), fue creada en 2013 como consecuencia de la fusión entre las antiguas Netherlands Consumer Authority, Netherlands Competition Authority (NMA) y la Netherlands Independent Post and Telecommunications Authority (OPTA).

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

Cuánta independencia y autonomía se le entrega a la autoridad, su carácter colegiado o unipersonal, su sistema de revisión judicial, entre otras, son interrogantes que constantemente aparecen. Por otro lado, las actividades económicas son esencialmente dinámicas y, por lo tanto, aunque contemos con normas de textura abierta como nuestro artículo 3° del D.L. N° 211, siempre serán necesarias reformas legales y/o reglamentarias para hacer frente a ese dinamismo. Lo importante es que sean realizadas a partir de diagnósticos y análisis reflexivos, y no al calor de un caso mediático.

Algunos ya están pensando y proponiendo reformas a nuestro sistema de libre competencia. Hace exactamente un año, el Centro Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez ("CeCo") publicó en su sección Diálogos CeCo un trabajo del ex Sub Fiscal Nacional Económico, Mario Ybar, intitulado "Hoja de ruta para la libre competencia en Chile: una propuesta"²⁹¹. Este documento tenía como objetivo, como señala su autor, constituirse en "una hoja de ruta para los próximos años, con siete propuestas que permitan guiar el desarrollo de la política y el derecho de competencia en Chile en áreas concretas, a partir de una reflexión sobre los fines de la disciplina. Las propuestas se agrupan de acuerdo a los siguientes ámbitos: abusos de posición dominante y restricciones verticales, acuerdos y colaboraciones entre competidores, e intervenciones de carácter regulatorio". Entre tales propuestas destacan la presunción de dominancia, la tipificación de restricciones verticales, la creación de un sistema de control de acuerdos de colaboración entre competidores, y modificaciones a los procedimientos no contencioso y contencioso.

En personal, creo que es los esfuerzos deben destinarse a agilizar los tiempos de tramitación de los procedimientos contencioso y no contencioso.

En cuanto al primero, si bien comparto su diagnóstico y su propuesta de incorporar los principios de concentración y continuidad de las audiencias de prueba, y de intermediación, ello no resulta tan sencillo llevarlos a la práctica. En teoría, es efectivo que resulta más eficiente que el pleno del Tribunal reciba en una sola audiencia secuencial toda la prueba rendida. De esta manera, todos los ministros podrían percibir directamente los medios probatorios que presentan las partes y se podrían formar una idea más acabada del caso que deben resolver, sobre todo si inmediatamente después de dicha audiencia se celebra la vista de la causa. Sin embargo, se debe tomar en consideración que las audiencias podrían tomar varias semanas en el caso de litigios complejos con varios testigos (de acuerdo con mi experiencia un testimonio podía durar un día) y, entre medio, el Tribunal debe, por un lado, resolver diariamente los asuntos de despacho diario que también toman su tiempo, especialmente los asuntos relacionados con la confidencialidad, y por otra, celebrar las audiencias públicas y vistas de las causas, además de trabajar en los fallos. Quizás una forma de poder materializar esta propuesta sea la creación de otra sala, pero en con el cuidado de no afectar la debida coherencia en los criterios que vaya asentando el TDLC en su jurisprudencia.

En relación con el procedimiento no contencioso, es efectivo que actualmente se ha hecho un uso abusivo del mismo. Muchos de los asuntos que se promueven en este ámbito tienen una naturaleza esencialmente contenciosa y el mero hecho que no se impute formalmente responsabilidad no basta, en mi entender, para transformarlo en no contencioso. En este sentido, creo que se debe ser mucho más exigente en la admisibilidad del mismo, realizar una interpretación restrictiva de quien tiene un interés legítimo y aclarar que el recurso de reclamación sólo procede en contra de la resolución que resuelve finalmente el asunto promovido y no también en contra de aquellas que lo declaran inadmisibles.

²⁹¹ Mario Ybar, *Hoja de ruta para la libre competencia en Chile* (Santiago: CentroCompetencia UAI, 2022), https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/03/Ybar-Mario-Hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-Chile_2022.pdf

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

También en el ámbito no contencioso, comparto plenamente las reflexiones de la destacada abogada Nicole Nehme en el evento que organizó CeCo para comentar el artículo de Mario Ybar, en el sentido que sería altamente conveniente que algunas materias pueden ser sometidas al conocimiento de la FNE a través de un procedimiento parecido al que actualmente existe para analizar las operaciones de concentración²⁹². Si bien esta propuesta podría sobrecargar el trabajo de la Fiscalía, tendría la ventaja de agilizar ciertas consultas que requieren una tramitación rápida para ser eficaz. Estoy pensando, por ejemplo, en ciertas licitaciones públicas que debe ser resueltas en un tiempo relativamente breve porque no pueden estar suspendidas indefinidamente.

Por otra parte, a nivel mundial, las autoridades a nivel mundial están enfrentando diversos y acuciantes desafíos derivados, principalmente, de la economía digital y las grandes empresas tecnológicas, los que más temprano que tarde llegarán a Chile. En efecto, las agencias de competencia han debido adaptarse a las exigencias que este nuevo escenario económico plantea tales como la relevancia de las plataformas digitales, la importancia de los efectos de red, la incidencia de las economías de escala y de ámbito, los costos de cambios, la fijación de precios mediante algoritmos y, por supuesto, el *Big Data*.

Todas esas temáticas repercuten, cómo no, en el análisis de los casos de conductas relacionadas con la libre competencia y las aproximaciones a su solución deben ser cautelosas. Desde ya surgen interrogantes que siguen abiertas, como por ejemplo: ¿es saludable la competencia por el mercado (*winner takes all*)?; ¿cuánta preeminencia debe darse a los efectos dinámicos e innovación cuando se analiza un asunto?; ¿cómo se delimita el mercado relevante geográfico?; ¿cómo se mide la baja calidad de los productos?; ¿pueden ser sancionadas las empresas que llegan a coordinaciones mediante el uso de algoritmos?; ¿qué umbral de notificación se debería utilizar para el sistema de control de operaciones de concentración?; ¿las infracciones a la privacidad de los datos son también actos anticompetitivos?

Estos son, a grandes rasgos, los temas que se debaten hoy en la política de competencia. Pero esto es solo el comienzo. En un artículo publicado en CeCo²⁹³, el ex ministro del TDLC Radoslav Depolo nos hace preguntarnos hacia dónde va la política y el derecho de la competencia, y cómo los elementos externos -contexto geopolítico, desarrollo tecnológico, desarrollo sustentable, perspectiva de género, entre otros- tendrán cada día más incidencia en la aplicación interna de la política de competencia.

Estos desafíos que se están presentando en el ámbito internacional están obligando a las autoridades de competencia a replantear sus instrumentales de análisis. Ya no basta el enfoque tradicional para analizar, por ejemplo, el mercado relevante, el poder de mercado y las eficiencias. Las instituciones que protegen la competencia están incorporando profesionales de otras disciplinas -como la sociología, la ingeniería y la informática- para investigar conductas en el contexto antes descrito. En fin, se avecinan cambios profundos en la aplicación de la política de competencia y Chile no será la excepción.

Para terminar, cuando se realiza un trabajo como este es muy interesante constatar que al final en el desarrollo de la política de competencia han participado muchos actores, no solamente las autoridades

292 Nicole Nehme, "Comentarios en materia de reformas al procedimiento no contencioso", *CentroCompetencia UAI* (9 de marzo de 2022), <https://centrocompetencia.com/dialogo-hoja-de-ruta-para-la-libre-competencia-en-chile-una-propuesta/>

293 Radoslav Depolo, "El Futuro: T1E0. El Camino y las Preguntas", *CentroCompetencia UAI* (2 de noviembre de 2022), <https://centrocompetencia.com/el-futuro-el-camino-y-las-preguntas/>

TESTIMONIO DE LOS PRINCIPALES HITOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE (2000-2022)

que han debido aplicarla, esto es, la FNE, el Tribunal y la Corte Suprema. De partida, están los Presidentes de la República que han presentado los proyectos de ley que han perfeccionado nuestra legislación; los parlamentarios que han aprobado dichos proyectos; las abogadas y abogados litigantes; para qué decir la ciudadanía que a través de su indignación ante los casos más bullados ha tomado conciencia de la importancia de esta política pública; la academia con su innegable aporte intelectual; la prensa que cada día aprende y comprende mejor los temas de competencia; los empresarios que buscan prevenir conductas ilícitas con la adopción de programas de cumplimiento; los consumidores con sus intervenciones a través de las correspondientes asociaciones que los representan. En fin, lo que tenemos ha sido tarea de todos. Debemos cuidar nuestro sistema porque ha costado mucho construirlo y fortalecerlo, y es el medio para que un sistema económico basado en el mercado florezca.



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:

Enrique Vergara Vial, “Testimonio de los principales hitos de la Libre Competencia en Chile (2000-2022)”,
[Diálogos CeCo](http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones) (abril, 2023),
<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

