UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

CentroCompetencia

Sección **Diálogos**

Sobre la aplicación de las atribuciones legales de un órgano público en épocas convulsas: Algunas reflexiones sobre la Fiscalía Nacional Económica entre 2018 y 2022

Ricardo Riesco Eyzaguirre

Biografía:

Ricardo Riesco Eyzaguirre es Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile (1998). *Fulbright Scholar* (2004). LL.M. de la Universidad de Columbia (2005). *Visiting Scholar* de la Universidad de Columbia (2018). Profesor de Derecho Procesal y de Libre Competencia, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Fiscal Nacional Económico (2018-2022) y Socio en BERING Asesores.

Noviembre 2023

Sobre la aplicación de las atribuciones legales de un órgano público en épocas convulsas: Algunas reflexiones sobre la Fiscalía Nacional Económica entre 2018 y 2022[1]

"La era está pariendo un corazón, no puede más, se muere de dolor, y hay que acudir corriendo pues se cae, el porvenir (...) Debo dejar la casa y el sillón, la madre vive hasta que muere el sol, y hay que quemar el cielo si es preciso, por vivir (...)", Silvio Rodríguez, La Era está Pariendo un Corazón[2].

"El que toma las riendas del gobierno no debe ocuparse en sus asuntos propios, sino en los públicos; debe únicamente interesarse por el interés general, no apartarse ni lo ancho de un dedo de las leyes (...). Expuesto a las miradas del pueblo, puede ser como un astro benéfico que procura la máxima dicha de sus súbditos, o como maléfica estrella que acumula los mayores descalabros. Los vicios de los demás ni se advierten ni se divulgan tan vastamente, pero él está en posición tal que, si en algo se aparta de la honestidad, ello se extiende a muchedumbre de personas como funesta peste", Erasmo de Rotterdam, Elogio de la Necedad[3].

"El trabajo en equipo es la habilidad para trabajar juntos hacia una visión común. La habilidad de dirigir logros individuales hacia objetivos organizacionales. Es el combustible que permite a personas comunes conseguir resultados poco comunes", frase atribuida popularmente a Andrew Carnegie (1835-1919).

---

1 Agradezco al Centro de Competencia (CeCo) de la Universidad Adolfo Ibáñez y, muy especialmente, a su Director Felipe Irarrázabal Philippi, ex Fiscal Nacional Económico, exjefe, consejero habitual y verdadero amigo, por invitarme amablemente a escribir este artículo.

2 Silvio Rodríguez, La Era está Pariendo un Corazón, Álbum "Al final de este viaje", (1968-1970).

3 Erasmo de Rotterdam, Elogio a la Necedad, Capítulo LV, 1515, traducción del latín de A. Rodríguez Bachiller. Resulta impresionante la actualidad de esta cita. La corrupción a nivel público ha producido desde siempre efectos nefastos, incluso antes del surgimiento, por ejemplo, de las redes sociales. También, lamentablemente, esta cita pareciere darle la razón a la letra del tango "Cambalache", de Julio Sosa.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN....6

I.A. Sobre la complejidad del cargo de Fiscal Nacional Económico y por qué quise asumir el desafío de serlo....6

I.B. Sobre los principales desafíos de la FNE durante el período 2018-2022....8

I.C. Sobre las peculiaridades de la FNE como institución pública....10

I.D. Sobre la coyuntura, pero también sobre los principales cambios más estructurales u orgánicos de la FNE durante el período 2018-2022....15

II. EL ESTALLIDO SOCIAL Y LA LABOR DE LA FNE....19

II.A. Sobre cómo el estallido social afectó el funcionamiento habitual de la FNE....19

II.B. Sobre el efecto, huella o rastro que los principales casos de colusión han producido en Chile durante la última década....20

II.C. Sobre la reacción inicial del Gobierno en materia de libre competencia con ocasión del estallido social....22

II.D. Sobre un primer efecto positivo del estallido social para la FNE....26

II.E. Sobre un segundo efecto positivo del estallido social para la FNE....26

II.F. Sobre cómo la FNE siguió ejerciendo sus atribuciones legales con posterioridad al estallido social....27

III. LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y LA LABOR DE LA FNE....29

III.A. Sobre las dificultades adicionales e inéditas para el ejercicio de las atribuciones de la FNE en tiempo y forma....29

III.B. Sobre la ratificación pública y expresa del cumplimiento del "principio de legalidad" por parte de la FNE al comienzo de la pandemia causada por el COVID-19....31

III.C. Sobre la preocupación de la ciudadanía y/o del mundo político sobre el aumento generalizado de los precios en la economía nacional, especialmente del precio de ciertos productos de primera necesidad....33

III.D. Sobre los principales casos de la FNE durante la pandemia causada por el COVID-19 dando cumplimiento a las nuevas atribuciones contenidas en la Ley 20.945 de 30 de agosto de 2016....38

III.D.i. Primer pronunciamiento de la FNE sobre una fusión en mercados digitales....38

III.D.ii. Primer pronunciamiento de la FNE sobre el tratamiento de la excepción de la empresa en crisis en el marco del control de fusiones....40

III.D.iii. Sobre el primer requerimiento presentado por la FNE por el incumplimiento de medidas de mitigación y por la entrega de información falsa en el marco del control de fusiones....41

III.D.iv Sobre el primer requerimiento presentado por la FNE persiguiendo ex post una operación de concentración bajo los umbrales obligatorios de notificación....43

III.D.v Sobre la imposición de medidas estructurales para aprobar operaciones de concentración y sobre la prohibición de algunas fusiones....45

III.D.vi. La presentación del primer requerimiento por parte de la FNE de un caso de "cartel duro": el "Caso Transporte de Valores"....46

III.D.vii. Sobre los estudios de mercado de la FNE....48

IV. LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LA LABOR DE LA FNE....50

V. DESAFÍOS DE LA FNE....53

VI. CONCLUSIONES....58

I. INTRODUCCIÓN

I.A. Sobre la complejidad del cargo de Fiscal Nacional Económico y por qué quise asumir el desafío de serlo

A finales de 2018, y a mis 43 años recién cumplidos, asumí el que ha sido, por lejos, el mayor desafío de mi carrera profesional hasta la fecha[4]. Efectivamente, y luego de que se realizara un concurso de Alta Dirección Pública que llevó adelante el Servicio Civil desde julio de 2018, el 11 de diciembre de ese mismo año fui designado por el Presidente de la República, Sebastián Piñera Echenique, como Fiscal Nacional Económico por un período de 4 años que venció el 11 de diciembre de 2022.

Al designarme como Fiscal, el Presidente Sebastián Piñera Echenique fue tremendamente respetuoso, amable, deferente y tan sólo me "pidió" 3 cosas. Primero, seguir dando una lucha sin cuartel contra las colusiones. Segundo, que tratara de agilizar los plazos del sistema de control preventivo de operaciones de concentración, de tal manera que no se constituyera en una nueva traba burocrática para realizar negocios e invertir en Chile. Y, tercero, que el Gobierno tuviera la posibilidad de proponernos, no en forma imperativa, sino que solo a título de sugerencia, mercados o industrias para realizar estudios de mercado.

Puedo decir con propiedad que como FNE, durante mi mandato, "cumplimos" la primera y segunda petición, pero no la tercera. Eso sí, nos preocupamos expresamente de nunca pillar de sorpresa o "por la prensa" a los Gobiernos respecto de los mercados que íbamos a abordar a través de los estudios, exponiéndoles los informes preliminares poco antes de divulgarlos públicamente.

Es por ello, probablemente, que los estudios de mercado de la FNE tuvieron tan buena, completa y oportuna acogida, a través de proyectos de ley o del mejoramiento de proyectos de ley ya enviados, al menos durante el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique.

---

4 Digo que fue un desafío profesional, pero todo desafío profesional, en especial en el sector público y particularmente hoy en día, entraña también, inexorablemente, un desafío familiar, generando a sus integrantes un orgullo por el servicio al país y, por tanto, algunas profundas alegrías, pero también imponiéndoles muchas veces pesadas cargas, en especial algunas "soledades". Dada la naturaleza del cargo de Fiscal, que implica controlar los excesos del poder económico con miras al bien común y, en razón de ello, muchas veces tomar decisiones duras y difíciles que afectan intereses económicos relevantes, para el adecuado ejercicio de esta función pública se requiere un cierto aislamiento o alejamiento –no solo propio, sino también, aunque quizás en menor medida, de la familia– de los círculos sociales que, con anterioridad a la asunción al cargo, se solían frecuentar. En el caso del Fiscal, esto se morigera en buena medida por el gran equipo humano de la FNE, que sabe de esta situación y, con mucha elegancia y prudencia, atendido que se trata de una institución muy jerarquizada, trata de soslayar esta soledad con su permanente compañía y apoyo.

Esta soledad quizás no se dimensiona hasta que se vive y, por cierto, no es una tarea fácil ni para uno ni para la familia, particularmente en años complejos y polarizados como los que nuestro país ha vivido últimamente y sigue viviendo hasta hoy. Creo –o al menos quiero creer– que nuestros círculos cercanos entendieron y valoraron este alejamiento temporal. Al menos, ellos siempre fueron muy respetuosos de la situación y, una vez culminado mi cargo, han sido muy acogedores y cariñosos.

Transparento lo anterior únicamente para graficar, en definitiva, que trabajar para el Estado es, en buena medida, una especie de proyecto familiar y no meramente individual. Por tanto, recomiendo encarecidamente que quienes se quieran embarcar en proyectos profesionales de naturaleza similar, lo analicen y discutan previamente para lograr una aquiescencia expresa, o al menos tácita, de su grupo familiar, transmitiéndoles que, pese a sus costos, esta clase de cargos, en los que se trabaja por y para el país, valen la pena porque, pese a todo, generan un sentido de propósito e imborrables satisfacciones que perduran la vida entera.

Creo que eso lo entendió mi familia. Por eso mismo, agradezco expresamente en este acto a mi señora María Paz Larraín Errázuriz y a nuestros hijos María Paz Jr., Ricardo Jr., Jacinta y Rafael, sin cuyo apoyo permanente, irrestricto y amoroso nada hubiese sido posible durante los 4 años en los cuales me desempeñé como Fiscal ni, tampoco, en mi vida en general durante las últimas dos décadas.

Como es sabido, en el sector privado me había dedicado profesionalmente a los más variados asuntos de libre competencia por más de 10 años y, en consecuencia, tenía experiencia de primera fuente en este ámbito del Derecho y de la Economía, incluyendo a sus instituciones.

Sin embargo, me parece que, hasta que una persona no ingresa efectivamente al sector público, en este caso concreto a la Fiscalía Nacional Económica ("FNE"), por más que se tenga experiencia y, adicionalmente, se haya realizado algún proceso de *due diligence* previo a nivel más personal en la medida de lo factible, es imposible dimensionar adecuadamente, de forma *ex ante*, la complejidad de las exigencias del cargo, la magnitud de los desafíos y las enormes –y muchas veces impredecibles[5]– repercusiones públicas del actuar de la FNE en el ámbito político, económico y social del país[6].

La verdad es que nunca en mi vida había experimentado, con tal meridiana claridad, la gran sabiduría del chilenismo tradicional que advierte que "*otra cosa es con guitarra*"[7].

---

5 La FNE hace su trabajo de manera técnica e independiente y, pese a que siempre es muy escueta con la prensa y mide con mucho cuidado lo que dice en las distintas instancias públicas en las que le corresponde participar, especialmente en el Congreso, como es evidente la FNE no tiene injerencia ni menos puede controlar la reacción de la población frente a sus actuaciones.

Para conocer el "ambiente" país en momentos bastante únicos y complejos, la asesoría política, económica y comunicacional semanal de la consultora Subjetiva, a través de Sergio España y Charles Rothery, tuvo siempre un valor absolutamente fundamental en el ejercicio de mi mandato en la FNE. Muchas veces nos servía para alertarnos de las repercusiones que podrían tener las actuaciones institucionales, aunque la mayoría de las veces nos servía para darnos cuotas de tranquilidad, en el sentido de poner en su debido contexto, y en su justa dimensión, la eventual trascendencia de muchas de las acciones que la FNE iba a realizar en un futuro cercano.

6 De hecho, y hasta casi el final de mi período, con las jefaturas de la FNE solía bromear si aún no había prescrito el plazo de la acción para solicitar la nulidad por error sustancial del concurso público que culminó con mi designación como Fiscal. Ello se debía, fundamentalmente, a la recurrente novedad y complejidad de las cuestiones fácticas y jurídicas de las labores que a la FNE le tocó enfrentar en el período 2018-2022, novedad y complejidad que provenía no solo de la aplicación efectiva de las nuevas atribuciones entregadas a la institución en virtud de la última reforma legal al Decreto Ley 211 ("DL 211"), sino también de inexplorados escenarios, solicitudes y problemáticas que surgían, especialmente en el plano político y social, en estos tiempos extraordinarios.

En verdad, durante estos 4 años descubrí partes del cuerpo humano que no sabía que podían acalambrarse, dormirse u "hormiguearse", fenómeno especialmente recurrente en la soledad de las noches que la luz del día solía disipar, como en toda esta clase de materias. Dicho eso, me parece que al menos la percepción de una cierta fragilidad o vulnerabilidad a nivel personal, así como la experiencia vital de la importancia del rol de la institución para el país, es indispensable para mantener un estado de tensión o alerta que permita reaccionar en tiempo y forma a situaciones excepcionales, evitar errores no forzados y no caer en la autocomplacencia.

Asimismo, y cualquiera sea la gravedad del asunto, siempre he pensado que una buena cuota de humor –del humor legítimo, el cual también y preponderantemente debe recaer en reírse de uno mismo– es un gran anti estresante natural y un gran forjador de cohesión de los miembros de un equipo de trabajo, ayudando a crear una mística común que mejora los resultados institucionales.

7 En ese sentido, durante mi período muchas veces me pregunté sobre las razones que me habían motivado a trabajar en el sector público y, específicamente, a postular como Fiscal.

Por un lado, creo que están los valores cristianos que recibí en los diversos colegios a los que asistí, cada uno con sus propios carismas y visiones, como fueron el Colegio Verbo Divino, el Aloisiuskolleg (colegio jesuita en Bonn, Alemania) y el Colegio Tabancura, así como también la misión que uno debe tratar de cumplir cuando forma parte del profesorado, ya por décadas, de la Pontificia Universidad Católica de Chile, mi *Alma Matter*. Mi abuela materna, Isabel Jaramillo Philips, la "Abuela Marusa", me enseñó a tratar de ser siempre amable con los demás, especialmente con los más necesitados, porque "ellos eran Cristo".

Por otro lado, creo que mi interés se debió en su momento a haber cumplido un ciclo en el estudio jurídico en el que me desempeñaba como socio y al cual había renunciado casi dos años antes, también en búsqueda, creo, de un nuevo desafío vital y legal en el marco de un proyecto más colectivo que individual y, adicionalmente, a la oportunidad de aportar a mi país, en la plenitud de mis capacidades, en un ámbito de mi *expertise* y de tanta relevancia concreta y práctica para la ciudadanía, en el sentido que las acciones de la FNE pueden mejorar efectiva y sustancialmente las condiciones materiales de vida de las personas.

Luego, también creo que en mi familia también tuve y tengo ejemplos vivos de personas que, de alguna u otra forma, más directa o indirecta, con su trabajo han influido e influyen en cuestiones de interés público y/o que exceden su mera individualidad. En efecto, mi padre, Ricardo Riesco Jaramillo, dedicó toda su vida a la enseñanza universitaria de la geografía y de la ciencia política y, por un tiempo, fue embajador de Chile en el extranjero. Mi señora, por su parte, se ha desempeñado por ya casi dos décadas en la enseñanza escolar básica, labor sumamente vocacional, complejísima y trascendente.

Aunque, en verdad, probablemente mi influencia más directa, aunque quizás fuese más implícita atendido su temprano fallecimiento, fue mi abuelo materno, Rafael Eyzaguirre Echeverría, quien, junto con dedicarse a la enseñanza universitaria del Derecho, fue funcionario del Senado entre 1944 y 1996, llegando a ocupar el cargo de Secretario del H. Senado entre 1990 y 1996, esto es, cuando se recuperó la democracia en Chile. De hecho, en las imágenes televisivas de la época, mi abuelo aparece, junto al Presidente del Senado Gabriel Valdés, cuando el Presidente Augusto Pinochet le entrega la banda presidencial al Presidente Patricio Aylwin. Lamentablemente, mi querido abuelo no alcanzó a verme recibido como abogado. Creo que el homenaje que se le hizo en el Senado, en la sesión del 14 de enero de 1997, describe a mi abuelo como un gran servidor público y, sobre todo, como mejor persona, destacando a mi juicio la transversalidad política de quienes lo homenajearon y su enorme cercanía con los funcionarios de la institución (ver: https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/documento?id=667441).

I.B. Sobre los principales desafíos de la FNE durante el período 2018-2022

Si se me obligara a resumir en una sola frase cómo fue el período de cuatro años en que tuve el honor y privilegio de dirigir la FNE, diría que fueron tiempos políticos, económicos y sociales frenéticos que, a su vez, gatillaron también una actividad institucional frenética[8].

En efecto, y tal como se explicará más adelante, durante los años 2020 y 2022, es decir, mientras la carga institucional aumentaba explosivamente y su presupuesto disminuía alarmantemente, la FNE tuvo su mayor producción histórica medida en el número de acciones en defensa y promoción de la libre competencia conforme a las Metas de Eficiencia Institucional (MEI) fijadas por la Dirección de Presupuestos (DIPRES) del Ministerio de Hacienda.

Si bien esto puede ser motivo de algún orgullo, más bien genera legítimas dudas acerca de la sostenibilidad del accionar de la FNE y, sobre todo, del real compromiso y/o comprensión de los Gobiernos de turno sobre la relevancia de la libre competencia como principio rector de una economía social de mercado y base del desarrollo económico del país, planteando en consecuencia un conjunto de serios desafíos para las próximas administraciones, como veremos.

En este complejo contexto, la FNE no sólo tuvo que ser lo suficientemente ágil y flexible para continuar en la senda de cumplimiento irrestricto de sus nuevas atribuciones legales –otorgadas en la última reforma legal de 2016, como también veremos[9]– que nos habíamos trazado como meta al inicio de mi mandato.

También debo reconocer la influencia de mi suegro, Mauricio Larraín Garcés, quien, habiendo trabajado en su juventud en épocas muy complejas en el sector público, más precisamente en el sector financiero, me animó siempre a postular a la FNE en atención a que, pese a sus evidentes complejidades, el trabajo en el Estado producía una satisfacción imborrable porque implicaba contribuir un grano de arena a intentar hacer de Chile un país mejor, mejorando la calidad de vida de las personas.

Pese a todo lo anterior, creo que la verdadera razón por la que postulé a Fiscal fue porque creía que podía contribuir al país por un rasgo específico de mi personalidad. En efecto, fui instruido desde joven –en la Universidad y también en Claro y Cía., donde por casi una década di mis primeros pasos profesionales– como abogado litigante. Y para ser Fiscal se requiere tener, a mi juicio, trazos de esta personalidad. No obstante, a mi juicio para ser Fiscal, especialmente en estos tiempos que vive el país y el mundo, sin perjuicio de que se requiere ser un buen litigante para detectar, investigar, perseguir y obtener las sanciones más duras del ordenamiento jurídico para quienes infringen la libre competencia, también se requiere tener rasgos conciliadores, que, con toda humildad y sin fines de vanagloria alguna, creo en alguna medida poseer.

Esta reconciliación se logra, como señalé, aplicando la ley con la máxima dureza posible a todos quienes se "saltan" las leyes y reglas, pero también tratando de reconciliar a la ciudadanía –por ejemplo, explicando bien los beneficios de los estudios de mercado o incentivando programas de *compliance* serios, reales y efectivos para prevenir ilícitos anticompetitivos– con las empresas y, sobre todo, con la economía de mercado. Garrote y zanahoria, en simple.

El empresariado y, especialmente, las asociaciones gremiales, si bien han avanzado algo a este respecto, deben tomar aún mayor conciencia de la necesidad de realizar acciones concretas y efectivas para reconciliarse con las personas y a éstas con la economía de mercado, porque con todos sus defectos –entre ellos, la tendencia a la concentración económica y consecuente desigualdad que genera el capitalismo–, el ser humano no ha inventado aún un sistema económico que genere mayores eficiencias asignativas y productivas y, por tanto, mejores condiciones de vida materiales para la población en general.

De la efectividad de esta tarea depende finalmente en gran parte, a mi juicio, la sostenibilidad de Chile como nación.

8 A este respecto ver pies de página 12, 21 y 22 siguientes.

9 Pocas veces se considera que la Ley 20.945 constituyó un cambio estructural de marca mayor para la FNE, que en definitiva alteró y amplió sustancialmente y para siempre su naturaleza intrínseca.

La institución pasó a ser un órgano netamente persecutor –que detectaba, investigaba y acusaba cuando llegaba a la convicción de que había alguna infracción a la libre competencia–, a ser un órgano que también se pronuncia sobre las principales operaciones de concentración que se realizan en el mercado chileno para evitar cambios sustanciales a su estructura competitiva –que, luego, una vez consumados, son casi imposibles de deshacer– y que tiene la atribución de realizar estudios de mercado para contribuir que la normativa de los distintos mercados de nuestro país promueva una férrea competencia entre sus actores actuales y potenciales, lo que no siempre es el caso, ciertamente.

Y esto es no es nada anormal ni debiese ser causa de escándalo público, como suele ocurrir en Chile: las legislaciones, especialmente las de carácter técnico, requieren de constantes revisiones para corregir los eventuales errores u omisiones que puedan contener o, incluso, para recoger innovaciones que puedan haberse producido desde que se dictaron,

De hecho, la legislación de libre competencia chilena es una fiel prueba de este fenómeno. En legislaciones sobre materias complejas, lamentablemente no existen "balas de plata".

Por sí misma, el cumplimiento de esta meta ya era muy compleja por lo amplia y ambiciosa.

Sin embargo, junto con lo anterior, la FNE también tuvo que intentar cumplir en tiempo y forma con lo que la ciudadanía esperaba de esta institución del Estado en tiempos extraordinarios.

En estrictísimo rigor, nunca sabremos si se trababa realmente de lo que la ciudadanía esperaba de la FNE.

No obstante, de lo que al menos sí estábamos conscientes era de lo que el mundo político vehementemente le exigía a la FNE en presunta lectura o interpretación de los supuestos deseos y expectativas de la ciudadanía[10].

---

10 No hay que ser pitoniso para predecir que es muy probable que los tiempos políticos, económicos y sociales van a continuar siendo frenéticos para la FNE al menos por un par de años, cualquiera sea la persona que ocupe el cargo de Fiscal y el Gobierno de turno, así como también para toda la institucionalidad de libre competencia.

Ciertamente, no se trata de un fenómeno exclusivamente chileno, porque también se observa –quizás incluso de manera más exacerbada que en Chile dado que en algunos países extranjeros no menores, sino que, todo lo contrario, la influencia política sobre las agencias de libre competencia es mayor que en nuestro país– en Europa y, sobre todo, en Estados Unidos.

En el caso de Europa, basta ver el Manifiesto Franco-Germano que, en el año 2020, llamó a la autoridad antimonopolios de la Unión Europea a flexibilizar o relajar el sistema de control de fusiones, en el marco de una política industrial europea para la nueva era, con el supuesto propósito de permitir la creación de "campeones nacionales" que permitieran a las empresas europeas hacerle frente, en igualdad de condiciones, la competencia de las empresas chinas, supuestamente sujetas a menores exigencias regulatorias que las empresas del Viejo Continente. Ver: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D2.

En el caso de Estados Unidos, las grandes críticas respecto de una supuesta aplicación débil o poco agresiva de la legislación antimonopolio de ese país durante los últimos 50 años y la subsecuente concentración excesiva de los mercados norteamericanos llevó al Presidente Joe Biden, del Partido Demócrata, a dictar, como una de las primeras medidas de su Gobierno, una orden ejecutiva para promover la competencia en los mercados estadounidenses, con énfasis en las Mipymes, la economía agraria, el emprendimiento y la disminución de la desigualdad. Ver: https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/.

Ello, sumado a la regulación *ex ante* y a la persecución de supuestas conductas ilícitas por parte de las grandes plataformas digitales en ambos continentes, en el marco de una economía que se digitaliza mundialmente a pasos agigantados, es representativo de que durante los últimos años ha habido importantes cuestionamientos, o más bien críticas, respecto del propósito, objeto, fines, herramientas y aplicación de la legislación antimonopolios en el mundo entero. Ni siquiera China ha estado exenta de este fenómeno, porque desde hace un par de años su agencia antimonopolio ha investigado y sancionado, con sendas multas, a varias de sus propias compañías digitales, entre otras a Alibaba. Ver: https://academic.oup.com/antitrust/article/10/1/217/6530164.

En estricto rigor, esta situación no debería sorprender en absoluto.

Efectivamente, los fenómenos sociales, económicos y, consecuentemente, políticos, como los que vivimos hoy en día en Chile y en el mundo entero, que generalmente han tenido su fundamento –salvo según algunas teorías más conspirativas– en la legítima búsqueda de mayores grados de igualdad o, como mínimo, de la reivindicación del derecho a participar de manera más directa y activamente en la vida económica, social y política de las naciones, suelen ser la causa del nacimiento y/o de una modificación de las leyes de competencia, toda vez que ellas, entre otras normativas, representan la institucionalidad legal que se dan los países para abrir los mercados y lograr una competencia efectiva en ellos, permitiendo así una mayor igualdad en la participación de la ciudadanía al menos en el plano económico.

Dicho de otra forma, se puede decir que la libre competencia, si bien es una disciplina jurídica y económica que tiene evidentes fundamentos técnicos, tiene una causa eficiente, fuente o raíz muy profunda en los fenómenos sociales, políticos y económicos de las naciones.

No debemos olvidar que fue el otorgamiento de un monopolio por parte de la Corona Británica –sobre los derechos exclusivos para la comercialización del té y el pago de los impuestos pertinentes– lo que originó en los Estados Unidos de América el motín del *Boston Tea Party*, que fue uno de los eventos precursores de la independencia de dicho país. Y tampoco debemos olvidar que la primera legislación de competencia del mundo –la Ley Sherman de 1890 de Estados Unidos de América– surgió como una reacción política a fenómenos económicos, sociales y políticos.

En efecto, al término de la Revolución Industrial, (i) muchos mercados norteamericanos estaban dominados por un par de incumbentes que habían "sacado" del mercado a sus competidores, especialmente de menor tamaño, a través de una serie de prácticas unilaterales de tipo exclusorio como acuerdos de exclusividad, descuentos vía *rebates*, etc., gatillando así las quejas de los agentes económicos excluidos; (ii) una vez concentrados estos mercados, como el del refinamiento de petróleo, de los ferrocarriles, del azúcar, del algodón y del alcohol, entre otros, los incumbentes comenzaron a cartelizarse a través de asociaciones gremiales y, luego, a través de los fideicomisos o *trusts* –por eso la legislación norteamericana de competencia es conocida como la legislación *antitrust*–, lo que gatilló la furia de los consumidores como consecuencia de los elevados precios y también de los trabajadores que, a través de los en ese entonces masificados los sindicatos, vieron empeoradas sus condiciones laborales; y (iii) los fideicomisos o *trusts* comenzaron a financiar campañas políticas y a influir así en el proceso democrático de Estados Unidos, lo que enajenó a los políticos que carecían de su patrocinio.

Cuando producto de la Ley Sherman disminuyeron los carteles y las empresas, alternativamente, comenzaron procesos de consolidación

I.C. Sobre las peculiaridades de la FNE como institución pública

Si se estima que la FNE salió bien parada de este período entre los años 2018 y 2022 –como humildemente considero, pese a mi magno conflicto de interés para realizar ese juicio que, por eso mismo, corresponde única y exclusivamente a terceros–, la verdad es que en ello no creo tener especial mérito.

En efecto, ello se debió fundamentalmente a que, cuando asumí como Fiscal, la FNE ya era un servicio público de excelencia bastante único en nuestro país.

Esa excelencia de la FNE, en verdad, no está intrínsecamente aparejada a las mayores o menores cualidades de uno u otro Fiscal[11]. Y es deseable que así sea.

Aunque en esto hay que reconocer que la persona de uno u otro Fiscal puede jugar un rol importante, la relevancia de la FNE está dada por diversos factores.

Quizás el primero, su independencia.

De manera fortuita, a los pocos meses de asumir el cargo de Fiscal, tuve una oportunidad bastante única para demostrar ante el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo que la independencia de la FNE no corría riesgo alguno durante mi mandato, si es que alguien tenía alguna duda.

Me parece que este episodio marcó un poderoso punto de inflexión y marcó el tono de lo que sería el ejercicio de mi cargo hasta finales de 2022. En efecto, en el marco de su primer set de indicaciones al proyecto de reforma o modernización tributaria del Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique, liderada por su Ministro de Hacienda Felipe Larraín, se incluyó sin más, esto es, sin previa consulta escrita, razonable y meditada a sus futuros miembros, la creación de una Comisión Anti Elusión integrada por el Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), el Presidente de la Comisión para el Mercado Financiero y el Fiscal[12], que para la oposición de la época constituía uno de los puntos neurálgicos de la reforma legal.

Cuando el 28 de mayo de 2019 concurrimos las tres instituciones a la sesión de la Comisión de Hacienda de

a través de sucesivas olas de fusiones y adquisiciones, la Ley Clayton de 1914 prohibió las fusiones que redujeren sustancialmente la competencia en los mercados, estándar legal que subsiste hasta hoy y que adoptó nuestro país al implementar un sistema preventivo de control de operaciones de concentración a través de la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016.

11 Para determinar si una persona es o no apta para ser Fiscal, lo que es muy complejo de saber *ex ante* sino tan sólo quizás, eventualmente, a través de exhaustivos exámenes técnicos y psicológicos, me atrevería a decir que me parece que cualquier Fiscal debe cumplir dos atributos fundamentales:

(i) Entender que está temporalmente a cargo de una institución republicana, del Estado de Chile, que no sólo no le pertenece, sino que le excede con creces porque, entre otras cosas, seguirá funcionando en beneficio de la ciudadanía una vez que un determinado Fiscal cumpla su mandato puntual.

En verdad, uno se da cuenta de esto desde el momento mismo en que pisa por primera vez la FNE como Fiscal, lo que se traduce en que en la FNE no hay espacio alguno para egocentrismos ni para lucimientos personales, sino que sólo para trabajar en beneficio de Chile a través de la institución; y

(ii) Entender que la única forma –reitero, la única forma– de cumplir el mandato legal de la FNE es contar con un equipo humano excepcional, como el que yo heredé y tuve la fortuna de mantener durante mi período.

La sustantiva reducción del presupuesto anual de la FNE atenta directamente contra este objetivo y, por tanto, lamentablemente tendrá un efecto real y directo en el bolsillo de todos los chilenos y de todas las chilenas, debilitando una institución modélica del Estado de Chile.

12 Ver: boletín 12043.

la H. Cámara de Diputados, tanto Enrique Vergara, como Joaquín Cortez como el suscrito manifestamos clara y categóricamente que no correspondía de manera alguna –por falta de *expertise,* de tiempo, de recursos y porque nos creaba conflictos de interés[13]– que participáramos en la Comisión Anti-Elusión.

Esto causó, según recuerdo, algún grado de estupor –aún recuerdo la cara de incredulidad del Senador Núñez, del Partido Comunista– en la oposición al Gobierno. Mirado en retrospectiva, naturalmente que este proyecto de ley dejó en claro que la FNE seguiría siendo independiente de los Gobiernos de turno, cualquiera fuese su signo político y la persona del Fiscal, pero ciertamente no fue un episodio fácil ni grato. De hecho, me costó una "pelea" fuerte con una abogada amiga, experta tributarista, muy querida. Como se comprenderá, no es fácil decirle que no a un Ministro de Hacienda, máxime cuando él controla, finalmente, el presupuesto de los órganos públicos.

Otros factores de los que depende la relevancia de la FNE son su tecnicismo, efectividad, apego irrestricto a la ley[14], valentía para actuar con convicción legal y técnica en contra de quien corresponda cualquiera sea su relevancia o status en la sociedad, sobriedad[15] y, muy particularmente, por estar compuesto

---

13 El Subfiscal Nacional, Felipe Cerda Becker siempre señalaba que la mejor forma de destruir una institución era entregarle una multitud de atribuciones, y sin recursos adicionales, que no fueran parte de su función nuclear, atribuyéndole esa frase al ex Contralor General de la República, Ramiro Mendoza Zúñiga.

Con independencia de su autoría, en mi opinión se trata de una frase profundamente cierta y veraz, lamentablemente ignorada en lo absoluto por nuestro Poder Ejecutivo y nuestro Poder Legislativo.

Durante mi mandato, no obstante, probablemente hubo 2 ocasiones en que la FNE tuvo que aceptar, por pragmatismo y por consideraciones de eficiencia, esto es, para que problemas graves y urgentes de la ciudadanía pudieran tener pronta solución, formar parte de instancias que no le eran estrictamente propias.

En primer lugar, cuando la FNE aceptó formar parte de la Comisión para la Fijación de Tasas de Intercambio en el mercado de los medios de pago. En esa instancia participaron, por la FNE, Gastón Palmucci Sclerandi y Alejandro Domic Seguich, Jefe y Subjefe de la División Antimonopolios ("DAM") de la FNE, respectivamente.

No tuvimos más opción que participar para, así, tratar de solucionar una materia que, a través de todas las herramientas legales que entrega el DL 211, ha sido objeto de constante trabajo y preocupación de la FNE, siendo probablemente uno de los casos más complejos y de más larga duración en la historia de la libre competencia en Chile.

En segundo lugar, cuando con ocasión de la tramitación del proyecto de ley de Fármacos 2 en la Comisión de Salud del Senado, que había acogido de manera fundamental las recomendaciones formuladas en el Estudio de Mercado sobre Medicamentos de la FNE, se le pidió a la institución fijar los criterios para determinar qué medicamentos, por tener una misma Denominación Común Internacional ("DCI"), deberían formar parte de una misma categoría para efectos de tener la misma tarifa de dispensación. Asimismo, se le pidió a la FNE fijar los criterios generales para considerar cuándo el precio de un medicamento en Chile podría ser excesivo para efectos de su eventual tarificación legal por algún organismo estatal. Sin perjuicio de que el proyecto de ley de Fármacos 2 acogió la sustancialidad de las recomendaciones formuladas por la FNE en su Estudio de Mercado sobre medicamentos y a que dicha reforma legal alteraría estructuralmente la forma de funcionamiento de la industria farmacéutica en Chile, obligándola a competir por precios y no por marcas y, así, generando ingentes ahorros a los consumidores, ya analizaremos las razones -a mi juicio incomprensibles por espurias- por las que el proyecto de ley de Fármacos 2, cuya tramitación parlamentaria ya terminó hace mucho rato, aún no se transforma en ley vigente en Chile.

14 En ese sentido, y si bien está dirigido primigeniamente a los jueces, lo expuesto por una destacada abogada y amiga con quien trabajé en mis años mozos y que, entre otras cosas, también fue jefa de la División de Litigios de la FNE, son plenamente aplicables, en el ámbito de sus atribuciones legales, a los funcionarios públicos: *"A diferencia de cualquier arte, que no tiene más constreñimientos que la imaginación y la potencia del artista, las palabras del derecho, cuando las dice el juez, tienen el límite de su sentido posible, y de las demás normas. La materia sobre la que el juez ejerce su arte no la ha escogido él, ni le toca moderarla a su arbitrio: la autoridad que se le ha conferido para aplicarlas tiene límites internos y externos, y solo en la medida que se resguarden, tiene valor lo decidido y satisface la funciones que se le ha asignado*", María Soledad Krause Muñoz, "El arte de la palabra en derecho", artículo publicado por el CeCo de la Universidad Adolfo Ibáñez el 23 de febrero de 2022, comentando la exposición y reflexiones de don Jorge Streeter Prieto al ser nombrado profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 12 de enero de 2022. En efecto, la plena e irrestricta sujeción al principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República constituye uno de los pilares esenciales del actuar de la FNE.

15 Esta es, muy probablemente, la virtud menos aparente de la FNE, pero quizás por eso una de las más importantes y, en lo personal, la más "querida" de todas.

Me cuesta explicar en qué consiste, pero tengo la certeza de que se vive, se palpa, se respira al interior de la FNE por todos sus funcionarios y funcionarias. Es una institución que no vive de los excesos, sino que dice lo que hay que decir en su medida justa, con el tono apropiado y en la instancia oficial que corresponda. Es una institución donde no hay ansias, margen ni tolerancia para la figuración personal, sino que una conciencia irrestricta de la importancia del cumplimiento del deber. En definitiva, esta sobriedad surge de un convencimiento interno, bien profundo, del carácter republicano de la institución y de la trascendencia para las personas de la labor que cumple la FNE.

por equipos de trabajo de alto rendimiento[16], todos cuyos integrantes, durante toda mi administración y especialmente en sus épocas más inciertas y convulsas, demostraron un compromiso profesional y humano encomiable con la FNE y, finalmente, con el país y la ciudadanía.

Creo que no existe mayor reconocimiento y elogio posible parea todas las personas que trabajaron durante esos tiempos en la FNE[17].

Dicho mucho más simplemente: al elegírseme Fiscal[18], se me confió la dirección temporal de un órgano público de primer nivel, lo cual es mérito especial de los tres Fiscales que me antecedieron.

Aquí, quisiera referirme muy brevemente a los "sellos" que, a mi juicio, imprimieron a la FNE los tres Fiscales del siglo 21 que me antecedieron, porque me parece que ellos fueron esenciales para que la FNE –y toda la institucionalidad de libre competencia, así como también su desarrollo progresivo en el tiempo en Chile– sea hoy en día lo que es.

El Fiscal Pedro Mattar Porcile (2001-2006) fue quien comenzó a imprimir a la FNE su carácter técnico.

Hoy en día se da por supuesto que la FNE sea un órgano eminentemente técnico, compuesto por profesionales de excelencia en el ámbito del Derecho y de la Economía, pero eso no es algo que sea evidente. De hecho, fuentes internas de la FNE me relataron que, antes de la llegada del Fiscal Mattar, la FNE no estaba para nada exenta, como tantas otras reparticiones públicas hoy, del ingreso de personas como pago de favores políticos o como operadores políticos.

La profesionalización y especialización de una institución pública es un trabajo silencioso y que no reditúa en lo inmediato, pero que requiere de valentía porque debe ser complejísimo. Yo afortunadamente no tuve esa experiencia – absolutamente todos y cada uno de los cargos en la FNE son objeto de concurso público, lo que si bien es cierto a veces aletarga los procesos de contratación y, por tanto, la labor de la FNE, es garantía

En cierta medida, haber pasado por la FNE en algún momento forja el carácter, te transforma en cierta medida en un "Mandaloriano" tomando prestado el término de la serie televisiva protagonizada justamente por un gran actor chileno, sino el mejor de toda la historia de nuestro país a juzgar sus éxitos en la principal industria cinematográfica mundial, como es Pedro Pascal. Espero sinceramente que esta virtud de la FNE permanezca e incluso se profundice en el tiempo, porque es otra de las garantías de su profesionalismo, prestigio y condición esencial de su eficacia.

16 Entre otros, ver: Felipe Irarrázabal, "Objetivos y estrategias utilizados para consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un servicio público confiable", Estudios Públicos 154 (2019), disponible en: https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/24; y Virginia Rivas, "La reputación técnica y el emprendimiento de políticas como fuente de poderes: el caso de la Fiscalía Nacional Económica", Estudios Públicos 152 (2018), disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7005961.

17 Durante mi mandato, para la FNE siempre constituyó un desafío esencial, base para el correcto y oportuno ejercicio de sus atribuciones legales, el tratar de mantener la tradición republicana de esta institución del Estado de Chile, que trasciende a personas concretas y al tiempo, lo que resultaba especialmente complejo en un marco generalizado de desconfianza de la ciudadanía producto del derrumbamiento bastante precipitado de instituciones tan relevantes como el Congreso, la Iglesia, las Policías, los partidos políticos, etc.

Estos fenómenos "a-institucionales", a mi juicio, son tremendamente graves porque propician populismos, autoritarismos y generan una pretensión de representación directa de la ciudadanía que, además de irreal por imposible, distorsiona gravemente el proceso democrático al disgregar y dividir a los ciudadanos, polarizando a su vez a los políticos que hoy, a mi juicio, han renunciado a toda capacidad de conducción del electorado -su verdadera misión- para remitirse a ser cajas de resonancia de lo que supuestamente desean sus mandantes conforme a las últimas encuestas de opinión.

Condición de la esencia para la democracia es que la ciudadanía se sienta reconocida y protegida por las instituciones, que tengan legitimidad, porque ellas dan un sentido de pertenencia común como chilenos y chilenas, con un origen pasado y un destino futuro compartido. En Chile, el abogado y filósofo Hugo Herrera ha sido un fiel predicador y vindicador de esta idea durante los últimos años.

18 La FNE remonta sus orígenes al año 1963, 4 años después de nuestra primera legislación de libre competencia contenida en la Ley 13.305 de 1959. Como es evidente, todos los Fiscales contribuyeron de manera relevante al fortalecimiento progresivo de la institucionalidad y a la defensa y promoción de la competencia en los mercados chilenos, superando las dificultades que todos ellos enfrentaron. Ello se puede apreciar con mucha claridad en el libro escrito por Patricio Bernedo en 2013, a petición de la FNE, denominado "Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010" y disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf.

de imparcialidad, objetividad y, sobre todo, de calidad de las personas que ingresan–, pero no puedo sino imaginar lo complejo que puede llegar a ser decir "no" a una contratación solicitada por razones políticas.

Si la FNE es hoy una institución pública efectiva es porque el Fiscal Mattar sentó las bases de su profesionalización y especialización. Además, el Fiscal Mattar estaba a cargo de la FNE cuando se dictó la Ley 19.911, de 14 de noviembre de 2003, que fue el cuerpo legal que creó la actual institucionalidad de libre competencia de Chile, que contempla un órgano administrativo como la FNE, un tribunal especializado e independiente como el TDLC y la revisión de sus principales decisiones por el máximo tribunal del país, como es la Corte Suprema.

Esta estructura institucional, bastante peculiar en el mundo, si bien a veces complejiza una adecuada y oportuna aplicación de la política pública de libre competencia de nuestro país, no cabe duda de que es una garantía de debido proceso para los administrados y, también, debiese otorgar mayores seguridades en cuanto a que la intervención de los mercados, tarea siempre en extremo sensible, se realiza cuando existe mérito jurídico y económico suficiente.

El Fiscal Enrique Vergara Vial (2006-2010) fue quien le imprimió a la FNE su carácter independiente.

No se puede concluir otra cosa si se considera entre otras cosas que, durante su mandato, la FNE presentó un requerimiento en contra de las tres principales cadenas de farmacias del país –el famoso "Caso Farmacias"– que no sólo cambió para bien la fisionomía de nuestra institucionalidad de libre competencia, sino que también produjo a mi juicio, como efecto secundario indeseado, el inicio de la pérdida de confianza de la ciudadanía en las empresas y en nuestro sistema económico y, además, de la sensación de desigualdad en la aplicación de la ley.

La presentación de este caso debe haber requerido de una gran determinación y valentía. Además, el Fiscal Vergara estaba a cargo de la FNE cuando se dictó la Ley 20.361, de 13 de julio de 2009, que fue el cuerpo legal por medio del cual se implementó una verdadera y efectiva política pública de persecución de carteles en Chile, fundamentalmente a través de la institución de la delación compensada y el otorgamiento de medidas intrusivas a la FNE[19].

Finalmente, el Fiscal Felipe Irarrázabal Philippi (2010-2018) –el Fiscal que ha ejercido el cargo por más tiempo a la fecha, obteniendo la confianza tanto de un Gobierno de centroderecha como de un Gobierno de centroizquierda– fue quien logró consolidar a la FNE, tanto a nivel nacional como internacional, como un órgano público de excelencia y muy efectivo.

Para estos efectos, basta solamente recordar los éxitos judiciales obtenidos en el "Caso Pollos" y en el "Caso Papeles", dando este último no solo pie a cuantiosas multas a beneficio fiscal, sino que también al pago de la mayor indemnización de perjuicios a consumidores en la historia del país.

Estos resultados terminaron por poner a la libre competencia –más específicamente, al combate de la

19 Un interesantísimo relato de toda la experiencia pública del Fiscal Vergara y sus enormes contribuciones a la libre competencia en Chile, en los más diversos cargos, se pueden observar en el siguiente documento que, justamente, también le solicitó el CeCo: https://centro-competencia.com/wp-content/uploads/2023/04/Dialogo-CeCo-Testimonio-Enrique-Vergara.pdf.

colusión– como una prioridad política, económica y social. Ello derivó en que, durante el mandato del Fiscal Irarrázabal, se dictó la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016, que puso la legislación chilena de libre competencia a la par de las más modernas y duras del mundo, procediendo a tipificar los carteles duros como una infracción per se, a aumentar sustancialmente las sanciones aplicables por infracciones a la libre competencia y a retipificar los carteles duros como un delito, a consagrar un sistema preventivo de control de operaciones de concentración y a otorgar a la FNE la atribución de realizar estudios de mercado.

Esta reforma legal mutó la naturaleza jurídica de la FNE, como ya vimos, y el Fiscal Irarrázabal alcanzó a dar inicio orgánica y funcionalmente a esta nueva realidad institucional. Así lo demuestra en sus ya citadas memorias, escritas una vez terminado su mandato por encargo del CEP.

A esta intención de continuar la tradición de la FNE me referí al mismo inicio de mi mandato, en mi primera Cuenta Pública Participativa, correspondiente al año 2018, que realicé a pocos meses de haber asumido como Fiscal, señalando expresamente que con la FNE se había creado "*(…) una institución pública que es respetada tanto en Chile como en el extranjero. La verdad es que la Fiscalía no requiere ni cambios muy profundos ni golpes de timón. Solo son necesarios algunos ajustes que le permitan no caer en la autocomplacencia (…) Porque como la Fiscalía ha dado mucho, se le pide mucho (…). En definitiva, el gran desafío de las instituciones sólidas, como la Fiscalía, es renovarse en su éxito*"[20].

Y pareciera que la FNE lo logró razonablemente bien.

De acuerdo a antecedentes relativamente objetivos, todo indicaría que, sobre la base de un trabajo institucional serio, coherente y efectivo que profundizó lo realizado desde hace dos décadas, algo que no es común en el sector público –ni siquiera a nivel de órganos técnicos, atendidos los distintos y a veces contradictorios signos políticos de los Gobiernos que se suceden en el tiempo–, durante los últimos cuatro años el prestigio de la FNE a nivel nacional como mínimo se mantuvo[21] y, a nivel internacional, se podría decir que el prestigio de la FNE incluso aumentó de manera relevante[22].

---

20 Cuenta Pública Participativa de la FNE correspondiente al año 2018, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=WXi7JaSAuOI&-t=668s. Este reconocimiento, además de ser real, era importante para mantener y motivar a los y las funcionarias de la FNE, los cuales habían sido contratados y se habían incorporado a la institución bajo la administración de un ex Fiscal, como Felipe Irarrázabal Philippi, quien estuvo ocho años en el cargo.

21 Tanto en la encuesta que llevó a cabo Deloitte a petición del CeCo de la Universidad Adolfo Ibáñez en 2020 (ver: https://centrocompetencia.com/informe-deloitte-2020-el-oasis-de-la-libre-competencia-en-un-mundo-desertificado-por-la-desconfianza/), como en el sondeo que realizó Red Procompetencia en 2021 (ver: https://www.redprocompetencia.org/_files/ugd/a711ee_d2962b29e33e-479cae25917078267d64.pdf), como en la consulta técnica realizada por el Programa de Libre Competencia UC en 2022 (ver: https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/Otros/Resultados_Tercera_Encuesta_Libre_Competencia_-_Programa_Libre_Competencia_UC_-_21122022.pdf), así como en la Tercera Encuesta de Libre Competencia del Programa de Libre Competencia UC en 2022 (ver: https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/Otros/Resultados_Tercera_Encuesta_Libre_Competencia_-_Programa_Libre_Competencia_UC_-_21122022.pdf), la FNE resultó bien evaluada en términos generales.

22 En 2021, la FNE alcanzó su mejor posición histórica, con 3.5 estrellas, en el ranking que elabora *Global Competition Review*, lo cual fue ratificado en 2022, poniendo a la FNE a la par de las agencias de competencia de México, Austria, Canadá, Grecia, Nueva Zelandia, Portugal, Rusia, Singapur, España y Turquía, siendo superada en Latinoamérica únicamente por Brasil.

Ese mismo 2021, la FNE fue elegida por autoridades de libre competencia de todo el mundo para liderar área de carteles de la *International Competition Network* (ICN) junto a Italia y Rusia, país que luego fuera reemplazado por Estados Unidos.

Esto no es más que un reconocimiento explícito, al más alto nivel posible, a la complejísima y exitosísima labor realizada por la DAC de la FNE durante muchos años, equipo liderado por el abogado Juan Correa Serrano.

I.D. Sobre la coyuntura, pero también sobre los principales cambios más estructurales u orgánicos de la FNE durante el período 2018-2022

Por cierto, no es el propósito de este artículo, no haría sentido y, sobre todo, constituiría un somnífero intolerable, hacer un recuento detallado y cronológico de todas las acciones que llevó a cabo la FNE durante el período 2018-2022.

De hecho, uno de los efectos positivos de la pandemia es que todas las Cuentas Públicas Participativas de la FNE, así como mis principales presentaciones durante mi mandato como Fiscal, cuentan con un registro audiovisual fidedigno en los canales oficiales de las distintas redes sociales de la FNE.

Sinceramente espero y asumo que ello perdurará como buena práctica institucional hacia el futuro, cualquiera sea la persona que ejerza como Fiscal.

En efecto, ello me parece importante no solo por razones de registro histórico y de transparencia, sino también, y muy principalmente, porque facilitan y permiten, al menos en teoría, masificar de forma más eficiente la labor de promoción de la libre competencia o *advocacy* que el artículo 1 del DL 211 encomienda expresamente a la FNE[23].

---

23 Uno de los principales objetivos iniciales de mi mandato fue tratar de acercar a la ciudadanía a la FNE.

Para estos efectos, fui secundado muy entusiasta y comprometidamente por la División de Relaciones Institucionales de la FNE, en especial por la Jefa de la División, Mónica Salamanca Maralla, y por la Encargada de Prensa, Karina Ferrando Cossio. Asimismo, nuestros asesores comunicacionales externos, Subjetiva, a través de Sergio España y Charles Rothery, cumplieron un rol fundamental en esta materia.

Como tantas otras cosas, tampoco se trataba de una tarea sencilla ni que a estas alturas esté siquiera remotamente concluida, por lo que, en mi opinión, continúa siendo un permanente e importante desafío para la FNE.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar en primer lugar que existía una cierta reticencia interna respecto de este objetivo porque la FNE siempre ha sido y sigue siendo una institución sobria y discreta, en el sentido que le gusta hablar solamente a través de las acciones que realiza conforme a la ley y, consecuencialmente, habla de manera muy, pero muy excepcional y hasta parcamente con la prensa, salvo por los comunicados oficiales que realiza la FNE en sus redes sociales.

Tomó algún esfuerzo precisar que el objetivo de este acercamiento de la FNE a la ciudadanía no buscaba cambiar esta política asentada de la FNE, que siempre me pareció totalmente adecuada y de la cual no nos apartamos ni un ápice durante mi mandato, sino que pretendía únicamente generar más instancias de encuentro con la ciudadanía y, sobre todo, utilizar un lenguaje más sencillo –menos técnico, en definitiva– para explicar la labor institucional en las redes sociales de la FNE. En otras palabras, este objetivo no tenía por objeto banalizar la misión legal de la FNE a través, por ejemplo, de aparecer en matinales o en otros programas de TV de similar naturaleza, aunque ofertas para tales efectos ciertamente no faltaban porque tenían, incluso, una frecuencia diaria.

Para cumplir con lo planificado, al inicio de mi mandato elaboramos un plan en que la FNE realizaría visitas a regiones para explicar su misión, llegando incluso a fijar un calendario priorizado de viajes. Finalmente, no obstante, este plan postergado, primero, por el estallido social, y frustrado, luego, por la pandemia del COVID-19, a lo que se sumó la total y absoluta falta de presupuesto para realizar viajes de promoción de la libre competencia a regiones. En consecuencia, sigue siendo una tarea pendiente de la FNE.

En cuanto a la simplificación de nuestros mensajes en las redes sociales –tarea nada de sencilla, especialmente para nosotros abogados– generamos láminas explicativas de nuestros casos y la misión legal de la FNE que publicamos regularmente en nuestra página web (www.fne.gob.cl), en LinkedIn y en Twitter. Asimismo, aprovechamos de actualizar el canal de Youtube de la FNE, que hoy en día contiene un registro audiovisual de todas las principales presentaciones del Fiscal durante los últimos 4 años.

En segundo lugar, también es importante señalar, respecto del cumplimiento de este objetivo, que había discusión interna acerca de cuál era la "ciudadanía de la FNE", esto es, acerca de cuál era el público objetivo que necesitaba comprender cabalmente el accionar institucional, sin perjuicio de que, naturalmente, nunca existió la más mínima duda de que los beneficiarios finales del actuar de la FNE, en cuanto a la defensa y promoción de la competencia en los mercados nacionales conforme al DL 211, siempre era la ciudadanía como un todo y, sobre todo, los más necesitados. Dicho de otra manera, la discusión giraba en torno a si el entendimiento de los principales conceptos de la libre competencia debía quedar reservado a los "técnicos", llámense abogados o economistas, o si también debían ser comprendidos por la "señora Juanita", utilizando el término acuñado por el Presidente Ricardo Lagos Escobar en 2004.

Se trata de una discusión muy interesante, porque en un país –probablemente también en un mundo– en que la concentración es considerada ilícita *per se*, en que no se tiene conciencia alguna en cuanto al rol que puede jugar una adecuada regulación para promover la competencia en los mercados, en que no se reconoce el crecimiento y mejora en la calidad de vida de las personas en los últimos 30 años y, por último, en que todos nos sentimos más o menos "abusados" por alguien o por algunos, no sólo es difícil explicar la labor de la FNE en el marco del control preventivo de operaciones de concentración y/o de los estudios de mercado, por ejemplo, sino que también es difícil que la FNE entregue respuestas en tiempo y forma que no decepcionen a la ciudadanía, como por ejemplo respecto del monto de

Más bien, el propósito de este artículo es tratar de explicar sucintamente, dentro de lo que me es posible sin infringir los deberes de confidencialidad como ex autoridad, cómo los distintos acontecimientos extraordinarios de carácter político, económico y social del período 2018-2022 fueron moldeando, en cierta forma, el cumplimiento del principal objetivo que la FNE se fijó cuando asumí como Fiscal, como fue, insisto, dar cumplimiento efectivo y oportuno a las nuevas herramientas legales conferidas a la FNE en virtud de la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016.

Esta tarea principal consistía, en lo sustantivo, en sentar las bases de la persecución y sanción administrativa y eventualmente penal de los carteles duros, la consolidación del sistema de control preventivo de operaciones de concentración y la realización de estudios de mercado que estimularan, por la vía de una mejor regulación, una mayor competencia en mercados sensibles para la población nacional.

Si bien en lo que sigue se hará un breve relato de fenómenos políticos, económicos y sociales y de las acciones ejecutadas por la FNE durante el período 2018-2022, es importante destacar que la actuación institucional durante este tiempo no quedó limitada a lo meramente conductual, sino que también tuvo innovaciones orgánicas realizadas con extremo ingenio y efectuadas fundamentalmente a través de reorganizaciones internas dada la permanente, inexorable y verdaderamente incomprensible caída del presupuesto institucional durante mi período.

Estos cambios o mejoras, en lo inmediato y también a futuro, ya han permitido y seguirán permitiendo a la FNE cumplir de mejor forma el mandato legal que le confiere el DL 211.

Me refiero, en primer lugar, a la creación de la Unidad de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE en abril de 2019, a pocos meses de haber asumido como Fiscal, la que luego de muchos esfuerzos se transformó en la División de Fiscalización de Cumplimiento en febrero de 2021[24].

Como su propio nombre lo indica y atendido el mandato legal expreso contenido en el artículo 39, letra d) del DL 211, la FNE siempre había realizado labores de fiscalización de cumplimiento, principalmente de las diversas resoluciones dictadas por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") en el marco de procesos contenciosos y no contenciosos. Estas labores de fiscalización estaban radicadas fundamentalmente en cada una de las divisiones de la FNE, esto es, en la División Anti-Carteles (DAC), en la División de Fusiones (DFUS), en la División Antimonopolios (DAM), en la División de Fiscalización (DFISC), en la División de Estudios de Mercado (DEM) y en la División de Litigios (DLIT). A veces, producto de las urgencias e "incendios" del día a día de cada una de las divisiones, esta estructura no fomentaba, al menos de forma natural, una cierta sistematicidad de las funciones de fiscalización de la FNE.

las multas y de eventuales sanciones penales, alimentando así teorías de conspirativas o de corrupción en el Estado.

Lo que no cabe duda alguna que los chilenos y chilenas hemos entendido a manera cabal es qué es la colusión y los perjuicios que causan a las personas, tal como lo demuestran indefectiblemente todas las encuestas y, ya a nivel académico, el artículo escrito por Umut Aydin, socióloga y profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile, denominado "*Attitudes towards Collusion in Chile*", publicado en el *Journal of Competition Law & Economics* en septiembre de 2020 y disponible en: https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/17/1/168/5906710?redirectedFrom=fulltext&login=false. Este artículo concluye que más de un 70% de la población chilena considera que la colusión debe tener sanciones penales, lo que más que duplica el porcentaje de respuestas positivas comparado con países desarrollados, tales como Estados Unidos e Inglaterra. Tal como dirían los anglosajones, cuando se trata de los efectos de la colusión, los chilenos y las chilenas estamos "*on steroids*".

24 Tanto la Unidad como la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE han sido lideradas, desde su creación a la fecha, por el abogado Manfred Zink Papic.

El primer propósito de la creación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE fue realizar un catastro omnicomprensivo de todo lo potencialmente fiscalizable desde la creación de nuestra institucionalidad de libre competencia a partir del año 2003, priorizar todo lo potencialmente fiscalizable según casos o industrias e implementar un plan orgánico, estructurado y razonable para fiscalizar todo lo fiscalizable en el menor tiempo posible[25].

A su vez, la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016, en cuanto entregó a la FNE el control preventivo y obligatorio de ciertas operaciones de concentración con efectos en Chile, obligaba a la FNE a fiscalizar el cumplimiento de sus propias resoluciones recaídas en este ámbito.

Dado el carácter más colaborativo, si así se quiere o al menos como algunos señalan, del sistema de control de fusiones, al menos en cuanto a que en ese ámbito la FNE no está investigando la comisión de un ilícito anticompetitivo, resultaba a mi juicio altamente aconsejable desligar a los funcionarios de la DFUS, para no "contaminarlos" con sus contrapartes, de las labores de fiscalización del cumplimiento de las medidas acordadas con los notificantes en el marco de una operación de concentración, lo que evidentemente sí puede dar lugar a una infracción a la libre competencia perseguible ante el TDLC conforme a lo establecido en el artículo 3 bis, letra c) del DL 211.

Desde su creación, la Unidad y luego la División de Fiscalización de Cumplimiento ha sido tremendamente prolífica, particularmente en materia nóveles propias de la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016, lo que ratifica las bondades de su creación y le augura una importancia relativa cada vez mayor en la FNE[26].

---

25 Uno de los objetivos al menos implícitos o indirectos es que la creación de esta División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE haya gatillado que todos los agentes económicos del país hayan revisado si estaban afectos o no a alguna medida impuesta por las autoridades de libre competencia y, en la afirmativa, hayan verificado si le estaban dando o no cumplimiento.

Cabe señalar que la obligación de cumplimiento de medidas impuestas por el TDLC o por la FNE sólo expira por el vencimiento del plazo de la medida o, alternativamente, por resolución fundada del TDLC o de la FNE a solicitud del agente económico concernido.

26 En efecto, y sólo en lo que respecta a sus actividades más públicas, hasta la fecha la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE:

(i) Presentó ante el TDLC los primeros casos por incumplimiento de la obligación de notificar participaciones cruzadas en empresas competidoras, los que luego fueron conciliados (ver: https://www.fne.gob.cl/fne-pide-multas-por-un-total-de-780-millones-en-los-primeros-dos-requerimientos-contra-empresas-que-no-notificaron-su-participacion-en-competidores/, https://www.fne.gob.cl/fne-acuerda-el-pago-de-100-millones-a-beneficio-fiscal-con-empresa-que-no-notifico-su-participacion-en-la-propiedad-de-un-competidor/ y https://www.fne.gob.cl/fne-acuerda-el-pago-de-200-millones-a-beneficio-fiscal-con-banmedica-empresa-que-no-notifico-su-participacion-en-la-propiedad-de-un-competidor/);

(ii) Presentó ante el TDLC los primeros casos por incumplimiento de medidas de mitigación acordadas en el marco de la aprobación de una operación de concentración, que luego fue conciliado, así como también los primeros casos por entrega de información falsa a la FNE al notificar una operación de concentración (ver: https://www.fne.gob.cl/fne-pide-al-tdlc-multa-de-us-4-millones-para-disney-y-filial-por-entregar-informacion-falsa-e-incumplir-compromiso-adoptado-en-operacion-de-concentracion-con-fox/, https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprobo-acuerdo-entre-la-fne-y-the-walt-disney-company-que-establece-pago-de-174-millones-a-beneficio-fiscal-por-incumplir-medidas-de-mitigacion/ y https://www.fne.gob.cl/fne-pide-al-tdlc-multa-de-us-65-millones-para-cadena-comercial-andina-matriz-de-oxxo-chile-y-ok-market-por-entregar-informacion-falsa-e-incumplir-una-medida-adoptada-en-aprobacion-de-operacion-de/);

(iii) Presentó el primer caso de persecución ex post de una operación de concentración no notificada a la FNE por encontrarse bajo los umbrales de notificación obligatoria, que luego fue conciliado (ver: https://www.fne.gob.cl/fne-presento-requerimiento-contra-navimag-por-monopolizar-ruta-maritima-entre-puerto-montt-y-chacabuco-comprando-embarcacion-de-su-unico-competidor/ y https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-acuerdo-suscrito-entre-la-fne-y-navimag-que-impone-exigencias-sobre-las-tarifas-y-pago-de-500-uta-a-beneficio-fiscal/);

(iv) Presentó los primeros casos por *interlocking* contenido en el artículo 3, letra d) del DL 211, uno de los cuales fue parcialmente conciliado (ver: https://www.fne.gob.cl/fne-presento-primer-requerimiento-por-participacion-simultanea-de-un-director-en-empresas-competidoras-contra-hernan-buchi-banco-de-chile-consorcio-y-falabella/, https://www.fne.gob.cl/fne-presento-requerimiento-por-parti-

En segundo lugar, también me refiero, como innovación orgánica de la FNE en el período en comento, a la creación de la Unidad de Inteligencia de la FNE, dependiente al menos por el momento de la DAC, en octubre de 2020[27].

En una economía crecientemente digital, no cabe duda de que el adecuado manejo de la ciencia de datos y la tecnología de la información va a jugar un rol fundamental en la detección, investigación, persecución y sanción de toda clase de infracciones a la libre competencia. Por el momento, la Unidad de Inteligencia de la FNE tiene por objeto inicial mejorar las técnicas investigativas y los mecanismos de detección de carteles, lo que incluye la preparación y ejecución de medidas intrusivas y el desarrollo de inteligencia en base a fuentes abiertas, públicas –con especial énfasis en las licitaciones públicas– y privadas. Asimismo, la Unidad de Inteligencia de la FNE busca entregar seguimiento y apoyo a denunciantes y aportantes de información en casos de colusión que así lo requieran, de tal manera de ampliar los mecanismos de detección de ese grave ilícito.

La relación con agencias extranjeras para perfeccionar sus mecanismos y técnicas de detección e investigación son muy frecuentes, especialmente con la Sección de Competencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DoJ) y a veces también con el *Federal Bureau of Investigation* (FBI)[28], ocasiones en las cuales la FNE suele invitar a funcionarios de otros servicios públicos afines tales como el Ministerio Público y la Comisión para el Mercado Financiero (CMF).

La Unidad de Inteligencia de la FNE, que ya ha dado resultados en el marco de procesos pendientes ante el TDLC[29], no solo está llamada a transformarse en una División, ojalá lo antes posible.

Muy por el contrario, la Unidad de Inteligencia de la FNE también tiene una vocación de generalidad dentro de la institución, lo que implica que en un futuro cercano lo más probable es que no sólo prestará sus servicios a la DAC, sino que a todas las demás divisiones del giro propio de la FNE[30].

---

cipacion-simultanea-de-un-director-en-empresas-competidoras-contra-juan-hurtado-vicuna-consorcio-y-larrain-vial/, https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-conciliacion-entre-la-fne-y-falabella-que-establece-pago-de-us-12-millones-a-beneficio-fiscal-y-la-salida-de-hernan-buchi-de-su-directorio/#:~:text=En%20su%20requerimiento%2C%20la%20FNE,y%20otros%20servicios%20ofrecidos%20por y https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-acuerdo-entre-la-fne-y-hernan-buchi-en-caso-de-interlocking-que-establece-pago-de-180-millones-a-beneficio-fiscal-y-el-reconocimiento-de-hechos-de-la-acusacion/);

(v) Presentó el primer caso por incumplimiento de la obligación impuesta por el TDLC de adoptar un programa de cumplimiento (ver: https://www.fne.gob.cl/fne-pide-multa-de-1-100-millones-contra-laboratorio-biosano-por-incumplir-fallo-del-tdlc/); y

(vi) Se encuentra ahora actualizando la Guía sobre Programas de Cumplimiento de Libre Competencia de la FNE de 2012 (ver: https://www.fne.gob.cl/fne-inicia-consulta-publica-sobre-guia-de-programas-de-cumplimiento/).

27 La Unidad de Inteligencia de la FNE han sido liderada, desde su creación a la fecha, por la abogada Constanza Castelblanco

28 Ver:https://www.fne.gob.cl/fne-inaugura-capacitacion-sobre-persecucion-de-carteles-con-el-fbi-y-el-departamento-de-justicia-de-estados-unidos/ y https://www.fne.gob.cl/el-departamento-de-justicia-de-estados-unidos-y-el-fbi-compartieron-buenas-practicas-con-funcionarios-de-la-fne/.

29 Por ejemplo, en el "Caso de Transporte de Valores", que, entre varias otras innovaciones, constituye la primera persecución de un "cartel duro" por parte de la FNE, en contra de personas jurídicas y naturales, con posterioridad a la Ley 20.945 de 30 de agosto de 2016. Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-acusa-por-colusion-a-brinks-prosegur-loomis-y-a-sus-principales-ejecutivos-y-pide-al-tdlc-multas-por-us-63-millones/.

30 La única mejora orgánica que no pudimos implementar fue la creación del cargo de Economista Jefe de la FNE. Pese a que obtuvimos la aprobación de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda a finales de 2020, los reacomodos de los gastos del Estado con ocasión de la pandemia del COVID-19 nos privaron de lograr esta aspiración. Cada División de la FNE tiene su propio economista jefe y economistas que le reportan, así como también la DAM incluso está liderada por un economista.

El objetivo de un Economista Jefe sería tratar de uniformar los formatos de las peticiones de información que realiza la FNE en sus investigaciones y, sobre todo, tratar de unificar, en la medida de lo posible, las metodologías y herramientas de los análisis técnicos de la información de recopila la FNE.

II. EL ESTALLIDO SOCIAL Y LA LABOR DE LA FNE

II.A. Sobre cómo el estallido social afectó el funcionamiento habitual de la FNE

Salvo para los amantes de las teorías conspirativas[31], que, como hemos visto en Chile durante los últimos años, lamentablemente proliferan en tiempos de incertidumbre porque, con sus disparatadas hipótesis, carentes de todo respaldo evidenciario salvo en sus propias mentes, tratan de encajar sus propias creencias y visiones subjetivas del mundo en aquello que les es conocido y/o esperable y/o que les hace sentido y/o que les tranquiliza, el estallido social del 18 de octubre de 2019 tomó a la gran mayoría de la ciudadanía por total sorpresa[32].

Por lo pronto, creo no pecar de exagerado si digo que el estallido social afectó de manera importante el funcionamiento de la FNE, poniendo además en riesgo el bienestar físico y emocional de muchos de quienes trabajaban en la institución[33].

Un Economista Jefe en la FNE no tendría como fin unificar el análisis económico que se hace en las distintas Divisiones, toda vez que ellas tiene objetivos distintos. Por ejemplo, mientras la DAC y la DAM deben detectar, investigar y perseguir infracciones a la libre competencia que ocurrieron en el pasado, la DFUS realiza un análisis prospectivo a futuro de lo que ocurriría en el mercado de consumarse una operación de concentración y la DEM busca calcular las eficiencias en ahorros para las personas y/o el Estado de dictarse o modificarse una determinada regulación para que promueva una mayor competencia entre los incumbentes actuales y potenciales.

31 Desafortunadamente, estas teorías conspirativas son gravemente radicalizadoras de nuestra sociedad y, en definitiva, terminan por socavar todo el sistema democrático –socavamiento que, hay que reconocer con muchísima claridad, fue precedido derechamente por una caída o al menos por un decaimiento de varias de nuestras más importantes instituciones producto de su actuar ilegal o, como mínimo, inmoral. Con claridad, aunque con dolor, me refiero no solo al empresariado, sino que también al Congreso, a las Municipalidades, a la Iglesia, a Carabineros, a la Policía de Investigaciones y al Ejército, entre otras.

En efecto, estas teorías conspirativas sirven para sembrar mantos de duda, sobre todo, para cancelar y para dividir al mundo entre buenos y malos, entre los que están conmigo y los que están contra mí, entre valientes y cobardes, entre fuertes y débiles, entre realistas e ingenuos.

Cuando la ciudadanía –incluyendo a personas profesionales y capacitadas como las señaladas– no entienden cómo se ordena nuestra sociedad, para qué sirven y cómo funcionan sus instituciones, todo se torna inentendible y todo es producto de la dominación de unos sobre otros.

Me parece que es tal el grado de desafección o disociación de la ciudadanía con nuestro sistema político y económico, que si hiciéramos una encuesta no habría mayorías para preservar principios fundamentales de nuestro Estado de Derecho como el principio de legalidad, el principio de tipicidad e, incluso, el principio de presunción de inocencia. Este fenómeno se ve acrecentado por autoridades ávidas de poder personal que se transforman en cajas resonantes de los supuestos deseos populares, sin cumplir su rol dirigencial en el marco de una democracia representativa.

Afortunada o lamentablemente, según como se vea, esto no parece ser un fenómeno exclusivamente chileno, sino que, en mayor o menor escala, también mundial. Estamos frente a un verdadero cambio epocal que se avizora complejo, conflictivo y largo.

32 Quiero ser muy preciso al hacer esta aseveración. Muchas de las causas subyacentes del estallido social –aunque se haya tratado de un suceso multicausal y que haya derivado en violencia de manera reprochable e injustificable– eran o al menos deberían haber sido conocidas por gran parte de la ciudadanía en esa época, en especial de las élites, porque decían relación con la insatisfacción total o parcial de necesidades primarias y sentidas de las personas, especialmente de los más necesitados y de una agobiada clase media. O quizás, inexcusablemente, quizás efectivamente no había y sigue no habiendo conciencia de lo que vivían y viven aún muchos de nuestros compatriotas.

Lo que sí creo que fue sorpresivo para todos fue la magnitud, intensidad y violencia de la protesta social, que no había estado dentro de los cánones admisibles/permitidos/posibles en nuestro país al menos durante las últimas 3 décadas. Fue tan sorpresivo, de hecho, que recuerdo que, durante un par de semanas, existió al menos una sensación de falta absoluta de presencia de la autoridad y, en consecuencia, una cierta percepción de encontrarnos a la deriva esperando el declive o desgaste natural y propio de las protestas sociales. En lo personal, justamente el fin de semana del estallido social, por primera vez desde que había asumido el cargo, abandonamos Santiago con mi familia con rumbo a la playa a casa de unos amigos. Aún recuerdo vívidamente las gigantescas colas de autos para cargar bencina en las estaciones de servicio durante el viaje de retorno a la capital, bajo una sensación de pánico generalizado.

33 La verdad es que resulta altamente paradojal, por decirlo de alguna manera elegante, que un estallido social que pretendía mejorar las condiciones de vida de las personas, especialmente de las con mayores necesidades, haya puesto en riesgo en momentos su salud y, a veces, su propia vida. Claramente, había algo que ahí no calzaba, incluso si efectivamente existía una indignación y cansancio generalizado de la población nacional, diría que bastante transversal si se recuerdan protestas masivas en zonas acomodadas como Ñuñoa, La Reina e, incluso, en Las Condes, cerca de la Escuela Militar.

A nivel anecdótico, don Patricio Miquel, ex Gendarme y mi conductor en esa época –cuyo cupo luego debimos ocupar para contratar a un abogado, que atendida la posterior escasez presupuestaria institucional, entre otras razones, debimos luego reemplazarlo por un abogado– se negó por un varios meses a trasladarme a mi domicilio por la vía más directa, que pasaba por la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile,, porque, según él, prefería morir antes de ver sometido al Fiscal Nacional Económico, bajo su protección temporal,

Dado que las oficinas de la FNE se encuentran ubicadas muy cerca de Plaza Baquedano o Plaza Italia, que constituyó el epicentro y manifestación gráfica de las protestas sociales que casi inmediatamente derivan en una inusitada violencia, durante casi un mes –aproximadamente hasta que, transversalmente, las fuerzas políticas arribaron, el 15 de noviembre de 2019, a lo que se denominó el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución[34]– una de mis principales preocupaciones diarias[35] consistía en resolver a qué hora íbamos a "liberar" a los funcionarios y funcionarias para que pudieran retornar de manera segura a sus hogares, y eventualmente seguir trabajando desde allí, utilizando un transporte público gravemente dañado debido a las protestas sociales.

Otra decisión compleja con ocasión del estallido social –y también dolorosa, porque implicaba romper con una tradición de casi dos décadas – fue la de suspender el Día de la Competencia de la FNE que, como era habitual a esas alturas del año, ya se había fijado, contratado y organizado para diciembre de 2019[36].

II.B. Sobre el efecto, huella o rastro que los principales casos de colusión han producido en Chile durante la última década

Sin embargo, y más allá de lo estrictamente coyuntural, el estallido social parece haber dejado en evidencia la profunda huella que dejaron y el enorme daño que causaron los tres principales casos de colusión –el "Caso Farmacias", el "Caso Pollos" y el "Caso Papeles"[37]– en la ciudadanía chilena.

---

a una práctica como "el que baila pasa", por ejemplo. Esto alargaba el viaje de retorno a mi hogar de manera sustancial. Pese a que me considero un bailarín bastante decente, dentro de y dependiendo de las circunstancias, naturalmente, jamás pude convencerlo de lo contrario, aunque fuese en tono de broma. En eso, claramente don Patricio tenía toda la razón por un asunto de mínima dignidad institucional, más allá de mis mayores o menores dotes artísticas, reales o imaginadas.

34 Ver: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf.

35 En esta tarea, para mí fueron absolutamente fundamentales la compañía, el apoyo y el consejo diario de la Jefa de la División de Relaciones Institucionales de la FNE, Mónica Salamanca Maralla, y de la Jefa de la División de Administración y Gestión de la FNE, Ana Azar Díaz, junto a todo su valioso equipo administrativo. Funcionarias públicas de tomo y lomo que cuidan a la FNE como si fuera propia. Sin ellas, mi período en la FNE no solo habría sido inmensamente distinto, sino que habría sido infinitamente más complejo. En esto también no puedo ni quiero dejar de mencionar a mi fiel y eficiente asistente Pilar Carrasco, quien me cuidaba en todo sentido –desde mi agenda, mi comida y mi descanso– como si fuera su hijo.

Durante el estallido social y, luego, durante la pandemia causada por el COVID-19, nuestro foco siempre estuvo en velar por la seguridad de quienes trabajaban en la FNE. Como se trataba de equipos de alto rendimiento, como se señaló con anterioridad, no resultaba tan complejo confiar en ellos y ellas en el sentido que, pese a la no presencialidad, iban a cumplir íntegra y oportunamente con sus funciones.

Esa confianza en los miembros de la FNE fue "retribuida", como también se indicó anteriormente, con los mayores niveles de productividad en la historia de la FNE.

Para mí, en lo personal, ello constituye una prueba fehaciente de que los liderazgos basados en la horizontalidad y confianza son aquellos que, cuando se ha elegido bien a los equipos de trabajo, brindan por lejos los mejores resultados y satisfacciones en el plano profesional y, sobre todo, humano.

36 Se trababa, en definitiva, del primer Día de la Competencia de la FNE en que me correspondía ser anfitrión como Fiscal. Por diversas razones –especialmente, para promover una cultura de competencia en el mismo corazón del poder económico de nuestro país, lo que implicaba un acto de audacia, pero servía para masificar la llegada del mensaje de la FNE–, los anteriores Días de la Competencia de la FNE se habían realizado en lugares "premium" de la ciudad de Santiago, tales como la ex Casa Piedra – hoy Metropolitan Santiago Convention & Event Center)– o el Hotel W. Con ocasión del estallido social, eso no parecía ser lo más aconsejable. A partir de ese evento, todos los Días de la Competencia de la FNE –en los años 2020, 2021 y 2022– se han realizado de manera online.

No sé si alguna vez será posible volver a esa tradición, que tenía sus fundamentos. Lo más probable es que, en lo inmediato, de ser presencial el evento se realice por la FNE con mayores grados de austeridad, entre otras cosas también por la grave reducción de su presupuesto. Veremos si con eso se cumple el objetivo de promoción que buscaba y busca la FNE con su Día de Competencia.

37 Según las principales encuestas del país –para lo que valgan para efectos de análisis, pues naturalmente tienen sesgos y defectos y, a veces, incluso profundos, considerando además que en el corto plazo la opinión ciudadana tiende a ser caprichosa o veleidosa, aunque con tendencias de mediano y largo plazo relativamente estables–, la reputación de las empresas en Chile ha venido decayendo desde el año 2002 hasta la fecha, esto es, desde hace más de dos décadas, obteniendo sus resultados más bajos justamente con ocasión o a propósito del Caso Farmacias (2009), del Caso Pollos (2011) y del Caso Papeles (2015), hasta alcanzar su menor nivel con ocasión del estallido sociales del 18 de octubre de 2019 (Ver: Encuesta IPSOS/Inteligencia Reputacional, diciembre de 2019).

De hecho, según otra encuesta, entre los años 2014 y 2016, un 86% de los chilenos y chilenas estimaban que "(...) casos de abusos contra los consumidores como la colusión del papel tissue (...)" eran una "práctica habitual" y un 84% de la ciudadanía estimaba que era "muy o bastante" abusada por las "grandes empresas privadas" (Ver: Encuesta Plaza Pública/CADEM, diciembre de 2019).

En base a diversas encuestas, entonces, no cabe duda de que los efectos del "Caso Farmacias", del "Caso Pollos" y del "Caso Papeles" fueron realmente devastadores y constituyeron una de las principales causas de la demolición de la confianza de la ciudadanía no sólo en nuestro sistema económico, sino que también de nuestro sistema político, minando gravemente –espero que no irrevocablemente– la

Y no sería de sorprender, la verdad. Yo, al menos, no conozco otro país del mundo en que se hayan destapado, perseguido y sancionado, en menos de una década, casos tan relevantes de colusión que recayeran sobre bienes de primera necesidad y que involucraran a algunos de los grupos económicos nacionales más grandes, tradicionales y reputados.

El estallido social volvió a poner a los abusos empresariales, graficados en la colusión, en el centro de la atención pública al esgrimirse permanentemente como una de las principales causas del enardecimiento popular.

Según una encuesta muy reputada, "los abusos de las empresas" constituían la quinta causa del estallido social, luego de la "alta desigualdad de ingresos", las "bajas pensiones", el "alto costo de la vida" y la "mala calidad de la salud y educación pública" (Ver: CEP, Encuesta Nacional de Opinión Pública, diciembre de 2019).

Una encuesta que nos impresionó mucho en la FNE, recuerdo, fue una realizada un año y medio después, en mayo de 2021, conjuntamente por dos encuestadoras –más precisamente, Espacio Público e IPSOS– que también gozan de amplio reconocimiento en Chile. En ella se preguntaba a los encuestados qué hechos "significaban para ellos un abuso, un hecho de violencia o una injusticia". En dicha encuesta, los encuestados señalaron que constituían un abuso, en primer lugar, "las colusiones entre empresas para fijar precios de productos" (62%), seguido por fenómenos tan graves y acuciantes para la población como "los malos tratos en el trabajo" (58%), "el alto precio de los medicamentos" (57%), "la demora en las atenciones de salud" (43%), "el uso innecesario de la fuerza por parte de Carabineros" (43%), "los piropos en la calle" (38%), "las bajas pensiones" (37%), "endeudarse por años para estudiar en la universidad" (35%), "las evasiones del metro" (25%), "condenar con bajas penas a delitos cometidos por ejecutivos de empresas y políticos" (24%), "los saqueos" (16%), "cortar las calles con manifestaciones e impedir el tránsito" (12%) y "las barricadas" (9%).

Con esto no quiero, en caso alguno, ser auto flagelante ni meter el dedo en la llaga. Eso no sirve de nada, especialmente porque las empresas no sólo son esenciales en la vida de las personas, sino que indispensables para el crecimiento y el desarrollo de los países en el mercado de economías de mercado. Lo importante es cómo logramos reparar ese tejido social y qué se hace hacia adelante. De hecho, el mundo empresarial ha tomado conciencia y se notan cambios importantes en esta materia, especialmente a nivel de prácticas empresariales y de compliance o cumplimiento normativo. No obstante, queda aún muchísimo por hacer y profundizar.

Todos y todas condenamos enérgicamente los grandes casos de colusión. Y naturalmente que todos y todas sabemos que tuvieron un efecto devastador en Chile a todo nivel. De eso no cabe duda.

Sin perjuicio de ello, a nivel personalísimo, creo que el mayor enojo de la ciudadanía contra nuestro modelo económico proviene de lo que se han denominado "micro abusos", es decir, de las dificultades que uno, como consumidor, sufre diariamente al enfrentar a empresas que prestan servicios básicos: demoras excesivas e injustificadas o excusas para cerrar una cuenta o terminar un servicio, para obtener el reembolso de una suma cobrada en exceso o en forma errónea, para obtener el retorno de un producto defectuoso, etc. ¿Cuánto tiempo, energía y rabias pasamos los consumidores en esta clase de problemas? Me parece que una columna llamada "Camarón que se duerme se lo lleva la corriente", escrita por Sylvia Eyzaguirre para el

confianza de las personas en las instituciones públicas y privadas.

diario La Tercera con fecha 20 de mayo de 2023, grafica este fenómeno muy claramente[38].

Con mucha probabilidad, lamentablemente esas faltas de servicio son representativas de una baja intensidad competitiva en los mercados en que se producen. No cabe duda de que la calidad de servicio en Chile puede y debe mejorar[39].

Estoy convencido que de todo esto depende, en buena parte, la sostenibilidad futura de Chile mediante la construcción de un futuro común como connacionales.

II.C. Sobre la reacción inicial del Gobierno en materia de libre competencia con ocasión del estallido social

No creo estar descubriendo la pólvora si señalo que, ante reclamos o percepciones populares de esta naturaleza, los gobiernos de distintos signos políticos, en todas partes del orbe, suelen recurrir a un cierto populismo penal[40] o, por lo menos, a un cierto endurecimiento sancionatorio como supuesto remedio a todos los miedos y males existentes y por existir en una sociedad[41].

Es así, quizás, como el 9 de diciembre de 2019, menos de dos meses después del estallido social, el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique, asesorado en lo que respecta a la FNE por el Ministerio de Economía, anunció públicamente un Agenda Anti Abusos por un Trato Digno y Justo, que, junto con contemplar medidas respecto del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y la CMF, buscaba fortalecer a la FNE con nuevas herramientas para ”prevenir, investigar y denunciar los carteles y otras conductas anticompetitivas como el alzamiento del secreto bancario y la protección de las pruebas físicas o digitales”, así como también ”aumentar las sanciones penales con penas de cárcel efectivas, para los delitos de colusión cuando los bienes afectados sean de primera necesidad”[42].
El Gobierno, en verdad sin tener obligación alguna de hacerlo, pese a que la prudencia y nuestra experticia

---

38 Ver: https://www.latercera.com/opinion/noticia/columna-de-sylvia-eyzaguirre-camaron-que-se-duerme-se-lo-lleva-la-corriente/XJNQMXVFPNBDTPGYNBT7HX5WN4/.

39 Y, por cierto, hay esperanza. Y mucha. Cuando se hacen las cosas bien, en Chile la calidad de servicio también puede alcanzar estándares internacionales. Basta ver el excelente servicio que prestan MercadoLibre o Cornershop en nuestro país, que no tienen nada que envidiarle, a nivel de última milla, al servicio que prestan empresas equivalentes en mercados más desarrollados que el chileno. Hace unos años, jamás pensé que ello fuese posible.

40 Escribo este documento habiéndose promulgado la Ley Naín-Retamal y habiéndose aprobado en el Congreso Nacional y pronta a promulgarse la ley que agrava y unifica las penas aplicables a los delitos económicos.

41 Acá me vienen a la mente dos citas de autores famosos e, incluso, geniales. Se le atribuye a Noam Chomsky haber señalado que “*The more you can increase fear of drugs and crime, welfare mothers, immigrants and aliens, the more you control all the people*”. A su vez, se le atribuye a Albert Einstein haber dicho que “*I fear the day that technology will surpass our human interaction. The world will have a generation of idiots*”.

Mi pregunta es: dado lo que ha ocurrido y sigue ocurriendo en Chile y en otras partes del mundo, incluso más desarrolladas que nosotros, ¿no se habrán ya cumplido y estaremos experimentando de primera fuente -incluyéndome a mí mismo, por cierto- lo dicho por estos grandes personajes? No estoy seguro, pero ciertamente muchas veces, casi diariamente, muy a mi pesar encuentro razones de sobra para encontrarles la razón a ambos.

42 Literalmente, en ese proyecto de ley el Gobierno señaló lo siguiente en lo que concernía a la FNE: “*En los mercados competitivos las empresas compiten, pero para ofrecer a los ciudadanos productos de mayor calidad y mejor precio, lo que beneficia a todos. Donde hay colusión, las empresas no compiten, se ponen de acuerdo para aprovechar su posición dominante y abusar cobrando precios excesivos a sus consumidores. En los últimos tiempos hemos conocido indignantes y sensibles casos de colusión y abusos en mercados tan importantes como el de los medicamentos, el papel higiénico y los pollos, que han perjudicado a la inmensa mayoría de los chilenos. Para evitar que estas situaciones se repitan, vamos a fortalecer la competencia y combatir con mayor fuerza la colusión y los abusos, con las siguientes medidas: 1. Fortalecer la Fiscalía Nacional Económica, Organismo Público que debe velar por la libre competencia, con nuevas herramientas para prevenir, investigar y denunciar los carteles y las conductas anticompetitivas, herramientas como el alzamiento del secreto bancario y la protección de las pruebas físicas o digitales de conductas anticompetitivas. 2. Aumentar las sanciones penales con penas de cárcel efectivas, para los delitos de colusión cuando los bienes afectados sean de primera necesidad, como medicamentos o alimentos*”.

en la materia claramente así lo recomendaba, consultó en un par de oportunidades cuáles eran, a juicio de la FNE, las mejores medidas a anunciar públicamente en el marco de la Agenda Anti Abusos partiendo del supuesto básico que permanecer en la inmovilidad, en materia de libre competencia, constituía una quimera y, por tanto, no era una opción políticamente posible en esos momentos que vivía el país.

La FNE se mantuvo incólume en que la institución no necesitaba más herramientas –fundamentalmente porque, contrariamente a lo que frecuentemente se dice, la última y reciente reforma a nuestra ley de competencia, la Ley 20.945 de 30 de agosto de 2016, no sólo es una legislación moderna perfectamente equivalente o a veces incluso superior a la de las principales potencias del orbe, sino que también es una de las normas de competencia con las sanciones más duras del mundo–, sino que solamente necesitaba más recursos, lo que además, y pese a nuestra eventual ignorancia de los códigos políticos, nos parecía a todas luces un anuncio mucho más efectista que un cambio legislativo de tipo técnico, como el propuesto finalmente que, por tanto, sin lugar a dudas era complejo de transmitir didáctica y convincentemente a una ciudadanía "enojada".

A modo de ejemplo, imagínese el lector un anuncio gubernamental que hubiese indicado que se iba a duplicar el número de funcionarios de la FNE que actualmente persiguen colusiones en Chile –para que al menos se pudiere decir que hay al menos un o una funcionaria de la FNE por cada región del país realizando esa tarea, lo que no sucede actualmente– y/o que se iba a duplicar el número de personas que trabajan en la División de Estudios de Mercado de la FNE, que hoy en día son 5 funcionarios y funcionarias incluyendo procuradores, esto es, estudiantes de Derecho, pese a lo cual ellos y ellas han sido capaces de producir un trabajo para reformar las normas legales de 7 mercados de tremendamente sensibles para la población y que, de acogerse por el Congreso Nacional, lo que no ha sido posible hasta ahora, implicarían que las personas y/o el Estado se ahorrarían cada año, de manera conservadora, nada menos que US$2.500 millones[43].

En la FNE –pero claro, ¡qué sabe la FNE de política y, particularmente, del sentir ciudadano...!– estimábamos que estos anuncios habrían sido mucho más grandilocuentes, concretos, efectivos, útiles que las medidas contempladas en la Agenda Anti Abusos en materia de libre competencia y, sobre todo, hubiesen implicado para el Estado de Chile un gasto anual no superior a alrededor de $350 millones, suma que, en el agregado país, pareciera hasta casi ridícula, por su monto o significancia a nivel macro, en comparación con los gastos que irrogan otras reparticiones o programas públicos, muchos de ellos totalmente ineficientes y/o simples mecanismos para el lucimiento personal de algunas figuras públicas o para el pago de favores políticos, lo que se ha graficado recientemente, por ejemplo, en el escándalo relativo a ciertas fundaciones[44].

---

43 Esta tremendamente novedosa y compleja División de la FNE fue creada y dirigida durante sus primeros 8 años por el abogado Sebastián Castro Quiroz.

44 Como FNE estimábamos que no resultaba conveniente "abrir" una discusión sobre los términos del DL 211 con ocasión del estallido social. Naturalmente, ello no tenía por objeto impedir eventuales mejoras a nuestra legislación de libre competencia. No obstante, resultaba tremendamente complejo, por no decir utópico o derechamente imposible, lograr solamente ese propósito atendidas varias razones.

En primer lugar, porque el DL 211 se había reformado sustancialmente, para mucho mejor, en forma reciente, más precisamente a través de la Ley 20.945 del 30 de agosto de 2016.

En segundo lugar, porque el DL 211 es una de las legislaciones de libre competencia más duras del mundo.

Y, en tercer lugar, porque no hay que olvidar que al menos gran parte del mundo político interpretó el estallido social como un reclamo para terminar con la economía de mercado. Y es justamente por eso que, en esa época, junto con ideas que buscaban ir a una fijación generalizada de precios y/o a la creación de más empresas estatales, fenómeno nada nuevo sino propio de los gobiernos radicales de los años 30 y 40 del siglo 20 en Chile, había mociones parlamentarias tendientes incluso a fijar las participaciones máximas que una empresa podía tener en un mercado determinado. Se comprende fácilmente que, en un escenario tan acalorado, pasional y poco racional, "abrir"

Por razones que hasta el día de hoy sigo sin comprender y que, con total sinceridad, me causan una tremenda frustración y hasta un reproche en el plano personal por no haber logrado ser más persuasivo –ya no como ex Fiscal, sino que como ciudadano chileno que tiene una familia, amigos y conocidos a quienes quiero legar un mejor país que el que yo recibí al nacer– no fuimos capaces de convencer de esta propuesta de la FNE ni al Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique ni tampoco al Gobierno del Presidente Gabriel Boric Font.

Sin perjuicio de cómo uno pueda juzgar la Agenda Anti-Abusos, en aras de la justicia también me gustaría destacar que el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique tenía una especial y genuina preocupación por defender y, sobre todo, por promover la libre competencia en los mercados.

Me parece que una prueba casi irrefutable de ello es que, con posterioridad al lanzamiento de la Agenda Anti Abusos derivada del estallido social, el Ministro de Hacienda Ignacio Briones, que sabe y entiende mucho de libre competencia, tanto que muchos de sus *tweets* explicativos sobre la materia son cuasi legendarios, concurrió personalmente y solo a mi oficina –como era evidente, cuando me pidió que quería reunirse conmigo, yo le ofrecí trasladarme al Ministerio de Hacienda, lo que resultaba de toda lógica y prudencia mínima, pero no aceptó– para preguntarme cómo y para qué podíamos aumentar los recursos económicos para la FNE.

Recuerdo que tenía una especial preocupación y predilección con la herramienta de los estudios de mercado, porque veía en ellos una herramienta técnica para mejorar la regulación inexistente en otras partes del Estado. Fue una conversación muy abierta, entendida, colaborativa y estoy cierto de que el Ministerio de Hacienda hubiese concretado su intención de no haber surgido la pandemia del COVID-19, lo que derivó todos los recursos públicos a otras necesidades al menos aparentemente más acuciantes que fortalecer la libre competencia en los mercados nacionales.

Por su parte, también tratamos, en forma reiterada, de explicarle y convencer al Gobierno del Presidente Gabriel Boric Font, a través de funcionarios del Ministerio de Economía, que la mejor reforma que se podía realizar para defender la libre competencia en los mercados chilenos era aumentar el presupuesto de la FNE, detallando por qué ello era mucho más conveniente que cualquier otra medida o herramienta que se otorgara a la FNE en el marco de lo que el Poder Ejecutivo denominó Agenda de Productividad.

Lamentablemente, se nos indicó, una y otra vez, de manera tajante, que no era factible entregarle recursos adicionales a la FNE. De hecho, como veremos más adelante, pese a que para el año 2022 el Ministerio de Hacienda asignó al Ministerio de Economía un aumento presupuestario total del 14% para los servicios públicos de su dependencia, pese a nuestros reiterados reclamos el Ministerio de Economía destinó 0% de ese incremento presupuestario a la FNE.

Esto último me resultó aún más incomprensible dado lo que supuestamente se esperaría de Gobiernos de este signo político y, muy especialmente, por el enorme énfasis público que, al menos durante la campaña presidencial, la coalición actualmente gobernante dio a la necesidad de introducir mayor competencia a los mercados que, en su concepto, estarían todos altamente concentrados, obviando, como es generalizado en Chile y el mundo entero, si esa concentración se había producido por mérito –esto es, por haber captado por precio, calidad y variedad las preferencias de los consumidores, lo que por cierto sería perfectamente deseable,

el debate sobre el DL 211 resultaba altamente desaconsejable.

El tiempo ha demostrado, a mi juicio de manera inexorable, que los chilenos y chilenas no quieren eliminar nuestra economía de mercado, sino que quieren una mejor y más profunda economía de mercado, quieren adquirir más y mejores bienes y servicios al mejor precio posible, objetivo totalmente alineado con el cumplimiento de lo que constituye la única misión legal de la FNE conforme al DL 211.

legítimo y eficiente– o ilegítimamente mediante conductas que impedían o entorpecían la libre competencia[45].

Hasta la fecha, es decir, a más de 3 años desde la presentación por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo de la Agenda Anti-Abusos por un Trato Digno y Justo, al menos en lo que respecta a la FNE, salvo un par de sesiones en la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, no se ha traducido en cambio o mejora alguna al DL 211.

Lo cierto es que esto no preocupaba ni creo que le preocupe actualmente a la FNE[46], salvo que, tal como se lo anticipamos con fuerza al Gobierno de la época, la verdad sin mucho mérito porque era totalmente predecible atendido el momento que vivía el país, con ocasión de este proyecto de ley resurgió nuevamente con fuerza, por enésima vez y pese a que esta materia se había analizado en detalle y resuelto en la última reforma legal de 2016 del DL 211, la discusión sobre la necesidad de obtener sanciones penales más rápidas y efectivas para los carteles duros, lo que generó un "conato" verbal, naturalmente con algún grado de publicidad –al menos para mí, en extremo desagradable–, entre la FNE y el Ministerio Público, representado en esa época por el Fiscal Nacional Jorge Abbott Charme[47].

Sin perjuicio de todo lo anterior, y como siempre hay que tratar de mirar el vaso medio lleno para tratar de evitar

---

45 Esto me hace recordar una columna que recientemente escribió para el Diario Financiero María José Cumplido, Directora Ejecutiva de la Fundación Iguales, señalando entre otras cosas que "*(...) Me atrevería a hipotetizar sobre los efectos que ha tenido una cultura de consumo inmediato y desenfrenado. Hoy, si tienes hambre, pides comida por una aplicación. Cada vez existe menos tolerancia a las esperas que implica cocinar (asumiendo también que este frenesí social ha afectado considerablemente la cantidad y calidad de tiempo que tenemos para compartir con otros). Sin embargo, pareciera que esta falta de paciencia ha inundado la política y los procesos mismos. Hoy es absolutamente extraño ver a un político preocupado por el mediano plazo, sino que es frecuente ver una histeria colectiva del mundo político por las polémicas diarias de Twitter. Y sabemos que la obsesión por la contingencia impide ver lo relevante de lo pasajero. (...) Lamentablemente, el tiempo y su paso son inevitables y, por más que queramos, no podemos adelantar o acelerar procesos que requieren una mirada más amplia. Muchas veces, en pos de acelerarlos, terminamos haciendo mal las cosas. (...) Por esta razón, el escenario constitucional se ve complejo y quienes más réditos pueden sacar son, justamente, los populistas de siempre. Políticos que inventan soluciones fáciles, que demuelen casas pensando que eso soluciona algo o quienes enarbolan discursos ultraconservadores repletos de conspiraciones infantiles que no tienen ningún asidero en la realidad. Discursos fáciles y entretenidos para un mundo de la contingencia pero que, con el pasar del tiempo, veremos que no sirvieron para nada en términos prácticos. Uno de los escenarios es que estos discursos se impongan con las consecuencias de empeorar la calidad de vida de millones de chilenos y chilenas. Esto no es un juego*". Ver: https://dfmas.df.cl/df-mas/opinion/maria-jose-cumplido-pasamos-de-una-marcha-multitudinaria-a-una

46 Si se analizan en detalle las nuevas herramientas que se pretendía -y, en estricto rigor, se sigue pretendiendo- entregar a la FNE para una lucha más efectiva contra los carteles, si bien algunas de ellas no eran dañinas, la verdad es que ninguna de ellas implicaba ni implicaría un cambio sustancial –diría que ni siquiera relevante, sino meramente tangencial– para mejorar la ya muy exitosa política pública anti-colusión de nuestro país.

En efecto, respecto del alzamiento del secreto y reserva bancarios, podría eventualmente constituir una medida eficaz para acreditar pagos recíprocos o reuniones entre miembros de un cartel o reuniones y geolocalización de las personas investigadas, así como también podría ayudar a determinar las motivaciones de sus partícipes de un cartel, los beneficios del ilícito o a determinar la multa que pude solicitarse al TDLC.

Por otro lado, la medida de fotografía, filmación o grabación de comunicaciones entre personas presentes, podría ayudar a probar la existencia de reuniones entre personas y revelar el contenido de dichos encuentros, aunque también podría servir a los investigados –frente a un eventual "nerviosismo" de la persona a cargo de la diligencia, por esencial un partícipe de la colusión, lo que ciertamente no muestran las series televisivas policíacas– para generarse prueba para desacreditar la existencia de un ilícito.

Probablemente, no obstante, la medida más controversial –aunque la más "consistente" con el momento país que se vivía durante el estallido social– era aquella que aumentaba el piso de la pena de prisión cuando la colusión versaba sobre bienes y servicios de primera necesidad.

Como primera cosa, ¿quién define qué es un bien o servicio de primera necesidad? ¿La ley, la jurisprudencia, la autoridad administrativa?

Como segunda cosa, todos queremos que quienes cometen delitos gravísimos, como la colusión, tengan penas de cárcel efectivas, porque efectivamente ello produce un potentísimo efecto disuasivo. Dicho eso, ¿ustedes se imaginan la calidad de la prueba que hay que obtener y agregar al proceso y el nivel de convicción que hay que producir en un juez para que se sentencie entre 5 y 10 años de cárcel, sin cumplimientos sustitutivos posibles, a una persona que probablemente no tiene antecedentes penales previos y a la cual se le está enviando a una "universidad del delito", como son las prisiones en Chile?

Es por eso mismo, entre otras razones, como también que genera en la ciudadanía expectativas que con alto grado de probabilidad no se van a cumplir, generando una consecuente frustración, que el populismo penal es tan nocivo.

47 A lo cual me referiré con mayor detalle en la Sección III.D. siguiente.

caer en el vacío, en la desesperación o en el cinismo durante nuestro breve paso por esta vida terrenal[48], hay que reconocer que el estallido social de octubre de 2019 también generó algunos efectos positivos para la FNE.

II.D. Sobre un primer efecto positivo del estallido social para la FNE

A mi juicio, el primer efecto positivo del estallido social para la FNE fue que le permitió a la institución anticipar al menos parcialmente, pero de manera exitosa, el trabajo remoto que la FNE tuvo que implementar ya a nivel general y en forma muy acelerada tan sólo unos meses después con ocasión de la pandemia causada por el COVID-19.

En efecto, dado que, como ya señalé, durante los primeros meses post estallido social debíamos "abandonar" tempranamente la FNE para resguardar la vida y/o salud de sus funcionarios y funcionarias, sin perjuicio de trabajar después desde nuestros hogares, también tuvimos que trasladar a trabajo remoto, en su totalidad, a todos los integrantes de la División de Fusiones de la institución, que es la única de toda la FNE que está sujeta a muy exiguos y exigentes plazos legales para emitir pronunciamientos so pena de incurrir en la gravosa sanción administrativa del silencio positivo.

Esta experiencia fue realmente exitosa, no sólo por el gran compromiso de quienes integraban la División de Fusiones, sino que especialmente gracias a la tremenda labor de los integrantes del Equipo de Tecnología de Información de la FNE[49], lo que luego ratificaron con creces durante la crisis sanitaria causada por la pandemia del COVID-19.

II.E. Sobre un segundo efecto positivo del estallido social para la FNE

A nivel algo más subjetivo, aunque como veremos con algún respaldo documental, en mi opinión el segundo efecto positivo del estallido social fue que generó un renovado sentido de cohesión entre los funcionarios y funcionarias de la FNE dado el complejo momento del país que estábamos viviendo.

En conversaciones privadas con varias personas que trabajaban en la institución, si bien todas ellas coincidían en la gravedad de la situación y en lo deplorable de muchos de los hechos de extrema violencia y destrucción acaecidos, el hecho de que los abusos empresariales, reflejados en las colusiones, figurara como una de las principales causas del estallido social, provocó en cierta medida un reconocimiento a la relevancia de la labor institucional de las últimas décadas y confirmó la significación práctica del trabajo de la FNE para la ciudadanía, revitalizando en cierta medida la importancia de la misión institucional de defender y promover la competencia en los mercados chilenos, reforzando a los funcionarios y funcionarias de la FNE el sentido de propósito de su trabajo diario[50].

---

48 Sobre todo, en instituciones públicas como la FNE, que controla y limita el poder económico, donde bajo cualquier parámetro disponible es evidente que el lado bueno y amable del ser humano –me refiero a los administrados– no suele manifestarse con frecuencia, para decirlo suave y elegantemente.

Creo que uno debe tener cuidado con esto, porque, en caso contrario, sin contemplar también la bondad y la belleza que pueden crear los seres humanos, se puede fácilmente caer en la amargura y/o desesperación y/o depresión y/o escepticismo respecto de todo y de todos.

49 Destaco especialmente la labor de Marcelo Rojo, Cristián Mella, Alex Montecinos y Miguel Rivera. En un tiempo récord, hicieron posible lo que parecía imposible a nivel estatal, con un resguardo de la confidencialidad de la información que, al menos hasta la fecha, ha sido casi inmaculado o, al menos, carente de hackeos.

50 Durante todo mi mandato, la relación con la Asociación de Funcionarios de la FNE (AFFNE) fue muy abierta, transparente, cordial y colaborativa. Como es obvio, sobre todo comparativamente hablando, es algo que siempre aprecié enormemente y, una vez más, me parece

Y, de hecho, ni siquiera es una opinión tan subjetiva: tal como se señaló con anterioridad, durante estos últimos 4 años la FNE tuvo su mayor producción histórica medida en el número de acciones en defensa y promoción de la libre competencia según las Metas de Eficiencia Institucional (MEI) fijadas por la Dirección de Presupuesto (DIPRES) del Ministerio de Hacienda[51].

II.F. Sobre cómo la FNE siguió ejerciendo sus atribuciones legales con posterioridad al estallido social

Dicho todo lo anterior en relación con los efectos negativos y, también, incluso algunos efectos positivos del estallido social en relación con la FNE, me parece que cabe destacar, de manera muy categórica, que la institución siguió ejerciendo su mandato legal expreso de defender y promover la competencia en los mercados nacionales, de manera independiente y técnica, como si no hubiese existido el estallido social el 18 de octubre de 2019.

Naturalmente, esto no significa en forma alguna ejercer la función pública de forma descriteriada, esto es, prescindiendo absolutamente de lo que ocurre en la sociedad. Se trata de ejercer el cargo con prudencia, de aumentar las convicciones y de cuidar los tiempos de las actuaciones institucionales, pero teniendo plena conciencia de que la ley es imperativa y mandata a hacer lo que corresponde a cada servicio público.

En definitiva, es la "contracara" del principio de juridicidad o legalidad contemplado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. Así como los órganos públicos no pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias como un estallido social o una pandemia, otra autoridad o derechos de los que le otorga el ordenamiento jurídico, circunstancias extraordinarias como un estallido social o una pandemia no eximen en forma alguna a los órganos públicos de cumplir en tiempo y forma sus atribuciones legales.

Esto que señalo de que la FNE siguió ejerciendo sus atribuciones legales no son meras palabras retóricas, sino que tienen su base en hechos objetivos y verificables con facilidad.

El 20 de noviembre de 2019, un mes y dos días después del estallido social, la FNE dio a conocer públicamente los resultados de su estudio preliminar sobre el mercado de medicamentos, cuyo informe

que ello habla de la solidez de la FNE como institución del Estado.

Quizás si el único momento en que yo, personalmente, tuve un mayor grado de preocupación o nerviosismo respecto de su actuar, en el que por razones obvias no podía intervenir, fue cuando, con ocasión del estallido social, diversas instituciones públicas y privadas hicieron declaraciones públicas dando su opinión sobre lo que estaba aconteciendo en Chile. Principalmente, mi preocupación o nervosismo consistía en que se hiciera una crítica pública al actuar de la FNE en el pasado, imputándole de alguna forma –tal como ocurre hoy en día con las autoridades de competencia de Estados Unidos– una eventual debilidad en el cumplimiento de su mandato legal.

Mis temores no sólo resultaron infundados, sino que creo que reafirman lo dicho anteriormente en cuanto a que el estallido social produjo como efecto un compromiso aún mayor de los funcionarios y funcionarias de la FNE con la institución, revalorizando la importancia de su misión para la sociedad. En su parte pertinente, la declaración pública de la Asociación de Funcionarios de la FNE, de fecha 29 de octubre de 2019, decía lo siguiente: "*(…) 3. Como funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica, entendemos la gran responsabilidad que tenemos en generar mayor bienestar a la población a través de la promoción y defensa de la libre competencia, expresado en investigaciones de casos que han impactado a la sociedad en su conjunto tales como las colusiones de las farmacias o del papel higiénico, y el estudio de notarios o rentas vitalicias. 4. Sin embargo, entendemos que la ciudadanía reclama, entre otras cosas, la adopción de un rol más activo en la defensa de los intereses de los consumidores y el bienestar general. Nos sentimos interpelados por esta necesidad, asumiendo el compromiso de abogar por dicho ideal en cada una de las investigaciones que nos corresponda conocer en el ejercicio de nuestras funciones y muy especialmente, en los mercados de productos o servicios más sensibles para la comunidad (…)*".

La declaración pública completa de la AFFNE se puede ver acá: https://twitter.com/AFFNE_chile/status/1189564194477268992.

Esa declaración me produjo un aún mayor compromiso con la FNE, un gran orgullo y un enorme grado de "tranquilidad". Estábamos, y siempre estuvimos, todos en el mismo barco. Lo agradecí y sigo agradeciendo sobremanera.

51 Ver pies de página 9, 21 y 22 anteriores

final fue el 23 de enero de 2020[52].

El 9 de diciembre de 2019, menos de dos meses luego del estallido social, la FNE prohibió la fusión entre las dos únicas clínicas privadas de Iquique, decisión que no fue impugnada por las partes notificantes ante el TDLC[53].

El 19 de noviembre de 2019, dos meses y un día después del estallido social, la FNE presentó un requerimiento por colusión con multas totales ascendentes a US$70 millones en contra de cuatro empresas productoras de alimento para salmones, caso que se había originado años antes en virtud del acogimiento de una compañía extranjera al beneficio de la delación compensada del artículo 39 bis del DL 211[54].

El 28 de enero de 2020, poco más de 3 meses luego del estallido social, la FNE presentó los dos primeros casos por infracción al artículo 4 bis del DL 211, esto es, a la obligación de informar oportunamente a la FNE la adquisición de una participación cruzada en una empresa competidora, casos que luego fueron conciliados con aprobación del TDLC[55].

Y, finalmente, el 13 de marzo de 2020, la FNE aprobó sin condiciones la adquisición de Chilquinta y Eletrans por parte de la empresa estatal china State Grid Corporation[56], lo que hacía presagiar severos cuestionamientos a la FNE por aprobar esta clase de transacciones sin tomar en cuenta consideraciones de soberanía nacional o estrategia comercial internacional del país, lo que alcanzaría su súmmum cuando, al año siguiente, la FNE aprobó sin condiciones la adquisición de la Compañía General de Electricidad (CGE) por la misma State Grid Corporation, lo que la transformaba en la empresa distribuidora de electricidad de alrededor del 60% de la población nacional[57].

---

52 En esa época, el lanzamiento público de los informes preliminares de los estudios de mercado se hacía con presencia de la prensa, para mayor visibilidad, cobertura y efectividad de las recomendaciones, en las oficinas de la FNE.

Aún recuerdo vívidamente cuando, al señalar en el marco del resumen de lo constatado por la FNE en su investigación en cuanto a que la política de bioequivalencia del Estado de Chile había sido un fracaso, que uno de los periodistas presentes dijo fuertemente "*uuuuhhhh*", como si hubiese pronunciado un anatema.

No obstante, esta anécdota nimia, lo realmente relevante es que, después de más de dos años de tramitación, el proyecto de ley de "Fármacos 2" recogió en forma casi total las recomendaciones formuladas por la FNE en su estudio sobre el mercado de medicamentos. Ello quedó listo al final del Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique. No obstante, el Congreso Nacional y el Gobierno del Presidente Gabriel Boric Font no han promulgado esta ley que constituirá un giro copernicano, en beneficio de toda la ciudadanía, en la forma de funcionamiento del mercado de los medicamentos en Chile, bajando sustancialmente su alto valor que representa parte sustancial del gasto de bolsillo de las personas.

No entiendo, me supera y me frustra que una reforma legal de esta entidad, tan relevante parta la ciudadanía y tan capaz de dejar un legado potente para cualquier gobernante, se haya postergado de esta forma inexplicable.

53 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-prohibe-operacion-de-concentracion-entre-las-dos-unicas-clinicas-privadas-de-iquique/#:~:text=La%20Fiscal%C3%ADa%20Nacional%20Econ%C3%B3mica%20(FNE,en%20los%20servicios%20privados%20de.

54 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-acusa-colusion-de-empresas-productoras-de-alimentos-para-salmon-y-pide-multas-de-us-70-millones-al-tdlc/#:~:text=La%20FNE%20solicit%C3%B3%20esta%20multa,no%20contar%20con%20ofertas%20alternativas.

Este fue el único caso en que, una vez ya presentado el requerimiento de la FNE ante el TDLC, pero antes de ser proveído y por tanto de hacerse público, se lo comunicamos al Ministro del Interior y Seguridad Pública de la época, Juan Francisco Galli Basili. La razón fue que, dada la situación de violencia imperante aún en el país producto de estallido social, pensamos que tropas enardecidas podían ir a quemar las instalaciones de estas empresas, por lo que eventualmente podrían requerir temporalmente de alguna mayor protección personal.

55 Ver detalles en pie de página 27 anterior.

56 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-aprobo-la-toma-de-control-de-state-grid-en-chilquinta-y-de-esta-ultima-en-eletrans/#:~:text=La%20Fiscal%C3%ADa%20Nacional%20Econ%C3%B3mica%20(FNE,parte%20de%20State%20Grid%20International.

57 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-sin-condiciones-la-compra-de-cge-por-parte-de-state-grid/#:~:text=La%20Fiscal%C3%ADa%20Nacional%20Econ%C3%B3mica%20(FNE,International%20Development%20Limited%20(SGIDL).

Antes de esta resolución aprobatoria de la FNE, que fue dictada el 31 de marzo de 2021, fui citado en dos ocasiones la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputadas y Diputados -el 23 de noviembre de 2020 y el 11 de enero de 2021- para explicar por qué razón la FNE iba eventualmente a aprobar una transacción que afectaba la seguridad nacional, máxime cuando el adquirente era, en definitiva, un Estado extranjero. Luego de la aprobación de esta operación, incluso hubo una sesión plena de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, el 6 de julio de 2021, para tratar de esta misma materia.

III. LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y LA LABOR DE LA FNE

III.A. Sobre las dificultades adicionales e inéditas para el ejercicio de las atribuciones de la FNE en tiempo y forma

Si el estallido social había supuesto una modificación parcial y una complejidad adicional para el efectivo y oportuno cumplimiento de las atribuciones legales de la FNE conforme al DL 211, ello adquirió ribetes de mucho mayor entidad, evidentemente, con el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, gatillado por la pandemia del COVID-19 que fuera decretado por el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique el 18 de marzo de 2020[58].

Justamente una semana después, más precisamente el 25 de marzo de 2020, la FNE dictó la Resolución Exenta Nº188, por medio de la cual modernizó de facto y facilitó sustancialmente los medios de comunicación, los mecanismos de comparecencia legal y las declaraciones en el marco de las investigaciones llevadas a adelante por la institución en ejercicio de sus diversas atribuciones conforme al DL 211.

Muy probablemente, fue esta resolución la que permitió a la FNE adecuarse al nuevo escenario de emergencia gatillado por la pandemia del COVID-19 y, de esa forma, continuar ejerciendo en tiempo y forma

Lo realmente "curioso" fue que ninguno de estos planteamientos nacionalistas fueron planteados en forma ni en sede alguna, por ejemplo, cuando Colbún vendió la totalidad de sus activos de transmisión a un fondo de pensiones holandés y a una compañía española (Ver: https://www.fne.gob.cl/informe-de-aprobacion-sobre-adquisicion-de-control-en-colbun-transmision-s-a-por-parte-de-alfa-desarrollo-spa/).

Me parece que esto refleja, como mínimo minimorum, que la canción de los Huasos Quincheros que se llama "Y verás como quieren en Chile al amigo cuando es forastero", que es como una especie de orgullo nacional por lo que supuestamente representa, es de una falsedad completa y total o, por el contrario, solo aplica cuando el forastero se adapta a nuestros parámetros previamente establecidos de "normalidad", ya sea por cultura, costumbre, clasismo o racismo, lo que generalmente solo incluye a europeos y norteamericanos de raza blanca.

Entre otras cosas, el caso de State Grid Corporation fue lo que motivó a la FNE, a que, en la página 3 de la nueva Guía Sustantiva sobre el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal, de mayo de 2022, señalara expresamente que "*(...) el diseño institucional de este régimen no le confiere a la FNE atribuciones legales para pronunciarse, con ocasión de una operación de concentración, sobre bienes jurídicos distintos de la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados según lo establecido en los artículos 1° y 2° del DL 211*". Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf.

Todo esto sin siquiera considerar la eterna discusión entre la interacción entre el DL 211 y el artículo 7 de la Ley General de Servicios Eléctricos, que, pese a la estricta regulación sectorial, consagra ciertos límites a la integración vertical entre empresas generadoras y distribuidoras de energía eléctrica. A ese respecto, la FNE, principalmente a través de la Jefa de la División de Fusiones, Francisca Levin Visic, como siempre fue tremendamente coherente y clara en cuanto a que, en el ámbito del análisis competitivo de operaciones de concentración, a la FNE le corresponde solamente aplicar el estándar legal sustantivo de "reducción sustancial de la competencia" establecido en el DL 211, siendo de competencia de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) investigar y verificar eventuales infracciones al artículo 7 de la Ley General de Servicios Eléctricos.

Nuevamente, se trata de una aplicación del principio de juridicidad o legalidad establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. En fácil, ese principio, que es de la esencia de un Estado de Derecho que genere predictibilidad a los administrados y fomente la inversión y el desarrollo del país, se puede resumir coloquialmente en el principio de "pastelero a tus pasteles". Si se quiere que el pastelero haga otros pasteles, hay que seguir el proceso democrático y entregársele al órgano público atribuciones legales expresas para hacer esos otros pasteles.

Pese a que es impopular, la FNE tiene el mérito de haber sido una de las pocas agencias de competencia del mundo en señalar de manera expresa que tiene esta limitación, de tal manera de no generar expectativas al mundo político y a la ciudadanía que, finalmente, se frustrarán. Ver: https://centrocompetencia.com/control-del-interes-nacional-quien-y-como/.

58 Ver: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143580. Si bien habíamos escuchado sobre pandemias con anterioridad, creo que, para la mayoría de nosotros, parecía un concepto lejano e histórico, inaplicable al mundo actual. Por razones que desconozco, cuando leí por primera vez en el diario acerca de esta pandemia en China, comencé poco a poco, en forma diaria, a comprar mascarillas. En ese momento, eran de esas mascarillas que se amarraban por detrás de la cabeza, es decir, las clásicas mascarillas médicas. Y comencé a armar mi propio arsenal" de mascarillas.

No les contaré del *bullying* que, por dicha causa, experimenté en la FNE y, sobre todo, en mi familia. Con posterioridad recibí las "disculpas" del caso. No obstante, debo reconocer que, en estricto rigor, cuando comencé a preparar mi arsenal de mascarillas en enero de 2020 –cuyo precio subía semana a semana hasta que en ese mismo enero llegó a existir una escasez total de mascarillas– no confié en el mercado, es decir, en la capacidad de los oferentes de adaptarse rápidamente a las necesidades de las personas. Por eso después hubo un exceso de producción de mascarillas y su valor, como es evidente, se desplomó.

sus atribuciones legales. Hoy en día, mirando hacia atrás, parece que la Resolución Nº188 no hizo más que concretar una necesaria modernización del funcionamiento institucional. Y es verdad. Sin embargo, en aquellos momentos fue algo impensado, innovador, que quebró todos los esquemas existentes.

Mirando hacia atrás, asimismo, no puedo sino reírme, con algo de ternura, respecto el inocente llamamiento que hicimos en cuanto a que las partes notificaran aquellas operaciones de concentración que fuesen urgentes e imprescindibles de notificar, so pena, aunque en forma velada, de pasar la investigación a Fase 2 en caso de ausencia de antecedentes para evaluar si la transacción era apta o no para reducir sustancialmente la competencia en el mercado[59].

La verdad es que estuvimos a instantes de suspender el procedimiento de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración durante la pandemia del COVID-19. Me parece que incluso llegamos a revisar un borrador de resolución de la FNE que así lo resolvía, preparado por Pablo Calquín Almeyda, nuestro Contralor Interno[60]. Afortunadamente no lo hicimos, no sólo porque probablemente hubiese sido de dudosa legalidad, sino también porque nos permitió ser una de las pocas agencias de competencia del mundo que nunca cerraron sus puertas y que siguieron ejerciendo la plenitud de sus atribuciones legales durante toda la emergencia sanitaria internacional sin precedentes.

Y eso no fue para nada menor, sino que exigió el mayor de los compromisos y esfuerzos por parte de todos los funcionarios y funcionarias de la FNE. Es así como, por ejemplo, con ocasión de la operación de concentración consistente en la compra de OK Market por Oxxo, funcionarios y funcionarias de la FNE salieron a terreno, en la mitad de la pandemia causada por el COVID-19, con el objeto de verificar la cercanía competitiva de los agentes económicos que se concentraban con otros existentes en los respectivos mercados relevantes geográficos.

Y es así como, también, durante toda la emergencia sanitaria la FNE continuó solicitando al TDLC, coordinando con la Policía de Investigaciones o con Carabineros de Chile y realizando –ahora previo test negativo de COVID-19, a fin de no contagiar a los investigados– medidas intrusivas con el objeto de obtener pruebas para verificar la existencia de carteles en diversos mercados a lo largo y ancho, literalmente, de todo el país.

A título de anécdota, en esas épocas solitarias, oscuras, inciertas y agotadoras –según las recuerdo hoy– uno de los mecanismos que usamos para intentar "mantener la moral de las huestes", por decirlo de alguna manera, fue el de enviar a fines de cada semana un correo electrónico a la FNE comunicando si habían o no enfermos entre los funcionarios y funcionarias de la institución y entre sus familiares cercanos; cuáles eran las acciones principales que habíamos hecho durante esa semana; y agradeciendo el compromiso con la FNE y el cumplimiento de su misión legal en beneficio de la ciudadanía. Si bien mis archivos fueron eliminados y, por eso, ya no cuento con ellos sino única y exclusivamente con mi endeble memoria, me parece que envié un email semanal durante más de 30 semanas seguidas. Era una forma defectuosa, pero forma al fin, para

59 Acápite II, párrafo 2 de la Resolución Nº188 de la FNE: "*(...) esta Fiscalía solicita a las partes notificantes de eventuales operaciones de concentración que, atendida la actual situación de excepción, efectúen una evaluación de la pertinencia de notificar una operación de concentración a la FNE, limitándose sólo a aquellas que sean urgentes e imprescindibles de notificar. Ello resulta necesario toda vez que la FNE, en aras al cumplimiento de su mandato legal, debe contar con todos los antecedentes que sean necesarios y suficientes, tanto de las partes como de terceros, para alcanzar la convicción que una determinada operación no es apta para reducir de manera sustancial la competencia en los mercados, lo que por causas totalmente ajenas a la voluntad de la FNE podría resultarle muy complejo de evaluar en Fase I atendida la actual situación de excepción*".

60 No sólo eso. Tiene una personalidad muy "zen" y, además, es el mejor asador de la FNE. No sé si es mucho decir, pero ciertamente lo es. Nos quedó un karaoke pendiente.

mantener el contacto y algún espíritu de grupo en torno a un fin común superior.

Entiendo que esos mensajes eran bien recibidos, al menos en un inicio. Así al menos se me decía, aunque predominaba el silencio, las respuestas eran excepcionales y provenían, casi exclusivamente, de mis queridas y fieles "fans" de la División de Administración y Gestión de la FNE. Al cabo de unas semanas, además, me quedé sin mayor tema, compitiendo, por así decirlo, con las novedades comunicadas por el LinkedIn institucional. Sin embargo, como alguien diría por ahí, ciertamente "fue lindo mientras duró".

III.B. Sobre la ratificación pública y expresa del cumplimiento del "principio de legalidad" por parte de la FNE al comienzo de la pandemia causada por el COVID-19

A poco andar una vez decretado el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, gatillado por la pandemia del COVID-19, comenzaron a surgir variadas voces en la opinión pública –tanto en el sector público como en el sector privado– instando fuertemente por permitir una mayor cooperación entre agentes económicos para efectos de que, atendidas las graves restricciones a la movilidad y, por tanto, a la producción de bienes y servicios, no se rompiera la cadena de abastecimiento de la población nacional.

Según las opiniones de dicha época, esta colaboración entre empresas competidoras era especialmente urgente, atendida la situación de emergencia, en el ámbito sanitario, más precisamente para la producción de mascarillas, elementos de higiene y, sobre todo, de equipamiento médico como ventiladores que escaseaban en Chile a principios de la pandemia del COVID-19; en el ámbito de la distribución de mercaderías; y, por último, en materia de transporte de personas por vía terrestre y aérea.

A la sazón existía un temor bastante generalizado –aunque no estoy seguro de que debidamente fundado, aunque hay que reconocer que todos estábamos en terrenos inexplorados– de que las restricciones a la movilidad gatilladas por la pandemia del COVID-19 podían llevar a una paralización productiva del país, tal como poco más de un año antes también se había pensado con ocasión de los graves disturbios causados por el estallido social.

Atendido que este llamado pareció alcanzar un cierto *momentum* y, sobre todo, algunos grados no menores de reproche velado hacia la institución, en el sentido de que éramos una especie de talibanes de la libre competencia como supuesto bien jurídico único y absoluto, que carecíamos de flexibilidad y que, como consecuencia de todo ello, podíamos ser una de las causas directas de una especie de debacle nacional, la FNE se vio en la necesidad de actuar de alguna forma.

Es por ello por lo que, el 3 de abril de 2020, es decir, recién 3 semanas después de decretado el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, gatillado por la pandemia del COVID-19, la FNE emitió una declaración pública sobre aplicación de las normas de libre competencia en nuestro país durante la pandemia del COVID-19[61].

En resumen, la FNE se limitó a señalar al público en general –a través de una declaración pública, lo que no creo que haya tenido precedente a esa fecha ni ha vuelto a ocurrir con posterioridad, lo que me alegra– lo

61 Ver: https://www.fne.gob.cl/declaracion-publica/.

que era bastante obvio: que el DL 211 no establecía excepciones a su aplicación ni siquiera en situaciones tan extremas como una pandemia; que en Chile no existía un sistema de control preventivo de acuerdos de colaboración entre competidores a cargo de la FNE; que, para obtener inmunidad en sede de libre competencia en el marco de la celebración de un acuerdo de colaboración entre competidores, se requería conforme a la ley una resolución aprobatoria previa del TDLC y/o de la Excma. Corte Suprema; y que, en caso de que por cualquier motivo las partes no quisiesen recurrir a las instancias administrativo-jurisdiccionales que establecía la ley para obtener dicha inmunidad en sede de libre competencia, debían seguir realizando por su cuenta, como siempre, un análisis legal y económico balanceando los beneficios y los riesgos del acuerdo de colaboración y determinando la eventual existencia de medios menos gravosos para la libre competencia para cumplir con el objeto propio de la colaboración entre empresas competidoras.

Un par de días después, más precisamente el 7 de abril de 2020, el TDLC reaccionó también por su propia cuenta y dictó en Auto Acordado Nº21/2020, relativo a las consultas que se formularan ante el TDLC durante el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, gatillado por la pandemia del COVID-19[62]. El TDLC señaló explícitamente que dicho Auto Acordado regiría "*(...) especialmente en el caso de consultas que recaigan en hechos, actos o convenciones que busquen generar eficiencias que superen los riesgos anticompetitivos y que se relacionen con bienes o servicios que sean indispensables para mantener la cadena de abastecimiento, la continuidad de los servicios de transporte y la entrega de medicamentos o insumos médicos, entre otros que también puedan tener carácter indispensable" y que "(...) el Tribunal determinará caso a caso, podrán ejecutarse los actos consultados mientras se tramita la consulta, sin perjuicio de lo que se resuelva en la resolución de término*".

Mirado en retrospectiva, me parece que tanto la FNE como el TDLC hicieron lo que debían y lo que estaba a su alcance en esos momentos críticos para el país y el mundo entero[63]. Cualquier cosa adicional hubiese sido una infracción flagrante al principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, pilar básico y fundamental de nuestro Estado de Derecho, que quizás está hecho especialmente para situaciones extraordinarias como las que vivimos durante los años 2020, 2021 y 2022. Así nadie se puede arrancar con afanes salvíficos o redentores individuales.

No tengo conocimiento de que alguna compañía haya utilizado el Auto Acordado Nº21/2020 del TDLC. Tampoco tengo conocimiento si empresas competidoras celebraron o no acuerdos de colaboración durante el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, gatillado por la pandemia del

---

62 Ver: https://www.tdlc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Auto-Acordado-21-2020.pdf.

63 Otra cosa muy distinta, a mi juicio, es si la institucionalidad de libre competencia de Chile debiese contemplar o no un sistema de control preventivo de acuerdos de colaboración entre competidores al estilo del sistema de control preventivo de operaciones de concentración que entró en vigor el 1º de junio de 2017.

Se trata de una pregunta totalmente legítima y, en teoría, me parece que sería incluso deseable que existiese un mecanismo de control preventivo, toda vez que, como ha señalado el TDLC, "*(...) aún cuando en términos generales los acuerdos entre competidores son mirados con sospecha por el derecho de la competencia, siendo fuerte la presunción en su contra, ellos no siempre son dañinos (...)*". Ver: TDLC, Resolución Nº54/2018, recaída en la Consulta de ACHET sobre Joint Business Agreement entre LATAM y American Airlines, Inc.

No obstante, un sistema de control preventivo abre una serie de preguntas: (i) ¿quién se haría cargo del sistema, el TDLC o la FNE, y cómo sería desde una perspectiva procedimental?; (ii) ¿de qué órdenes de magnitud estaríamos hablando, es decir, ¿cuántos acuerdos de colaboración entre competidores habría que revisar al año?; (iii) ¿se revisarían todos los acuerdos de colaboración entre competidores o solo algunos que cumplieran con ciertos "umbrales"?; y (iv) ¿de dónde provendrían los recursos humanos y financieros para implementar el sistema, sea que fuese de cargo del TDLC o de la FNE?

Lo que sí estaba total y absolutamente claro durante durante el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, gatillado por la pandemia del COVID-19, es que la FNE no sólo carecía de atribuciones legales, sino que también de recursos humanos y financieros para asumir dicha tarea.

COVID-19. Tampoco tengo conocimiento de que se haya producido una paralización productiva o una disrupción de la cadena de abastecimiento de la población en dicho período.

Esto demuestra de manera bastante fehaciente, a mi juicio, que las autoridades deben tratar de evitar, al máximo posible, adoptar decisiones que pueden tener efectos permanentes a raíz de situaciones críticas, pero temporales[64].

III.C. Sobre la preocupación de la ciudadanía y/o del mundo político sobre el aumento generalizado de los precios en la economía nacional, especialmente del precio de ciertos productos de primera necesidad

No obstante, quizá el mayor efecto para el trabajo habitual de la FNE luego de decretado el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, gatillado por la pandemia del COVID-19, provino de la fuerte alza en el precio de ciertos productos de primera necesidad en dicha época, tales como mascarillas, alcohol gel, guantes, etc., a lo cual después se sumaron otros productos –tales como los materiales de construcción, el aceite y el GLP– como consecuencia de los retiros masivos de los fondos de previsión social, del encarecimiento del transporte internacional y de la invasión de Rusia a Ucrania, entre otros.

En suma, la inflación –fenómeno económico causado por hechos internos y/o externos del que los chilenos y las chilenas nos habíamos olvidado durante los últimos 30 años– tuvo un impacto muy relevante en el quehacer de la FNE durante mi mandato.

Ello se tradujo en una gran carga de trabajo para la FNE derivada, principalmente, de 4 cosas. Primero, de una proliferación de denuncias por colusión por parte de privados, pero principalmente por parte de parlamentarios[65], siempre, como es natural, acompañadas de una gran publicidad mediática[66]. Segundo, de la proliferación de proyectos de ley tendientes a evitar alzas de precios y, en definitiva, tendientes a sancionar más estrictamente la colusión, que en definitiva se sindicaba como fuente principal de la inflación. Tercero, de una proliferación de citaciones a diversas comisiones del Congreso Nacional y del surgimiento, incluso, de comisiones investigadoras.

---

64 Esto me recordó el libro escrito por el empresario Felipe Lamarca titulado "Las prisas pasan, las cagadas quedan", La Tercera Ediciones, 2009.

65 Las denuncias de parlamentarios tienen la misma relevancia que cualquier otra denuncia que recibe la FNE. La FNE se toma todas las denuncias con seriedad y las analiza cuidadosamente. Por razones más que evidentes, no obstante, es más complejo declarar inadmisible una denuncia parlamentaria cuando carece de verosimilitud o fundamento plausible. No pocas veces la FNE debe abrir una investigación, con todo lo que eso conlleva, para poder seguir navegando con rumbo firme en paralelo a las turbulentas aguas del mundo político.

Ello dificulta en extremo priorizar, genera una grave carga de trabajo, tiene un alto costo alternativo y desvía los escasos recursos de la FNE a cuestiones no prioritarias.

Me parece que no existe conciencia alguna de esto o, si existe, que a nadie le importa. ¿Los afectados? La FNE y los consumidores nacionales, ciertamente.

66 Tal como señalamos al menos en las dos últimas Cuentas Públicas de la FNE, las denuncias por colusión acompañadas de publicidad en la prensa y/o redes sociales –y, en verdad, las denuncias por la supuesta comisión de la mayoría de los ilícitos anticompetitivos– no pasan de ser un "show mediático" que, en la gran mayoría de los casos y aunque revistan verosimilitud, muy probablemente están destinadas al fracaso. Ello no es sino el efecto propio de que, si quienes están participando en una colusión saben que levantaron sospechas, eliminarán de manera inmediata y en conjunto toda prueba incriminatoria.

Es por ello, justamente, que la FNE jamás comenta sobre denuncias y/o investigaciones en curso, resguardando al máximo posible la confidencialidad de sus actuaciones hasta el momento oportuno.

Para los parlamentarios, no obstante, esta dinámica es esencialmente incompatible con el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, toda vez que las denuncias con publicidad son la única forma que les permite hacer visible su preocupación por sus votantes. Es verdad que los parlamentarios también podrían redituar de un caso presentado por la FNE a raíz de una denuncia de ellos formulada de manera confidencial, pero la ganancia sería incierta o eventual porque, como el plazo de las investigaciones de la FNE es largo y a veces excede de la duración de los parlamentarios en el ejercicio de su cargo, ello necesariamente requeriría que el parlamentario que denunciara tendría que ser reelecto en su cargo. Por eso mismo, la tendencia humana natural es a la inmediatez, a redituar ahora, no en el futuro.

Es por eso mismo, también, que la prédica de la FNE, al menos a este respecto, está inexorablemente destinada a caer en saco roto.

Y, cuarto, en una especie de obsesión gubernamental en explorar distintos mecanismos para aumentar la transparencia de los precios en mercados de productos sensibles para la población.

En primer lugar, y en cuanto a las denuncias originadas en alzas de precios durante la pandemia del COVID-19, si bien entiendo que existen algunas investigaciones pendientes y, por tanto, de pronóstico reservado y aún incierto, la FNE dictó al menos 5 resoluciones de archivo.

Me refiero a las denuncias en el mercado de los productos de limpieza, cuidado personal y elementos de protección personal (EPP)[67]; en el mercado de la provisión pública de elementos de protección personal (EPP)[68]; en el mercado de la producción y distribución de carne de pollo[69]; en el mercado de la venta minorista de productos farmacéuticos[70]; y en el mercado de la distribución de bebidas alcohólicas[71].

Recuerdo perfectamente el esfuerzo que, como FNE, dedicamos a estas resoluciones de archivo. Las vimos como una gran oportunidad de pedagogía sobre el funcionamiento de la economía y de promoción de la competencia en los mercados. Específicamente, y con datos en mano, tratamos de demostrar "en fácil" que los aumentos de precios se habían debido a *shocks* momentáneos de demanda, a dificultades temporales en la producción y/o distribución nacional e internacional como consecuencia de las medidas adoptadas en Chile y el mundo entero producto de la pandemia del COVID-19 y que, con posterioridad, tanto los oferentes como los demandantes se habían adecuado a las nuevas circunstancias, ya sea aumentando la producción u optando por bienes sustitutos, lo que había traído aparejado una baja en el valor de los productos en los mercados denunciados.

Humildemente, me parece que hicimos una buena labor, pero claro, estas resoluciones no tuvieron difusión alguna en la prensa, toda vez que "no corrió sangre". Es mucho más fácil, en virtud del sesgo de confirmación, y mucho más entretenido y lucrativo, para los conspiracionistas, pensar que los precios subieron en su momento porque los empresarios codiciosos se coludieron en perjuicio de la ciudadanía[72].
Un segundo fenómeno de esta época fue la proliferación de citaciones a las más diversas comisiones del Congreso Nacional para reforzar la persecución y sanción de la colusión, supuesta causa del alza generalizada

---

67 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/04/inpu_2613_2020.pdf.
68 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/04/inpu-2623-20.pdf.
69 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/08/inpu_2642_2020.pdf.
70 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/03/inpu_2603_2020-1.pdf.
71 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/08/inpu_009_2022-Rol-2646-21-1.pdf. A diferencia de las anteriores resoluciones de archivo, ésta fue dictada por la División Antimonopolios (DAM) de la FNE.
72 Ver pie de página 32 anterior.

Quisiera insistir con un punto que me parece de la máxima importancia y urgencia: no se espera que todas las personas sean expertas en Economía, pero sí es esperable que las personas tengan un conocimiento al menos básico de cómo funciona la economía, de cómo funciona la ley de la oferta y de la demanda.

Asimismo, no se espera que todas las personas sean expertos en Derecho, pero sí es esperable que tengan un conocimiento al menos básico de qué es la Constitución, cómo se dividen los poderes del Estado, qué es el Ministerio Público y cómo se diferencia de las policías y de los jueces, qué es el Tribunal Constitucional, qué es la Contraloría General de la República, etc. La gran mayoría de los ingenieros comerciales con que he hablado no pueden distinguir la FNE del TDLC, por ejemplo.

Urge, realmente urge, realizar a nivel escolar y/o universitario cursos de capacitación básica sobre los fundamentos de nuestra sociedad, especies de cursos de educación cívica que le permitan a las personas comprender el fenómeno social, es decir, por qué vivimos en sociedad, cómo nos organizamos, el valor de las reglas, etc. Una especie de "cruzada formadora".

Me parece que es indispensable para recuperar la confianza, para fortalecer los vínculos sociales y, en definitiva, para salvar nuestro sistema democrático. Es imposible que la democracia funcione en el mediano y largo plazo si nadie la comprende. Y de eso se valen y valdrán, siempre, los populistas y autoritarios.

de precios. Por ejemplo, el 27 de abril de 2020, poco menos de 3 semanas luego de que la Excma. Corte Suprema había dictado su sentencia en el "Caso Supermercados", tuvo lugar la primera citación, a la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, para analizar la Agenda Antiabusos y de Trato Justo que había sido impulsada por el gobierno luego del estallido social del 18 de octubre de 2019.

En dicha instancia, luego de detallar cómo y por qué la política pública anti-carteles de nuestro país había sido sumamente exitosa durante la última década, junto con hacer presente que la reforma legal planteada no iba a marcar una diferencia relevante en relación con las atribuciones intrusivas con que la FNE ya contaba para tales efectos, se produjo una especie de connato verbal con el Fiscal Nacional del Ministerio Público, don Jorge Abbott Charme.

Luego de que el Fiscal Nacional señalara con gran énfasis que resultada inaceptable que el ejercicio de la acción penal por colusión quedara radicado en un funcionario administrativo de rango meramente legal –dejando entrever que el Fiscal Nacional Económico era un mero monigote del gobierno de turno–, yo contesté, utilizando varios ejemplos, que el Ministerio Público había demostrado ser especialmente inepto en la persecución y sanción de delitos económicos, a tal punto que las famosas "clases de ética"[73] habían sido el resultado del ejercicio de una acción penal, no de una acción en sede de libre competencia.

Mirando hacia atrás, creo que ambos subimos el tono más allá de lo aconsejable y apropiado porque se trataba del primer "enfrentamiento público"[74] entre ambas instituciones, lo que luego dio pie por parte del Ministerio Público a un par de artículos de prensa innecesarios, porque dejaban entrever una supuesta disputa entre las dos instituciones, que en verdad no existe ni nunca ha existido[75]. Aprendí la lección de que nunca hay que "picarse" y, de hecho, la siguiente sesión a la que ambas instituciones fuimos citadas, el 18 de enero de 2021, transcurrió con absoluta normalidad.

---

73 Las "clases de ética", sin perjuicio de haber sido impuestas en el marco del ejercicio de una acción penal por parte del Ministerio Público en un caso de financiamiento irregular de la política, son un verdadero "mantra" que persigue no solo al Ministerio Público, sino que también a la FNE y a todo otro órgano persecutor en Chile.

Esa sanción es vista como supuesta muestra de la debilidad del actuar de los órganos públicos o derechamente como ejemplo de la supuesta impunidad de la delincuencia de cuello y corbata en nuestro país. Las personas no distinguen mucho y, por eso, tienden a meter a todas las instituciones en el mismo saco.

Dicho eso, el efecto de esa sanción ha sido nefasto porque ya forma parte del lenguaje popular y será difícil revertirlo.

74 No era la primera vez que estaba con el Fiscal Nacional don Jorge Abbott Charme. En efecto, con anterioridad había asistido personalmente, junto a Mónica Salamanca, Jefa de Relaciones Institucionales de la FNE, a la Cuenta Pública del Ministerio Público de 2019. En esa ocasión, el Fiscal Nacional fue muy crítico de que la acción penal por casos de colusión estuviera en manos de la FNE, equiparando nuestra situación a la del Servicio de Impuestos Internos, institución con la cual el Ministerio Público no tuvo una buena experiencia en el marco de los casos sobre financiamiento ilegal de la política. El Fiscal Nacional señalaba que la entrega a la FNE de la acción penal para casos de colusión implicaba una especie de impunidad hacia los "poderosos", utilizando para ello el falaz argumento de que la mejor prueba de su argumento era que, siendo el año 2019, esto es, habiendo transcurrido 3 años desde que se había vuelto a criminalizar la colusión, la FNE nunca se había querellado por colusión. Ese argumento demostraba un desconocimiento total de la Ley 20.945 o, en su defecto, buscaba instalar una discusión falaz en la opinión pública. Recuerdo incluso haberle preguntado a Mónica Salamanca si era normal que a uno lo invitaran a una Cuenta Pública, como la del Ministerio Público, para atacarlo de esa forma. Mónica me contestó, sonriendo, que siempre había sido así. Y, de hecho, continuó siendo así en las Cuentas Públicas siguientes del Ministerio Público, a las que solo se podía asistir, eso sí, de manera virtual.

75 De hecho y tal como señalamos precedentemente, en todas las capacitaciones que se realizan en la FNE para mejorar sus capacidades de detección e investigación de ilícitos – impartidas por organismos tales como el DoJ o el FBI– siempre se invita al Ministerio Público, entre otros entes investigadores. Tenemos muy buena relación a nivel institucional. Probablemente, eso sí, el Ministerio Público no puede sino, cada vez que puede, instar públicamente por recuperar el monopolio del ejercicio de toda acción penal pública. Y la FNE, a su vez, no puede sino, cada vez que puede, defender públicamente una institucionalidad que ha sido exitosa, sin perjuicio de que ya llegará su interacción con el mundo penal. Me parece que la interacción entre el Ministerio Público y la FNE se va a intensificar en un futuro muy cercano, por lo que es indispensable mantener la armonía entre ambas instituciones, como veremos más adelante.

Otro ejemplo de citación en esta época de emergencia sanitaria causada por el COVID-19 fue aquella formulada, el 18 de junio de 2020, por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputadas y Diputados para analizar una moción parlamentaria que buscaba modificar la Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción para sancionar criminalmente a quienes subieran precios –*price gouging* en su terminología anglosajona– o acapararen bienes en situaciones de emergencia.

En dicha ocasión, como FNE señalamos que este tipo de leyes no tenían relación con las leyes de libre competencia y que, en consecuencia, no era recomendable involucrar a la FNE en su aplicación[76]. En efecto, mientras que las leyes de competencia sólo prohíben los precios excesivos si son cobrados por una empresa dominante en mercados en que existan barreras de entrada insoslayables, la legislación que prohíbe el *price gouging* busca proteger a consumidores que quedan temporal o momentáneamente desprotegidos a partir de una situación de catástrofe.

En tercer lugar, lo que sí nos sorprendió, porque era la primera vez que ocurría, fue la citación, con fecha 8 de julio de 2021, a una audiencia de una comisión investigadora creada por la H. Cámara de Diputadas y Diputados a raíz del alza del precio del gas licuado de petróleo (GLP) durante la pandemia causada por el COVID-19. Poco más de dos meses y medio antes, el 27 de abril de 2021, cuando comenzaron los reclamos públicos por el aumento del precio del GLP, ya habíamos sido citados por la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputadas y Diputados, pero solamente en el marco de una sesión ordinaria, como era lo habitual hasta esa fecha.

Las fechas de estas citaciones a la FNE desmienten total y absolutamente uno de los argumentos utilizados por las empresas distribuidoras mayoristas de GLP para desvirtuar el Estudio de Mercado de la FNE sobre el GLP. En efecto, las tres principales distribuidoras mayoristas de gas alegaron que el alto precio del GLP se debía a la pandemia causada por el COVID-19 y, luego, por la invasión de Rusia a Ucrania. Efectivamente, ambos fenómenos produjeron un alza en el precio del GLP. Sin embargo, el Estudio de Mercado de la FNE detectó que esas alzas de precio fueron mayores a la que debieron haber sido, justamente porque en este mercado existían factores estructurales que causaban una creciente baja intensidad competitiva entre los incumbentes. Es por ello, justamente, que la FNE no inició el Estudio de Mercado del GLP a raíz de las alzas de precios, sino que mucho antes, más precisamente con fecha 23 de noviembre de 2020[77].

Ello también desmiente lo que señalaron muchos H. Diputados y Diputadas, en el sentido que la FNE había iniciado su Estudio de Mercado producto de la labor fiscalizadora de la H. Cámara de Diputadas y Diputados.

Respecto de estas comisiones investigadoras, cabe señalar al menos tres cosas. En primer lugar, nadie niega las atribuciones fiscalizadoras de la H. Cámara de Diputadas y Diputados. Sin embargo, al menos para efectos de investigar eventuales ilícitos cometidos por agentes económicos privados, ellas son ilegales e inconstitucionales, porque no recaen sobre "actos de gobierno", tal como imperativamente prescribe el artículo 52, Nº1 de la Constitución Política de la República. Es verdad que el concepto de "actos de gobierno" ha sido objeto de diversas interpretaciones a lo largo del tiempo –unas más amplias, otras más

76 Esto era muy relevante porque diversas indicaciones a esa moción parlamentaria buscaban entregar a la FNE el monopolio de la acción penal tendiente a la sanción de esta clase de ilícitos. Una vez más, era importante no desnaturalizar a la FNE ni a la misión cuyo cumplimiento le encomienda el DL 211. Un fenómeno muy incomprendido en esa época y que fue fuente de indignación de la ciudadanía con los supermercados, especialmente, fueron algunos videos que mostraban éstos guardaban en sus bodegas productos altamente demandados –como aceite, alcohol gel, etc.– sin desplegarlos completamente en sus góndolas, lo que era considerado como una especulación de las cadenas supermercadistas tendiente a aumentar el precio de esos productos.

77 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/11/Minuta_de_Lanzamiento-EM06-final-firmada.pdf.

restrictivas– pero nunca nadie había llegado al extremo de incluir eventuales actos ejecutados por empresas privadas. En segundo lugar, la FNE no dijo, ni podría haber dicho ni podrá decir nada en el marco de estas comisiones investigadoras por la sencilla razón que está obligada por ley a guardar la confidencialidad de sus investigaciones y, además, a evitar cualquier circunstancia que pueda poner en peligro su efectividad[78]. Por último, y, en tercer lugar, estas comisiones investigadoras son inoficiosas, porque sus informes no han servido, al menos hasta la fecha, para fin alguno.

Lo peor, lamentablemente, es que la FNE tuvo que comparecer después, más precisamente con fecha 13 de septiembre de 2022, a otra citación respecto de una segunda comisión investigadora que se había creado en la H. Cámara de Diputadas y Diputados, ahora respecto del mercado del gas natural[79].

Finalmente, y en cuarto lugar, ante la creciente inflación existente en el país, que ciertamente era un fenómeno multicausal de origen tanto nacional como extranjero, al gobierno de la época se le fijó la idea que una forma más adecuada de combatirla era la creación de "observatorios de precios", especialmente de los productos que se vendían en supermercados y en las farmacias[80]. Estas iniciativas sectoriales se canalizaban por el SERNAC y, en cierta medida, ignoraban las enormes dificultades asociadas a la creación de plataformas digitales para comparar precios[81].

Naturalmente, en un momento en que el desplazamiento personal, producto de la pandemia del COVID-19, estaba extremadamente restringido, plataformas para comparar precios pueden ser de mucha utilidad. Es verdad, asimismo, que en los mercados que operan en condiciones de competencia perfecta la transparencia de precios es total. Sin embargo, estas plataformas de precios también presentan riesgos para la libre competencia. En efecto, si estas plataformas de precios son poco utilizadas por los consumidores, sus eventuales eficiencias podrían ser menores que el riesgo anticompetitivo de que, a través de ellas, los agentes económicos se coordinen actual o potencialmente en el precio de sus productos.

En ese sentido, a futuro, para efectos de evaluar la mantención o no de estos observatorios de precios, sería interesante evaluar cuál es su tasa de utilización efectiva por parte de los consumidores nacionales. No vaya a ser que, sin perjuicio de las evidentes buenas intenciones[82], estemos fomentando una baja intensidad competitiva entre los incumbentes en mercados muy sensibles para la población nacional.

---

78 Ver artículos 39, letra a) inciso 3º y artículo 42, inciso 3º del DL 211. Aunque no les gustó para nada, hay que reconocer que el silencio de la FNE fue respetado, aunque a regañadientes, por los H. Diputados y Diputadas.

79 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-asistio-a-sesion-de-la-comision-investigadora-de-sobreprecios-en-gas-natural/.

80 Ver: https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58457.html y https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-58577.html.

81 Por ejemplo, en lo relativo a qué establecimientos comerciales incorporar en la plataforma de comparación de precios –incluir almacenes y pequeños comercios resulta muy complejo–, a la frecuencia de actualización de los precios y a que, en mercados de bienes diferenciados, con distintos formatos, es muy complejo establecer comparaciones adecuadas y fáciles de comprender por los consumidores.

82 No hay que olvidar que nuestra primera legislación nacional de libre competencia, del año 1959, la duodécima normativa de este tipo dictada en el mundo y contenida en la Ley 13.305, también surgió para poner fin a una política generalizada de fijación de precios que, pese a sus "buenas intenciones", estaba generando mayor inflación o mercados negros.

En efecto, el mensaje de dicha ley, en su parte pertinente, señalaba lo siguiente: "*La política errada seguida por muchos años de tratar de proteger los intereses de los consumidores mediante la mera aplicación de controles de precios, ha contribuido a crear, en el país, acuerdos entre productores que se traducen en un encarecimiento artificial de los de los precios. En efecto, bajo el amparo de los precios oficiales ha sido posible llegar a entendimientos entre los productores y comerciantes de un mismo rubro, de manera que los precios quedan fijados por productores de mayor costo. Para que la empresa privada defienda efectivamente el interés del consumidor es indispensable que los productores y distribuidores estén preocupados de reducir sus costos impulsados constantemente por una sana y va competencia en el abastecimiento de los mercados*".

III.D. Sobre los principales casos de la FNE durante la pandemia causada por el COVID-19 dando cumplimiento a las nuevas atribuciones contenidas en la Ley 20.945 de 30 de agosto de 2016

III.D.i. Primer pronunciamiento de la FNE sobre una fusión en mercados digitales

El primer "caso complejo" y con notoriedad pública que a la FNE tocó resolver, recién iniciada la pandemia causada por el COVID-19, fue la fusión entre Uber y Cornershop.

Naturalmente, en esa etapa inicial de la crisis sanitaria nacional y mundial, en que todos nos estábamos ajustando en toda medida, tanto en el plano personal, social como profesional, las restricciones a la movilidad impuestas por la autoridad dificultaron y alargaron la investigación de la FNE que, a raíz de ciertos riesgos preliminares detectados, se extendió a Fase II.
Me parece que del análisis de esta operación de concentración –la primera entre plataformas digitales respecto de la cual le correspondió a la FNE pronunciarse– se pueden sacar algunas lecciones.

La primera lección es que, al analizar una fusión, tanto los documentos internos de las partes como la información recabada de los demás agentes económicos que intervienen en un mercado, sea que revistan la calidad de competidores o no, son evidentemente muy relevantes, pero que, en aquellos casos en que la FNE pueda obtener información de primera mano o "en vivo" sobre el funcionamiento de un determinado mercado, dichos antecedentes prevalecerán y serán determinantes en la decisión de la autoridad de libre competencia. Dicho de otra forma, en la investigación de una operación de concentración por parte de la FNE siempre prevalecerá, en la medida que se haya podido investigar, el principio de la primacía de la realidad.

Eso es lo que ocurrió, efectivamente, en el caso de la fusión de Uber con Cornershop. Si bien la pandemia sanitaria causada por el COVID-19 dificultó en extremo la investigación, toda vez que disminuyó fuertemente las tasas de respuesta a los oficios de la FNE, a su vez permitió a la autoridad de libre competencia constatar, con sus propios ojos, cómo se estaba desarrollando el mercado de la compra de productos supermercadistas a través de aplicaciones digitales como Cornershop. En efecto, la FNE pudo verificar de primera fuente cómo los supermercados, ante el exponencial aumento de la demanda, comenzaron muy rápidamente a desarrollar directamente o a través de terceros sus propias aplicaciones digitales u otros mecanismos para satisfacer a sus clientes, verificando que en el mercado existían bajas barreras a la entrada y, por tanto, descartando riesgos unilaterales de carácter horizontal. Asimismo y a través de encuestas –un medio de prueba tremendamente potente, siempre que la encuesta sea estadísticamente significativa y haya sido bien hecha, con preguntas objetivas–, la FNE pudo constatar que los clientes podían cambiarse rápidamente y sin mayor costo de aplicación digital para realizar sus compras de conveniencia o de stock, así como también que diferenciaban entre las distintas plataformas digitales de intermediación de bienes o/servicios, es decir, entre las distintas plataformas transaccionales, descartándose así riesgos de conglomerado.

Una segunda lección es que, cuando la FNE investiga mercados nóveles, tanto en el marco de operaciones de concentración como también de investigaciones por eventuales ilícitos anticompetitivos y de estudios de mercado, no inventa ni pretende inventar la rueda completamente, sino que se funda en lo esencial, para efectos de sus teorías del caso y de daño, en los análisis, en la doctrina y en la jurisprudencia legal y económica extranjera, en ausencia de precedentes nacionales. Ello no implica, ciertamente, que la FNE

omita el análisis caso a caso del mercado local y haga propio el análisis fáctico de otras jurisdicciones, pero sí significa que, habiendo investigado la realidad del mercado chileno, la FNE tiende a aplicarle a esos hechos, en lo fundamental y sin perjuicio de algún "sabor local" eventual, las teorías del caso y de daño que se han examinado y resuelto en las jurisdicciones más avanzadas en sede de libre competencia[83]. Es por eso, justamente, que tanto para la FNE como para los agentes económicos que se relacionan con ella, no existen casos totalmente nóveles o nóveles propiamente tales[84].

Una tercera lección de la fusión de Uber con Cornershop es que, cuando se trata de operaciones de concentración de carácter internacional, que son analizadas en varias jurisdicciones a la vez, las agencias de competencia no se copian entre sí, pero sí se miran de reojo entre sí. En otras palabras, si bien cada autoridad de libre competencia realiza su propio análisis conforme a las particularidades de cada mercado local[85], cada una de ellas tiende a mirar lo que hacen las otras agencias, especialmente aquellas que se encuentran en etapas más avanzadas del procedimiento investigativo, sobre todo si se trata de autoridades de libre competencia de jurisdicciones más avanzadas. Este fenómeno tiende a incrementarse cuando el análisis local parece arrojar menos riesgos que el análisis en otras jurisdicciones, lo que lleva a soluciones disímiles, unas presuntivamente más duras –condicionamiento de la operación a través de medidas estructurales o conductuales o incluso prohibición– y otras presuntivamente más blandas –aprobación pura y simple. Eso efectivamente genera dudas y una cierta tensión, porque incluso puede provocar reacciones políticas o del público en general, particularmente en cuanto a una presunta "blandura" de alguna autoridad de libre competencia.

Me parece que la FNE ha dado muestras más que claras de que es capaz de despojarse de esa presión y adoptar decisiones autónomas –en uno u otro sentido– en base al mérito fáctico, legal y económico que arrojen los antecedentes contenidos en el expediente administrativo[86].

---

83 Al menos en lo que respecta al análisis de la FNE en materia de operaciones de concentración, específicamente aquellas que se refieren o involucran a agentes económicos de la nueva economía digital, la nueva Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal, de mayo de 2022, hizo un esfuerzo relevante para intentar establecer un marco conceptual de análisis en su Acápite C., denominado "Plataformas Digitales y Mercados Digitales".

En lo que respecta a investigaciones por eventuales ilícitos anticompetitivos, estos marcos conceptuales se suelen generar y testear en casos concretos que la FNE presenta ante el TDLC en ejercicio de sus atribuciones legales.

84 Es precisamente por eso, a mi juicio, que a veces no se entienden mucho las incesantes peticiones a la FNE para que emita "guías" en las más diversas materias. Existen usos mucho más efectivos de los recursos escasos de la FNE que la emisión de guías.

En efecto, las guías de las jurisdicciones más avanzadas, como la Unión Europea, Estados Unidos de América, México o Brasil, en nuestro continente, o incluso de la OCDE, suelen ser excelentes fuentes de referencia que permiten a los agentes económicos ampararse en presuntos "*safe harbors*" que, aunque eventualmente no prevengan totalmente de la comisión de un ilícito anticompetitivo atendidas las particularidades de cada caso y los precedentes existentes, sí al menos, como mínimo, debieran permitir invocar un argumento relativo a un comportamiento de buena fe tendiente a obtener una rebaja de multa.

85 Por eso mismo, si bien entiendo perfectamente la estrategia y los incentivos de los agentes económicos involucrados, me parece que constituye una mala práctica, que "enoja" a las autoridades de competencia locales, cuando los actores de operaciones de concentración ya aprobadas pura o simplemente o con medidas en jurisdicciones más avanzadas, o incluso en jurisdicciones aledañas, pretender apurar a la autoridad de libre competencia nacional, instándole a hacer exactamente lo mismo, esto es, a aprobar pura y simplemente o sujeta a las mismas medidas acordadas en otras jurisdicciones.

Además de vejatorio, colonialista e injusto –porque las notificaciones se suelen hacer, primeramente, en las jurisdicciones más relevantes, por lo que la tardanza en la resolución no es siempre imputable a la lentitud de una agencia nacional, a quien se le puede haber notificado a última hora–, esta estrategia o pretensión omite el hecho de que las autoridades de libre competencia deben ajustar su análisis legal y económico de carácter teórico a las particularidades de cada mercado local.

86 Por ejemplo, cabe recordar que, si bien la FNE aprobó pura y simplemente la adquisición de Cornershop por Walmart (ver: https://www.fne.gob.cl/fne-aprobo-venta-de-cornershop-a-walmart-chile/), esta operación de concentración fue prohibida por la COFECE, la autoridad de competencia mexicana (ver: https://www.cofece.mx/cofece-resolvio-no-autorizar-la-concentracion-entre-walmart-y-cornershop/#:~:text=junio%20de%202019-,COFECE%20resolvi%C3%B3%20no%20autorizar%20la%20concentraci%C3%B3n%20entre%20Walmart%20y%20Cornershop,el%20desarrollo%20de%20nuevas%20plataformas). A su vez, la FNE aprobó sin condiciones la fusión de Uber y Cornershop (ver: https://www.fne.gob.cl/fne-aprobo-sin-condiciones-la-adquisicion-de-cornershop-por-parte-de-uber/) y la COFECE también, pero 9 meses después (https://www.cofece.mx/concentracion-uber-cornershop/).

Por otro lado, el CADE, la autoridad de competencia brasileña, sujetó la adquisición de Fox por parte de Disney a medidas estructurales, como era la venta del canal Fox Sports (ver: https://www.gov.br/cade/en/matters/news/cade-clears-disney-fox-merger-with-restrictions). Antes de que la FNE emitiera su resolución, la aprobación condicionada en Brasil causó un cierto revuelo en Chile (ver: https://www.later-

Y, finalmente, una cuarta lección es que, pese a que una operación de concentración puede pasar a Fase II debido a que la FNE, en Fase I, ha detectado preliminarmente riesgos anticompetitivos, es perfectamente posible que, finalmente, sea aprobada en forma pura y simple. La fusión de Uber con Cornershop es justamente una demostración de este aserto. Me parece que ello habla bien de la FNE, toda vez que, pese a sus sospechas iniciales respecto a la aptitud de una operación de concentración de reducir sustancialmente la libre competencia en los mercados, igualmente es capaz de respetar el principio de imparcialidad aplicable a los órganos de la Administración del Estado[87].

Sin perjuicio de ello, estábamos conscientes de que había espacio para mejora. Específicamente, en la FNE buscamos redactar los informes de riesgos –por medio de los cuales una operación de concentración pasa de Fase I a Fase II– de la forma más neutra posible, de tal manera que no pareciera una resolución condenatoria, sino que meramente indicativa de la existencia de eventuales riesgos preliminares que ameritaban una investigación más profunda.

Claramente, no lo logramos. La prensa que sigue estos casos, en forma indefectible, tiende a identificar ese informe de riesgos con una especie de condena *ex ante*, de la cual es imposible recular. Como es sabido, a la prensa y al público en general le gusta la "sangre", máxime en el mundo actual en que cualquier concentración empresarial es vista como mala per se.

Sea como sea, la FNE acá tiene evidentemente un margen de mejora, lo que probablemente pase por "alivianar" el informe de riesgos sin quitarle su fundamento, pues en caso contrario estaría aumentando la discrecionalidad del órgano administrativo, lo cual rápidamente puede, en teoría, devenir en arbitrariedad.

III.D.ii. Primer pronunciamiento de la FNE sobre el tratamiento de la excepción de la empresa en crisis en el marco del control de fusiones

Atendida la severidad de la crisis económica causada por el estallido social y la pandemia del COVID-19, se levantaron voces pidiendo públicamente a las autoridades de libre competencia ser más flexibles y agilizar al máximo aquellas operaciones de concentración que involucraran a empresas en crisis.

---

cera.com/pulso/noticia/disneyfox-la-megafusion-alerta-toda-la-industria-tv-paga/572958/), llegándose a hablar que "*(…) el fallo de Brasil dio algunas pistas: la decisión del caso estaría coordinada entre tres países, México, Brasil y Chile, dando a entender que la venta de Fox Sports se dará a nivel regional y no local. Esto, ya que el mayor activo de Fox, los derechos de televisación, son para todo América Latina*". Esto nunca fue efectivo. Por eso mismo, la FNE posteriormente aprobó con medidas conductuales la adquisición de Fox por parte de Disney (ver: https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-con-medidas-de-mitigacion-la-adquisicion-de-fox-por-parte-de-disney/). Si bien la FNE pudo parecer débil en su momento, el tiempo le dio la razón, al menos respecto de Brasil. Disney no fue capaz de conseguir un comprador interesado por Fox Sports en Brasil, razón por la cual el CADE dejó sin efecto la desinversión y la cambió por una medida conductual relativa a ese canal deportivo (https://www.gov.br/cade/en/matters/news/cade-approves-the-acquisition-of-fox-by-disney-with-restrictions). El IFT de México también sujetó esta operación a la venta de Fox Sports, lo cual, si bien demoró mucho en concretarse, finalmente se logró más de dos años después de la resolución aprobatoria (https://dplnews.com/disney-vende-por-fin-fox-sports-en-mexico/).

Asimismo, la FNE impidió que se materializara en Chile la fusión entre GMO y Rotter y Krauss (https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-en-fase-ii-y-con-condiciones-la-compra-internacional-del-grupo-optico-grandvision-por-parte-de-essilorluxottica-excluyendo-el-traspaso-de-rotter-krauss-en-chile/), sin perjuicio de que dicha operación de concentración había sido aprobada de manera condicionada, previamente, por la Comisión Europea (https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/february-2021/the-eu-commission-clears-a-merger-between-two-optical-retailers-and).

Por último, la FNE aprobó sin condiciones la adquisición de Activision Blizzard por parte de Microsoft (https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-la-adquisicion-de-activision-blizzard-por-parte-de-microsoft-corporation/), pese a que fue aprobada con condiciones por la Comisión Europea (ver: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2705), a que fue prohibida por la CMA en el Reino Unido (https://www.economist.com/business/2023/04/26/britain-shoots-down-microsofts-69bn-activision-deal?utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&ppccampaignID=18156330227&ppcadID=&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gclid=Cj0KCQjwiIOmBhDjARIsAP6YhSWNeVi8wI9eJjQXEflCSJnphhxVXnco6DoHQHa8taxSNTAQ3MJD-6N8aAjDVEALw_wcB&gclsrc=aw.ds) y a que la FTC en Estados Unidos de América está solicitando su prohibición en sede jurisdiccional.

87 Ver artículo 11 de la Ley General de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración del Estado, Ley 19.880.

Pese a que como FNE naturalmente entendíamos la gravedad de la crisis económica y, por tanto, también social, como institución fuimos siempre muy claros en recordar que teníamos un mandato legal específico que cumplir, pese a las evidentes circunstancias extraordinarias, como era verificar que operación no redujera sustancialmente la competencia en el mercado.

Esto era sumamente relevante porque cualquier error que cometiera la FNE dejaría a los consumidores en ese mercado sujetos a una estructura competitiva poco adecuada cuyos efectos se prolongarían en el tiempo, quizás incluso indefinidamente, porque todos sabemos la enorme dificultad de deshacer estructuras de mercado ya consolidadas.

Sin perjuicio de ello, en la realidad de los hechos la oposición de la excepción o defensa de empresa en crisis en el marco de operaciones de concentración fue muchísimo menos frecuente que lo anticipado o esperado. Incluso diría que tuvo un carácter excepcional. De hecho, tan sólo en un caso la FNE tuvo la ocasión de pronunciarse a su respecto, más precisamente en el marco de la adquisición por parte de Copec de una estación de servicio "blanca" en la comuna de Hualpén, Región del Bío-Bío de Chile.

En efecto, la FNE autorizó que se llevara a cabo esta operación de concentración en el mercado de la distribución de combustibles líquidos en la zona sur de Chile, toda vez que, pese a que generaba riesgos unilaterales de aumento de precios, se llegó a la convicción de que las partes habían acreditado en forma fehaciente todos los requisitos de la excepción o defensa de empresa en crisis.

En resumen, la FNE se convenció de que la empresa adquirida se encontraba en una situación de inviabilidad económica sostenida en el tiempo que tenía el carácter insuperable. Si bien la pandemia del COVID-19, así como el "estallido social", habían profundizado la situación económica de la empresa adquirida, estos hechos no constituían su causa única, directa e inmediata, sino que tenían su causa en fenómenos más sistémicos y remotos. La FNE también se formó la convicción de que la salida de la empresa adquirida y de sus activos del mercado era inevitable e inminente, sin que se pudiera evitar por otros medios menos gravosos para la competencia, como por ejemplo su adquisición por parte de un nuevo entrante u otro incumbente menos relevante que Copec. Y, por último, la FNE adquirió la convicción de que para los consumidores era preferible que se llevara a cabo la operación versus la salida del mercado de la empresa adquirida y de sus activos, lo que hubiese implicado una disminución de alternativas para los habitantes de esa localidad.

Así, Chile pasó a ser uno de los pocos países con resoluciones –contadas literalmente con los dedos de una mano– que fijan el estándar y alcance de la excepción o defensa de la empresa en crisis. Nada menor, me parece.

III.D.iii. Sobre el primer requerimiento presentado por la FNE por el incumplimiento de medidas de mitigación y por la entrega de información falsa en el marco del control de fusiones

Durante mi mandato a cargo de la FNE, asimismo, nos tocó lidiar con un asunto de la máxima prioridad institucional, como era velar, de acuerdo con las herramientas contempladas en el artículo 3 bis del DL 211, por el oportuno y adecuado funcionamiento del sistema preventivo y obligatorio de operaciones de concentración contemplado en el Título IV de dicho cuerpo normativo.

Sin el artículo 3 bis del DL 211, todo el régimen de control preventivo y obligatorio de fusiones instaurado por la Ley 20.945, a partir del 1º de junio de 2017, la verdad es que sería letra muerta, nada más que una norma programática.

No es baladí, me parece, recordar que, a partir del 1º de junio de 2017, el DL 211 consagró un sistema de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración de que hemos hablado. Así, se dejó total y absolutamente obsoleto un sistema semi-voluntario, esto es, en términos simples y resumidos, un sistema de control de concentraciones empresariales dependiente de la mera voluntad de los agentes económicos involucrados, salvo intervención preventiva y oportuna de la FNE o de terceros –principalmente asociaciones de consumidores– ante el TDLC, que, en la realidad de los hechos, imponía una gran carga a la FNE y al TDLC y, a la vez, generaba en el mundo privado enormes grados de incertidumbre y, también, de ansiedad. Este sistema era equivalente al juego del gato y el ratón.

Para cambiar el *status quo* existente hasta el año 2017 en esta materia, asumo que se llegó a una especie de "compromiso" para sacar adelante la Ley 20.945 y, así, ponernos a la altura y estándar de los países de la OCDE. Y este "compromiso" consistió en que el Estado de Chile, a través de la FNE, podría "visar" preventiva y obligatoriamente las principales operaciones de concentración que produjeren efectos en Chile [88], siempre que fuese en plazos muy acotados y sin la posibilidad de que el órgano administrativo pertinente, la FNE, pudiese suspenderlos, por sí y ante sí, cuando requiriese de información adicional de los agentes económicos concernidos. Esto, en jurisdicciones anglosajonas, se conoce como "*stopping the clock*" y confiere altos grados de discrecionalidad a la Administración del Estado, lo que con toda certeza estaba fuera de la mesa como alternativa.

La contrapartida directa y necesaria a esta intervención estatal preventiva o *ex ante* en desmedro – a mi juicio aparente, toda vez que en una economía de mercado el Estado puede, e incluso tiene el deber, de intervenir en algunos casos– de la libertad contractual, de la libertad a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la ley, la buena fe o las buenas costumbres, fue que los agentes económicos que pretendieren concentrarse estarían obligados proporcionar un conjunto muy voluminoso de antecedentes sobre sí mismos y el mercado que permitiesen a la FNE, dentro de plazos legales muy acotados, entender a cabalidad el mercado y los actuales o potenciales riesgos unilaterales, coordinados y/o de conglomerado derivados de la operación de concentración proyectada.

Como es sabido, la información que los agentes económicos que proyectan concentrarse deben entregar a la FNE con su notificación se encuentra en un Reglamento emitido por el Ministerio de Economía[89].
Cuando estas exigencias legales –que reflejan, al menos tácitamente, este "balance" o "equilibrio" entre celeridad por parte del Estado y de información completa por parte del sector privado, lo que exige una actuación colaborativa y de buena fe– no se cumplen por las partes notificantes, así como también cuando ellas no cumplen las medidas de mitigación acordadas y conforme a las cuales se aprueba condicionalmente una operación de concentración, no le cabe a la FNE sino actuar. En caso contrario, tanto la ley como la actuación de la FNE serían baladíes, meras formalidades.

---

88 Respecto de las "*principales operaciones de concentración que produjeren efectos en Chile*", ver Sección III.D.iv. siguiente.

89 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/09/DTO.S.-41-003.pdf. El último Reglamento fue dictado por el Ministerio de Economía con fecha 7 de mayo de 2021, que dejó sin efecto el primer Reglamento de fecha 1º de junio de 2017. Este Reglamento también fue una contribución de la FNE durante mi mandato. En efecto, mediante el nuevo Reglamento se alivianó la cantidad de información que los agentes económicos que proyectan concentrarse deben entregar a la FNE –sin relajar los estándares, sino que exigiendo aquella información que, luego de una experiencia de 4 años, es realmente necesaria al revisar una operación de concentración– y, además, se simplificó el procedimiento, especialmente para aquellas operaciones de concentración que no produjeran un traslape, esto es, que no involucraran a empresas competidoras. Eso le permite a la FNE enfocarse y refinar su análisis respecto de las operaciones de concentración más riesgosas.

Es por eso, justamente, que cuando la FNE se dio cuenta que, en el marco de una operación de concentración concreta y determinada que fue aprobada sujeta a medidas de mitigación de carácter conductual, se había acompañado información falsa y no se había dado cumplimiento íntegro y oportuno a los remedios acordados, la institución presentó un requerimiento ante el TDLC.

Eso es lo que ocurrió con ocasión de la adquisición de Fox por parte de Disney[90], operación de concentración de carácter internacional[91]. Este caso se concilió en lo que respecta al incumplimiento de las medidas de mitigación[92], pero se encuentra pendiente de fallo ante el TDLC en lo que respecta a la entrega de información falsa[93].

Exactamente lo mismo ocurrió posteriormente –aunque con mayor gravedad, tanto en lo que respecta al incumplimiento de las medidas de mitigación como en lo relativo a la información falsa entregada– con ocasión de la adquisición de OK Market por parte de Oxxo, operación de concentración de carácter nacional, aunque la parte adquirente haya sido extranjera[94], que también había sido aprobada condicionalmente por la FNE[95]. Este caso también se concilió en su primera arista relativa al incumplimiento de las medidas de mitigación[96] y se encuentra pendiente el fallo del TDLC respecto de la entrega de información falsa.

Estos casos, que a primera vista pudieren parecer meramente formales, son de la máxima relevancia para la FNE y también para los consumidores nacionales, pues de ellos depende, total y absolutamente, la efectividad del sistema de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración en Chile. Además, estos casos son indicativos para el mercado sobre la determinación de la FNE para perseguir este tipo de conductas.

III.D.iv. Sobre el primer requerimiento presentado por la FNE persiguiendo *ex post* una operación de concentración bajo los umbrales obligatorios de notificación

Ya vimos que, al introducirse el sistema de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración, se buscaba que la FNE revisara las principales operaciones de compra y venta de empresas, de sus derechos o activos, esto es, de aquellas transacciones que, involucrando a dos agentes económicos previamente independientes entre sí, tuvieran la mayor aptitud para reducir sustancialmente la competencia en los mercados.

En la práctica, como "principales" operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile deben entenderse, en principio, aquellas que cumplan con los umbrales de ventas en el territorio nacional, a nivel individual y conjunto, establecidos actualmente en la Resolución Exenta Nº157 de la FNE de fecha 25 de marzo de 2019[97].

---

90 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-con-medidas-de-mitigacion-la-adquisicion-de-fox-por-parte-de-disney/.
91 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-pide-al-tdlc-multa-de-us-4-millones-para-disney-y-filial-por-entregar-informacion-falsa-e-incumplir-compromiso-adoptado-en-operacion-de-concentracion-con-fox/.
92 Ver: https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprobo-acuerdo-entre-la-fne-y-the-walt-disney-company-que-establece-pago-de-174-millones-a-beneficio-fiscal-por-incumplir-medidas-de-mitigacion/.
93 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-pide-al-tdlc-condenar-a-disney-por-entrega-de-informacion-falsa-al-notificar-su-operacion-de-concentracion-con-21-century-fox/#:~:text=Sin%20embargo%2C%20esa%20arista%20fue,Ver%20Requerimiento.
94 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-pide-al-tdlc-multa-de-us-65-millones-para-cadena-comercial-andina-matriz-de-oxxo-chile-y-ok-market-por-entregar-informacion-falsa-e-incumplir-una-medida-adoptada-en-aprobacion-de-operacion-de/.
95 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-la-compra-de-ok-market-por-parte-de-oxxo-sujeta-a-la-desinversion-de-16-locales-y-otras-medidas-de-mitigacion/.
96 Ver: https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprobo-acuerdo-entre-la-fne-y-matriz-de-oxxo-y-ok-market-que-establece-pago-de-380-millones-a-beneficio-fiscal-por-incumplir-medida-de-mitigacion/.
97 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/03/Resoluci%C3%B3n-exenta-157.pdf.

Este acto administrativo de la FNE busca fijar estándares que permitan a la FNE analizar preventiva y obligatoriamente sólo aquellas operaciones de concentración relevantes que, en principio y de acuerdo con su presuntiva entidad, alcance o peligrosidad, deberían tener mayor aptitud para reducir sustancialmente la competencia en los mercados.

En efecto, el sistema de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración no busca ralentizar la inversión en el país ni tampoco transformarse en una traba regulatoria más, sino que constituirse en una barrera estatal que permita, legítimamente, evitar que se concentre uno o más mercados en perjuicio sustancial de los consumidores por la vía de mayores precios, menores cantidades, menor variedad y menor innovación. Para eso, no es necesario revisar preventiva y obligatoriamente todas las operaciones de concentración que tengan efectos en Chile, sino que aquellas presuntivamente más relevantes.

Todo lo anterior, naturalmente, debe entenderse sin perjuicio de la atribución de la FNE conforme al artículo 48, inciso 8º del DL 211 para investigar, ex post, operaciones de concentración que estén bajo umbrales y que, por alguna circunstancia, pudieren implicar un riesgo de reducción sustancial de la competencia en uno o más mercados determinados.

Y, de hecho, la FNE ejerció esta atribución legal en tres oportunidades.

La primera vez, cuando Carozzi adquirió a Bresler. Una denuncia recibida por la FNE[98] indicaba que la operación de concentración debió haberse notificado obligatoriamente toda vez que se cumplían los umbrales de venta, además de que la transacción generaba riesgos de conglomerado. La denuncia dio paso a una investigación que duró más de dos años –con la incertidumbre que ello genera, aunque se haya archivado posteriormente[99]– Servicios Integrados de Información S.A. y que, de haber ingresado voluntariamente al sistema de control preventivo y obligatorio de la FNE, ya que los umbrales no se cumplían "de milagro", se habría aprobado en 30 días hábiles.

La segunda vez, cuando Equifax adquirió a Servicios Integrados de Información. También se inició en virtud de una denuncia y, aunque la investigación terminó en un archivo[100], se extendió por más de 3 años.

Por último, la tercera vez fue cuando Navimag adquirió a su competidor GyT, monopolizando la ruta marítima entre Puerto Montt y Chacabuco. Este caso que, una vez más se inició por medio de una denuncia, fue más grave y terminó, de hecho, en un caso ante el TDLC[101]. En efecto, se trató de una fusión de dos a uno en que en que vimos con claridad cómo la monopolización de un mercado, mediante la adquisición del único competidor, se había traducido en un aumento de precios y en una reducción de la oferta que perjudicó a los usuarios del servicio afectado.

Este caso es simbólico, no solo por ser el primero en que se persigue ante el TDLC una operación de

98 Es muy relevante considerar, al realizar un análisis estratégico del curso de acción a seguir cuando se trata de una operación bajo umbrales, que la FNE no sólo puede actuar de oficio, sino que también a instancia de denuncias de terceros.

Ello suele olvidarse por los agentes económicos que proyectan concentrarse o, al menos, así pareciera que ocurre.

99 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/inpu_F241_2020.pdf.

100 Ver: https://www.fne.gob.cl/search/investigaciones_resultados_single.php?palabra=equifax.

101 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-presento-requerimiento-contra-navimag-por-monopolizar-ruta-maritima-entre-puerto-montt-y-chacabuco-comprando-embarcacion-de-su-unico-competidor/.

concentración ya consumada, sino también porque demuestra, fehacientemente, que la posibilidad de deshacer hechos ya verificados, muchas veces, es totalmente imposible, lo que justifica con creces el análisis *ex ante* que realiza la FNE. Eso es justamente lo que ocurría en este caso, era imposible "*unscramble the eggs*": la nave adquirida por Navimag a GyT había zozobrado y se encontraba, por tanto, en el fondo marino.

Este caso culminó con una conciliación ante el TDLC[102].

III.D.v. Sobre la imposición de medidas estructurales para aprobar operaciones de concentración y sobre la prohibición de algunas fusiones

Haciendo el recuento de lo realizado durante mi período a cargo de la FNE, caigo nuevamente en cuenta de lo mucho y de lo relevante de las diversas acciones que se realizaron en materia de control de operaciones de concentración.

Además de los asuntos relatados en las cuatro Secciones anteriores, se deben agregar la instauración de un novel mecanismo de pre-notificación[103] y la dictación de una nueva guía sustantiva para el análisis de operaciones de concentración horizontal[104], que derogó su versión anterior que cumplía justamente una década.

No obstante, también puedo apreciar, una vez más, un cierto "endurecimiento" del actuar de la FNE en el marco del control de operaciones de concentración. A modo ejemplar, durante mi mandato a cargo de la FNE se prohibió la fusión entre las dos clínicas privadas de Iquique[105]; se impidió que se materializara la fusión entre GMO y Rotter y Krauss[106]; se extendió a Fase II la fusión entre los casinos Enjoy y Dreams[107] que finalmente no se llevó a cabo por voluntad de las partes; se aprobó la adquisición de OK Market por Oxxo sujeta a medidas de mitigación estructurales[108]; se aprobó un joint venture VTR y Claro sujeta a medidas de mitigación estructurales[109]; y se prohibió la adquisición de Isapre Colmena por parte de Isapre Nueva MásVida[110], prohibición que fue confirmada por el TDLC[111], pero revocada por la Corte Suprema por la vía de un recurso de queja[112], esto es, fuera de los recursos procesales específicos que el DL 211 contempla en el marco del control de operaciones de concentración en Chile. Al menos hasta la fecha, no obstante, esta operación no se ha materializado.

---

102 Ver: https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-acuerdo-suscrito-entre-la-fne-y-navimag-que-impone-exigencias-sobre-las-tarifas-y-pago-de-500-uta-a-beneficio-fiscal/.

103 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/20210416.-Instructivo-Pre-Notificacion-rev-CI-30.04.pdf. Su versión en idioma inglés está disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/06/20210610.-Instructivo-Pre-Notificacio%CC%81n-English-vf-sc.pdf.

104 Ver: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf. Su versión en idioma inglés está disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-ingles.pdf.

105 Ver: https://www.fne.gob.cl/informe-de-prohibicion-sobre-adquisicion-de-clinica-iquique-s-a-por-parte-de-red-interclinica-s-a/.

106 Ver pie de página 86 anterior.

107 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-extiende-a-fase-2-investigacion-sobre-fusion-entre-casinos-enjoy-y-dreams/.

108 Ver pie de página 96 anterior.

109 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-joint-venture-entre-vtr-y-claro-sujeto-a-devolucion-de-espectro-radioelectrico-obligaciones-de-uso-eficiente-de-espectro-y-enajenacion-del-negocio-de-television-satelital/.

110 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-prohibe-la-adquisicion-de-isapre-colmena-por-parte-de-nexus-controlador-de-isapre-nueva-masvida/.

111 Ver: https://www.fne.gob.cl/tdlc-confirma-decision-de-la-fne-y-prohibe-la-fusion-entre-las-isapres-nueva-masvida-y-colmena/#:~:text=-Masvida%20y%20Colmena-,TDLC%20confirma%20decisi%C3%B3n%20de%20la%20FNE%20y%20proh%C3%ADbe%20la%20fusi%C3%B-3n,Isapres%20Nueva%20Masvida%20y%20Colmena&text=El%20Tribunal%20de%20Defensa%20de,Isapres%20Nueva%20Masvida%20y%20Colmena.

112 Ver: https://www.fne.gob.cl/corte-suprema-acoge-recurso-de-queja-y-revierte-decision-de-tdlc-y-fne-aprobando-con-medidas-de-mitigacion-la-concentracion-entre-las-isapres-nueva-masvida-y-colmena/.

Quisiera señalar, por si cupieren dudas, que estas aprobaciones sujetas a medidas estructurales o incluso estas prohibiciones no se debieron en forma alguna ni a afanes neobrandesianos ni al momento político, económico y social que vivía nuestro país como consecuencia del "estallido social" y de la pandemia del COVID-19, sino que correspondieron única y exclusivamente a las decisiones que debíamos adoptar basados en una convicción íntima, informada y de buena fe, conforme al mérito de los antecedentes fácticos, legales y económicos que arrojaba el proceso investigativo de la FNE, dando así estricto cumplimiento del mandato legal conferido a la institución en el DL 211.

III.D.vi. La presentación del primer requerimiento por parte de la FNE de un caso de "cartel duro": el "Caso Transporte de Valores"

Sin perjuicio de que el primer requerimiento por colusión que por la FNE me correspondió interponer ante el TDLC fue el de las empresas productoras de alimento para salmón[113], el requerimiento por colusión que más revuelo mediático causó durante mi mandato fue el del denominado "Caso Transporte de Valores", presentado con fecha 21 de octubre de 2021[114] [115].

Y el "revuelo mediático" tuvo su causa en diversos factores[116].

Primero, fue el primer caso[117] de "cartel duro" –esto es, de aquellos comprendidos en la primera parte de la letra a) del inciso 2º del artículo 3 del DL 211, introducido por la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016– presentado por la FNE ante el TDLC. Si se examina el requerimiento de la FNE, la totalidad de los hechos en que se funda la acción fueron ejecutados con posterioridad a dicha reforma legal. En consecuencia, en principio y en caso de sentencia condenatoria firme procedería, al menos teóricamente, el ejercicio de la acción penal por colusión por parte de la FNE. Si ello ocurriese o no es incierto, pues depende de si se obtiene una sentencia condenatoria firme y, además, de la decisión de la FNE en su debida oportunidad conforme al artículo 62 y siguientes del DL 211.

---

113 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-acusa-colusion-de-empresas-productoras-de-alimentos-para-salmon-y-pide-multas-de-us-70-millones-al-tdlc/.

114 Este caso, si bien fue investigado por la División Anti-Carteles (DAC) de la FNE, está siendo litigado por la División de Litigios (DLIT) de la institución, tal como ocurre en todos los demás casos contenciosos –por lo pronto, todos los citados antes en este artículo– en que la FNE debe actuar frente al TDLC y la Corte Suprema.

En ese sentido, la DLIT de la FNE, liderada brillantemente por Víctor Santelices desde hace ya varios años, es la cara visible de la FNE. La pasión, compromiso y calidad con que defienden los casos de la FNE, siempre complejos y siempre solos contra grandes fuerzas, es realmente emocionante. A igual que sus tasas de efectidad, que son notables particularmente en carteles.

Desde el año 2010 que la FNE ha obtenido sentencias favorables en todos los casos por colusión que ha presentado.

115 Ver: https://www.fne.gob.cl/fne-acusa-por-colusion-a-brinks-prosegur-loomis-y-a-sus-principales-ejecutivos-y-pide-al-tdlc-multas-por-us-63-millones/.

116 En lo personal, probablemente nunca olvidaré este caso porque, a una semana de haber sido designado como Fiscal, me correspondió dar la orden de efectuar el allanamiento de las personas jurídicas y de las personas naturales investigadas. La particularidad era que, por primera vez, la FNE no sólo allanaría los domicilios de las empresas, sino que también los domicilios de las personas naturales.

Ello era necesario, como ahora es habitual, para asegurar la efectividad de la investigación y, en concreto, para hacerse de la evidencia necesaria para acreditar el cartel. Como era a finales de diciembre, antes de Navidad, y estas diligencias se realizan a primerísima hora en la mañana, era muy probable que no solo los investigados estuvieren en sus casas, sino también su familia. Recuerdo perfectamente el momento en que, a petición del Jefe de la División Anti-Carteles de la FNE, di la orden de ejecutar la medida intrusiva.

Antes de ingresar a la FNE, yo pensaba que esta clase de cosas –al igual que firmar un requerimiento u otras equivalentes– era algo fácil.

Pues bien, no lo es. No lo es en absoluto. Sin embargo, siempre hice lo que debía hacer.

117 En otras palabras, la FNE se demoró poco más de 5 años –contados desde que entró en vigor la Ley 20.945– en accionar en contra de un "cartel duro". Aunque ello ciertamente no se condiga con las premuras e impaciencias del mundo actual, producto de la necesidad de inmediatez que han exacerbado las plataformas digitales de comunicación, la verdad es que no tiene nada de sorprendente. Primero, estos plazos son concordantes con los plazos de otras jurisdicciones avanzadas. Y, segundo, los partícipes de colusiones se han "sofisticado", lo que hace que estos ilícitos, que por esencia son clandestinos e involucran múltiples partes, sean cada vez más difíciles de detectar, de investigar, de perseguir y de sancionar.

Segundo, fue el primer caso de colusión iniciado por la delación compensada de una persona natural, más precisamente una ejecutiva de una de las empresas requeridas. Esto es muy relevante toda vez que la inestabilidad de los carteles ya no está dada únicamente por una relación inter-empresas, sino que también por una relación intra-empresas. Así las cosas, resulta evidente que los carteles son aún más inestables que antes. Y eso, por cierto, es una buena noticia, toda vez que disuade de la formación de carteles y propugna a una más pronta terminación de los carteles ya existentes[118].

Tercero, fue el primer caso de colusión en que se persiguió la responsabilidad en sede de libre competencia de personas naturales –tanto chilenas como extranjeras–en su calidad de ejecutivos de las empresas en que trabajaban. Además de ser procedente legalmente conforme al artículo 26 del DL 211, la FNE lo hizo porque está convencida del efecto disuasivo de las sanciones impuestas a las personas naturales y para demostrar que cartelizarse no puede salir gratis. Dicho eso, mientras más personas se requiere, más complejos, largos y lentos son los procesos judiciales, lo que naturalmente tiene un costo de oportunidad. Sobre todo, si, como ocurrió en este caso, un ejecutivo nacional fue milagrosamente trasladado –¿ascendido?– por su empresa, también requerida en el caso, a un puesto equivalente al que tenía en Chile en un país del Sudeste Asiático, lo que obligó a la FNE a hacer múltiples y largas gestiones para notificarlo vía exhorto internacional, junto con otros requeridos residentes en el extranjero. De hecho, entre la fecha de interposición del requerimiento de la FNE y la fecha en que se logró notificar a todos los requeridos, iniciándose por tanto el proceso, transcurrió un año. Es más: dado lo anterior, en este caso fue la primera vez que la FNE solicitó que dos personas naturales fueran representadas por un Defensor Público, a lo que el TDLC accedió[119].

Cuarto, fue el caso de colusión en el que se han solicitado, a nivel individual, las multas más altas en la historia de nuestro país. Ello no es de sorprender, en todo caso, ya que la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016, aumentó significativamente, como es sabido, las multas aplicables por la comisión de ilícitos anticompetitivos.

Y, quinto, fue el primer caso en que la FNE, para asegurar el resultado de su acción, solicitó una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto de un inmueble de propiedad de una de las personas naturales requeridas.

En suma, este caso demuestra no sólo la efectividad de la delación compensada en Chile, sino también la permanente disposición de las autoridades de libre competencia de investigar, perseguir a quien sea, caiga quien caiga. Y, créanme, vendrán varios otros casos similares o más graves en un futuro cercano. Esto demuestra una fortaleza institucional no menor en épocas en que las instituciones, como sabemos, están muy debilitadas en Chile y en el mundo entero, salvo contadas excepciones.

---

118 Dicho eso y sin perjuicio de entender el morbo de la humanidad, la cobertura que la prensa le dio a la identidad de la delatora fue total y absolutamente desproporcionada.

De hecho, ese fenómeno mediático es muy contraproducente para una adecuada política pública anti-carteles, porque las personas se inhiben de recurrir a la autoridad si es que saben que serán "crucificados" públicamente.

Sobre esto, no obstante, la FNE carece de todo control.

119 Asimismo, Brink's interpuso un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional alegando que la FNE debía exhibir la totalidad de su prueba incriminatoria al momento de requerir ante el TDLC, toda vez que, en caso contrario, se afectaba la garantía a un debido proceso de los requeridos.

Esto paralizó el juicio ante el TDLC por varios meses. El Tribunal Constitucional, no obstante, finalmente declaró inadmisible el requerimiento de inconstitucionalidad por votación unánime.

Sea como sea, ya veremos cómo se resuelve este caso, en definitiva, el que actualmente se encuentra en su período de prueba ante el TDLC[120].

III.D.vii. Sobre los estudios de mercado de la FNE

Me atrevo a decir que mi relación con los estudios de mercado fue de dulce y de agraz.

De dulce, porque me parece que es la herramienta más poderosa de que dispone la FNE a contar del año 2016. ¿Por qué? Fundamentalmente por dos razones.

Primero, porque los estudios de mercado de la FNE vienen a llenar un notable vacío, una evidente carencia de nuestra institucionalidad estatal, de todo nuestro aparataje público, en cuanto permiten que nuestro país adopte normativas y regulaciones de carácter técnico, no en base a creencias, ideologías o caprichos personales, sino que en base a información completa de los mercados que la FNE puede recabar, incluso compulsivamente, de todos los agentes económicos que intervienen en un mercado, tanto públicos como privados.

Como es evidente, normativas y regulaciones técnicas, elaboradas por expertos que carecen de conflictos de interés en las materias normadas o reguladas, que se preocupan por el interés general y que además cuentan con información fidedigna para cumplir su cometido, son hoy en día más necesarias que nunca.

En efecto, la adopción de las recomendaciones contenidas en los estudios de la FNE permitirían a la ciudadanía comprobar, de primera fuente, que los mercados, debidamente regulados para promover la competencia, son mercados que funcionan y que reditúan siempre en beneficio de los consumidores.

Dicho de otra forma, acoger las recomendaciones de los estudios de mercado de la FNE ayudarían, sin duda alguna, a "reconciliar" a la ciudadanía con sus autoridades políticas[121] y con la economía de mercado.
Hay que considerar, para estos efectos, que cuando la FNE persigue un cartel, está mirando el pasado y

---

120 Para no alargar este artículo *ad aeternum*, lo que sería insufrible para los lectores, intencionalmente no voy a detallar una gran cantidad de otras acciones –por cierto, tremendamente relevantes– ejecutadas por la FNE en el período que media entre el año 2018 y el año 2022.

Me refiero, concretamente, a los informes presentados por la FNE en el marco de diversas consultas ante el TDLC relativas a entidades de gestión colectiva conforme a la Ley REP; a la consulta presentada por la FNE ante el TDLC en relación con las bases de licitación de la estación intermodal que se construirá en la comuna de Pedro Aguirre Cerda; al informe presentado por la FNE en la consulta ante el TDLC relativa a las bases de la licitación del terminal de buses de la ciudad de Viña del Mar; a la Guía de la FNE para la Elaboración de Bases de Licitación de Terminales Terrestres Interurbanos; a la consulta de la FNE ante el TDLC para que se ordene a la Superintendencia de Servicios Sanitarios regular las tarifas de 15 servicios sanitarios, acción que no se ejercía desde el año 2004; la solicitud de dictación de instrucciones generales formulada por la FNE al TDLC con el objeto de regular la forma de relacionamiento entre médicos e Isapres para evitar conductas reñidas con la libre competencia; el acuerdo extrajudicial presentado por la FNE y aprobado por el TDLC respecto de una colusión entre las centrales de radiotaxis, el primero de su especie presentado y aprobado por la institucionalidad de libre competencia en Chile; las casi infinitas acciones, en múltiples sedes, ejercidas por la FNE con el objeto de lograr el adecuado funcionamiento del mercado chileno de los medios de pago, en lo que general y genéricamente se conoce como "Caso Transbank", por cierto el caso más largo y complejo en toda la historia de la libre competencia en nuestro país; los dos casos por infracción de la prohibición de "*interlocking*", que ciertamente causaron un gran revuelo –dadas las empresas y directores requeridos– y que ya gatillaron importantes cambios en las planas directivas de las compañías, cambios a mi juicio no solamente sanos, buenos y necesarios, sino que verdaderamente imprescindibles; y el proceso de revisión y actualización de la Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia de la FNE.

121 Por eso mismo, nunca entendí por qué ningún parlamentario hizo suyo y empujó con fuerza para que las recomendaciones contenidas en los estudios de mercado de la FNE se transformaran en cambios normativos.

Notarios, textos escolares, medicamentos, compras públicas, gas licuado de petróleo y gas natural… me parece que nadie puede decir que son mercados ajenos a la ciudadanía y que, de cambiarse el *status quo*, tendrían la aptitud de tener un tremendo impacto electoral.

Claro, los últimos años han sido tremendamente noticiosos y cuesta tener prensa, supongo.

buscando una sanción por la comisión de un ilícito anticompetitivo de la máxima gravedad. Y, por tanto, siempre será una prioridad de la FNE. Sin embargo, incluso aunque la FNE gane el caso, el mercado puede seguir teniendo innumerables fallas o distorsiones que una sentencia del TDLC o de la Corte Suprema no pueden remediar, porque no es ni su objeto ni su fin. Y, lo más relevante, en estos casos la ciudadanía no concluye que la institucionalidad esté funcionando, sino todo lo contrario: tiende a demonizar el mercado.

Muy por el contrario, cuando la FNE realiza estudios de mercado, está mirando hacia el futuro, está corrigiendo fallas regulatorias de los mercados que permitirán que, una vez corregidas, los mercados comiencen de ahí en adelante a funcionar más competitivamente y, por tanto, que disminuyan los precios y que mejore la cantidad, la variedad y la innovación.

Segundo, porque los estudios de mercado de la FNE tuvieron una muy buena acogida por parte del Poder Ejecutivo. Todas las recomendaciones contenidas en los estudios de mercado de la FNE se tradujeron en cambios reglamentarios impulsados por órganos de la Administración del Estado, en proyectos de ley o en indicaciones del Poder Ejecutivo a proyectos de ley o mociones parlamentarias pendientes de despacho en el Congreso Nacional.

Es verdad que, en lo que respecta al gas licuado de petróleo[122], la duda del gobierno el Presidente Gabriel Boric Font fue innecesaria, larga y compleja, pero lo bueno es que dicho proyecto de ley ya fue reingresado al Congreso Nacional.

Pero los estudios de mercado también tuvieron mucho de agraz.

Fundamentalmente porque, así como los estudios de mercado de la FNE tuvieron muy buena acogida en el Poder Ejecutivo, la reacción del Poder Legislativo fue justamente la inversa.

No puede concluirse otra cosa si, salvo en materia de compras públicas, aunque con matices relevantes, ninguna recomendación contenida en un estudio de mercado de la FNE se ha transformado en ley de la República, pese a que todos y cada uno de los estudios de mercado de la FNE decían relación con mercados altamente prioritarios y sensibles para la población nacional[123].

Lamentablemente, los parlamentarios no lograron –o no quisieron– entender que no todas las fallas de los mercados se deben a las conductas de los agentes económicos incumbentes, específicamente a colusión.

Ese fue una de las externalidades negativas más grandes de los graves casos de colusión que se detectaron, persiguieron y sancionaron la década pasada. Frente a cualquier diagnóstico que hacía la FNE en sus estudios de mercado, cualquiera fuere el lenguaje que se utilizara –a lo cual prestábamos extrema atención para evitar malentendidos–, en el Congreso Nacional se rasgaban vestiduras, se condenaba inmediatamente a las empresas,

122 En esta parte, no puedo dejar de reconocer la enorme valentía y sentido del deber de Juan Carlos Jobet, actual Decano de la Facultad de Economía y Escuela de Negocios de la UAI y, a la sazón, Ministro de Energía y Minería del Gobierno del Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique. Le explicamos el estudio de mercado del gas por entre 3 y 4 horas y, finalmente, despachó proyectos de ley que recogían esas recomendaciones de la FNE tanto en el mercado del gas licuado como del gas natural. No puedo sino imaginarme a los lobbies y presiones a los que debe haber estado sometido, pero como buena autoridad, no sucumbió a ellos.

123 Sigo estimando que, más que en una nueva Constitución Política, la respuesta a muchas de las quejas y enojos de los chilenos y chilenas se encuentra en la adopción de cambios legislativos como los contenidos en los estudios de mercado de la FNE.

se abrían comisiones investigadoras y, como consecuencia de todo ello, se abandonaba la tramitación de los cambios normativos que eran y siguen siendo necesarios en los mercados analizados por la FNE[124].

En definitiva, el Congreso Nacional centraba sus fuerzas en buscar un culpable, un chivo expiatorio, y no interiorizaba que, muchas veces, las fallas de mercado no provienen de las conductas de los agentes económicos, sino que de regulaciones anticuadas o defectuosas.

Asimismo, el Congreso Nacional nunca logró entender que los estudios de mercado no podían ponerse en un plano de igualdad que cualquier informe u opinión evacuado por los incumbentes en el mercado cuya regulación se pretendía modificar para hacerlo más efectivo.

En efecto, es imposible ponerlos a la par porque los privados, a diferencia de la FNE, no tienen información completa de los mercados y, sobre todo, tienen un evidente conflicto de interés porque prefieren la mantención del *status quo* que cambios normativos que introducen mayor competencia y, por tanto, disminuyen la rentabilidad de los incumbentes en beneficio de los consumidores nacionales[125].

Espero que, a futuro, la FNE pueda ser más convincente en sus propuestas y, especialmente, que el Congreso Nacional se ponga las pilas y, de una vez por todas, adopte los cambios regulatorios que la ciudadanía espera con ansias.

IV. LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y LA LABOR DE LA FNE

Como es de público conocimiento, durante mi mandato a cargo de la FNE, más precisamente a partir del 25 de octubre de 2020, se inició en Chile un proceso tendiente a la dictación de una nueva Constitución Política.

Nuestra primera intervención pública en relación con esta materia tuvo lugar el 11 de mayo de 2021, es decir, un par de días antes de la elección de los 155 convencionales que se realizó durante los días 15 y 16 de mayo siguientes y casi dos meses antes que se instalara la Convención Constitucional el 4 de julio de 2021.

---

124 Lamentablemente, la verdad es que esto no es de sorprender. Ha ocurrido en el pasado, ocurre hoy y seguirá ocurriendo en el futuro.

Ya Macchiavello señalaba que "*Y debe tenerse en cuenta que no hay cosa más difícil de abordar, ni más difícil de conseguir, y más peligrosa de poner en práctica que tomar la iniciativa para implantar nuevas leyes. Porque quien las implanta tiene por enemigos a todos aquellos que se beneficiaban del viejo orden político y encuentra tibios defensores en todos aquellos que beneficiarían del nuevo; esa tibieza nace, en parte, del miedo a los adversarios, que tienen las leyes de su lado, y, en parte, de la incredulidad de los hombres, que no confían realmente en las cosas nuevas mientras no se las confirme una experiencia sólida. De donde se sigue que, siempre que los enemigos tienen ocasión de atacar, lo hacen como ardientes partidarios, mientras que los otros defienden con tibieza, de modo que con ellos se fracasa*". Machiavelo, Nicolás, "El Príncipe", Introducción de Manuel Arias Maldonado, Penguin Clásicos, 2023, pás 67 y 68.

125 Por esta razón, se han levantado voces indicando que las recomendaciones que formula la FNE en sus estudios de mercado debiesen tener fuerza imperativa y, en consecuencia, ser vinculantes para el Poder Ejecutivo y para el Poder Legislativo.

Sin perjuicio de entender esta posición, que surge principalmente a raíz de una cierta desesperanza en nuestro órgano legislativo, me parece que está equivocada.

Primero, es importante que los incumbentes expresen su opinión y den sus argumentos, aunque en algún momento el Estado de Chile, luego de escucharlos, debe tomar una decisión, "cortar el queque" en beneficio del interés general.

Segundo, es importante el debate legislativo porque, en todos los mercados que analizó la FNE, no sólo hay que velar por la libre competencia, sino que también por otros bienes jurídicos relevantes como la fe pública, la seguridad en el consumo de medicamentos, etc.

Y, sobre esos temas, la FNE no es experta.

Dicho eso, es importante siempre no caer en las campañas de terror en cuanto a que, con cualquier cambio normativo en un determinado mercado, vendrá el apocalipsis.

Esta intervención pública de la FNE tuvo lugar en el seminario "*¿Cuál debiera ser el régimen económico en la nueva Constitución?*", organizado por la Facultad de Derecho y el CeCo de la Universidad Adolfo Ibáñez, cuyos panelistas[126] comentaron un texto "base" preparado al efecto por uno de mis mayores mentores –y amigo– como es don Jorge Streeter Prieto.

En dicho evento, la FNE planteó que, aunque ciertamente era debatible si se debía incluir a la institucionalidad de libre competencia en una nueva Constitución Política, no era una cuestión del todo evidente.

En efecto, la FNE planteó que, a nivel normativo, Chile ya poseía una de las legislaciones más completas y duras del mundo en la materia, que las autoridades de libre competencia eran independientes y técnicas, que la cantidad y entidad de las sanciones iban en aumento, que el régimen preventivo y obligatorio de control de fusiones estaba operando bien y que, a través de los estudios de mercado, se habían entregado a las autoridades relevantes recomendaciones para realizar mejoras regulatorias que fomentaran una mayor competencia en los mercados nacionales.

Por último, la FNE señaló que, en la práctica, la libre competencia ya estaba "constitucionalizada" porque la Corte Suprema había dicho en múltiples oportunidades que la libre competencia constituía un "pilar y garantía" del orden público económico en el marco de una economía de mercado.

A su vez, junto con destacar que una eventual mayor intervención del Estado en la economía no sería esencialmente contraria a una economía de mercado, toda vez que en ella el Estado debe jugar y fortalecer su rol fiscalizador e incluso regulador, si es necesario, especialmente cuando se trata de bienes públicos, la FNE señaló que si la libre competencia era incluida como un principio rector, derecho o garantía en la nueva Constitución Política, debería quedar consignada como un concepto "de textura abierta", cuyo contenido concreto y específico pudiera ser interpretado y aplicado por las autoridades de libre competencia del país.

La verdad es que en ese momento pensamos que ésta iba a ser la primera de múltiples intervenciones de la FNE, en diversas sedes, en relación con esta materia. Efectivamente y dada la supuesta indignación de la ciudadanía por los casos pasados de colusión, se creía que la libre competencia iba a tener un rol central en el debate constitucional de aquella época.

Nos equivocamos rotundamente.

La intervención en el seminario organizado por la Facultad de Derecho y el CeCo de la Universidad Adolfo Ibáñez fue la única vez que la FNE se refirió públicamente a este asunto.

La Convención Constitucional no nos citó durante el proceso de discusión y elaboración de la nueva Constitución Política[127].

En su párrafo 739, el borrador de nueva Constitución Política propuesto por la Convención Constitucional

---

126 Los demás panelistas fueron el Presidente del TDLC, Enrique Vergara, Nicole Nehme, Jaime Winter, Luis Cordero, Rodrigo Correa, Arturo Fermandois y Pablo Ruiz-Tagle. El evento fue moderado por la Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Isabel Aninat.

127 Según mi conocimiento, la única persona que expuso sobre materias de libre competencia en la Convención Constitucional, por un tiempo de 10 minutos, fue el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Director de REGCOM, Francisco Agüero.

propuso la siguiente y única norma relativa a la libre competencia: *"Las prácticas de colusión entre empresas y abusos de posición dominante, así como las concentraciones empresariales que afecten el funcionamiento eficiente, justo y leal de los mercados se entenderán como conductas contrarias al interés social. La ley establecerá las sanciones a los responsables"*.

Naturalmente, no era una norma ideal. Dicho de otra manera, no es la norma que, de haber sido necesario incorporar una norma en la nueva Constitución, hubiésemos redactado y propuesto como FNE. Evidentemente, le faltan precisiones, contiene omisiones y pretende sancionar hechos que no constituyen ilícitos.

Sin embargo, tampoco era una norma pésima o terrible. Estoy seguro de que, de haberse aprobado el borrador de nueva Constitución Política propuesto por la Convención Constitucional, nuestra institucionalidad y normativa de libre competencia hubiese seguido funcionando exactamente igual que hasta ahora, encargándose de precisar bien los contornos de dicha norma al interpretar y aplicar la ley a casos concretos.

Sin perjuicio de nuestra total y absoluta falta de intervención en la discusión que se llevó a cabo en la Convención Constitucional, la FNE sí se vio obligada a intervenir –y lo hizo con la máxima celeridad y también con éxito– cuando vimos el párrafo 1060 del borrador de nueva Constitución Política propuesta por la Convención Constitucional.

Esta norma establecía que "*La facultad exclusiva de ciertos órganos de la administración para presentar denuncias y querellas, no impedirá que el Ministerio Público investigue y ejerza la acción penal pública en el caso de delitos que atenten en contra de la probidad, el patrimonio público o lesionen bienes jurídicos colectivos*".

De facto, esta norma derogaba el actual artículo 64 del DL 211 –en cuanto le entrega el monopolio del ejercicio de la acción penal a la FNE, una vez que exista sentencia condenatoria firme en sede de libre competencia, para casos de carteles duros de aquellos establecidos en el artículo 62 del DL 211– y, en consecuencia, constituía una misil a la línea de flotación de la delación compensada, consagrada en el artículo 39 bis del DL 211, que en Chile y el mundo entero es la principal herramienta para la detección, investigación y sanción de carteles.

Es por ello que la FNE propuso a la Convención Constitucional, y ésta aceptó, el Artículo 56 transitorio del borrador de nueva Constitución Política, el cual señalaba que "*Se encontrarán exentos de responsabilidad penal por el delito tipificado en el artículo 62 del decreto ley Nº 211 las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 63 del mismo cuerpo legal, sin necesidad de la declaración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a que se refiere el inciso primero de dicho artículo, mientras el legislador no regule el modo y las condiciones de obtención de los beneficios de los artículos 39 bis y 63, inciso primero, del decreto ley Nº211, de 1973, en concordancia con lo establecido en el artículo [ID 1060] de la Constitución. Asimismo, se rebajará en un grado la pena determinada, según lo que dispone el inciso tercero del artículo 62 del decreto ley Nº 211, a las personas a que se refiere el inciso cuarto del artículo 63 del mismo cuerpo legal, sin necesidad de la declaración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a que se refiere dicho inciso, mientras el legislador no regule el modo y las condiciones de obtención de los beneficios de los artículos 39 bis y 63, inciso cuarto, del decreto ley Nº 211, de 1973, en concordancia con lo establecido en el artículo [ID 1060] de la Constitución*"[128].

En simple, este artículo transitorio establecía que, mientras no se ajustara la legislación de libre

128 Ver: https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/06/Normas-Transitorias-Aprobadas-1.pdf.

competencia y la legislación procesal penal relativa a la investigación, persecución y sanción criminal de los carteles duros, radicaría solamente en la FNE la atribución de otorgar de manera definitiva la delación compensada, lo que para el delator constituía una situación incluso más favorable –por generarle mayor certidumbre– que la existente hoy en día[129].

V. DESAFÍOS DE LA FNE

En esta sección, que realmente no puedo ni tampoco quiero omitir, también estimo pertinente ser escueto y hablar en términos generales porque, en estricto rigor, no me corresponde a mí señalar cuáles son las prioridades de la FNE hacia el futuro, sino que al Fiscal actual y a todo su equipo directivo.

Dicho eso, fundado única y exclusivamente en la experiencia adquirida durante mis 4 años al mando de la FNE, a título estrictamente personal me parece que existen ciertos desafíos que, además de complejos, son ineludibles porque, en buena parte, de ellos depende el fortalecimiento de la FNE y de la institucionalidad de libre competencia de Chile, así como el cumplimiento efectivo y oportuno de las atribuciones contenidas en el DL 211 en resguardo del bienestar de las y los consumidores nacionales en los diversos mercados, especialmente en aquellos más sensibles para el gasto de bolsillo de la población nacional.

El primer desafío que, a mi juicio, es la base indispensable de todos los demás, es recuperar el presupuesto anual de la FNE para que pueda cumplir adecuadamente sus funciones legales.
Tal como señalé expresa y claramente en la última Subcomisión de Presupuestos a la que me tocó asistir como Fiscal, el 12 de octubre de 2022[130], la FNE hoy en día tiene el mismo presupuesto que tenía antes de la implementación de la última reforma legal contenida en la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016.

En términos simples, eso significa que, con el mismo presupuesto con que antes la FNE sólo debía detectar, investigar y perseguir ilícitos anticompetitivos, hoy en día, adicionalmente, debe realizar el control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración y estudios de mercado.

Y todo ello debe realizarlo, como se sabe y hemos explicitado en este artículo, en un escenario de crecientes denuncias, de creciente entrega de obligaciones de fiscalización por parte del TDLC y/o de la Corte Suprema y de la entrega de nuevas atribuciones en distintos cuerpos normativos.
Es efectivo que, desde el estallido social y la pandemia sanitaria causada por el COVID-19, el presupuesto de la FNE ha ido disminuyendo progresivamente durante los años.

En consecuencia, no se puede "achacar" esta reducción presupuestaria a uno u otro gobierno. Naturalmente, también la FNE entiende que nos encontramos en una época compleja, donde los recursos estatales escasean y tienen, como es evidente, distintos usos alternativos.

Sin embargo y tal como lo expresé en la sesión parlamentaria antedicha, a mí al menos no me cabe en la cabeza que, para el año 2023, el Ministerio de Economía haya recibido un aumento presupuestario total de

129 En que la FNE otorga provisoriamente el beneficio de la delación compensada, el que debe ser otorgado en definitiva por el TDLC y/o la Corte Suprema.
130 Ver: https://www.youtube.com/watch?v=czIALwFvaYw&t=24s.

un 19% y no haya destinado ni un solo peso –es decir, un 0%– a la FNE.

Naturalmente que no puedo oponerme a destinar recursos al desarrollo de tecnología e innovación y a la protección de las Mipymes. Sin embargo, ninguna de ellas puede desarrollarse, existir y subsistir si es que no existe competencia en los mercados nacionales, por lo que un adecuado funcionamiento de la FNE es condición indispensable para su éxito.

Me parece que, como país, estamos poniendo desde hace mucho rato los huevos en canastas equivocadas.

Sin perjuicio de no compartir en absoluto la decisión del Ministerio de Economía de no asignarle a la FNE aumento presupuestario alguno, lo puedo llegar a comprender toda vez que el Gobierno debe cumplir promesas de campaña, tiene un Programa de Gobierno y, además, porque, con alto grado de probabilidad, la asignación de los recursos estatales estaba determinada por el Ministerio de Hacienda.

Sin embargo, en los Diputados y Senadores que conformaban la Subcomisión Mixta de Presupuestos me parece haber notado, intuitivamente, una absoluta falta de voluntad por parte de todos los sectores políticos en cuanto a dotar a la FNE de presupuesto suficiente. Ello puede deberse a que cuando la FNE actúa causa generalmente gran revuelo público y expone las fallas del Estado, muchas veces de legislaciones aprobadas por el Congreso Nacional. Eso, probablemente, no debe gustar en lo absoluto.

De hecho, el ex Ministro de Hacienda, Rodrigo Valdés, por quien tengo el mayor de los aprecios y respetos, señaló en un seminario organizado por Red Procompetencia que "*(…) me preocupa a mí un poquito que la Fiscalía, o sea, el sistema, siempre como que trae malas noticias políticamente hablando, que es como el descubrimiento de cosas, como que nunca declaramos victorias (…)*".

Discrepo.

Eso es equivalente a vender el sofá de don Otto. Justamente es al revés. Cada vez que la FNE actúa y descubre ilícitos o fallas regulatorias está defendiendo la economía de mercado, nuestro sistema económico, demostrando la robustez de nuestras instituciones, que el sistema funciona pero que, a la vez, como todo lo que es humano, tiene espacio de mejoras que, a veces, son sustanciales.

Si no se quiere que se descubran y sancionen ilícitos o se arreglen fallas regulatorias, quiere decir que se prefiere vivir en la mentira, en la opacidad, en la ignorancia, haciendo como que todo funcionara perfectamente. Naturalmente, eso no es una opción, especialmente para las personas más necesitadas de nuestra sociedad.

Esto es aún más grave si se considera que los reajustes presupuestarios que, al menos durante mi mandato, pidió la FNE para funcionar de mejor manera nunca excedieron los $200-300 millones anuales[131], lo que para una persona natural ciertamente que es mucho dinero, pero, a nivel agregado, para el Estado son o debieran ser sumas muy menores comparativamente hablando con el presupuesto de otras reparticiones públicas[132].

---

131 Ello se debe a que la FNE no quiere crecer indiscriminadamente. A la FNE le interesa –porque constituye la base de su prestigio y efectividad– crecer articuladamente, manteniendo siempre su independencia y su carácter técnico.

132 Por eso causa tanto enojo –y rabia– cuando se observan los escándalos que afectan a fundaciones varias, municipalidades varias y a programas estatales varios.

El segundo desafío de la FNE dice relación con la persecución penal de los carteles duros. Más precisamente, me parece que este desafío dice relación con la necesidad de abordar con el Ministerio Público y con todo aquel que fuere pertinente –calmada, ingeniosa, creativa y colaborativamente, de muy buena fe y con extrema rigurosidad, conscientes de lo que está en juego– la posibilidad de crear un marco normativo que permita adelantar la persecución penal de las personas naturales que se coluden.

Es totalmente cierto que, con sus problemas, nuestra institucionalidad de libre competencia ha sido exitosa desde hace ya más de una década. Así lo he relatado yo, de hecho, a lo largo de todo este artículo. Así es reconocido también internacionalmente, al igual que el expertise de la FNE en la detección y persecución de carteles.

Y, si bien esto puede no ser comprendido a cabalidad para el "mundo técnico y especializado" que interactúa con la FNE, pero que no ha tenido la oportunidad de trabajar en y para la institución, me parece que la persistente sensación y recriminación pública de impunidad respecto de quienes se coluden sinceramente no da para más.

No puede ser que, en cada conversación privada con familiares y amigos, así como en cada aparición pública en sede ejecutiva o legislativa, la FNE, con todo lo que efectivamente ha logrado a lo largo de los años, deba aparecer una y otra vez como avergonzándose, como pidiendo disculpas porque quienes se han coludido aparecen, a la luz de la opinión pública generalizada, no haber sufrido mayores sanciones, pese al enorme daño causado a los consumidores nacionales, a los mismos mercados y a nuestra democracia.

A veces parece tal el nivel de reproche formulado –la mayoría de las veces aludiendo a las famosas "clases de ética", que como ya vimos no fue una sanción impuesta fruto de una persecución de la FNE en sede de libre competencia, sino que del Ministerio Público en sede penal[133]– que la FNE debe pasar a la defensiva, excusarse y todos sus méritos quedan en el más absoluto segundo plano.

Ello no solo cansa, sino que va minando, de a poco pero indesmentible e inexorablemente, el prestigio de la FNE y de toda la institucionalidad de libre competencia del país. Son como esas gotas de agua que van rompiendo las piedras lenta e imperceptiblemente, pero también de manera indefectible, hasta transformarlas en arena.

A nivel de multas, la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016, ya tomó cartas en el asunto al elevar de manera sustancial las multas aplicables por la comisión de ilícitos anticompetitivos en nuestro país[134]. De hecho, ya se ha visto que las multas solicitadas por la FNE en los últimos años son de mayor entidad, justamente a raíz de la aplicación de esta reforma legal. Este fenómeno debiese continuar a futuro.

---

133 Ver Sección III.C. anterior.

134 En efecto y conforme al artículo 26, letra c) del DL 211, el TDLC puede imponer multas "*(…) hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. 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. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la ley N°18.045, de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo. Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso de que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación*".

A nivel penal, la misma Ley 20.945 también ya tomó cartas en el asunto al recriminalizar los carteles duros[135]. Sin perjuicio de ello, para resguardar la exitosa institucionalidad de libre competencia, lo hizo estableciendo, principalmente, un sistema secuencial –en que la acción penal solo puede ejercerse después de existir sentencia condenatoria firme en sede de libre competencia– y entregándole a la FNE el monopolio del ejercicio de la acción penal, para que fuese la institución técnica y experimentada la que determinase cuáles eran los carteles duros que afectaban sustancialmente la libre competencia en los mercados y, por tanto, deberían ser objeto de un reproche de tipo penal.

Esta solución es muy buena, pero con justicia hay que reconocer que retrasa significativamente el ejercicio de la acción penal, lo que, a su vez, debiese dificultar su éxito.

En efecto, entre la detección, investigación, persecución y sanción en sede de libre competencia pueden transcurrir… ¿hasta 10 años?[136]. No hay paciencia política y ciudadana que aguante. Y no hay institucionalidad de libre competencia que aguante ante la habitualidad y virulencia de este cuestionamiento.

De hecho, que la FNE deberá abordar este desafío con el Ministerio Público y con toda otra entidad, como el Poder Ejecutivo y Legislativo, que fuere pertinente –insisto, de manera calmada, ingeniosa, creativa y colaborativamente, de muy buena fe y con extrema rigurosidad, conscientes de lo que está en juego– probablemente ya es un hecho cierto, con independencia de cualquiera opinión.

En efecto, la necesidad de adecuar la legislación de libre competencia a la legislación procesal penal para la persecución de los carteles duros estaba contenida en el artículo 56 transitorio del borrador de nueva Constitución Política propuesto por la Convención Constitucional –aunque finalmente haya sido rechazado, en su totalidad, por abrumadora mayoría en un plebiscito–, el artículo 63 de la nueva Ley de Delitos Económicos y, además, ello forma parte del programa de gobierno del Presidente Gabriel Boric Font.

A mi juicio, si cuando llegue el momento, la FNE no muestra su disponibilidad a tratar esta materia y se acoraza, corre el riesgo de ser excluida no solo de la discusión, sino que también de la solución.

Ello sería totalmente nefasto, una pésima noticia para el fortalecimiento de nuestra institucionalidad de libre competencia, para los consumidores nacionales, para los mercados y para el país en su conjunto. Y, también, huelga decirlo, para las empresas y sus ejecutivos.

Dicho eso, conciliar la legislación de libre competencia y la legislación procesal penal para la persecución de los carteles duros es, desde una perspectiva netamente de técnica jurídica y legislativa, una tarea de la máxima complejidad. Efectivamente, conciliar, hacer convivir estos dos mundos es extremadamente difícil. De hecho, yo al menos no conozco a ningún país que lo haya logrado sin entregar a los carteles duros, en su totalidad, a la sede penal. En nuestro país, eso no es una solución aceptable porque, de facto, traería aparejada la total impunidad de los carteles duros en Chile.

Por eso mismo, me parece también que, en el marco de una eventual discusión de esta materia, se

135 Tipo penal que fue derogado por la Ley 19.911 de 2003 y que había existido desde el año 1959, esto es, desde nuestra primera legislación de libre competencia, sin que nunca fuese aplicado.

136 Dado que ahora ha proliferado, además, que los requeridos presenten recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo que suspende, al menos temporalmente, la tramitación de los juicios ante el TDLC.

deben resguardar ciertos principios fundamentales para que, como país, sigamos teniendo una política pública robusta y exitosa anti-carteles.

Primero, la eventual solución legislativa debe resguardar y cautelar, de manera muy celosa, la institución de la delación compensada, generando los máximos incentivos para recurrir a ella y entregando las máximas certidumbres posibles al delator.

Segundo, la eventual solución legislativa debe resguardar al máximo posible, también en sede penal, la información comercial sensible que, por la propia naturaleza de los conflictos, se acompaña en los procesos que se ventilan en sede de libre competencia.
Tercero, la eventual solución legislativa debe acelerar un eventual ejercicio de la acción penal, pero resguardando que la colaboración entre la FNE y el Ministerio Público solo deba materializarse una vez que la FNE se haya hecho de la prueba pertinente por la vía de una delación compensada y/o del ejercicio de medidas intrusivas que resguarden todas las garantías necesarias para hacer valer dicha evidencia en sede penal.

Cuarto, la eventual solución legislativa debe evitar, al máximo posible, investigaciones paralelas del mismo cartel duro.

Quinto, la eventual solución legislativa debe evitar, al máximo posible, sentencias contradictorias en sede de libre competencia y en sede penal.

Y, sexto, la eventual solución legislativa debe mantener que sea la FNE quien determine qué carteles duros deberían ser acreedores o no de sanción penal, sin perjuicio de establecer, quizás, un mecanismo de control y eventual revocación de la decisión de la FNE "gatillable" a petición del Ministerio Público.

Como puede observarse, se trata de una tarea nada menor.

Un tercer desafío de la FNE es intentar que las recomendaciones contenidas en sus estudios de mercado se transformen en leyes de la República. Como ya vimos, la recepción de las recomendaciones contenidas en los estudios de la FNE ha sido muy buena a nivel del Poder Ejecutivo –sin perjuicio de las dudas del Gobierno actual–, pero muy mala a nivel del Poder Legislativo.

Naturalmente, para revertir este fenómeno es necesario explicar de mejor manera, de forma más sencilla, los cambios regulatorios que se pretender realizar y cómo ellos benefician a la ciudadanía.

La FNE, como siempre, debe estar a disposición para explicar sus estudios de mercado en cualquier sede y a todo aquel que se lo pida, con independencia de su color político.
Sin embargo, si bien todo ello es necesario, la acogida de las recomendaciones contenidas en los estudios de mercado no depende exclusivamente, como es evidente, de la mayor o menor capacidad explicativa de la FNE, aunque ello por cierto ayuda en alguna medida.

En efecto, no podemos razonablemente pedirle obligaciones de resultado a la FNE cuando debe enfrentarse a fuerzas poderosas muchas veces sola, sin el respaldo del Poder Ejecutivo que a veces abandona la tramitación legislativa de sus propios proyectos de ley, con un intenso lobby y con campañas del terror mediáticas que, como mínimo, suelen originar todo tipo de "dudas" por parte de los parlamentarios.

Veremos si la FNE es capaz de contrarrestar estas fuerzas poderosas en el futuro y llevar a puerto las importantes reformas legales que plantea para promover la competencia en múltiples mercados muy sensibles para la población nacional.

Por último, el cuarto desafío de la FNE consiste en ponerse a tono con las novedades y complejidades que, a nivel competitivo, presenta la economía digital.

Para ser completamente sincero, no estoy totalmente seguro –e, incluso, soy más bien escéptico– que ello constituya realmente un desafío de la FNE, sino más bien una aspiración legítima, aunque no imprescindible, para el ejercicio de sus funciones legales.

Naturalmente que la FNE ha analizado y seguirá analizando operaciones de concentración en mercados digitales.

Naturalmente que la FNE realizará – y, de hecho, ya está realizando en buena medida a través de su estudio sobre el mercado del hospedaje, que incluye a varias plataformas digitales– estudios de mercado que involucren mercados digitales.

Y naturalmente que la FNE analizará –y está actualmente investigando– eventuales ilícitos cometidos por agentes económicos que ofrecen bienes o servicios en mercados digitales. Para eso, justamente, entre otras cosas se creó la Unidad de Inteligencia de la FNE[137]. Sin perjuicio de ello, hay que tener presente que muchas de estas plataformas digitales no tienen domicilio en Chile, lo que hace más complejo su emplazamiento y, en el evento de ser ello posible, incluso la ejecución misma de una eventual sentencia condenatoria. Lo mismo aplica en el evento que el Estado de Chile decidiera regular *ex ante* a las plataformas digitales, las cuales, en el evento de excesos regulatorios, podrían simplemente optar por dejar de operar en Chile.

En definitiva, la persecución de ilícitos cometidos por agentes económicos incumbentes en los mercados digitales, muchos de ellos de alcance internacional y transfronterizo, así como también su eventual regulación, presenta desafíos nada menores. En cuanto a su regulación, por último, me parece que debemos entender nuestra posición geopolítica y no guardar la ilusión que Chile tomará o debería tomar la vanguardia en esta materia[138].

VI. CONCLUSIONES

A quienes hayan llegado a esta parte del artículo –leyendo desde el principio, eso sí, sin saltarse hasta el final, como uno a veces tiene la tendencia a hacer– no puedo sino manifestarles mi gran admiración, junto con

137 Ver Sección I.D. anterior.

138 De hecho, por razones mínimas de eficiencia, me parece que, en el evento de que a futuro se optara por regular a las plataformas digitales, deberíamos evitar innovar y exigirles a los agentes económicos internacionales o transfronterizos que operan en nuestro país que certifiquen estar cumpliendo los mismos estándares aplicables en los Estados Unidos de América o en la Unión Europea, por ejemplo.

No sé si esto será legalmente posible, aunque por cierto sería fácil de implementar y evitaría ciertos excesos regulatorios que, indefectiblemente, se generarían en Chile.

En principio, tampoco veo tampoco por qué un ciudadano norteamericano o europeo tendría que ser tratado de una manera distinta que un ciudadano chileno.

agradecerles profunda y sinceramente por su interés en conocer las vivencias y experiencias de un humilde ex funcionario público que, durante cuatro años, tuvo la responsabilidad, honor y privilegio de dirigir una institución tan importante para Chile y sus habitantes como es la FNE.

Intenté, espero que, de alguna manera al menos medianamente exitosa, no hacer un mero recuento de hechos o actividades –porque todo eso está en las Cuentas Públicas publicadas en el canal de Youtube de la FNE, que los invito a visitar–, sino que contar la parte más íntima, más personal, más emocional, más humana de esta experiencia vital propia y familiar, la que de todas maneras ocupa un lugar relevante cuando se ejercen cargos públicos de esta naturaleza.

Fueron años muy intensos por la extrema novedad de los fenómenos que acaecieron en Chile y el mundo, por la incierta situación económica, política y social de nuestro país, por la enorme expectativa pública –o al menos política– respecto del actuar de la FNE y, por último, por el drástico y progresivo decaimiento de nuestro presupuesto institucional.

Sin embargo y como da cuenta este artículo, también fueron años muy productivos, en que, paradojalmente, la FNE batió todos sus récords de productividad, ejecutando un sinnúmero de acciones que no sólo implicaron dar cumplimiento integral, efectivo y oportuno a las nuevas herramientas contenidas en la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016, sino que también fueron en beneficio directo de la ciudadanía, la mayoría de las veces en mercados muy sensibles para la población nacional.
Vuelvo al inicio de este artículo.

Si se considera que durante mi mandato la FNE cumplió una buena labor, ello se debe única y exclusivamente a la excelencia, pasión, lealtad, compromiso, buena fe y sentido del humor de todo el grupo humano que compone la institución y que, con gran orgullo y mucha humildad, tuve la fortuna de intentar liderar durante cuatro años. Una vez más, aunque sea repetitivo, mis más sinceros agradecimientos y manifestación de cariño para todos y cada uno de ellos y ellas.

En lo personal, tengo sensaciones divididas.

Por un lado, siento profundo orgullo de haber servido a mi país, a través de la FNE, durante la plenitud de mis capacidades profesionales y en épocas especialmente complejas y desafiantes para nuestro país. Aunque suene a soberbia, la verdad es que no tengo nada que reprocharme. Pudimos haber cometido errores, por cierto, y es muy probable que los hayamos cometido.

Sin embargo, en retrospectiva, siento que, en cada oportunidad y en base a los antecedentes disponibles, hicimos lo que había que hacer, lo que teníamos que hacer para cumplir con el mandato que el DL 211 le entrega a la FNE. Eso a uno lo deja con una gran tranquilidad de conciencia.

En definitiva, también, creo que no cabe duda de que esta experiencia me dejó una huella, me marcó para siempre. Creo que me ha hecho una mejor persona y profesional. Espero que también un mejor marido, padre y amigo.

Comprobé que quiero mucho a mi país, a su gente y al centro de Santiago, así como también pude corroborar que me gustan muchísimo más los proyectos colectivos que los individuales.

Ojalá que este relato genere en muchos y muchas ganas de servir al país a través del ejercicio de un cargo en el Estado de Chile.

Por otro lado, no obstante, también siento un gran alivio. Más literalmente aún, desde el 12 de diciembre de 2022 siento que saqué un tremendo peso de mis espaldas. Volví a dormir de corrido, volví a tener vida social, volví a hacer ejercicios, volví a sonreír más, volví a ser el yo de antes, al menos en cierta forma.

Mi alivio también proviene del hecho que me parece que, a través del Fiscal Jorge Grunberg Pilowsky, la FNE ha quedado en buenas manos. Como es evidente, le deseo el mayor de los éxitos en su gestión.

Ello es de la máxima relevancia para nuestro país, especialmente en épocas de populismo, intolerancia, radicalización y malas prácticas políticas.

En efecto, sobre la institucionalidad de libre competencia de Chile –y, especialmente, sobre la FNE– recae la enorme responsabilidad de perseguir y sancionar a quienes infrinjan las leyes de la libre competencia que constituyen la base de una sana, pujante e incluyente economía de libre mercado, de evitar concentraciones empresariales que reduzcan sustancialmente la libre competencia y de impulsar regulaciones que promuevan la libre competencia en los distintos mercados, especialmente aquellos que son más sensibles para la ciudadanía. De todo ello depende en muy buena parte, al final, no sólo que los chilenos y las chilenas gocemos de más y mejores bienes y servicios a un menor precio, lo que ya es muy relevante para mejorar nuestros estándares de vida material, sino adicionalmente la sostenibilidad de nuestro sistema económico y, en definitiva, de nuestra democracia.

De todo ello depende, en suma, el país que le heredaremos a nuestros hijos e hijas y a todas las generaciones futuras de chilenos y chilenas.

En Santiago, Chile, a 5 de agosto de 2023.

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:
Ricardo Riesco Eyzaguirre, "Sobre la aplicación de las atribuciones legales de un órgano público en épocas convulsas: Algunas reflexiones sobre la Fiscalía Nacional Económica entre 2018 y 2022", Diálogos CeCo (noviembre, 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

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

CentroCompetencia