

En lo principal, aporta antecedentes; y, **en el otrosí**, acompaña documentos.

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Nicole Nehme Zalaquett y Raffaella Corte Antonelli, abogadas, **Diego Hernández De Lamotte, Sebastián Morales Ramos y Camilo Rojas Castillo**, abogados, en representación de **Falabella S.A.** (“Falabella” o la “Compañía”), en procedimiento caratulado “*Expediente de recomendación normativa sobre participación de grupos empresariales en distintos ámbitos de la economía*”, **Rol ERN N°32-2023**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

Encontrándonos dentro de plazo, y de conformidad con lo resuelto por el H. Tribunal mediante sus resoluciones de folio 13 y 32, Falabella aporta los siguientes antecedentes en el procedimiento iniciado mediante la solicitud formulada por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (“Conadecus” o la “Solicitante”) a folio 11 (“Solicitud”). Lo anterior, en calidad de interviniente y legítima interesada, en virtud de la nómina más actualizada que mantiene la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF” o la “Comisión”) en su sitio web¹ y que considera a Falabella como perteneciente a un grupo empresarial².

H. Tribunal, no podemos sino introducir esta presentación indicando que la Solicitud de Conadecus, contiene —por distancia— la pretensión más extremadamente amplia y general que haya sido sometida a conocimiento de esta magistratura en el ejercicio de sus potestades no contenciosas. De las extremadamente amplias y generales solicitudes que el H. Tribunal ha podido haber recibido en el pasado, entendemos que nunca se le había pedido que recomendara la regulación de toda la economía nacional, mediante una solicitud que busca hacerse cargo de materias que van mucho más allá del ámbito del derecho de libre competencia. Solicitud cuyo acogimiento, además, podría acarrear graves consecuencias, por cuanto amenazaría seriamente con anular todas las eficiencias asociadas a la existencia de conglomerados en los distintos mercados. Lo cierto es que tiene sentido que nadie lo haya solicitado en el pasado, por cuanto se trata de una petición que, en la respetuosa visión de Falabella, no es procedente que el H. Tribunal acoja. Ello, al menos por las siguientes diez razones.

Primero, porque la Solicitud de Conadecus se funda en una serie de preocupaciones respecto de las cuales la Solicitante no entrega mayores antecedentes. En efecto, se trata de una presentación cuyas afirmaciones no cuentan con respaldos.

¹ Ello, de conformidad con lo señalado en la Circular N°1.664 de fecha 10 de abril de 2003, emitida por la ex Superintendencia de Valores y Seguros.

² La nómina más actualizada de la CMF, que corresponde a junio de 2023, considera como parte del mismo grupo empresarial de Falabella a las siguientes entidades: Banco Falabella, Bancofalabella Corredores de Seguros Limitada, Seguros Falabella Corredores Ltda., Plaza S.A., Sodimac S.A. y CF Seguros de Vida S.A.

Segundo, porque las cuatro medidas (“Medidas”) que propone para hacerse cargo de dichas preocupaciones son innecesarias —por cuanto ya existe una robusta institucionalidad que se hace cargo de las inquietudes de Conadecus—, improcedentes —desde que no concurren los requisitos constitucionales y legales que habilitan la adopción de medidas como las incluidas en la Solicitud—, inoficiosas —puesto que las medidas propuestas no necesariamente son aptas para lograr los fines buscados por la Solicitud—, e, incluso, contraproducentes —pues tenderían a atenuar la competencia, por la vía de sustraer de cada mercado relevante a competidores eficientes—.

En ese contexto, tercero, es imprescindible hacer notar que Conadecus está buscando la implementación de una regulación general ex ante, que no es la herramienta adecuada para hacerse cargo de sus preocupaciones porque no existe una falla de mercado general y persistente que corregir. La aplicación combinada de regulaciones sectoriales, cuando existan realmente fallas de mercado generales y persistentes que abordar, y el derecho de libre competencia, en presencia de conductas anticompetitivas específicas, aparece como una solución óptima para casos como éste. Ello, por cuanto: **(i)** la intervención del Estado en la economía debiese ser acotada y específica, teniendo también presente la inherente limitación que ella supone al libre ejercicio de las actividades económicas por parte de los agentes económicos y que debe tener lugar cuando existe evidencia concreta de fallas de mercado que la justifiquen; **(ii)** la aplicación del derecho de libre competencia —sin perjuicio de la existencia de normativas sectoriales— puede aprovechar y reforzar la capacidad del mercado para utilizar soluciones endógenas, debiendo intervenir en el proceso competitivo sólo en la medida necesaria para corregir fallas concretas del mercado; **(iii)** la aplicación de la regulación *ex ante* supone conocer con precisión cuál es el resultado esperado, cuestión que es imposible para quien, como Conadecus, busca resolver todas y cada una de las supuestas fallas de mercado en todas y cada una de las industrias de las que participa un conglomerado; **(iv)** la solución aquí propuesta permite una mayor adaptabilidad a las realidades cambiantes de los mercados; y, **(v)** no deben perderse de vista las catastróficas consecuencias que puede tener para una generalidad de mercados una falla en la regulación que se adopte, particularmente considerando la amplitud y excesiva generalidad del proyecto de “*Ley de Reducción de la Concentración Económica Agregada*” perseguido por Conadecus (“Proyecto de Ley”). Ello puede dar lugar a una afectación a la libre competencia en diversas industrias. Adicionalmente, el Proyecto de Ley supone dejar sin efecto las muy relevantes eficiencias que tiene la existencia de conglomerados.

Cuarto, porque esto último es reflejo del hecho que Conadecus está proponiendo una aproximación per se a problemas que deben ser abordados desde la regla de la razón. En efecto, una regulación como la perseguida por Conadecus en el Proyecto de Ley, dada su amplitud y excesiva generalidad, está destinada a producir impactos generales totalmente descontextualizados de los riesgos reales de libre competencia en un mercado relevante. ¿Es realmente eficiente y adecuado que en *todos los casos* se prohíba que una empresa esté presente en el sector financiero y en empresas del mundo no financiero? ¿Es realmente eficiente y adecuado que en *todos los casos* se prohíba que las empresas tengan más de dos capas? Más allá de que estas

preguntas exceden el ámbito de aplicación del Decreto Ley N°211 de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), lo cierto es que la respuesta a ambas no puede sino ser negativa, pues si hay algo que el derecho de la libre competencia exige es, salvo para conductas muy acotadas que se sancionan *per se* (como las de los llamados *carteles duros*), se analicen los riesgos competitivos caso a caso en los mercados relevantes concernidos.

Quinto, porque se hace evidente que el H. Tribunal no es la autoridad adecuada para impulsar el Proyecto de Ley, considerando que el ámbito de las Medidas que incluiría excede por mucho el de la libre competencia, lo que en la respetuosa opinión de esta parte implica que el H. Tribunal resulta materialmente incompetente para pronunciarse al respecto. En efecto, las preocupaciones de Conadecus, justificadas o no, trascienden por mucho aquellas de libre competencia, únicas en relación a las que el H. Tribunal es competente en aplicación del artículo 5° del DL 211. Excede así la Solicitud el ámbito del análisis técnico que este H. Tribunal está llamado a realizar según su mandato legal y conforme a su propia jurisprudencia; mandato que no contempla objetivos como los relevados por Conadecus (tales como es mejorar el acceso a financiamiento de las PYMES o proteger los intereses de accionistas minoritarios). Así, la Solicitud de Conadecus se escapa con creces de la competencia material del H. Tribunal, que es un tribunal de defensa de la libre competencia, y a las características y objetivos de la política y derecho de libre competencia.

Sexto, porque incluso de ser efectivas las preocupaciones de Conadecus y de estimarse, equivocadamente en nuestra apreciación, que el derecho y la política de libre competencia son los encargados de resolverlas de forma *ex ante*, la Solicitud debe ser rechazada por no concurrir los requisitos para aplicar el artículo 18 N°4 del DL 211. En efecto, la jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excm. Corte Suprema han establecido claramente que esta atribución debe ejercerse con particular prudencia, y solamente en aquellos casos y circunstancias en que se cumpla, al menos, con las siguientes condiciones: **(i)** debe existir una necesidad de fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; **(ii)** debe en todo caso ejercerse respecto de *mercados relevantes específicos* y determinados; **(iii)** debe necesariamente ejercerse considerando otras iniciativas sobre la misma materia que se estén tramitando por otros poderes del Estado; **(iv)** debe ejercerse exclusivamente respecto de asuntos vinculados a la normativa de libre competencia; **(v)** debe ejercerse considerando sus impactos en bienes jurídicos distintos de la libre competencia; y, **(vi)** debe necesariamente ejercerse dentro del marco de la constitucionalidad vigente. Ninguno de dichos requisitos se cumple en este caso.

Séptimo, porque existen en Chile robustos cuerpos de regulación sectorial que se hacen cargo de forma suficiente de todas y cada una de las preocupaciones manifestadas por Conadecus. Ello, sin perjuicio de la existencia también de una robusta institucionalidad de libre competencia.

Octavo, porque, según se describe en §IV, los conglomerados generan relevantes eficiencias, cuya pérdida como consecuencia de acogerse las Medidas requeridas en la Solicitud iría en directo perjuicio de los consumidores.

Noveno, porque la relación que Conadecus hace entre conglomerados, concentración y riesgos para la competencia es sencillamente improcedente.

Y, décimo, porque el caso de Israel sobre el cual se basa la Solicitud no es aplicable a la realidad chilena. Por lo demás, la propia Conadecus reconoce que no es claro que la “*Ley de Promoción de la Competencia y Reducción de la Concentración*” (“Ley de Concentración ISR”) de ese país haya tenido los efectos que supuestamente buscaba. Como se mostrará *infra*, esa duda se encontraba justificada, pues dichos efectos no se produjeron.

Índice

I. La Solicitud de Conadecus	5
II. Incluso de ser efectivas las preocupaciones de Conadecus —que no lo son— la regulación general <i>ex ante</i> no es la forma de abordarlas.....	8
II.1. La regulación general <i>ex ante</i> no es la herramienta adecuada para hacerse cargo de las preocupaciones de Conadecus porque no existe una falla de mercado general y persistente que corregir	8
II.2. Conadecus está proponiendo una aproximación <i>per se</i> a problemas que deben ser abordados desde la regla de la razón	15
II.3. Ámbito de competencia material del H. Tribunal cuando se trata de recomendaciones normativas. El H. Tribunal no es la autoridad adecuada para impulsar el Proyecto de Ley, considerando que el ámbito de las Medidas que incluiría excede por mucho el de la libre competencia	18
III. Incluso de ser efectivas las preocupaciones de Conadecus y de estimarse que el derecho y la política de libre competencia son los encargados de resolverlas de forma <i>ex ante</i> , la Solicitud debe ser rechazada por no concurrir los requisitos para aplicar el artículo 18 N°4 del DL 211	22
III.1. La necesidad de que la facultad propositiva de dictación de una norma se ejerza exclusivamente cuando se acredite la necesidad de fomentar la competencia o regular el ejercicio de “determinadas” actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas	23
III.2. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza respecto de mercados relevantes específicos y determinados	24
III.3. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza considerando otros pronunciamientos o iniciativas que se estén tramitando por otros poderes del Estado.....	26
III.4. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza respecto de asuntos vinculados a la normativa de libre competencia	28
III.5. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza considerando sus impactos en bienes jurídicos distintos de la libre competencia	30
III.6. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza dentro del marco de constitucionalidad vigente	32
IV. Los conglomerados generan relevantes eficiencias cuya pérdida como consecuencia de acogerse las Medidas requeridas en la Solicitud iría en directo perjuicio de los consumidores.....	34
V. Las preocupaciones de Conadecus, de ser éstas efectivas, deben ser abordadas utilizando la normativa sectorial vigente o próxima a estarlo y la normativa <i>ex post</i> del derecho de libre competencia.....	40
V.1. La regulación sectorial vigente se hace cargo de forma suficiente de las preocupaciones manifestadas por Conadecus	41
V.1.1. Respecto de las preocupaciones relativas a mercados financieros y gobiernos corporativos	41
V.1.2. Respecto de las preocupaciones relativas a barreras a la entrada y riesgos de exclusión.....	46
V.1.3. Respecto de las preocupaciones de economía política	51
V.1.4. Supuestos riesgos de coordinación	52
V.1.5. Supuestos riesgos por falta de información	53
V.2. La robusta institucionalidad chilena de libre competencia	54
VI. El caso de Israel no es aplicable a la realidad chilena. Por lo demás, la propia Conadecus reconoce que no es claro que la Ley de Concentración ISR haya tenido los efectos que supuestamente buscaba.....	56
VII. Análisis de las Medidas requeridas por Conadecus y conclusiones	60

VII.1. Las Medidas son innecesarias	60
VII.2. Las Medidas son improcedentes.....	63
VII.3. Las Medidas son inoficiosas.....	64
VII.4. Las Medidas son contraproducentes	64

I. La Solicitud de Conadecus

Conadecus solicitó al H. Tribunal ejercer la facultad de recomendación normativa que le reconoce el artículo 18 N°4 del DL 211, por la vía de proponer al Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda, que presente al Congreso Nacional el Proyecto de Ley, cuyo objetivo principal sería el de limitar el hipotético poder de mercado de lo que denomina *grupos empresariales significativos*³. Con esta sola descripción es posible apreciar que se trata de una Solicitud extremadamente amplia y general, que persigue hacerse cargo de materias que exceden con mucho el ámbito del derecho de libre competencia y que podría generar graves consecuencias, al amenazar seriamente con afectar o anular las eficiencias asociadas a la existencia de conglomerados.

Según la Solicitante, el Proyecto de Ley sería necesario por cuanto la “economía nacional”⁴ —ése es el llamativo mercado relevante que planteó Conadecus, desconociendo la inevitable necesidad de que las atribuciones del H. Tribunal, incluyendo aquella consagrada en el artículo 18 N°4 del DL 211, se ejerzan respecto de uno o más mercados relevantes determinados y correctamente definidos⁵— presentaría altos niveles de concentración económica agregada⁶, lo que tendría como consecuencia que Chile sea hoy un *país carísimo*⁷ —sin explicar en qué se fundamentaría esa afirmación, y sin explicitar en comparación a qué Chile sería un *país carísimo*—. De esta forma, existiría, según Conadecus, una supuesta causalidad entre la mera existencia de los *conglomerados* —supuestamente no regulados ni en el DL 211 ni en otros cuerpos legales, cuestión que no es correcta— y una afectación sistemática y generalizada de todos los mercados nacionales, que daría lugar a los supuestamente altos precios que se observarían hoy en nuestra economía.

Siempre según Conadecus, algunos grupos empresariales del país controlarían de forma mayoritaria los activos financieros y no financieros de la *economía nacional* a través de estructuras corporativas de varias capas⁸. De esta forma, según la Solicitante, estos grupos empresariales gozarían, en abstracto, de un hipotético poder de *dominancia de conglomerado*, del que podrían abusar, pues este poder no sería neutralizado por la normativa sectorial pertinente

³ Solicitud, p.1. Nótese que el poder de mercado se puede predicar sólo de un cierto agente económico en un mercado relevante, por lo que, por definición, no puede un grupo empresarial o conglomerado, cuyas filiales operan en distintos mercados relevantes, con diversas cuotas y posiciones, tener como tal “poder de mercado”.

⁴ *Ibid.*, ¶157.

⁵ En este sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema. Véase, por ejemplo, Excma. Corte Suprema, resolución de 10 de mayo de 2023, en causa rol N°114.616-2022, p.17; Excma. Corte Suprema, resolución de 8 de agosto de 2022, en causa rol N°82.422-2020, p.37; y, Excma. Corte Suprema, resolución de 13 de noviembre de 2019, en causa rol N°82.422-2020, pp.26-27.

⁶ Solicitud, ¶13.

⁷ *Ibid.*, ¶12.

⁸ *Ibid.*, ¶16.

ni por la normativa de libre competencia vigente⁹. Nada de esto resulta efectivo, como se verá en esta presentación.

Más en detalle —y tras realizar una aplicación al menos discutible de la doctrina de la *única unidad económica*¹⁰—, Conadecus identifica una serie de preocupaciones supuestamente derivadas de la existencia de los conglomerados que, en corto, aumentarían supuestamente la coordinación oligopólica y las barreras a la entrada a los mercados, lo que, a su vez, generaría estancamiento y mala utilización de recursos, en perjuicio del crecimiento y el bienestar¹¹. Se trata de preocupaciones vinculadas a hipotéticos efectos en: **(i)** el acceso a los mercados financieros¹²; **(ii)** desplazamiento de las pequeñas y medianas empresas (“**PYMES**”) y lo que Conadecus denomina genéricamente “*los empresarios*”¹³; **(iii)** coordinación¹⁴; **(iv)** precios predatorios¹⁵; **(v)** disuasión a la entrada¹⁶; **(vi)** efectos generales en el bienestar económico¹⁷; y, **(vii)** preocupaciones de economía política¹⁸. En otros pasajes de la Solicitud, Conadecus hace referencia también a que, supuestamente, no existiría suficiente información relativa a los conglomerados en Chile¹⁹.

Según explicaremos *infra*, para efectos de este procedimiento resulta particularmente relevante constatar que las preocupaciones referidas por Conadecus: **(i)** ya se encuentran adecuadamente abordadas por la regulación vigente o que se encuentra próxima a entrar en vigencia, según se analizará en la §V y, **(ii)** se refieren a asuntos ajenos a la libre competencia, según se verá en la §II.3.

Según Conadecus, en el pasado Israel habría enfrentado supuestamente un escenario comparable con el que Chile tendría, en su opinión, en la actualidad²⁰ —sin dar cuenta de por qué ése sería el caso—, y habría dictado la Ley de Concentración ISR, que, siempre según Conadecus, sería similar

⁹ *Ibid.*, ¶15.

¹⁰ *Ibid.*, ¶¶52-56. La §II.e. de la Solicitud aborda la doctrina de la *única unidad económica* y cómo, a juicio de Conadecus, ésta se relacionaría con la materia discutida en este proceso. Así, la Solicitante señala que: (i) de alguna manera, la doctrina de la *única unidad económica* sería una forma por medio de la cual las autoridades de libre competencia abordarían la concentración económica (Solicitud, ¶52); (ii) los últimos pronunciamientos al respecto invitarían a quienes se dedican al derecho de la competencia a imaginar escenarios diferentes a los tradicionales en que esta doctrina podría ser aplicable; y, (iii) que “*no es suficiente la aplicación de la ‘única unidad económica’, pues este es un examen ex post de la comisión del ilícito*” (Solicitud, ¶56), mientras que la Solicitud se refiere a Medidas “*ex ante del ilícito*” (Solicitud, ¶56). Al respecto, es necesario hacer algunas aclaraciones y precisiones. Conadecus no señaló —y ello no se vislumbra en su presentación— de qué manera la teoría en comento podría relacionarse con las materias discutidas en este proceso. En efecto, en el derecho de competencia se recurre a la doctrina de la *única unidad económica* principalmente para efectos de: (i) evaluar si determinada situación involucra o no a agentes económicos que pueden ser catalogados de competidores entre sí, como sucede en el caso de operaciones de concentración o de eventuales conductas coordinadas; e, (ii) identificar a quién se puede atribuir responsabilidad por una infracción al derecho de la libre competencia y, por lo tanto, quién puede ser obligado al cumplimiento de una eventual sanción (tal como lo señala la propia Solicitante; Solicitud, ¶53). Más allá de la aplicación de la teoría de la *única unidad económica* a aquellos casos que involucren a conglomerados y que se refieran a circunstancias como las recién referidas, lo cierto es que no se entiende la relevancia que podría tener esta doctrina en la presente discusión. Véase, para estos efectos: Palma, Nicolás (2022). “Doctrina de la única unidad económica en el derecho de la competencia: aplicación y límites”, p.3. Disponible en: <<http://go.fn.cl/xx32g>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹¹ *Ibid.*, ¶¶64 y ss.

¹² *Ibid.*, ¶¶65 y ss.

¹³ *Ibid.*, ¶67.

¹⁴ *Ibid.*, ¶¶68 y ss.

¹⁵ *Ibid.*, ¶¶71 y ss.

¹⁶ *Ibid.*, ¶¶75 y ss.

¹⁷ *Ibid.*, ¶¶77 y ss.

¹⁸ *Ibid.*, ¶¶79 y ss.

¹⁹ *Ibid.*, ¶28.

²⁰ *Ibid.*, ¶10.

a la que ella propone para Chile; ello, con el objeto de reducir la concentración económica y el nivel de precios de dicho país, por la vía de, entre otras cosas, dismantelar las estructuras de participación empresarial de varios niveles e impedir que ciertas instituciones financieras posean un “*negocio financiero significativo*” al mismo tiempo que un “*negocio no financiero significativo*”²¹. Según esgrime Conadecus, la Ley de Concentración ISR habría generado una serie de beneficios económicos a dicho país que justificarían que ese modelo se replique sin más en Chile²². Sin embargo, como se verá en la §VI, la realidad económica de Israel no es comparable con la economía chilena, por lo que no corresponde extrapolar sin más esta regulación a nuestro país. Por lo demás, ni siquiera existe certeza de que la Ley de Concentración ISR haya generado los beneficios esgrimidos por la Solicitante, según da cuenta el propio informe acompañado por Conadecus²³.

En ese contexto, Conadecus solicita que el Proyecto de Ley establezca las siguientes Medidas: **(i)** prohibir que los *grupos empresariales significativos* tengan más de dos capas (“Primera Medida”); **(ii)** prohibir a los accionistas mayoritarios de una *empresa de tamaño relevante* que opera en la actividad económica ser a la vez titular de una *entidad financiera importante*, así como también limitar la participación de las *entidades financieras importantes* en *empresas de tamaño relevante*, y viceversa, a través de la fijación de porcentajes máximos de participación que podrían tener unas en otras (“Segunda Medida”); **(iii)** obligar a las entidades públicas a tener en cuenta los niveles de *concentración económica agregada* y la *dominancia de conglomerado* al momento de asignar concesiones o derechos en industrias específicas (“Tercera Medida”); y, **(iv)** crear un registro de *grupos empresariales significativos*, *entidades financieras importantes* y *empresas de tamaño relevante*, que sirva para llevar a cabo los análisis de cumplimiento de los objetivos consagrados en la ley que se dicte²⁴ (“Cuarta Medida”).

La sola lectura de las Medidas hace evidente que se trata de cuestiones que exceden con mucho lo que una autoridad de libre competencia pueda decidir para efectos de tutelar la competencia en los mercados; se trata de Medidas con impactos múltiples y entrelazados que debieran evaluarse en lógica de muy distintos bienes jurídicos tutelados, más allá de la sola lógica de competencia.

²¹ Ibid., ¶12.

²² Ibid., ¶¶20 y 21.

²³ Botosh, Noam (2020). “A description and analysis of the Implementation of the Concentration Law and its Economic Impact on the Israeli Economy”, p.5. Disponible en: <<http://go.fn.cl/2g3h0>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. “Además, en las últimas décadas se han llevado a cabo diversas reformas estructurales en diferentes mercados para impulsar una mayor competencia en muchos sectores. La Ley de Concentración ISR no es, por tanto, sino una de las muchas medidas que se han adoptado para fomentar la competitividad de los mercados. Como tal, existe una complejidad metodológica en el análisis de los efectos económicos de la Ley de Concentración ISR de forma aislada, es decir, sin conexión con los efectos de otras reformas del mercado y acontecimientos económicos. Asimismo, gran parte de los datos que se requieren para analizar el impacto de la Ley de Concentración ISR, principalmente los relativos a la actividad de los grupos empresariales, todavía no se encuentran disponibles”. Cita en idioma original: “In addition, recent decades have seen the implementation of various structural reforms in different markets to spark increased competition in many market sectors. The Concentration Law is, therefore, but one of many steps that have been taken to promote market competitiveness. As such, there is a methodological complexity in analyzing the Law's economic effects in isolation, i.e., unconnected to the effects of other market reforms and economic events. Furthermore, a great deal of data required to analyze the Law's impact—mostly data regarding the activity of business groups—are as yet unavailable”.

²⁴ Las palabras en cursiva contenidas en los numerales (i) a (iv) de este párrafo dan cuenta de conceptos utilizados por Conadecus en su presentación y que no fueron definidos por ésta.

Más aun, en la §VII se dará cuenta de cómo todas y cada una de estas Medidas son innecesarias —por cuanto ya existe una robusta institucionalidad que se hace cargo de las preocupaciones de Conadecus—, improcedentes —no concurren los requisitos constitucionales y legales que habilitan la adopción de Medidas como las incluidas en la Solicitud—, inoficiosas —las Medidas propuestas no son aptas para lograr los fines buscados por la Solicitud—, e, incluso, contraproducentes —tenderían a atenuar la competencia, por la vía de sustraer de cada mercado relevante a competidores eficientes—.

Antes de ello, en la §II se explicará cómo, incluso de ser efectivas las preocupaciones de Conadecus —que no lo son— la regulación general *ex ante*, como la que pretende la Solicitante, no es la forma razonable y acorde a derecho de abordarlas. Luego, en la §III se verá cómo, incluso de ser efectivas las preocupaciones de Conadecus —que, de nuevo, no lo son— y de estimarse que el derecho y la política de libre competencia son los encargados de resolverlas de forma *ex ante* —que tampoco lo son—, la Solicitud debe ser rechazada por no concurrir los requisitos para aplicar el artículo 18 N°4 del DL 211. Luego, en la §IV se describirá cómo los conglomerados generan eficiencias relevantes, cuya pérdida como consecuencia de acogerse las Medidas iría en directo perjuicio de los consumidores. A continuación, en la §V se examinará cómo las preocupaciones de Conadecus, de ser éstas efectivas, que no lo son, deben ser abordadas utilizando la normativa sectorial vigente o próxima a estarlo y la normativa *ex post* del derecho de libre competencia, de llegar a generarse infracciones anticompetitivas. Finalmente, en la §VI se detallarán los motivos por los cuales el caso de Israel no es aplicable a la realidad chilena.

II. Incluso de ser efectivas las preocupaciones de Conadecus —que no lo son— la regulación general *ex ante* no es la forma de abordarlas

II.1. La regulación general *ex ante* no es la herramienta adecuada para hacerse cargo de las preocupaciones de Conadecus porque no existe una falla de mercado general y persistente que corregir

Según se expuso en la §I, lo que pretende Conadecus es que el Estado, por intermedio primero del H. Tribunal y posteriormente de los poderes colegisladores, intervenga la “economía nacional”, de forma general y *ex ante*.

La primera pregunta que uno debiera formularse ante una solicitud de esta naturaleza es si es la regulación general *ex ante* —aceptado que fuese que efectivamente las preocupaciones levantadas por Conadecus requieren de algún tipo de atención adicional por parte del Estado, cuestión que cuestionamos— la que debe hacerse cargo de ellas. En la respetuosa visión de Falabella, ése no es el caso.

La Excma. Corte Suprema ha indicado reiteradamente que forma parte de nuestro orden público económico el que el libre ejercicio de las actividades económicas por parte de los agentes

económicos, consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República (“Constitución” o “CPR”), sea respetado tanto por los particulares como por el Estado²⁵.

En esa misma línea, la Excma. Corte Suprema ha explicado cómo nuestra Constitución Económica contempla una serie de relevantes garantías, en cuyo contexto se desempeña el derecho de la libre competencia:

“En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (...).

Es así como el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional. (...). Así, el sistema jurídico establecido en nuestro país corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como ‘el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público’ (...). De este modo, ‘el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante’²⁶.

²⁵ Excma. Corte Suprema, sentencia de 8 de junio de 2020, en causa rol N°26.525-2019, ¶6.

²⁶ Excma. Corte Suprema, sentencia de 13 de noviembre de 2019, en causa rol N°4108-2018, ¶¶5 y 6. Referencias internas omitidas y énfasis añadidos. En adelante, todos los énfasis son añadidos a no ser que se indique expresamente lo contrario. En

Como es bien sabido, y así se deriva de las palabras de la Excm. Corte Suprema, en relación con las materias de relevancia en esta sede, el Estado interviene en las actividades económicas esencialmente de dos maneras: (i) en presencia de fallas generales y persistentes de mercado, regulando *ex ante* y de forma directa ciertos sectores determinados de la economía; o, (ii) a través del derecho y la política de libre competencia, de forma generalmente *ex post*, sancionando conductas específicas (“prácticas restrictivas de la competencia”) ocurridas en mercados relevantes determinados y que sean contrarias al DL 211.

En este marco, la regulación económica “(...) *suele considerarse un fenómeno prospectivo, impuesto ex ante, que crea un marco estructural destinado a evitar que se produzcan fallos del mercado*”²⁷; mientras el derecho de la libre competencia —en abstracto— busca “*mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado*”²⁸.

Existen contundentes razones para afirmar que la regulación general y *ex ante* no es el mecanismo adecuado para hacerse cargo de las preocupaciones de Conadecus, incluso de concederle realidad a éstas, y que la regulación de libre competencia ya existente en Chile —junto con la demás regulación sectorial a la que se hará referencia *infra*— dota a las autoridades de libre competencia y demás autoridades sectoriales de herramientas suficientes para lidiar con ellas dentro de su ámbito de competencias.

Primero, porque la amplitud y excesiva generalidad del Proyecto de Ley perseguido por Conadecus no es consistente con el hecho de que la regulación debe dictarse por los órganos especializados y con competencias sectoriales específicas para enfrentar fallas persistentes identificadas en mercados concretos o actividades económicas determinadas²⁹. De esta forma: **(i) la intervención del Estado en la economía debiese ser acotada y específica, teniendo también presente la inherente limitación que supone al libre ejercicio de las actividades económicas por parte de los agentes económicos, en aplicación del artículo 19 N°21 de la Constitución; y, (ii) debe tener lugar cuando existe evidencia concreta de fallas de mercado que la justifiquen y que se caractericen por su permanencia y generalidad.**

Reflejo de lo señalado en **(i)** es que parte de las preocupaciones de Conadecus ya han sido atendidas por reguladores sectoriales específicos, como la CMF, según se verá. Lejos de esta realidad, la amplitud y excesiva generalidad de la Solicitud de Conadecus implica que lo que está pidiendo es la existencia de un único gran regulador de la *economía toda*, que se haga cargo a través de una solución única de todas y cada una de las fallas que puede tener cada uno de los

el mismo sentido, véase: Excm. Corte Suprema, sentencia de 8 de enero de 2018, en causa rol N°57.9009-2016, ¶3; Excm. Corte Suprema, sentencia de 12 de octubre de 2016, en causa rol N°51.128-2016, ¶4; Excm. Corte Suprema, sentencia de 13 de julio de 2020, en causa rol N°181-2020, ¶7; Excm. Corte Suprema, sentencia de 10 de mayo de 2023, en causa rol N°114.616-2022, ¶2; y, Tribunal Constitucional, sentencia N°467, ¶29.

²⁷ Dunne, Niamh (2015). “Competition law and economic regulation. Making and managing markets”, Oxford: Cambridge University Press, p.43. Traducción libre de: “*Regulation is, typically, viewed as a prospective phenomenon, imposed ex ante, which creates a structural framework intended to prevent market failures from occurring*”.

²⁸ Excm. Corte Suprema, sentencia de 12 de octubre de 2016, en causa rol N°5.128-2016, ¶4.

²⁹ Larouche, Pierre (2000). “Competition and Regulation in European Telecommunications”, Oxford: Hart Publishing, p.401.

particulares mercados en los que uno o más *conglomerados* esté presente, bajo el entendido de que esa falla sería causalmente atribuible a la existencia de un conglomerado. Ello simplemente no es plausible y además no es efectivo.

En relación con **(ii)**, suele exigirse que la intervención del Estado en la economía tenga lugar en casos en que exista evidencia empírica de su necesidad. Al respecto, es importante subrayar que *“la mayor parte de la regulación [económica] se dicta en mercados con problemas de competencia existentes, en lugar de basarse en la hipótesis de que dichos problemas podrían producirse”*³⁰. Conadecus no aporta evidencia empírica alguna que respalde su amplia y excesivamente general Solicitud.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La regulación legal prevista por el inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la Constitución no puede llegar a obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Es nítido que la Constitución quiere fomentar o promover la iniciativa privada, objetivo que sería irrealizable si el legislador estuviera facultado para dictar normas entrabantes. Esto porque regular ‘se refiere a dictar normas que permitan el libre pero ordenado ejercicio de un derecho, sin impedirlo, prohibirlo, obstaculizarlo, ni hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso, azaroso o difícil’”³¹.

Es un principio asentado en nuestra jurisprudencia que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental, tales limitaciones deben encontrarse señaladas de forma precisa por la Constitución, deben imponerse de manera igual para todos y deben ser razonables

³⁰ Dunne, Niamh, Op. Cit., p.44. Traducción libre de: “[T]hat most regulation is enacted in markets with existing competition problems, rather than on the hypothesis that such problems might occur”. En un sentido similar Baldwin, Cave y Lodge, señalan: “Muchas de las razones para regular pueden describirse como casos de ‘fallas de mercado’. En estos casos, la regulación está justificada porque, por alguna razón, el mercado no regulado no producirá comportamientos o resultados acordes con el interés público”. Cita en idioma original: “Many of the rationales for regulating can be described as instances of ‘market failure’. Regulation in such cases is argued to be justified because the uncontrolled marketplace will, for some reason, fail to produce behaviour or results in accordance with the public interest”. Baldwin, Robert; Cave, Martin y Lodge, Martin (2012). “Understanding Regulation”, Oxford: Oxford University Press, p.15. Así, se pronuncia también Decker: “Las diversas justificaciones normativas de la regulación analizadas en la sección 2.1 implican que la regulación de determinadas industrias se basa generalmente en el deseo de mejorar el bienestar económico, ya sea exigiendo a las empresas que actúen de forma eficiente, garantizando una estructura eficiente de la industria (mediante la restricción de la entrada), impidiendo los abusos del poder monopolístico o abordando externalidades económicas específicas. En efecto, cada justificación está vinculada al objetivo de generar mejoras positivas del bienestar económico”. Cita en idioma original: “The various normative rationales for regulation discussed in Section 2.1 imply that regulation of certain industries is generally premised on a desire to improve economic welfare, either by requiring firms to act efficiently, ensuring an efficient industry structure (through restricting entry), preventing abuses of monopoly power, or addressing specific economic externalities. In effect, each rationale is tied to the aim of generating positive economic welfare improvements”. Decker, Christopher (2023). “Modern Economic Regulation An introduction to Theory and Practice”, Oxford: Cambridge University Press, p.28.

³¹ Repertorio del Tribunal Constitucional respecto del artículo 19 N°21 de la Constitución, “Limites a la Regulación Legal”. Disponible en: <<http://go.fn.cl/c0ekl>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. En el mismo sentido véase: Tribunal Constitucional, sentencia N°167, ¶14; Tribunal Constitucional, sentencia N°2643, ¶16; Tribunal Constitucional, sentencia N°2644, ¶16; Tribunal Constitucional, sentencia N°5353, ¶20; y Tribunal Constitucional, sentencia N°5776, ¶20.

y justificadas³², así como también deben superar un examen de proporcionalidad. Sobre esto último, el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

“Las limitaciones de derechos deben estar justas a un examen de proporcionalidad que consiste en que la limitación debe perseguir fines lícitos, constituir un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación al ejercicio del derecho, proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue”³³.

Estos requisitos resultan equivalentes a lo que en el derecho comparado se conoce como *strict scrutiny test* o prueba de escrutinio estricto, en virtud del cual una norma que potencialmente podría afectar derechos fundamentales, o que establezca diferencias entre categorías de individuos, sólo será legítima si es posible demostrar que esa norma: **(i)** es necesaria para lograr un interés público de primera importancia; **(ii)** se encuentra estrechamente ajustada a alcanzar ese interés público; y, **(iii)** utiliza los medios menos restrictivos disponibles para lograr dicho interés³⁴.

Las medidas que Conadecus solicita sean recomendadas, no satisfacen ninguna de estas exigencias. En efecto, la Solicitud resulta tan excesivamente general y amplia, como ya se indicó en la §I, que resulta imposible afirmar que satisfaga las pruebas de proporcionalidad o de escrutinio estricto referidas en los párrafos precedentes.

En virtud de lo anterior, mucho más adecuado que la existencia de una única gran regulación que busque resolver todos y cada uno de los problemas de todas y cada una de las industrias del país —insistimos, asumiendo que esos problemas existan y que ello sea causalmente atribuible a la existencia de un *conglomerado*, lo que desde luego no es efectivo—, lo socialmente óptimo es una solución que combine la aplicación de: (a) regulaciones sectoriales ya vigentes (o prontas a ser dictadas) por órganos especialistas en su ámbito de competencias, tales como aquellas dictadas por la CMF, para problemas jurídicos o mercados particulares que presenten fallas específicas a resolverse por esa vía. Ello, particularmente pues, como se verá *infra*, varias de las Medidas solicitadas por Conadecus no tienen relación con el derecho de libre competencia; y, (b) en el caso de tener lugar conductas contrarias a la normativa de libre competencia, se aplique la eficaz persecución *ex post* y centrada en mercados específicos, que es lo propio del DL 211.

Segundo, porque la regulación es un “fenómeno prospectivo, impuesto *ex ante*, que crea un marco estructural destinado a evitar que se produzcan fallos del mercado”³⁵; mientras que el enfoque

³² Tribunal Constitucional, sentencia N°226, ¶47. En el mismo sentido véase: Tribunal Constitucional, sentencia N°2475, ¶¶6 y 20; y, Tribunal Constitucional, sentencia N°2841, ¶22.

³³ Repertorio del Tribunal Constitucional respecto del artículo 19 N°26 de la Constitución, “Examen de proporcionalidad de limitaciones de derechos”. Disponible en: <<http://go.fn.cl/c0ekl>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. En el mismo sentido, véase: Tribunal Constitucional, sentencia N°1182, ¶21; Tribunal Constitucional, sentencia N°1193, ¶21; Tribunal Constitucional, sentencia N° 2644, ¶78; y, Tribunal Constitucional, sentencia N°8536, ¶23.

³⁴ Véase al respecto Fallon, Richard (2007). “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, N°1267, pp. 1268-1337. Disponible en: <<http://go.fn.cl/w9129>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

³⁵ Dunne, Niamh, *Op. Cit.*, p.44.

retrospectivo propio del derecho de la competencia —con excepción, en el caso chileno, de ciertos mecanismos “estructurales” de supervisión del mercado³⁶— puede aprovechar y reforzar la capacidad del mercado para encontrar soluciones endógenas, interviniendo en el proceso competitivo sólo en la medida necesaria para corregir fallas concretas del mercado³⁷.

En el mismo sentido, la propuesta de Conadecus de aplicar en este caso la regulación general *ex ante* por sobre el derecho de la libre competencia, al referirse a multiplicidad de mercados y a supuestos muy diversos, impactando a bienes jurídicos de distinta naturaleza, da lugar a una desnaturalización del derecho de la libre competencia y a la pérdida de varios de sus beneficios; esto es, la menor intromisión en decisiones internas de las empresas, la probabilidad de crear menos barreras de entrada que la regulación sectorial, y una menor carga para el Estado debido al rol que tiene la acción pública (a través del órgano persecutor, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”)) y la acción privada para velar por su cumplimiento³⁸.

Tercero, porque en línea con lo anterior, el derecho de la competencia se circunscribe a “*prohibir ciertas categorías generales de ejercicio anticompetitivo del poder de mercado y, fuera de esos casos, permite que el mecanismo del mercado funcione sin trabas*”³⁹. Por su parte, la regulación general *ex ante* “*prescribe el resultado deseado para el mercado y, en esa medida, sobrepasa por completo el mecanismo de mercado*”⁴⁰. Por ello, esta última técnica de intervención en los mercados exige tener certeza del resultado deseado. Y no parece ser posible en este caso siquiera vislumbrar cuál podría ser ese resultado buscado que sea adecuado para resolver todas y cada una de las fallas que puede tener cada uno de los mercados específicos en los que uno o más conglomerados esté presente; no existe una única estructura de mercado que sea óptima para toda la economía nacional.

Nuevamente, la combinación de las regulaciones sectoriales ya existentes y por dictarse con la correcta aplicación de la normativa de libre competencia aparecen como una solución más adecuada para lidiar con las eventuales preocupaciones de Conadecus, para el evento en que se necesitare alguna (que no es el caso).

Cuarto, porque el derecho de la libre competencia tiene una mayor adaptabilidad que la regulación tradicional como la que Conadecus pretende. El tipo de obligaciones impuesta por el DL 211 —prohibiciones generales cuyo cumplimiento es fiscalizado de manera retrospectiva— hace que el derecho de la libre competencia sea una herramienta dinámica, pues refuerza el mecanismo “natural” —o espontáneo— del mercado para resolver sus defectos (*v.gr.*, entrada de un nuevo actor, presión competitiva de los incumbentes o poder de contrapeso de los consumidores). La regulación —al menos, en sus formas tradicionales de tipo “comando y control”, como son las

³⁶ Se trata de la regulación de las operaciones de concentración, de las participaciones minoritarias en empresas competidoras y del *interlocking* que se caracterizan por su naturaleza prospectiva y a la que se hará referencia *infra*.

³⁷ Ogus, Anthony (1994). “Regulation: Legal Form and Economic Theory”, Oxford: Clarendon Press, p.4.

³⁸ Baldwin, Robert; Cave, Martin y Lodge, Martin, Op. Cit., p.115.

³⁹ Dunne, Niamh, Op. Cit., p. 45. Traducción libre de: “*Competition law merely proscribes certain broad categories of anticompetitive exercise of market power, and otherwise allows the market mechanism to function unhindered*”.

⁴⁰ Dunne, Niamh, Op. Cit., p. 45. Traducción libre de: “*Regulation, by contrast, prescribes the desired outcome for the market, and, to that extent, oversteps the market mechanism entirely*”.

normas propuestas por Conadecus—, cuando es tan general y excesivamente amplia como la propuesta por la Solicitante, es más bien estática, porque debe entregar una solución predeterminada a problemas, lo que supone entonces, a diferencia de este caso, que sean problemas bien definidos y generalmente estables en el tiempo⁴¹.

Quinto, porque no debe perderse de vista los muy relevantes efectos que puede tener una falla en la regulación, como la que propone Conadecus, que eventualmente se adopte⁴². De hecho, cuanto más amplia y genérica sea la regulación mayor es el riesgo de que falle. Una falla en el Proyecto de Ley solicitado por Conadecus puede tener consecuencias catastróficas en diversos mercados, lo que puede además afectar la libre competencia, al sustraer a actores eficientes del juego competitivo.

Finalmente, de forma muy relevante y como se adelantó, una regulación como la pretendida por Conadecus supondría eliminar las eficiencias asociadas a la existencia de conglomerados, lo que evidentemente terminaría atentando contra el bienestar de los consumidores. Se volverá sobre este punto infra en la §IV.

De esta forma, la dictación de una regulación general y extremadamente amplia como la que pretende Conadecus no es adecuada para lidiar con las preocupaciones que levanta, incluso de estar ellas justificadas. La aplicación combinada de regulaciones sectoriales, cuando existan realmente fallas de mercado generales y persistentes que abordar en mercados específicos o para problemas bien definidos, y el derecho de libre competencia, en presencia de conductas anticompetitivas dadas, aparece como una solución óptima para este caso. Ello, por cuanto: **(i)** la intervención del Estado en la economía debiese ser acotada y específica, teniendo también presente la inherente limitación que ella supone al libre ejercicio de las actividades económicas por parte de los agentes económicos y que debe tener lugar cuando existe evidencia concreta de fallas de mercado que la justifiquen; **(ii)** la aplicación del derecho de libre competencia —sin perjuicio de la existencia de normativas sectoriales— puede aprovechar y reforzar la capacidad del mercado para utilizar soluciones endógenas, interviniendo en el proceso competitivo sólo en la medida necesaria para corregir fallas concretas del mercado; **(iii)** la aplicación de la regulación *ex ante* supone conocer con precisión cuál es el resultado esperado, cuestión que es imposible para quien, como Conadecus, busca resolver todas y cada una de las supuestas fallas de mercado en todas y cada una de las industrias de las que participa un *conglomerado*; **(iv)** la solución

⁴¹ Dunne, Niamh, Op. Cit., p. 47. En el mismo sentido, Baldwin, Robert; Cave, Martin y Lodge, Martin, Op. Cit., p.106.

⁴² Baldwin, Robert; Cave, Martin y Lodge, Martin, Op. Cit., p.23: “Veremos a lo largo de este libro que todas las estrategias reguladoras tienen puntos fuertes y débiles en relación con su implementación, así como con su diseño. Las soluciones reguladoras y de mercado a los problemas deben considerarse en todas sus variedades y con todas las deficiencias y probables efectos secundarios si se quieren efectuar verdaderas comparaciones”. Cita en idioma original: “We will see during this book that all regulatory strategies have strengths and weaknesses in relation to their implementation, as well as their design. Regulatory and market solutions to problems should be considered in all their varieties and with all likely deficiencies and side-effects if true comparisons are to be effected.”; y, p.9: “Ha habido, por ejemplo, una preocupación sostenida por los males de la regulación, como la ‘burocracia’, la sobrecarga y la excesiva burocratización de la vida económica y social. Los críticos han sugerido que la regulación crea barreras importantes a la competitividad y el crecimiento económico, y estas preocupaciones han sido alimentadas por ejercicios de evaluación comparativa y tablas de clasificación como los informes ‘Doing Business’ del Banco Mundial”. Cita en idioma original: “There has, for instance, been a sustained concern about the evils of regulation, such as ‘red tape’, overload, and the excessive bureaucratization of economic and social life. Critics have suggested that regulation creates major barriers to competitiveness and economic growth, and such worries have been fuelled by benchmarking exercises and league tables such as the World Bank’s ‘Doing Business’ reports”.

propuesta aquí permite una mayor adaptabilidad a las realidades cambiantes de los mercados; y, **(v)** no deben perderse de vista las catastróficas consecuencias que puede tener para variados mercados una falla en la regulación que se adopte, particularmente considerando la amplitud y excesiva generalidad del Proyecto de Ley perseguido por Conadecus. Ello puede incluir una afectación a la libre competencia en diversas industrias, pues las Medidas se aplicarían a toda la economía nacional, sin distinciones, lo cual no sólo sería inoficioso, sino también contraproducente, como se verá en § VII.3 y §VII.4. Para finalizar, el Proyecto de Ley supone dejar sin efecto las muy relevantes eficiencias que tiene la existencia de conglomerados, que se describen en §IV *infra*.

II.2. Conadecus está proponiendo una aproximación *per se* a problemas que deben ser abordados desde la regla de la razón

Lo que se viene diciendo puede también ser planteado a propósito de los estándares propios del derecho de la libre competencia: la improcedencia de aplicar una regulación general y *ex ante* a las preocupaciones planteadas por Conadecus queda de manifiesto cuando se constata que lo que realmente está pidiendo la Solicitante es resolver las inquietudes que manifiesta desde una supuesta regla *per se*, prohibiendo a todo evento materias que deben resolverse (de ser materias de libre competencia) aplicando la regla de la razón.

Típicamente, existen tres estándares legales para establecer cuándo una conducta es contraria a la libre competencia: **(i)** la regla *per se*; **(ii)** la regla de la razón; y, **(iii)** las presunciones de legalidad e ilegalidad (las denominadas “reglas intermedias”)⁴³.

Teóricamente, el estándar legal que se escoja para analizar una conducta dependerá de un riguroso análisis que cuantifique y contrapesa la magnitud y probabilidad de verificación de sus potenciales riesgos para la competencia, así como de sus potenciales eficiencias⁴⁴. Usualmente, balancear

⁴³ Padilla, Jorge (2018). “On the Concept of Abusive Conduct From an Economic Perspective”, OECD Competition Law and Policy, minuto 16:27 en adelante. Disponible en: <<http://go.fn.cl/d7qhq>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. Traducción libre del idioma original: “En el lado izquierdo, tenemos la ilegalidad *per se*, que es muy intervencionista. Se trata de observar la forma de una conducta concreta y decir que, basándonos en la forma de esta conducta concreta, sin ningún otro análisis económico, concluimos que es ilegal. Esa es la forma en que nos ocupamos de los carteles. En el medio tenemos la llamada regla de la razón que caracteriza la ley antimonopolio en EE.UU. para una gran variedad de prácticas. La idea es que no hay presunción. Nos fijamos en la acción unilateral concreta y luego tenemos que pasar por el análisis detallado que he mencionado antes. Tenemos que entender si es reproducible; por lo tanto, si se ha distorsionado el proceso competitivo y, en segundo lugar, tratamos de establecer una idea de cuál es el efecto neto de ese tipo de comportamiento sobre la defensa del consumidor. Entre las reglas *per se* y la regla de la razón, tenemos las presunciones refutables. En el lado izquierdo, más intervencionista: la ‘presunción refutable de ilegalidad’. Basándonos en la forma de una determinada acción, la acción unilateral de una empresa dominante, concluimos/presumimos que ese comportamiento es ilegal, pero esa presunción puede refutarse si la empresa dominante presenta pruebas de que efectivamente no es así. En el otro lado de la regla de la razón, tenemos presunciones refutables de legalidad. Estas son las normas legales más comunes que utilizan las leyes de competencia en todas las jurisdicciones. Entonces, ¿cómo elegimos un estándar legal? Bien, vamos a elegir aquella norma legal que maximice el bienestar del consumidor a largo plazo protegiendo el proceso competitivo sujeto a una serie de condiciones. La norma jurídica tiene que ser administrable, y no puede ser tan complicada que no pueda aplicarse con un cierto coste razonable. Tiene que estar bien definida, para que las empresas entiendan lo que se supone que deben hacer. ¿Cuáles son las limitaciones legales de su comportamiento? En otras palabras, la norma jurídica tiene que satisfacer la condición de seguridad jurídica. Y debe tener en cuenta que su aplicación, aunque en principio sea factible desde un punto de vista técnico, no puede implicar demasiados recursos porque, de lo contrario, limitaría la capacidad de la autoridad de competencia o del tribunal para hacer otras cosas. Así es como elegimos las normas por una cuestión de economía”.

⁴⁴ Ibid., minuto 21:01 en adelante. Traducción libre del idioma original: “El problema de maximizar o elegir la norma jurídica para maximizar el bienestar del consumidor puede transformarse en un problema diferente, mucho más sencillo, que consiste en minimizar los costes esperados de estos errores. Si minimizamos los costes esperados de estos errores sujetos a las mismas

riesgos y eficiencias, así como estimar el efecto global de una conducta concreta sobre los consumidores no es una tarea sencilla, puesto que es probable que estos dos parámetros no se midan de la misma forma, o que dicha medición no pueda realizarse de una manera muy precisa⁴⁵.

En virtud de lo anterior, a partir del hecho de que la regulación puede cometer yerros de graves consecuencias, no sólo respecto de los regulados sino que incluso respecto de a quienes se busca proteger o beneficiar, la literatura económica ha desarrollado un completo análisis respecto del tipo de error que debiera estar más dispuesto a cometer quien diseña e implementa políticas públicas, distinguiendo entre falsos positivos (también denominados “errores tipo I”) y falsos negativos (también denominados “errores tipo II”)⁴⁶.

En este contexto, Condorelli y Padilla⁴⁷, han propuesto una categorización que atiende a la probabilidad de cometer errores tipo I y errores tipo II para efectos de elegir el estándar legal óptimo para cada tipo de conducta:

- (i) Si el riesgo de errores de tipo I es extremadamente improbable, entonces la conducta debe considerarse ilegal *per se* (es decir, no es necesario un análisis de los efectos).
- (ii) Si existe un riesgo tanto de errores de tipo I como de tipo II, pero el costo previsible de los errores de tipo II es mayor, esto es, el daño potencial a los consumidores es significativo, la conducta debería estar sujeta a una *presunción refutable de ilegalidad*. O, dicho de otro modo, la acción es *prima facie* anticompetitiva, pero una empresa dominante puede mostrar los efectos de eficiencia de su conducta para lograr una absolución ante el respectivo tribunal.
- (iii) Si existe un riesgo tanto de errores de tipo I como de tipo II, pero el costo previsible de los errores de tipo I es mayor —es decir, las eficiencias potenciales son grandes—, la conducta debería estar sujeta a una *presunción refutable de legalidad*. En otras palabras, la acción

restricciones que antes, habremos encontrado la norma legal que maximiza el bienestar del consumidor sujeto y protege el proceso competitivo. Y créanme, como voy a explicar en los próximos minutos, minimizar el coste esperado de los errores es mucho más sencillo que maximizar el bienestar del consumidor sin tener en cuenta este marco. Y esto es así porque podemos ordenar las distintas normas jurídicas que he introducido antes en términos de error. La ilegalidad per se es una norma jurídica que minimiza el error de tipo II: si todo está prohibido nunca puedes cometer un error de tipo II, porque un error de tipo II significaría que estás aprobando algo que debería estar prohibido. Alguien que prohíbe todo el tiempo no comete errores de tipo II. Por supuesto que comete muchos errores de tipo I, porque prohíbe incluso cuando no debería”.

⁴⁵ Hovenkamp, Herbert (2016). “Antitrust Balancing”, Faculty Scholarship at Penn Law 1786, p.11. Disponible en: <<http://go.fn.cl/f3bxp>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

⁴⁶ Whish, Richard y Bailey, David (2021). “Competition Law”, Oxford: Oxford University Press, p.203. “Un falso positivo se produce cuando una autoridad de competencia concluye erróneamente que un comportamiento pro competitivo es abusivo: un perjuicio para la(s) empresa(s) declarada(s) culpable(s), pero también para los consumidores, ya que se prohibirá el comportamiento pro competitivo. El problema aquí es que la ley es excesivamente inclusiva. Un falso negativo se produce cuando una autoridad de competencia concluye erróneamente que el comportamiento anticompetitivo no es ilegal y, por tanto, lo permite: un perjuicio evidente para los consumidores. En este caso, la ley es poco inclusiva”. Cita en idioma original: “A false positive occurs where a competition authority incorrectly concludes that pro-competitive behavior is abusive: a harm to the firm(s) found guilty, but also to consumers, since pro-competitive behavior will be prohibited. The problem here is that the law is over-inclusive. A false negative occurs where a competition authority incorrectly concludes that anti-competitive behavior is not illegal and therefore permits it: an obvious harm to consumers. Here the law is under-inclusive”.

⁴⁷ Condorelli, Daniele y Padilla, Jorge (2020). “Harnessing Platform development in the Digital World”, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 16, N°2, pp.36-38.

en principio fomenta la competencia, pero una autoridad de competencia podría probar una infracción acreditando que la conducta es nociva.

- (iv) Si se estima que el riesgo de error de tipo I es altamente probable, la conducta debe ser legal bajo cualquier circunstancia.

De esta forma, cuando la magnitud del error tipo I (intervenir cuando esto no es deseable para la competencia) es elevada —como ciertamente sería intervenir en términos tan amplios y excesivamente generales como los planteados en la Solicitud, y más aún, en ausencia de evidencia sustantiva acerca de la necesidad de regulación— debido a los reducidos riesgos esperados y/o al importante espacio para eficiencias⁴⁸, lo recomendable es adoptar un enfoque basado en la regla de la razón.

Una regulación como la perseguida por Conadecus en el Proyecto de Ley, dada su amplitud y excesiva generalidad, está destinada a producir impactos negativos. ¿Es realmente eficiente y adecuado que en todos los casos se prohíba que una empresa esté presente en el sector financiero y en empresas del mundo no financiero? ¿Es realmente eficiente y adecuado que en todos los casos se prohíba que las empresas tengan más de dos capas? ¿Ello sin realizar un análisis de riesgos y de sus contrapesos con las eficiencias involucradas? Más allá de que estas preguntas exceden el ámbito de aplicación del DL 211, lo cierto es que la respuesta a ambas no puede sino ser negativa.

En efecto, al contrastar la magnitud de los riesgos hipotéticos asociados a las prácticas expuestas en la Solicitud con sus potenciales eficiencias, no parece razonable un estándar de ilegalidad *per se*, como el que busca Conadecus. Entre otras razones, porque:

“[E]l uso de la regla per se se justifica en aquellas situaciones en las que los costos asociados a los chilling effects –efectos disuasivos de conductas procompetitivas (errores tipo I) que surgen como consecuencia de relevar al demandante de tener que probar mercado relevante/poder de mercado/efecto anticompetitivos y de impedir al demandado interponer defensas de eficiencia–, son menores a los beneficios y/o ahorros en los costos derivados de la aplicación de una regla fácil de administrar, más el aumento del bienestar social a consecuencia de la disminución de conductas anticompetitivas que quedan sin sanción (errores tipo II)”⁴⁹.

⁴⁸ Si bien se volverá sobre este punto *infra*, algunas de las ganancias en eficiencias de los conglomerados empresariales en beneficio de los consumidores son: eliminación de doble marginalización, reducción de asimetrías de información (permitiendo evitar problemas de *hold-up* y comportamientos oportunistas), disminución de costos de transacción, conformación de mercados laborales internos, economías de escala y de ámbito, y mejoras de gobiernos corporativos, entre otras.

⁴⁹ Grunberg, Jorge y Montt, Santiago (2017). “La prueba de la colusión”, Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 - 2017), p.321. Disponible en: <<http://go.fn.cl/ywfg>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. En un sentido similar, O’Donoghue y Padilla señalan que: “Por lo general, se justifica que una práctica comercial sea tratada como ilegal per se cuando es: (1) altamente probable que la práctica produzca efectos anticompetitivos y (2) altamente improbable que tenga efectos procompetitivos. El caso obvio son los cárteles horizontales. Éstos están prohibidos per se porque los carteles horizontales son casi siempre perjudiciales para la competencia y rara vez tienen eficiencias compensatorias. Según la teoría de la decisión, una prohibición per se se justifica si y sólo si el coste esperado de un error de tipo II (es decir, el coste esperado de descubrir que la práctica es procompetitiva cuando en realidad es

En este contexto, no se justifica aplicar un estándar *per se* en este caso, pues los costos asociados a los *chilling effects*⁵⁰ son mayores a los ahorros que supone una regla de esa naturaleza, y tampoco se avizora que la propuesta de regulación que realiza Conadecus sea una regla fácil de administrar o que lleve a sancionar conductas ilícitas que en la actualidad quedan sin sanción. En efecto, tampoco la propuesta de Conadecus implica un aumento verificable en el bienestar social. De hecho, diversas autoridades de competencia y la literatura económica coinciden en que la integración vertical y la formación de conglomerados conllevan importantes eficiencias tanto por el lado de la demanda como de la oferta, como se describe a continuación.

Una aproximación desde la regla de la razón, y no una regulación general y *ex ante* —menos una de la amplitud y excesiva generalidad de la Solicitud—, es lo que correspondería, de ser necesario, en un caso como éste.

II.3. Ámbito de competencia material del H. Tribunal cuando se trata de recomendaciones normativas. El H. Tribunal no es la autoridad adecuada para impulsar el Proyecto de Ley, considerando que el ámbito de las Medidas que incluiría excede por mucho el de la libre competencia

H. Tribunal, el artículo 7° de la Constitución dispone que “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley” y que “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

Pues bien, el alcance material de las facultades otorgadas a este H. Tribunal se encuentra claramente definido por el artículo 5° del DL 211, el que establece que “el Tribunal de Defensa de

anticompetitiva) es grande, mientras que el coste esperado de un error de tipo I (es decir, el coste esperado de descubrir que la práctica es anticompetitiva cuando en realidad es procompetitiva) es insignificante o nulo”. Cita en idioma original: “According to decision theory, a *per se* prohibition is justified if and only if the expected cost of a type II error (i.e., the expected cost of finding that the practice is procompetitive when it is in fact anticompetitive) is large while the expected cost of a type I error (i.e., the expected cost of finding that the practice is anticompetitive when it is in fact procompetitive) is negligible or zero”. O’Donoghue, Robert y Padilla, Jorge Atilano (2020). “The Law and Economics of Article 102 TFEU”, Oxford: Hart Publishing, p.860. Desde la teoría económica de la decisión, “[l]a justificación del Tribunal Supremo para las reglas *per se* puede explicarse en los términos del análisis que aquí se presenta. En el enfoque teórico de la decisión, la regla *per se* es apropiada cuando se cumplen dos condiciones. En primer lugar, sobre la base de las presunciones y la información preliminar recabada por el tribunal, la supuesta conducta anticompetitiva conduce a una expectativa de perjuicio neto para el consumidor sobre la base del valor esperado. En segundo lugar, a la luz de los costes y beneficios de recopilar y considerar información adicional, es más económico tomar una decisión sobre la base de la limitada información actual que soportar el coste de mejorar la precisión de la decisión recopilando y considerando más información. Es decir, los costes de la información adicional superan los beneficios esperados”. Cita en idioma original: “The Supreme Court’s rationale for *per se* rules can be explained in the terms of the analysis presented here. In the decision theoretic approach, the *per se* rule is appropriate when two conditions are satisfied. First, on the basis of the presumptions and the preliminary information gathered by the court, the alleged anticompetitive conduct leads to an expectation of net consumer harm on an expected value basis. Second, in light of the costs and benefits of gathering and considering additional information, it is more economical to make a decision on the basis of the current limited information rather than bear the cost of improving the accuracy of the decision by gathering and considering more information. That is, the costs of the additional information exceed the expected benefits”. Beckner III, Frederick y Salop, Steven C. (1999). “Decision Theory and Antitrust Rules”, Antitrust Law Journal, Vol. 67, N° 1, p.63.

⁵⁰ Esto es, los efectos de disuadir conductas legítimas o beneficiosas para la competencia. Véase al respecto: Columbia Law Review Association (1969). “Note: Chilling Effect in Constitutional Law”, Columbia Law Review, Vol. 69, N°5; y, Jef, De Mot y Faure, Michael (2014). “Public Authority Liability and the Chilling Effect”. Tort Law Review, N°22, pp. 120-133. Disponible en: <<http://go.fn.cl/0vylv>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

la Libre Competencia es un órgano (...) cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”. Esta norma, que fija el alcance material de la competencia que se ha otorgado al H. Tribunal por el legislador, es aplicable respecto de todas las atribuciones consagradas en el artículo 18 del DL 211, pues éstas le fueron entregadas precisamente para el cumplimiento de la función establecida en el artículo 5°.

Tanto este H. Tribunal como la Excma. Corte Suprema han fallado conforme a este criterio cuando se han visto enfrentados a causas que tratan sobre cuestiones ajenas a la libre competencia, señalando que no es ésta la sede que deba pronunciarse al respecto. Así, este H. Tribunal ha acogido excepciones de incompetencia absoluta señalando que “de lo expuesto precedentemente se concluye que la acusación planteada no guarda relación con el ámbito de competencia de este Tribunal, por razón de materia, al tratarse de un asunto de naturaleza civil o comercial derivado de los eventuales incumplimientos a los contratos”⁵¹.

En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha fallado que: “[e]sclarecido lo anterior, resulta evidente que la demanda intentada en autos por Constructora Luis Navarro SpA, pese a la pretensión de la actora de dotarla de una apariencia propia de la materia que es de competencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, incide en cuestiones que son de exclusivo conocimiento del Tribunal de Contratación Pública”⁵² y que “los argumentos antes descritos carecen de aptitud para teñir de ilicitud a las comunicaciones remitidas por Trefimet a Codelco y ENAMI, pues ambas conclusiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia recaen en un asunto jurídico, de derecho, no fáctico, alejándose del ámbito de su competencia e idoneidad, al referirse a la plausibilidad de la infracción a la Ley N° 19.039 que fue imputada a don Oscar Morales, asunto entregado por el legislador al conocimiento y resolución de un órgano jurisdiccional especial e independiente, consistente en el Tribunal de Propiedad Industrial”⁵³.

Este criterio ha sido también adoptado por la Excma. Corte Suprema en casos en que las cuestiones sometidas a su conocimiento han sido de competencia de autoridades administrativas:

“En este contexto, si bien se ha resuelto que existen amplias facultades para definir cuáles son las medidas que se han de adoptar para que el hecho, acto o convención de que se trata se ajuste a las normas y principios que imperan en materia de libre competencia, es la autoridad administrativa correspondiente y no esta sede la llamada a regular el sistema de pagos y determinar concretamente los cobros respectivos integralmente, con prontitud, entregando certeza y estabilidad a todos quienes forman parte del modelo imperante”⁵⁴.

⁵¹ H. Tribunal, resolución de 5 de enero de 2024, en causa rol C N°498-2023. En el mismo sentido, véase también H. Tribunal, resolución de 4 de enero de 2024, en causa rol C N°495-2023.

⁵² Excma. Corte Suprema, sentencia de 5 de octubre de 2020, en causa rol N°8843-2019, ¶16.

⁵³ Excma. Corte Suprema, sentencia de 8 de junio de 2020, en causa rol N°26.525-2018, ¶16.

⁵⁴ Excma. Corte Suprema, sentencia 8 de agosto de 2022, en causa rol N°82.4222021, ¶33.

En ese sentido, y considerando que el derecho de la libre competencia tiene por rol neutralizar y reprimir conductas que tengan o puedan tener efectos nocivos en la competencia, en la respetuosa opinión de Falabella, la mayor parte de las preocupaciones esgrimidas por Conadecus —aun si estas fueran efectivas— se encontrarían fuera del ámbito de competencia material en el cual el H. Tribunal puede actuar, sobre lo que se volverá *infra* en §III.4.

Habiéndose ya establecido que la dictación de una regulación general y *ex ante* como la que propone Conadecus no es la solución adecuada para hacerse cargo de sus preocupaciones, de considerarse éstas efectivas, lo cierto es que menos procedente es intentar alcanzar esa solución de forma general y *ex ante* desde la sede de libre competencia, a propósito de la aplicación del DL 211 y del bien o los bienes jurídicos protegidos en esta sede. En efecto, las preocupaciones de Conadecus, justificadas o no, trascienden por mucho aquellas de libre competencia, y el análisis técnico de esta sede —que este H. Tribunal está llamado a realizar según su mandato legal y conforme a su propia jurisprudencia— no contempla objetivos como los relevados por Conadecus (tales como son mejorar el acceso a financiamiento de las PYMES o proteger los intereses de accionistas minoritarios)⁵⁵. Sobre esta materia, este H. Tribunal ha sostenido que el derecho de la libre competencia debe proteger la eficiencia, el proceso competitivo y el bienestar del consumidor⁵⁶, restándose de proteger bienes jurídicos ajenos a la libre competencia y de intervenir en materias que no le han sido encomendadas por ley⁵⁷.

En efecto, el derecho y política de libre competencia no están llamados a resolver *ex ante* eventuales problemas que pueda tener la “economía nacional” como un todo, sino que apuntan a mejorar la manera en que funcionan mercados específicos, típicamente sancionando de forma *ex post* las conductas anticompetitivas⁵⁸; no buscan tampoco resolver potenciales problemas económicos en general del país, sino que apuntan a que los mercados específicos donde haya alteraciones de libre competencia funcionen mejor para que, como consecuencia de ello, se produzcan bienes y servicios a mejores precios, de mejor calidad y con la calidad y en cantidades óptimas⁵⁹. En general, el derecho de la competencia es reactivo a su utilización para fines de política

⁵⁵ Solicitud, ¶167.

⁵⁶ Véase, a este respecto, lo señalado por este H. Tribunal en sentencia de 15 de noviembre de 2021, en causa rol C-359-18: “(...) En otras palabras, solo pueden juzgarse aquellas actuaciones que pueden vulnerar el bien jurídico tutelado en esta sede, vale decir, el proceso competitivo y, en último término, el bienestar de los consumidores”. H. Tribunal, sentencia de 15 de noviembre de 2021, en causa rol C-359-18, p.73.

⁵⁷ Véase lo resuelto por este H. Tribunal con fecha 26 de abril de 2012, en causa rol NC N°399-11: “Así, este Tribunal considera que el centro de la preocupación de la autoridad de competencia a la hora de evaluar una operación de concentración no radica en maximizar el bienestar social como objetivo, ya que si se pusiera el acento en tal finalidad, se correría el riesgo de que autoridades de competencia intervengan en materias que la ley no le ha encomendado. Así ocurriría, por ejemplo, si se aprobara una operación de concentración que aumenta fuertemente los precios al consumidor -de, por ejemplo, los combustibles fósiles- justificado en que se considerara socialmente beneficioso que se reduzca su consumo y así se limite la contaminación atmosférica. En otras palabras, el objetivo central de este Tribunal es el de evaluar los efectos en los precios de una concentración empresarial, por lo que debe darse más relevancia a aquellas eficiencias que induzcan a una reducción de precios que compense los efectos anticompetitivos de la misma”. H. Tribunal, resolución de 26 de abril de 2012, en causa rol NC N°399-11, ¶10.10.

⁵⁸ Y es necesario hacer el punto de que incluso en los muy excepcionales casos en que el derecho de libre competencia opera de forma *ex ante*, por ejemplo, al aplicarse el régimen de control de operaciones de concentración, en ese caso las autoridades de libre competencia también determinan con precisión el o los mercados relevantes afectados por la operación bajo análisis.

⁵⁹ Este es el caso incluso cuando el H. Tribunal dicta instrucciones de carácter general en los términos del artículo 18 N°3 del DL 211 —que podría argumentarse que es la atribución más expansiva de esta magistratura— pues incluso en dicho escenario el H. Tribunal ejerce sus facultades respecto de uno o más mercados relevantes específicamente definidos y en relación con conductas o estructuras de mercado concretas (y no en referencia a toda la economía nacional).

pública muy diversos y disímiles entre sí, pues transforma a los jueces o agencias de competencia en suprareguladores con potestades exorbitantes —un rol poco deseable desde la perspectiva de un buen diseño institucional—⁶⁰. Se trata, en consecuencia, de una herramienta que se construye y aplica en el *caso a caso*, respecto de una o más conductas anticompetitivas y mercados relevantes claramente definidos. Por ello es que los términos de la Solicitud de Conadecus son simplemente extraños al derecho y política de libre competencia, bajo los términos que el DL 211 define, pues son de una generalidad y excesiva amplitud tales que las herramientas del derecho y política de libre competencia no están diseñadas para conocer. Ello queda de manifiesto cuando se constata que lo que está pidiendo Conadecus al H. Tribunal es que diseñe una única solución que sea aplicable a toda la economía nacional, respecto de riesgos que —en la mayoría de los casos— nada tienen que ver con la libre competencia.

En suma, la Solicitud de Conadecus es ajena a las características y objetivos de la política y derecho de libre competencia, por cuanto no se condice con: **(i)** su naturaleza esencialmente *ex post*; ni, **(ii)** con el carácter excepcional de su intervención, fundado principalmente en la existencia de conductas contrarias a la normativa de libre competencia en mercados relevantes específicamente definidos. Asimismo, la Solicitud de Conadecus es también ajena al ámbito de competencia material de este H. Tribunal, cuya misión es tutelar los bienes jurídicos protegidos por la normativa de libre competencia, según lo ha establecido la jurisprudencia de este H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema⁶¹.

Dicho lo anterior, lo cierto es que nada impide que el derecho de libre competencia sí pueda ser utilizado como una herramienta apta para hacerse cargo de algunas de las preocupaciones de Conadecus, mas no en los términos de la Solicitud, sino que como resultado de su aplicación en el evento de que sea necesario sancionar atentados concretos a la libre competencia cometidos por algún conglomerado o entidad determinada, que tengan lugar en mercados específicos y cuya prueba se someta a las reglas del debido proceso.

⁶⁰ Zimmer, Daniel (2012). "The Goals of Competition Law", Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, p.57. "[E]l enfoque predominante en EE.UU. limita estrictamente la legislación sobre libre competencia a la promoción de la eficiencia económica en forma de bienestar total o del consumidor". Cita en idioma original: "[T]he prevalent approach in the US strictly confines antitrust law to the promotion of economic efficiency in the form of consumer or total welfare". En similar sentido, Wright y Ginsburg señalan: "De hecho, en la actualidad existe amplio consenso de que esta evolución hacia el bienestar, lejos de consideraciones no económicas, ha beneficiado a los consumidores y a la economía en general". Cita en idioma original: "Indeed, there is now widespread agreement that this evolution toward welfare and away from noneconomic considerations has benefitted consumers and the economy more broadly". Wright, Joshua y Ginsburg, Douglas (2013). "The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice", Vol. 81, p.2406. Disponible en: <<http://go.fn.cl/x80r5>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. También se pronuncia en ese sentido Kovacic: "Aunque los académicos de la Escuela de Chicago y de la Escuela de Harvard no definen la eficiencia de forma idéntica, las dos escuelas desaconsejan la consideración de objetivos ajenos a la eficiencia, como la dispersión del poder político y la preservación de las oportunidades de competir para las empresas más pequeñas". Cita en idioma original: "Although Chicago School and Harvard School scholars do not define efficiency identically, the two schools discourage consideration of non-efficiency objectives such as the dispersion of political power and the preservation of opportunities for smaller enterprises to compete". Kovacic, William (2007). "The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix", Columbia Business Law Review, pp.34-35. Disponible en: <<http://go.fn.cl/l9czy>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. Al respecto, Santiago Montt señala que "existe un relativo consenso respecto a que la política de la competencia debe orientarse a la protección de la competencia y no de los competidores. El objetivo buscado es el bienestar social o eficiencia, ya sea entendida como bienestar total o como excedente de los consumidores. Chile ciertamente comparte esta orientación, al menos en lo que puede observarse de la actividad del TDLC". Montt, Santiago (2010). "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas", Centro de Regulación y Competencia Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p.12.

⁶¹ Ver supra §II.3.

Lo anterior, porque lo que busca corregir el derecho de libre competencia es el abuso de posición dominante o conductas coordinadas (no la *concentración económica agregada o sumada a partir de las participaciones en mercados distintos*); lo que simplemente no es posible corregir mediante una regulación *ex ante*, menos mediante una general y extremadamente amplia como la planteada por Conadecus, que no es propia de la sede de libre competencia. En efecto, la forma de corregir un abuso de posición de dominio o una conducta coordinada es a través de la persecución, *ex post*, de actos de esta naturaleza —que tienen lugar en mercados específicos y no en la *economía nacional* en abstracto—.

Por todo lo anterior, no puede sino señalarse que el H. Tribunal no es la autoridad adecuada para evaluar la pertinencia de recomendar el Proyecto de Ley, considerando: (i) que su ámbito de aplicación excede por mucho el de la libre competencia; y, (ii) que la Solicitud de Conadecus es completamente extraña a las herramientas del derecho de competencia.

III. Incluso de ser efectivas las preocupaciones de Conadecus y de estimarse que el derecho y la política de libre competencia son los encargados de resolverlas de forma *ex ante*, la Solicitud debe ser rechazada por no concurrir los requisitos para aplicar el artículo 18 N°4 del DL 211

El artículo 18 N°4 del DL 211 faculta al H. Tribunal para recomendar al Poder Ejecutivo: **(i)** la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia; y, **(ii)** la dictación de preceptos legales o reglamentarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de *determinadas* actividades que se presten en condiciones no competitivas.

Esta atribución, particularmente aquella referida en **(ii)**, es una bastante excepcional si se analizan las atribuciones que tienen otros tribunales y autoridades de libre competencia en el mundo. Ese es el caso pues no todas las autoridades tienen labores de *advocacy*, y porque, aquellas que las tienen, por regla general no cuentan con la atribución de recomendar a quien funge como (co)legislador o elaborador de normas administrativas la dictación de leyes o reglamentos⁶².

Es por ello que no debiese sorprender que el H. Tribunal haya siempre ejercido esta atribución con particular cautela, y que la sistemática jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema indiquen que el ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 18 N°4 del DL 211 “*es una decisión privativa y discrecional de este Tribunal*”.

No está, por lo tanto, el H. Tribunal obligado a ejercer esta facultad. Lejos de ello, de hecho, la jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema han establecido claramente que esta atribución debe ejercerse con particular prudencia, y solamente en aquellos casos y circunstancias en que se cumpla, al menos, con las siguientes condiciones: **(i)** debe existir una necesidad de

⁶² International Competition Network (2002). “*Advocacy and Competition Policy*”, reporte preparado por el Advocacy Working Group, p.13. Disponible en: <<http://go.fn.cl/ep1d3>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; **(ii)** debe en todo caso ejercerse respecto de mercados relevantes específicos y determinados; **(iii)** debe necesariamente ejercerse considerando otras iniciativas sobre la misma materia que se estén tramitando por otros poderes del Estado; **(iv)** debe ejercerse exclusivamente respecto de asuntos vinculados a la normativa de libre competencia; **(v)** debe ejercerse considerando sus impactos en bienes jurídicos distintos de la libre competencia; y, **(vi)** debe necesariamente ejercerse dentro del marco de la constitucionalidad vigente.

En las secciones que siguen daremos cuenta de cómo la Solicitud de Conadecus no cumple con ninguno de los requisitos referidos, por lo que, en la respetuosa opinión de Falabella, ésta simplemente no puede prosperar.

III.1. La necesidad de que la facultad propositiva de dictación de una norma se ejerza exclusivamente cuando se acredite la necesidad de fomentar la competencia o regular el ejercicio de “determinadas” actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas

En este punto, el DL 211 es claro, y lo es también la jurisprudencia del H. Tribunal. En efecto, una de las razones en virtud de las cuales el H. Tribunal ha decidido no ejercer la facultad de recomendación normativa ha sido porque no se acompañaron antecedentes que justificaran la necesidad o de fomentar la competencia o de regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se prestan en condiciones no competitivas. Así, a modo de ejemplo, el H. Tribunal ha sostenido que:

“(...) el supuesto para solicitar la dictación de una norma legal o reglamentaria radica en la necesidad de fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. Sin embargo y como se verá, del examen de los antecedentes aportados en autos se concluye que la solicitud no descansa en ninguno de los supuestos que contempla la ley para que pueda formularse una proposición normativa, razón por la cual esta facultad no será ejercida”⁶³.

Pesa, entonces, sobre Conadecus, la carga de demostrar que sería necesario fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se prestan en condiciones no competitivas. Más allá de algunas afirmaciones genéricas (según las cuales existirían en el país excesivos niveles de concentración o que Chile se habría convertido en un país *carísimo*⁶⁴), sobre las que no ha acompañado sustento alguno, la Solicitud no entrega realmente antecedentes que permitan concluir que ésta *descansa en alguno de los supuestos que contempla la ley para que pueda formularse una proposición normativa*.

⁶³ H. Tribunal, resolución de 24 de julio de 2019, en causa rol ERN N°25/2018, ¶13.

⁶⁴ Solicitud, ¶12.

Y lo cierto es que es muy complejo que pueda hacerlo pues, como primer punto, y se volverá sobre esto *infra*, la Solicitud ni siquiera especifica él o los mercados relevantes sobre los cuales recae, pues se limita a incorporar referencias a la necesidad de que el H. Tribunal tome medidas respecto de la *economía nacional*⁶⁵. Una solicitud de esta naturaleza no puede prosperar pues: **(i)** el fomento de la competencia no puede predicarse respecto de la economía nacional como un todo, sino que debe ceñirse a una o más industrias respecto de las cuales el H. Tribunal pueda hacer un análisis detallado y acucioso; y, **(ii)** la ley exige que, en el caso de aplicarse el otro supuesto —esto es, que se regule el ejercicio de determinadas actividades económicas que se prestan en condiciones no competitivas—, la facultad de recomendación normativa se ejerza respecto de actividades económicas *determinadas* y siempre que se presten en *condiciones no competitivas*, lo que necesariamente supone hacer una evaluación de los niveles de competencia de cada mercado relevante concernido.

En efecto, en relación con lo anterior, un mayor o menor nivel de competencia puede predicarse exclusivamente respecto de mercados relevantes correcta y específicamente definidos. Por lo mismo, mal podría el H. Tribunal en un procedimiento como éste pretender fomentar la competencia de la *economía nacional* como un todo, pues supondría que el H. Tribunal tenga que analizar todos y cada uno de los mercados relevantes que existen en el país para concluir que todos ellos requieren que se fomente la competencia. Lo que haría la labor del H. Tribunal inoficiosa. Ello supondría además que el H. Tribunal pueda atribuir causalmente un deficiente funcionamiento de todas las industrias existentes en Chile —desde la más modesta a la más compleja— a la existencia de una determinada estructura de propiedad, en la cual los agentes del *conglomerado* del que se trate ni siquiera participan. En efecto, solamente cuando **(i)** todas las industrias de Chile; **(ii)** funcionen en condiciones no competitivas; y, **(iii)** ello sea causalmente atribuible a una determinada estructura de propiedad de ciertos agentes económicos específicos (pero que no participan de todas las industrias), podrá el H. Tribunal recomendar una determinada regulación. El respeto del principio de no contradicción no parece permitir tal conclusión.

Así, Conadecus simplemente no ha acompañado antecedentes que permitan al H. Tribunal concluir que la Solicitud *descansa en alguno de los supuestos que contempla la ley para que pueda formularse una proposición normativa*.

III.2. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza respecto de mercados relevantes específicos y determinados

Muy relacionado con lo que se adelantó en la sección anterior, la jurisprudencia del H. Tribunal es consistente al sostener que es necesario que las solicitudes de dictación de una recomendación normativa deben recaer sobre uno o más mercados relevantes específicamente definidos, tal como ocurre con el ejercicio de todas y cada una de las atribuciones del H. Tribunal.

⁶⁵ *Ibid.*, ¶4.

En el caso de la atribución del artículo 18 N°4 del DL 211, ello se ve reforzado por la referencia a “regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas” y porque la referencia a “fomentar la competencia” no puede entenderse hecha en el vacío; la competencia por definición tiene lugar y se fomenta en mercados relevantes específicos y determinados.

Prueba de lo anterior es que en todas las oportunidades en que el H. Tribunal ha ejercido la atribución de recomendar la dictación de preceptos legales o reglamentarios, lo ha hecho en referencia a mercados específicos y luego de analizar de forma exhaustiva las características y condiciones de competencia de dichos mercados en particular⁶⁶. De hecho, parte importante del análisis llevado adelante por el H. Tribunal en sus resoluciones de término ha dicho relación con la definición y descripción de los mercados relevantes involucrados en la solicitud respectiva⁶⁷.

La Excm. Corte Suprema también ha sido clara en este punto. Ha sostenido, por ejemplo: “que, por consiguiente, para resolver sobre la procedencia de ejercer la referida facultad, es necesario precisar si conforme a los supuestos fácticos que entregaron los aportantes, efectivamente, existe en el mercado de la fijación de tarifas por el uso y pago de los derechos intelectuales, factores que alteran o impiden el ejercicio de una libre competencia (...). Así, cabe señalar que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos”⁶⁸. Esto último es fundamental, pues es bien sabido que la existencia de una posición de dominio solamente puede predicarse respecto de un mercado relevante específico correctamente definido.

En esa misma línea, la Excm. Corte Suprema resolvió que: “se hace necesario entonces, para determinar la procedencia de la recomendación normativa que se sugiere por los reclamantes, que previamente se determine si las EGCs ejercen en el mercado relevante al que pertenecen, una posición dominante sin contrapesos que les haya permitido fijar y obtener el pago de tarifas supracompetitivas en desmedro de los usuarios”⁶⁹.

Como bien sostuvo la doctrina: “la solicitud de Conadecus es indeterminada a tal punto que no define ni identifica los mercados específicos que requieren una reglamentación que fomente una mayor competencia, ni actividades económicas concretas cuyo ejercicio competitivo debe ser regulado. La petición de Conadecus puede apreciarse como un requerimiento de regulación a

⁶⁶ Véase, en este sentido, las proposiciones de expediente de recomendación normativa que se indican a continuación, todas las cuales están referidas a actividades económicas específicas: Proposición de ERN N°12/2010, referida a la extracción de recursos pesqueros; Proposición de ERN N°17/2013, referida a los créditos prendarios o pignoraticios; Proposición de ERN N°20/2014, referida al mercado de medios de pago; Proposición de ERN N°21/2014, referida a las transacciones de espectro radioeléctrico; Proposición de ERN N°22/2014, referida a ciertos servicios determinados de suministro de energía eléctrica; Proposición de ERN N°23/2015, referida al mercado de intermediación de valores en Chile; Proposición de ERN N°24/2018, referida a la transmisión, distribución y generación de energía eléctrica; Proposición de ERN N°25/2018, referida al pago de derechos de autor.

⁶⁷ Véase, a modo de ejemplo: H. Tribunal, resolución de 31 de agosto de 2022, en causa rol ERN N°27/2021, §5C. e i.

⁶⁸ Excm. Corte Suprema, resolución de 10 de septiembre de 2020, en causa rol N°34.103-2019, ¶13.

⁶⁹ Ibid., ¶18.

determinados agentes del mercado por la única razón de que ellos detentarían mucho poder, atendido que participan en muchos mercados (no especificados)”⁷⁰.

En ese contexto, los análisis realizados por el H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema en los expedientes de recomendación normativa citados hasta este punto son sencillamente imposibles de replicar respecto de la Solicitud de Conadecus, desde que ésta se refiere a toda la *economía nacional*. ¿Cómo se determina la existencia de una posición de dominio en la economía nacional? ¿Cómo se determina si existen *condiciones de competencia suficientes* en toda la economía nacional? Justamente porque no es posible hacerlo es que tanto el DL 211 como la jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema exigen que la solicitud de dictación de una proposición normativa se refiera a mercados relevantes específicos y determinados. Dado que la Solicitud de Conadecus no cumple con este requisito, esta es otra razón en virtud de la cual aquella no puede prosperar.

III.3. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza considerando otros pronunciamientos o iniciativas que se estén tramitando por otros poderes del Estado

Otra de las razones en virtud de las cuales el H. Tribunal ha decidido no ejercer la atribución que le concede el artículo 18 N°4 del DL 211 ha sido el hecho de que la materia respecto de la cual versa la solicitud de inicio del expediente de recomendación normativa haya estado ya siendo conocida o hubiera sido conocida por otro órgano de la administración del Estado.

En relación con este punto, el H. Tribunal ha señalado con claridad que:

“(…) la facultad se torna inoficiosa e inconducente si con anterioridad a la recomendación el Ejecutivo se pronuncia de algún modo favorable o desfavorable sobre la misma materia que es objeto de aquella (lo que equivale, en cierta forma, a una notificación de la eventual propuesta por parte del Tribunal). Nótese que en ambas situaciones la facultad no debe ser ejercida, aun cuando la emisión de juicios o la convocatoria a emitirlos pudiere llegar a estimarse conveniente desde la perspectiva de la libre competencia. A nuestro entender, en el presente caso se verifican los supuestos para estimar que la facultad no debe ser ejercida. En efecto, los antecedentes del expediente dejan de manifiesto que el Ministerio de Energía, organismo colaborador de S.E. el Presidente de la República en la materia objeto del proceso, no sólo tomó conocimiento de la propuesta de modificación del marco normativo de la actividad de transmisión propuesta por Celeo Redes, sino que se pronunció abiertamente a su favor”⁷¹.

⁷⁰ Burmester, Angélica (2023). “Admisibilidad de la solicitud de Conadecus sobre concentración económica ¿una decisión adecuada?”. Disponible en: <<http://go.fn.cl/jsl4i>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

⁷¹ H. Tribunal, resolución de 26 de diciembre de 2018, en causa rol ERN N°24/2018, ¶¶8 y 10. En el mismo sentido, H. Tribunal, resolución de 4 de julio de 2023, en causa rol ERN N°31/2023, ¶16.

En el mismo sentido, el H. Tribunal ha resuelto no ejercer su facultad de dictación de expediente de recomendación normativa considerando, entre otras razones, que: “S.E. la Presidenta de la República, mediante mensaje N°442-362 de 27 de agosto de 2014, presentó a la H. Cámara de Diputados un proyecto de ley destinado, precisamente, a desarrollar un mercado secundario de espectro radioeléctrico (boletín N°9541-15) que recoge, en lo sustancial, los principales aspectos que se han ventilado en este proceso”⁷².

El H. Tribunal también ha decidido que: “a este respecto, cabe señalar que el proyecto de ley que finalizó con la dictación de la Ley N°20.435 se hizo cargo de materias y consideraciones relacionadas con la libre competencia y tuvo como objetivo, entre otros, alcanzar ‘el equilibrio entre el derecho a cobrar por la utilización de obras y el control del abuso que pudiesen llegar a ejercer entidades de gestión con posición dominante en el mercado’ (Historia de la ley N°20.435, Mensaje Presidencial, boletín 5012-03, página 13)”⁷³, para luego resolver que “así, se puede apreciar que los problemas de libre competencia advertidos en el anterior diseño institucional del procedimiento de fijación y negociación de tarifas fueron tomados en consideración durante la tramitación previa a la dictación de la Ley N°20.435”⁷⁴.

Por su parte, el exministro del H. Tribunal, señor Javier Tapia Canales, sostuvo que: “todo lo anterior hace que el ejercicio de la facultad propositiva en el presente caso sea improcedente. El expediente de recomendación normativa fue iniciado para analizar si era necesario y oportuno recomendar al Poder Ejecutivo la dictación de normas legales y reglamentarias sobre transacciones parciales de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico. El petitorio de la presentación de la Fiscalía Nacional Económica con que se dio inicio al proceso es explícito en ello (véase fojas 83). Sin embargo, con posterioridad a la solicitud de la Fiscalía Nacional Económica, S.E. la Presidenta de la República presentó a la H. Cámara de Diputados un proyecto de ley destinado a desarrollar un mercado secundario de espectro radioeléctrico (...). Se trata ésta de la misma materia objeto de la petición de la Fiscalía. De acuerdo a lo explicado, ese hecho sobreviniente produjo que el ejercicio de la potestad propositiva por este Tribunal perdiera su oportunidad, pues el Ejecutivo ya identificó los problemas de competencia que justificarían una reforma y ejerció su iniciativa legal con el objeto de incorporar dichos cambios a la Ley General de Telecomunicaciones”⁷⁵.

Para finalizar, más recientemente y de forma consistente con los casos previos, el H. Tribunal resolvió que: “la facultad propositiva no habilita a este Tribunal para formular comentarios o recomendaciones a proyectos futuros. El artículo 18 N°4 del D.L. N°211 no confiere una autorización para participar u opinar en la preparación de una futura modificación o derogación de normas reglamentarias o legales, sin que este Tribunal haya sido convocado para ello directamente por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo (quien está habilitado para

⁷² H. Tribunal, resolución de 26 de diciembre de 2018, en causa rol ERN N°24/2018, ¶114.

⁷³ H. Tribunal, resolución de 24 de julio de 2019, en causa rol ERN N°25/2018, ¶41.

⁷⁴ Ibid., ¶44.

⁷⁵ H. Tribunal, resolución de 11 de junio de 2015, en causa rol ERN N°21/2014, voto de minoría, ¶16.

*hacerlo al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°18.918, Orgánica Constitucional del H. Congreso Nacional)*⁷⁶.

En virtud de estas decisiones del H. Tribunal, resulta fundamental considerar el hecho de que parte relevante de la Solicitud de Conadecus ya se encuentra abordada por: **(i)** la regulación vigente en el país; **(ii)** proyectos de ley en actual tramitación o diseño; y, **(iii)** normas de carácter general (“NCG”) y proyectos de NCG de la CMF. Se volverá sobre estos puntos *infra*, pero lo que es necesario dejar establecido desde ya es que, por razones diversas de la normativa de libre competencia, el Poder Ejecutivo ya está tomando medidas para hacerse cargo de las cuestiones relacionadas con estructuras de propiedad de los agentes económicos —ciertamente de mejor forma de lo que las Medidas planteadas por la Solicitante lo harían— por lo que el ejercicio de la atribución del artículo 18 N°4 por parte del H. Tribunal se ha tornado, en palabras del propio H. Tribunal en otros casos, inoficioso e inconducente.

Para finalizar, cabe destacar también que la propia Conadecus señala que el informe del señor Zingales, al que tanto hace referencia en la Solicitud, fue entregado recientemente al Ministerio de Hacienda⁷⁷, lo que da cuenta, de nuevo, de que el Ejecutivo ya está involucrado en el asunto que levantó Conadecus por las vías y procedimientos que resultan pertinentes.

III.4. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza respecto de asuntos vinculados a la normativa de libre competencia

En este punto, el H. Tribunal también ha sido claro. Desde sus primeras decisiones en casos de expedientes de recomendación normativa, ha señalado que: *“al respecto, es preciso considerar que las atribuciones de este Tribunal deben entenderse delimitadas por su función de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia (artículo 5° del D.L. N°211), lo que circunscribe la Proposición sólo al ámbito de especialidad de este Tribunal, que corresponde al resguardo de la libre competencia”*⁷⁸.

A modo de ejemplo, ha sostenido que: *“finalmente, en relación con el resto de las propuestas indicadas por la Solicitante y los distintos aportantes de antecedentes relativas a la dictación de nuevos preceptos legales o reglamentarios en la industria analizada en este expediente de recomendación normativa (...), no han sido presentados en autos antecedentes suficientes que permitan evaluar cómo dichas medidas podrían tener un impacto concreto en la libre competencia, por lo que este Tribunal no ha logrado formarse convicción acerca de la necesidad de ejercer la facultad prevista en el artículo 18 N°4 del D.L. N°211”*⁷⁹.

De forma consistente, el H. Tribunal ha señalado que: *“En ejercicio de la aludida facultad, tanto el Tribunal como la FNE pueden identificar la necesidad de que sea efectuada una reforma*

⁷⁶ H. Tribunal, resolución de 4 de julio de 2023, en causa rol ERN N°31/2023, ¶16.

⁷⁷ Solicitud, ¶33.

⁷⁸ H. Tribunal, resolución de 27 de enero de 2011, en causa rol ERN N°12/2010, ¶4.

⁷⁹ H. Tribunal, resolución de 24 de julio de 2019, en causa rol ERN N°25/2018, ¶50.

*legal o reglamentaria por razones de competencia, la cual deben plantear a S.E. el Presidente de la República a través del Ministro de Estado que corresponda*⁸⁰.

En otros términos:

*“(...) no obstante la amplitud referida, la participación de la FNE y del Tribunal en el proceso de elaboración de políticas públicas de competencia se encuentra acotada por los propios términos en los que les ha sido conferida la facultad propositiva. En ambos casos, las respectivas normas dan cuenta de manera clara del respeto que tuvo el legislador por los ámbitos de actuación de cada una de las diversas instituciones que participan en dicho proceso. De lo que se trata es de conciliar ‘la necesidad de aprovechar la experiencia de este Tribunal en materia de protección de la libre competencia, con la libertad que poseen los poderes Ejecutivo y Legislativo para decidir acerca de las más adecuadas políticas públicas y sus fines en una determinada materia’ (Proposición normativa N°15/2014, consideración 42°). De aquí la necesidad de usar la discreción que se ha otorgado para ejercer la facultad de forma prudente”*⁸¹.

Este tipo de consideraciones llevó al H. Tribunal a no ejercer la atribución de realizar una recomendación normativa en el procedimiento tramitado bajo el rol ERN N°18-2013: *“de acuerdo con lo anterior, lo que corresponde determinar primero es si la modificación propuesta por la FNE se debe primordialmente a un problema de competencia en el mercado, al menos en un grado relevante que confirme la necesidad de realizar una proposición normativa al Ejecutivo. Como veremos en las consideraciones siguientes, la FNE asocia a un problema de competencia (los costos de cambio de proveedor que enfrentan los consumidores) una serie de hechos que, analizados conforme al mérito del proceso, no permiten concluir que tal asociación sea relevante”*⁸². En dicho caso, el H. Tribunal concluyó que: *“(...) no existen antecedentes en este expediente que permitan concluir, prima facie, que los reclamos de los usuarios se deban a una deficiente competencia en el mercado, al menos en un grado relevante que confirme la necesidad de realizar una proposición normativa al Ejecutivo”*⁸³.

En una línea similar, el H. Tribunal decidió no ejercer la atribución que le confiere el artículo 18 N°4 en el expediente ERN N°19-2014: *“que la mayoría de los antecedentes aportados no dicen relación con el fomento de la competencia o la regulación del ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas, sino sobre una eventual utilización más eficiente de algunos bienes nacionales de uso público por parte de concesionarias de servicios públicos”*⁸⁴, y que *“respecto de las medidas planteadas en el expediente que sí podrían decir relación con problemas de competencia, este Tribunal no se ha formado convicción respecto de la conveniencia y oportunidad de ejercer la facultad de proponer la dictación,*

⁸⁰ H. Tribunal, resolución de 26 de diciembre de 2018, en causa rol ERN N°24/2018, ¶3.

⁸¹ Ibid., ¶5.

⁸² H. Tribunal, resolución de 5 de septiembre de 2014, en causa rol ERN N°18/2013, ¶104.

⁸³ Ibid., ¶109.

⁸⁴ H. Tribunal, resolución de 5 de noviembre de 2014, en causa rol ERN N°19/2014, ¶3.

derogación o modificación de alguna ley o reglamento, especialmente en atención a la escasa información sobre: (i) los diversos costos asociados a dichas medidas; (ii) sus potenciales efectos en la competencia en las industrias involucradas; y, (iii) su eventual impacto en la consecución de otros bienes jurídicos tutelados por las regulaciones sectoriales pertinentes”⁸⁵.

La jurisprudencia del H. Tribunal es plenamente consistente con lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, que ha señalado que la atribución en comento: *“siempre estará asociada a elementos externos, por tanto, tal como lo indican los jueces de base, al momento de decidir sobre su ejercicio, se debe tener [sic] consideración los efectos que la normativa propuesta tiene en relación a la libre competencia del mercado que se trate, sus actores y los bienes jurídicos protegidos por el legislador, de manera de proponer una ley que permita integrar al ordenamiento jurídico en materia económica, sin desconocer su quid, esto es, ‘fomentar la competencia o regular el ejercicio de actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas”⁸⁶.*

A la luz de la jurisprudencia reseñada, la Solicitud no se refiere a aspectos sobre los cuales el derecho de libre competencia tenga un rol que cumplir; muestra paradigmática de lo anterior es que Conadecus pide que el H. Tribunal adopte medidas respecto del acceso a financiamiento de las PYMES o de la protección de los intereses de accionistas minoritarios. Así, si bien la Solicitud intenta articular la existencia de ciertos supuestos riesgos anticompetitivos, la sola revisión de las Medidas que solicita implementar da cuenta de que se trata de una discusión centrada en aspectos de mercados financieros o gobiernos corporativos, que son ajenas al DL 211. Dicha circunstancia se ve confirmada por el hecho de que parte importante de las inquietudes de Conadecus ya están siendo abordadas, con la debida participación pública, por la CMF y el Ministerio de Hacienda al amparo de las respectivas leyes sectoriales. Esta es, por tanto, otra razón en virtud de la cual la Solicitud de Conadecus no puede prosperar.

III.5. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza considerando sus impactos en bienes jurídicos distintos de la libre competencia

El H. Tribunal también ha sido claro en sostener que al momento de decidir ejercer o no esta facultad privativa y discrecional, debe necesariamente considerar los efectos que la proposición en cuestión puede tener en otros bienes jurídicos.

En efecto, ha señalado expresamente que: *“para resolver si es procedente promover una modificación normativa, se debe tomar en consideración los efectos que pueda tener dicha proposición, tanto en lo que respecta a los costos y beneficios asociados a la introducción de una nueva regulación, como en lo que dice relación con el efecto que aquella pueda tener en otros*

⁸⁵ *Ibid.*, ¶4.

⁸⁶ Excma. Corte Suprema, resolución de 10 de septiembre de 2020, en causa rol N°34.103-2019, ¶12.

bienes jurídicos protegidos expresamente por el legislador”⁸⁷. Este tipo de consideraciones lo han llevado a no ejercer la atribución del artículo 18 N°4 en el pasado⁸⁸.

En el mismo sentido, el H. Tribunal ha resuelto que:

“Además, si bien el D.L. N°211 indica que este Tribunal debe hacer uso de esta facultad por razones de libre competencia, no lo puede hacer sin tomar en consideración los restantes efectos que pueda tener la proposición normativa que efectúe –así como los costos asociados a la introducción de una nueva regulación–, pues aun cuando el objeto de esta norma sea ‘fomentar la competencia’, ello no puede ir en detrimento de otros bienes jurídicos. Así lo ha dicho la Excm. Corte Suprema al declarar que ‘el derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad’ (Sentencia Rol N°9265-2010, consideración décimo quinta). Tal como señaló la OCDE con ocasión del Examen Inter-Pares al que se sujetó el sistema chileno de libre competencia el año 2004, ‘el objetivo [de la facultad propositiva del artículo 18 N°4], no es promover la libre competencia por encima de otros valores, sino asegurar que la protección de otros valores no interfiera innecesariamente con la capacidad de las empresas de responder con eficiencia a la demanda de los consumidores’ (OCDE, Política y ley de competencia en Chile, 2004)”⁸⁹.

Este requisito es particularmente relevante en este caso, por cuanto, de dictarse una recomendación normativa como la solicitada por Conadecus, sus impactos en otros bienes jurídicos serían inconmensurables, considerando la generalidad y excesiva amplitud de la Solicitud. Prueba de lo anterior es que parte importante de lo solicitado por Conadecus ya está siendo estudiado y abordado por el Ministerio de Hacienda y la CMF.

Además, este proceso no es apto para que el H. Tribunal realice algo equivalente a un estudio de impacto regulatorio⁹⁰, particularmente considerando los múltiples efectos que una regulación

⁸⁷ H. Tribunal, resolución de 31 de agosto de 2022, en causa rol ERN N°27/2021, ¶84.

⁸⁸ H. Tribunal, resolución de 10 de abril de 2013, en causa rol ERN N°14/2012, ¶¶200 y 204.

⁸⁹ H. Tribunal, resolución de 5 de septiembre de 2014, en causa rol ERN N°18/2013, ¶103. En el mismo sentido se había pronunciado en su resolución de 10 de abril de 2013, en causa rol ERN N°14/2012, ¶185; en su resolución de 27 de noviembre de 2014, en causa rol ERN N°17/2013, ¶43; en su resolución de 20 de agosto de 2015, en causa rol ERN N°22/2014, ¶119; y, en su resolución de 12 de marzo de 2020, en causa rol ERN N°26/2018, ¶12.

⁹⁰ La OCDE ha definido el análisis de impacto regulatorio como “una herramienta que sirve para examinar de manera sistemática los beneficios, costos y efectos potenciales de una propuesta normativa (o alternativa no regulatoria), ya sea nueva o la modificación de una preexistente”. OCDE (2019). “Implementación del Análisis del Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú: Estudios de caso 2014-16”, OCDE Publishing, París, p.19. Disponible en: <<http://go.fn.cl/y5waf>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. En el mismo sentido, se ha señalado que: “El análisis de impacto regulatorio (también llamado evaluación de impacto regulatorio) es una metodología que permite la identificación de los efectos de una propuesta de cambio regulatorio y, consiguientemente, la toma de decisiones más informadas y consistentes por parte del Estado. Esta metodología ha sido impulsada fuertemente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como parte de una agenda de mejora regulatoria, y es aplicada en un número importante de países del mundo, dadas sus ventajas para la toma de decisiones y el avance democrático que supone. El análisis de impacto regulatorio es un instrumento que permite comparar y elegir la mejor alternativa para la implementación de una política pública o una decisión gubernamental, contrastando los efectos positivos y negativos respecto a su ejecución. Así, se busca generar beneficios que sean mayores a los costos, además de fomentar la transparencia, eficiencia y calidad en las regulaciones públicas”. Costa, Ezio; Berríos, Antonia y Soruco, María (2022). “Regulación del análisis de impacto regulatorio en Chile: El caso del medio ambiente y los recursos naturales”, Revista de Derecho Económico, Vol. 79, N°2, p.72. Disponible en: <<http://go.fn.cl/iucnk>> [Fecha de última consulta:

como la perseguida por Conadecus podría tener, que pueden ir, por mencionar ejemplos, desde: **(i)** eliminar competidores eficientes de varios mercados; **(ii)** restringir el acceso a financiamiento a agentes económicos en diversas industrias; hasta, **(iii)** producir desempleo.

III.6. La necesidad de que la facultad propositiva se ejerza dentro del marco de constitucionalidad vigente

El H. Tribunal ha dejado claramente establecido que existen ciertos límites sustantivos que deben tenerse en consideración al llevar adelante cambios regulatorios.

A modo de ejemplo, en el ERN N°12-2010, el H. Tribunal planteó que: *“en lo concerniente a los límites sustantivos, la discusión preponderante se refiere a la eventual restricción que impondría al legislador el derecho de propiedad consagrado en el número 24° del artículo 19° de la Constitución Política de la República. Para discernir la constitucionalidad de un cambio regulatorio, se suelen identificar a lo menos tres interrogantes relevantes: ¿existe un derecho expropiable?, ¿existe alguna justificación de interés público que respalde una intervención reguladora sobre el derecho protegido? y, finalmente, ¿existe una privación o expropiación, o sólo una limitación o regulación no indemnizable?”*⁹¹.

Otro llamado más a la prudencia con que el H. Tribunal sabe que debe ejercer la atribución que le otorga el artículo 18 N°4 del DL 211. Ese llamado es particularmente atingente cuando nos enfrentamos a una Solicitud tan expansiva e intrusiva en los mercados más diversos, como aquella formulada por Conadecus.

En efecto, en el presente caso, la pregunta de constitucionalidad debiera plantearse desde el artículo 19 N°21 de la Constitución, que resguarda el derecho de todas las personas a desarrollar, individualmente o asociadas, las actividades económicas que ellas decidan, siempre que no sean contrarias a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, y respetando las normas legales que regulen la actividad referida. Cabe reiterar que, de acuerdo con lo señalado repetidamente por nuestra Excma. Corte Suprema, la normativa de libre competencia se enmarca precisamente en las limitaciones propias de esta garantía constitucional⁹².

Ciertamente, la Solicitud de Conadecus no es consistente con el debido respeto de dicha garantía constitucional, por cuanto el Proyecto de Ley atentaría de forma directa en contra del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, pues obstaculizaría el ejercicio de la garantía constitucional referida al punto de afectar su esencia, en los términos del artículo 19 N°26 de la CPR. Ese es particularmente el caso de las Medidas referidas a: **(i)** prohibir que los *grupos*

10 de abril de 2024]. En esta línea, la ley orgánica constitucional de la CMF, Ley N°21.000 señala, en el artículo 20, número 3, que corresponderá al Consejo: *“Dictar normas de carácter general, circulares, oficios circulares y otras resoluciones que se requieran. La normativa que se imparta deberá contener los fundamentos que hagan necesaria su dictación, incluyendo una definición adecuada del problema que se pretende abordar, la justificación de la intervención regulatoria, la evaluación del impacto de dicha regulación, así como aquellos estudios o informes en que se apoye, en los casos que corresponda o sea posible”.*

⁹¹ H. Tribunal, resolución de 27 de enero de 2011, en causa rol ERN N°12/2010, ¶14.

⁹² Véase supra §II.1.

empresariales significativos tengan más de dos capas; y, **(ii)** prohibir a los accionistas mayoritarios de una *empresa de tamaño relevante* que opera en la actividad económica ser a la vez titular de una *entidad financiera importante*, así como también limitar la participación de las *entidades financieras importantes* en *empresas de tamaño relevante*, y viceversa, a través de la fijación de porcentajes máximos de participación que podrían tener unas en otras.

Lo anterior es particularmente grave cuando, según se vio, la Solicitud no entrega antecedentes robustos que puedan justificar siquiera una limitación del ejercicio de garantías constitucionales. Cuando utiliza, para fundamentar la imposición de Medidas de extrema gravedad e intrusión, conceptos indeterminados (*entidad financiera importante, empresa de tamaño relevante, grupos empresariales significativos, etc.*), ni siquiera entrega una definición de los conceptos que invoca, lo que hace imposible entender su alcance o dimensión.

A modo de conclusión, parece útil cerrar esta sección recordando lo resuelto por el H. Tribunal en el ERN N°18-2013, que sistematiza parte importante de las razones revisadas hasta este punto y que justifican que la Solicitud de Conadecus no pueda prosperar:

“En conclusión: (i) las denuncias presentadas por los consumidores no se explican necesariamente por problemas de competencia; (ii) los problemas de competencia que hicieron necesaria la dictación de una regulación sobre esta materia en el Reino Unido no son enteramente extrapolables al caso de Chile; (iii) si bien una normativa como la propuesta pareciera ser, en principio, compatible con otros objetivos que deben ser considerados en este caso (en particular, la seguridad) y puede reducir algunos costos de cambio, puede también introducir otros costos distintos o adicionales, los que no han sido cuantificados; y, (iv) los costos asociados a la recomendación de modificación normativa sugerida eventualmente podrían ser superiores a sus beneficios en términos de una mayor competencia entre proveedores de GLP. Por todo lo anterior, no se justifica, a juicio de este Tribunal, proponer que se regule un procedimiento de transferencia obligatoria de la propiedad de los estanques de gas licuado a granel entre las empresas distribuidoras de GLP, así como tampoco proponer el establecimiento de una regulación del precio de dichas transferencias”⁹³.

Finalmente, es necesario realizar una referencia a la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema sobre el objetivo del derecho de la libre competencia, que ya se ha citado *supra*: “Sobre el particular, se ha dicho: *‘la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores un importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad*

⁹³ H. Tribunal, resolución de 5 de septiembre de 2014, en causa rol ERN N°18/2013, ¶103.

de todos los agentes económicos que participen en el mercado'. (Resolución N°368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, página 190)⁹⁴.

Estas dos reflexiones, en la respetuosa opinión de Falabella, no hacen más que reforzar la conclusión que se ha venido planteando a lo largo de esta presentación, según la cual la Solicitud de Conadecus no puede prosperar.

IV. Los conglomerados generan relevantes eficiencias cuya pérdida como consecuencia de acogerse las Medidas requeridas en la Solicitud iría en directo perjuicio de los consumidores

La evidencia empírica y la teoría económica han dado amplia cuenta de cómo los conglomerados generan muy relevantes eficiencias en su operación, cuestión que no puede ser simplemente obviada, como pretende hacerlo Conadecus. De hecho, en su intento por omitir dichas eficiencias, Conadecus termina reconociéndolas, pese a intentar describirlas usando un lenguaje basado en riesgos. En efecto, de acuerdo con Conadecus, los conglomerados tienen la posibilidad teórica de aprovechar su *know how*, economías de escala y alcance⁹⁵ y eventuales descuentos por volumen⁹⁶ para lograr mejores resultados que otras empresas. Como se adelantó, lo anterior se traduce en eficiencias de costos que, en un mercado en que existe competencia *en la cancha o por la cancha*, conlleva a menores precios, mejor calidad o mayor variedad de los productos que se ofrecen.

Por ello, dicha circunstancia está lejos de poner *per se* en riesgo la libre competencia, de forma tal que amerite que se introduzca una normativa como la que propone la Solicitante. Por esta razón, no resulta en ningún caso reprochable que los conglomerados aprovechen estas legítimas ventajas de negocio. Lo anterior, por supuesto, con el límite externo que supone la aplicación del DL 211 en el evento de que tengan lugar conductas anticompetitivas. De esta forma, la propia Solicitud de Conadecus contiene el germen para su desestimación: reconoce que los conglomerados acarrear eficiencias.

Entre las múltiples eficiencias que se derivan de la existencia de conglomerados, destacamos particularmente el uso eficiente del capital y de los recursos; las mejoras en la estructura de administración y la creación de un mercado laboral interno; las economías de escala y de ámbito; la eliminación de la doble marginalización; la transferencia de *know-how* técnico y de *marketing*; la posibilidad de compartir mejores prácticas entre industrias; la habilidad de sortear crisis o fluctuaciones económicas a través de la diversificación de la producción; y, la reducción de costos de transacción.

En cuanto al uso eficiente del capital y de los recursos, se ha señalado que el contar con un conjunto común de activos genera importantes ventajas para las empresas que forman parte de un

⁹⁴ Excma. Corte Suprema, resolución de 10 de septiembre de 2020, en causa rol N°34.103-2019, ¶13.

⁹⁵ Solicitud, ¶36.

⁹⁶ *Ibid.*, ¶67.

conglomerado, pues dichos activos pueden emplearse en las distintas entidades según sea requerido. Además, estos fondos se pueden distribuir entre las empresas según surjan oportunidades atractivas de negocios e, incluso, puede existir competencia interna por el uso de éstos entre las distintas empresas que conforman el conglomerado, todo lo cual asegura un uso eficiente del capital y de los recursos⁹⁷.

En sintonía con lo recién señalado, se ha afirmado también que los conglomerados gozan de ciertas ventajas informativas, las que surgen de las conexiones de sus distintas empresas con la economía general, lo que permite tomar decisiones más eficientes en cuanto al uso de los recursos de cada empresa⁹⁸.

En relación con las mejoras en la estructura de administración, se ha afirmado que las empresas que son parte de un conglomerado pueden hacer un mejor uso de sus recursos humanos, pues, primero, es posible asignar a colaboradores o equipos a las empresas del conglomerado que más lo requieran en un momento determinado, lo que mejora, además, la productividad, al facilitar la transferencia de conocimientos y mejores prácticas. Segundo, los colaboradores de una empresa que es parte de un conglomerado están sujetos a obligaciones más estrictas de rendición de cuentas, pues la plana gerencial y directiva del conglomerado es capaz de supervisar las operaciones de las distintas empresas que lo conforman de manera más eficaz que los directorios o administradores de empresas individuales o especializadas. Tercero, las empresas que son parte de un conglomerado pueden emplear de manera más eficaz los recursos administrativos y operativos que las empresas especializadas, en razón de que las técnicas y los recursos pueden compartirse entre las distintas empresas que son parte del conglomerado⁹⁹.

Asimismo, el contar con un mercado laboral interno permite una mejor selección de los potenciales colaboradores, pues se tiene un mayor conocimiento de sus aptitudes y capacidades¹⁰⁰. El estudio realizado por Doucet *et al.* muestra que las empresas con acceso a un mercado laboral interno tienen una productividad laboral relativamente mayor que las empresas sin acceso a dicho mercado laboral¹⁰¹.

Por otro lado, las entidades que forman parte de un conglomerado son capaces de funcionar de manera más eficiente al alcanzar economías de escala, por ejemplo, al comprar insumos y contratar servicios conjuntamente, reduciendo sus costos. Además, pueden obtener economías de ámbito al centralizar funciones administrativas, legales, de tecnologías de la información, de

⁹⁷ Hurley, Timothy (2006). "The Urge To Merge: Contemporary Theories on The Rise of Conglomerate Mergers in the 1960s", *Journal of Business & Technology Law*, Vol.1, pp.189-190. Disponible en: <<http://go.fn.cl/cjcfg>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. En el mismo sentido, véase Chou, Shih-Chu; Natarajan, Ramachandran y Zheng, Kenneth (2022). "Conglomerate internal informational advantage and resource allocation efficiency", *Review of Quantitative Finance and Accounting*, Vol. 59.

⁹⁸ Chou, Shih-Chu; Natarajan, Ramachandran y Zheng, Kenneth, Op. Cit., pp. 743-746.

⁹⁹ Hurley, Timothy, Op. Cit., p.191.

¹⁰⁰ Doucet, Pablo; Requejo, Ignacio y Suárez-González, Isabel (2023). "Business groups' internal labour markets and SME labour productivity", p.710. Disponible en: <<http://go.fn.cl/x0rjw>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹⁰¹ *Ibid.*, p.708. En el mismo sentido, véase Huneus, Federico; Larraín, Borja; Larraín, Mauricio y Prem, Mounu (2021). "The Internal Labor Markets of Business Groups", en donde se presenta evidencia para Chile en ese mismo sentido, particularmente tratándose de altos ejecutivos, p.2.

contabilidad y finanzas, de publicidad, de investigación y desarrollo, entre otras, las que, al ser utilizadas por todas las filiales del grupo, evitan la duplicación de costos. De manera adicional, ello asegura que cada empresa del conglomerado pueda acceder a dichos servicios, independientemente de su tamaño¹⁰². A este respecto, cabe destacar que no sólo se pueden alcanzar economías de escala y de ámbito en el caso de los conglomerados que elaboran bienes u ofrecen servicios complementarios, pues dichas eficiencias se pueden generar no sólo en la producción, sino también en la distribución¹⁰³.

Ahora desde el punto de vista de la demanda, se ha reconocido también que, si el conglomerado es capaz de ofrecer una amplia gama de bienes o servicios, se produce una reducción de los costos de transacción, pues los consumidores se ven beneficiados al poder satisfacer gran parte de sus necesidades en un solo lugar (sistema de punto de venta único o *one-stop-shopping*)¹⁰⁴.

El funcionamiento más eficiente que presentan los conglomerados ha sido comprobado empíricamente, como se mostrará durante el curso del presente procedimiento. Sin embargo, cabe destacar desde ya el estudio realizado por Bhattacharya *et al.*, en el que se tomó una muestra representativa de la mayoría de las industrias de Estados Unidos durante los años 1979 a 2011, en el cual se concluyó que *“los segmentos de las empresas diversificadas son significativamente más eficientes que sus homólogas industriales de un solo segmento, tanto para sectores manufactureros como no manufactureros”*¹⁰⁵. En la misma línea, en el estudio llevado a cabo por Ramachandran *et al.*, en que se analizaron grupos empresariales en India, se indicó que *“[e]n India, [las empresas que forman parte de un grupo empresarial] obtienen un rendimiento superior a la media: las empresas pertenecientes a los mayores grupos empresariales indios generaron mayores rendimientos sobre los activos entre 1997 y 2011 que el resto de las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores de Bombay, según un estudio que realizamos, y más del 60% de esos grupos generaron mejores rendimientos que una cartera comparable de empresas independientes”*¹⁰⁶, concluyendo ese estudio que la clave del éxito de estas organizaciones es precisamente su estructura¹⁰⁷.

Incluso la CMF y el Banco Central de Chile (“BCCh”) han reconocido los beneficios que traen aparejados los conglomerados. En efecto, la CMF ha señalado que: *“[h]ay varias razones que pudiesen justificar la creación de conglomerados por parte de los agentes económicos. Por un*

¹⁰² Hurley, Timothy, Op. Cit., p.192.

¹⁰³ Padilla, Jorge y Renda, Andrea (2003). “Conglomerate Mergers, Consumer Goods and the ‘Efficiency Offense’ Doctrine”, Law & Economics Lab, p.13. Disponible en: <<http://go.fn.cl/iv2br>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹⁰⁴ Padilla, Jorge y Renda, Andrea, Op. Cit., p.13; y, OCDE (2020). “Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers - Background Note”, ¶71. Disponible en: <<http://go.fn.cl/2m29u>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹⁰⁵ Bhattacharya, Nilabhra; Sulaeman, Johan y Yu, Jeff (2020). “Do Conglomerates Operate More Efficiently Than Single-Segment Firms?”, The Singapore Economic Review, p.1264. Disponible en: <<http://go.fn.cl/mt5hq>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. Traducción libre de: *“segments of diversified firms are significantly more efficient than their single-segment industry peers for both manufacturing and non-manufacturing sectors”*.

¹⁰⁶ Ramachandran, J.; Manikandan, K.S.; y, Anirvan, Pant (2013). “Why Conglomerates Thrive (Outside the U.S.)”, Harvard Business Review, p.2. Disponible en: <<http://go.fn.cl/e1f8h>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. Traducción libre de: *“In India, they deliver above-average performance: Companies belonging to the largest Indian business groups generated higher returns on assets from 1997 to 2011 than the rest of the companies listed on the Bombay Stock Exchange, according to a study we conducted, and more than 60% of those groups generated better returns than a comparable portfolio of standalone companies did”*.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.1.

lado, puede haber sinergias importantes en la gestión del grupo que permiten obtener economías de escala o de alcance, incluyendo el acceso a fuentes de financiamiento. Por otro, se abre la posibilidad de ofrecer a sus clientes una mayor oferta de servicios que se encuentren mejor alineados con sus necesidades”¹⁰⁸, y que “[l]a conglomeración de entidades que ofrecen distintos productos y servicios financieros se puede explicar por la búsqueda de reducción de costos mediante economías de alcance y de escala, y por la posibilidad de ofrecer a sus clientes financieros un conjunto amplio de productos”¹⁰⁹.

Interpretación que, de hecho, ha sido compartida por el BCCh, institución que a folio 35 señaló que “la formación de conglomerados financieros respondería a potenciales beneficios asociados a la existencia de economías de escala y ámbito en los diferentes sectores de la industria financiera, ganancias de eficiencia y diversificación”¹¹⁰.

Demostrativo de todo lo anterior, ahora en el ámbito específico de la libre competencia, es la actitud que adoptan las autoridades de libre competencia, tanto nacionales como extranjeras, al analizar fusiones de conglomerado. En efecto, su aproximación es considerablemente distinta a aquella que muestran al examinar operaciones de concentración de carácter horizontal y, en menor medida, de naturaleza vertical. Ello, por cuanto existe consenso en cuanto a que es altamente improbable que las fusiones de conglomerado den a la entidad fusionada la habilidad y/o el incentivo de aumentar los precios y reducir la cantidad producida¹¹¹. Más aun, se ha reconocido que, en la gran mayoría de los casos, las fusiones de conglomerado tienen efectos neutros o incluso beneficiosos para la competencia¹¹². Tanto es así, que se ha dicho que, si lo que busca la autoridad de competencia es proteger el bienestar de los consumidores (y no a competidores particulares), muy probablemente autorizará la fusión de conglomerado¹¹³.

La Comisión Europea reconoce explícitamente lo anterior en sus “Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas”¹¹⁴, al señalar que “[e]n primer lugar, a diferencia de las concentraciones horizontales, las concentraciones verticales o conglomerales no suponen una pérdida de competencia directa entre las empresas de la concentración en el mismo mercado de

¹⁰⁸ CMF (2023). “Lineamientos para una Ley de Conglomerados Financieros en Chile”, p.8. Disponible en: <<http://go.fn.cl/evj3v>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹⁰⁹ Ibid., p.5.

¹¹⁰ Presentación BCCh, folio 35, p.6.

¹¹¹ Kolasky, William (2001). “Conglomerate Mergers and Range Effects: It’s a Long Way from Chicago to Brussels”, discurso dado en George Mason University Symposium Washington, D.C. Disponible en: <<http://go.fn.cl/e5df1>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. Véase, en el mismo sentido, Chen, Zhijun y Rey, Patrick (2023). “A Theory of Conglomerate Mergers”, Toulouse School of Economics, Working Paper, p.2. Disponible en: <<http://go.fn.cl/d8t8f>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹¹² Kolasky, William, Op. Cit. Véase, también, Bordoli, Carla y Van der Voorde, Sander, quienes señalan que: “(...) la integración de diversas actividades en una sola empresa puede generar eficiencias significativas tales como la mejora de las estructuras de administración, la transferencia del know-how técnico y de marketing, la posibilidad de compartir investigación y distribución, y la habilidad de sortear crisis o fluctuaciones económicas a través de la diversificación de la producción, entre otras. Estas eficiencias son tenidas por suficientes para entender que las fusiones de conglomerado pueden tener, y de hecho tienen, externalidades que son positivas”. Bordoli, Carla y Van der Voorde, Sander (2010). “Las Fusiones de Conglomerado en el sector retail: Lo grande no es malo”, en “Libre Competencia y Retail, un Análisis Crítico”, p.296.

¹¹³ Padilla, Jorge y Renda, Andrea, Op. Cit., p.15. En el mismo sentido, Bordoli, Carla y Van der Voorde, Sander, Op. Cit., p.304.

¹¹⁴ Comisión Europea (2008). “Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas”. Disponible en: <<http://go.fn.cl/rafvi>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

referencia. Como consecuencia, la principal fuente de efecto anticompetitivo presente en las concentraciones horizontales no existe en las concentraciones verticales y conglomerales. En segundo lugar, las concentraciones verticales y conglomerales ofrecen un margen sustancial para las eficiencias¹¹⁵ y que “[s]i bien se admite que en la mayoría de las ocasiones las concentraciones conglomerales no plantearán ningún problema de competencia, en ciertos casos específicos la competencia puede resultar perjudicada”¹¹⁶. Es decir, si bien pueden existir casos de fusiones de conglomerado anticompetitivas, la mayoría de las veces éstas son inocuas e, incluso, beneficiosas para la competencia. Ello se derivaría, en opinión de la Comisión, principalmente de la complementariedad de los bienes y/o servicios de las empresas que son parte de la concentración¹¹⁷.

La misma postura han mostrado las agencias de competencia estadounidenses, optando por un enfoque ex post en cuanto a las fusiones de conglomerado, más que un control ex ante de las mismas¹¹⁸⁻¹¹⁹. Así, se ha concluido que “el derecho antimonopolio raramente, o nunca, debería interferir en una fusión de conglomerados. Sencillamente, no pudimos identificar ninguna condición en la que una fusión de conglomerados, a diferencia de una fusión horizontal o vertical, diera a la empresa fusionada la capacidad y el incentivo para subir los precios y restringir la producción. Reconocemos, por el contrario, que las fusiones de conglomerados tienen el potencial, como clase, de generar eficiencias significativas”¹²⁰. En esa línea, desde la década de 1970, no se ha impugnado ninguna fusión de conglomerados en Estados Unidos¹²¹.

Por su parte, según lo destaca la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”), la literatura económica también ha reconocido que las eficiencias asociadas con las fusiones de conglomerados pueden ser sustanciales y que los riesgos dependen en gran medida de las circunstancias específicas del mercado¹²². Ello refleja lo esencial que resulta definir de manera precisa el mercado relevante en el que cada una de las empresas del conglomerado se desempeñarían; definición de la cual carece la Solicitud al identificar como mercado relevante la *economía nacional*, según se describió en §III.2.

¹¹⁵ Ibid., ¶13.

¹¹⁶ Ibid., ¶92.

¹¹⁷ Ibid., ¶13.

¹¹⁸ Padilla, Jorge y Renda, Andrea, Op. Cit., p.4.

¹¹⁹ En línea con ello, véase Bordoli, Carla y Van der Voorde, Sander, Op. Cit., p.311, en donde se señala que: “Las ventajas amplias y duraderas ocasionadas por economías de escala provocadas tras la fusión no pueden, en sí mismas, ser consideradas como una amenaza, como tampoco puede serlo el temor de que una empresa más grande se vuelva más poderosa debido a su tamaño, su mejor acceso al capital, su poder de compra o su mayor fuerza financiera. Estos factores sólo deberían ser relevantes como elementos agravantes a la hora de considerar la conducta futura de la empresa fusionada, cuya evaluación debe basarse en un examen legal y económico riguroso de los hechos relevantes, el cual debe fundarse en evidencia convincente”.

¹²⁰ Kolasky, William, Op. Cit. Traducción libre de: “(...) antitrust should rarely, if ever, interfere with any conglomerate merger. We simply could not identify any conditions under which a conglomerate merger, unlike a horizontal or vertical merger, would likely give the merged firm the ability and incentive to raise price and restrict output. We recognized, conversely, that conglomerate mergers have the potential as a class to generate significant efficiencies”.

¹²¹ Chen, Zhijun y Rey, Patrick, Op. Cit., p.2.

¹²² OCDE (2020). “Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers - Background Note”, Op. Cit., ¶67.

En suma, de todo lo que se ha venido diciendo, se concluye que:

“Es probable que las fusiones de conglomerados creen un competidor más eficiente en el mercado. Como resultado, los productos de la entidad fusionada serán más atractivos para los consumidores, tanto en términos de calidad del producto (efecto de garantía de calidad) como de precios más bajos (reducción de los costes de producción, distribución y transacción, efecto Cournot). Cabe esperar que los competidores respondan a la mayor eficiencia de la entidad fusionada fijando precios más agresivos para sus productos. La entidad fusionada se enfrentará así a dos efectos diferentes: a) una mayor competencia de sus rivales; y b) una mayor disposición de los consumidores a pagar por sus productos. La teoría económica predice que los primeros efectos dominarán normalmente a los segundos, y que la entidad fusionada se verá abocada a comportarse de forma competitiva y a bajar sus precios (...). Las fusiones de conglomerados que generan eficiencias sustanciales aumentan el bienestar del consumidor tanto en términos de precios más bajos como de mejor calidad del producto. De hecho, si la fusión conglomeral crea eficiencias sustanciales, los competidores fijarán precios más agresivos y la entidad fusionada estará sujeta a una mayor presión competitiva. Esto implica, en última instancia, que las eficiencias generadas por la fusión se trasladarán a los consumidores”¹²³.

En consecuencia, la relación que Conadecus hace entre conglomerados, concentración y riesgos para la competencia es sencillamente improcedente. En efecto, la concentración no es, en sí misma, un problema para la libre competencia; sino que el “problema ocurre cuando una alta concentración está asociada o genera poder de mercado, el cual es posteriormente utilizado por las empresas que lo tienen para realizar prácticas anticompetitivas. La preocupación principal entonces debe ser, idealmente, prevenir las conductas anticompetitivas y, en el caso en que ellas ocurran, tener la capacidad de detectarlas a tiempo y sancionarlas fuertemente”¹²⁴.

En ese mismo sentido, en relación específicamente con los conglomerados, se ha indicado, acertadamente en nuestra opinión, que:

“Más allá de que siempre es posible que empresas que son parte de un conglomerado ejerzan poder de mercado y tengan conductas anticompetitivas, no hay evidencia de

¹²³ Padilla, Jorge y Renda, Andrea, Op. Cit., pp.13-14. Traducción libre de: *“In short, conglomerate mergers are likely to create a more efficient competitor on the market. As a result, the merged entity’s products will be more attractive for consumers, both in terms of product quality (quality assurance effect) and in terms of lower prices (reduced production, distribution and transaction costs, Cournot effect). We would expect competitors to respond to the merged entity’s increased efficiency by pricing their products more aggressively. The merged entity will thus face two different effects: a) an increased competition from its rivals; and b) an increased consumer willingness to pay for its products. The economic theory predicts that the former effects will typically dominate the latter, and that the merged entity will be led to behave competitively and lower its prices (...). Conglomerate mergers that bring about substantial efficiencies increase consumer welfare both in terms of lower prices and better product quality. Indeed, if the conglomerate merger creates substantial efficiencies, competitors will price more aggressively and the merged entity will be subject to increased competitive pressure. This ultimately implies that the efficiencies generated by the merger will be passed on to consumers”.*

¹²⁴ Agostini, Claudio (2023). “Concentración, Conglomerados y Libre Competencia: Reflexiones sobre la petición de CONADECUS al TDLC”, Centro de Competencia Universidad Adolfo Ibáñez. Disponible en: <<http://go.fn.cl/h8k41>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

que sean más probables o más frecuentes respecto a empresas que no son parte de un conglomerado. Por el contrario, la evidencia tiende a mostrar que los conglomerados tienden más bien a generar economías de escala y de ámbito en sus empresas, lo cual es eficiente y pro competitivo (Church, 2008).

En principio, no existen buenas razones asociadas a la defensa de la libre competencia que justifiquen regular conglomerados. Si una empresa perteneciente a un conglomerado realiza prácticas anticompetitivas, debe ser investigada y sancionada igual que cualquier otra empresa. El desafío sigue siendo el mismo, detectar y sancionar fuertemente conductas anticompetitivas.

En el caso en que ocurran prácticas anticompetitivas que estén asociadas a un conglomerado de empresas, lo razonable es analizar específicamente cómo el comportamiento del conglomerado produjo efectos anticompetitivos. Eso requiere un análisis coherente respecto a la teoría y causalidad del daño a la libre competencia y a otros actores económicos. Asumir que la mera existencia de conglomerados tiene efectos anticompetitivos va en la dirección contraria y, paradójicamente, puede generar efectos negativos en la competencia”¹²⁵.

V. Las preocupaciones de Conadecus, de ser éstas efectivas, deben ser abordadas utilizando la normativa sectorial vigente o próxima a estarlo y la normativa *ex post* del derecho de libre competencia

El fundamento de la Solicitud de Conadecus es que en nuestro ordenamiento no existirían mecanismos de control que se hagan cargo de sus preocupaciones. En esta sección daremos cuenta de que: **(i)** ya existe regulación *ex ante* que se hace cargo de dichas preocupaciones o se está dictando en base a procedimientos en curso; y, **(ii)** en cualquier caso, Chile cuenta con una robusta regulación de libre competencia para hacerse cargo de ellas de forma *ex post*, cuando se trate precisamente de materias de libre competencia.

En términos del artículo 18 N°4 del DL 211, no existe en el presente caso, entonces, la necesidad de fomentar la competencia ni de regular actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas. De acuerdo con la jurisprudencia de este H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema, según se vio supra en §III.1, ello es razón suficiente para concluir que la Solicitud de Conadecus debe ser rechazada.

¹²⁵ *Ibid.*

V.1. La regulación sectorial vigente se hace cargo de forma suficiente de las preocupaciones manifestadas por Conadecus

V.1.1. Respecto de las preocupaciones relativas a mercados financieros y gobiernos corporativos

Conadecus ha señalado que los conglomerados pueden generar efectos en el acceso a los mercados financieros por cuanto existirían *“imperfecciones del mercado financiero causadas por una protección inadecuada de los inversores y la débil pignorabilidad del capital por parte de un accionista mayoritario a un inversor externo en un régimen de protección débil”*¹²⁶.

Más allá de lo evidente que resulta que esta es una materia ajena al derecho y política de libre competencia, y sus bienes jurídicos protegidos, lo cierto es que nuestra regulación ya cuenta con mecanismos para proteger a los accionistas minoritarios.

En efecto, nuestro país cuenta con instituciones altamente especializadas que se encargan de evitar la materialización de las preocupaciones que Conadecus levantó en relación con los mercados financieros. Al efecto, es posible mencionar: **(i)** a la CMF, que de acuerdo con el artículo 1° de su ley orgánica constitucional, N°21.000, debe *“velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública”, para lo cual debe “mantener una visión general y sistémica del mercado, considerando los intereses de los inversionistas, depositantes y asegurados, así como el resguardo del interés público”; y, **(ii)** al BCCh, que por disposición del artículo 3° de su ley orgánica constitucional, N°18.840, tiene por objeto *“velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos”*.*

Existe, además, una tercera institución relevante en la materia: el Consejo de Estabilidad Financiera (**“CEF”**), reconocido a nivel legal en 2014 por la ley N°20.789 (**“Ley CEF”**). Esta entidad está compuesta por el Ministro de Hacienda, la Presidenta de la CMF y el Superintendente de Pensiones, cuenta —por expreso mandato legal— con la asesoría permanente del BCCh y tiene por misión institucional *“facilitar la coordinación técnica y el intercambio de información entre sus participantes, en materias relativas a la prevención y al manejo de situaciones que puedan importar riesgo para el sistema financiero, con el objeto de contribuir de ese modo a cautelar la estabilidad financiera de la economía chilena”*.

La historia fidedigna del establecimiento de la Ley CEF es elocuente con respecto a que las preocupaciones de Conadecus ya han sido abordadas por nuestro sistema. En ella consta que la Ley CEF respondió a: **(i)** la constatación de que el sector financiero nacional había sufrido una transformación en los últimos años caracterizada por *“una alta presencia de compañías transnacionales, una línea divisoria cada vez más difusa entre los diversos productos disponibles y una creciente relevancia de los llamados conglomerados financieros”*¹²⁷; **(ii)** la necesidad de hacer frente a los desafíos que implica la existencia de conglomerados financieros

¹²⁶ Solicitud, ¶165.

¹²⁷ Historia de la ley N°18.840, p.3. Disponible en: <<http://go.fn.cl/n5dh7>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

debido a la “*mayor interdependencia entre los participantes del mercado (...) como resultado de sus relaciones comerciales, de propiedad, o de su exposición a factores comunes de riesgo*”¹²⁸; y, **(iii)** la necesidad de consolidar y fortalecer la institucionalidad del CEF (que anteriormente existía solamente como instancia de coordinación creada por decreto supremo), mediante su consagración legal para “*darle continuidad institucional y (...) cautelar de mejor forma la estabilidad financiera de la economía chilena*”¹²⁹ con “*algunos perfeccionamientos que le facilitarán a éste el cumplimiento de sus tareas*”¹³⁰.

Esta robusta institucionalidad y su idoneidad para hacer frente a los riesgos que venimos analizando fue de hecho destacada en este proceso por el BCCh a folio 35 al señalar que:

“A las disposiciones antes mencionadas, se deben agregar las significativas reformas a la institucionalidad supervisora del mercado que creó la CMF (Ley 21.000 y Ley 21.130), y que integra la supervisión de la actividad bancaria, de seguros y valores bajo su perímetro regulatorio, robusteciendo su respectiva fiscalización, incluyendo aspectos de supervisión prudencial y de conducta de mercado las instituciones financieras reguladas, con visión sistémica, siendo un antecedente relevante para facilitar el monitoreo y comprensión de riesgos a nivel de grupo, y ejercer supervisión consolidada.

*Asimismo, cabe considerar el rol del Consejo de Estabilidad Financiera creado por la Ley 20.789, en virtud del cual las distintas autoridades que participan de él, incluyendo el BCCh. en calidad de asesor permanente, pueden intercambiar información y coordinar el ejercicio de sus respectivas atribuciones para preservar la estabilidad del sistema financiero chileno, lo que también contribuye a una mayor comprensión de la exposición a riesgos de los conglomerados financieros y del sistema en su totalidad”*¹³¹.

A todo ello se suma lo planteado por la CMF en sus “*Lineamientos para una Ley de Conglomerados Financieros en Chile*” (“Lineamientos CMF”) —del cual la propia Comisión dio cuenta en estos autos a folio 33—, que puso en consulta pública en julio de 2023 hasta el 29 de diciembre del mismo año¹³², y en el que la Comisión no sólo identificó con precisión los posibles riesgos asociados a la existencia de conglomerados (ninguno, hay que repetirlo, de libre competencia), sino que además propuso medidas en general adecuadas, paulatinas y proporcionales para mitigarlos, reconociendo las virtudes de esta forma de organización empresarial para el funcionamiento de los mercados y buscando mitigar sus eventuales riesgos potenciales en ciertas materias específicas que identificó.

¹²⁸ *Ibid.*, p.3.

¹²⁹ *Ibid.*, p.5.

¹³⁰ *Ibid.*, p.5.

¹³¹ Presentación BCCh, folio 35, p.5.

¹³² Véase <<http://go.fn.cl/qwekk>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

En los Lineamientos CMF, la Comisión realizó un análisis profundo, técnico y razonable de las brechas normativas existentes respecto a la existencia de los conglomerados, basado en: **(i)** las recomendaciones del grupo internacional de asociaciones de supervisores denominado *Joint Forum*, compuesto por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros y la Organización Internacional de Comisiones de Valores¹³³; **(ii)** la evaluación de la regulación nacional que efectuó el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial el año 2021¹³⁴; **(iii)** la experiencia de varios países de referencia en materia de regulación de conglomerados¹³⁵; y, **(iv)** la normativa nacional vigente¹³⁶.

En ese contexto, la CMF examinó los siguientes riesgos: **(i)** la posibilidad de que se produzcan conflictos de interés al interior de un conglomerado que puedan materializarse en transferencias de utilidades intragrupo, transacciones a precios favorables, garantías implícitas, y uso excesivo de infraestructura común; y, el impacto que dichos conflictos de interés podrían tener en los clientes y accionistas minoritarios de una entidad que forma parte de un conglomerado; **(ii)** el riesgo moral y las externalidades negativas que se podrían producir en el sistema financiero si un conglomerado se auto percibe como *too big to fail*; **(iii)** las dificultades de supervisión que genera la existencia de estructuras societarias excesivamente complejas; **(iv)** los problemas derivados del posible arbitraje regulatorio entre industrias que pueden llevar al doble uso de capital y doble apalancamiento, con eventuales consecuencias en la solvencia y gestión de riesgo de las entidades que forman parte del conglomerado; y, **(v)** el riesgo de contagio que podría conllevar la existencia de conglomerados inadecuadamente regulados¹³⁷.

En virtud de la constatación de la existencia de ciertas brechas regulatorias sobre algunos de los riesgos indicados en el párrafo anterior, ninguno de libre competencia, la CMF emitió los Lineamientos CMF proponiendo que se dicte una nueva ley de conglomerados que contenga: **(i)** la definición legal de conglomerado financiero y su incorporación al perímetro regulatorio de la Comisión; **(ii)** la necesidad de constituir una matriz financiera para el conglomerado como sociedad anónima especial (“SAE”) —sujeta a un proceso de licenciamiento y registro— cuyo objeto exclusivo sea invertir en las empresas que compongan el conglomerado y gestionar sus negocios y riesgos; **(iii)** la necesidad de que las mallas societarias de los conglomerados separen las actividades financieras de cualquier otra actividad que se ejerza al interior del grupo; y, **(iv)** la aplicación de normas sobre operaciones con partes relacionadas a todas las empresas que compongan un conglomerado y a sus sociedades relacionadas¹³⁸. De esta manera, el posible contenido de un proyecto de ley en la materia ya fue definido por la autoridad competente, con potestades prudenciales y supervisoras adecuadas a los objetivos del proyecto.

H. Tribunal, en este punto no se puede dejar de mencionar que la medida solicitada por Conadecus referida a limitar a un máximo de dos niveles las estructuras societarias de los conglomerados

¹³³ Lineamientos CMF, p.11.

¹³⁴ *Ibid.*, p.23.

¹³⁵ *Ibid.*, p.13.

¹³⁶ *Ibid.*, §V.

¹³⁷ *Ibid.*, §III.

¹³⁸ *Ibid.*, §VI.

resulta incompatible con lo propuesto por la Comisión, el órgano competente y especialista en la materia. En efecto, como ya se señaló, la propuesta contenida en los Lineamientos CMF contempla la obligación de los conglomerados de constituir como SAE una matriz financiera cuyo objeto exclusivo sea invertir en las empresas que compongan el conglomerado. En ese contexto, se debe considerar que en nuestro país la mayor parte de las sociedades que participan del mercado financiero ya deben constituirse como SAE y tienen un objeto social exclusivo o restringido, de manera que para el desarrollo de ciertos negocios se requiere constituir sociedades filiales¹³⁹. Lo anterior se establece con el fin de mitigar riesgos financieros y de contagio. Esto muestra una vez más lo inadecuadamente fundamentada de la Solicitud de Conadecus, al ignorar completamente las propuestas que el organismo sectorial técnico efectuó, pues bajo el esquema de la Comisión ciertamente existirían estructuras con más de tres niveles.

Adicionalmente, la Comisión indicó en los Lineamientos CMF que la normativa que se dicte en la materia debería establecer: **(i)** requisitos de idoneidad para los accionistas fundadores, accionistas controladores y miembros de la alta administración de la matriz que tengan incidencia en el curso de los negocios del conglomerado; **(ii)** la necesidad de que los conglomerados cuenten con mecanismos de gestión de riesgos de concentración, liquidez, mercado, exposición intragrupo y endeudamiento consolidado, y que cuenten con planes de acción para situaciones de inestabilidad financiera; **(iii)** exigencias prudenciales especiales orientadas a asegurar la solvencia de los conglomerados; y, **(iv)** deberes de información tanto al mercado en general como a la Comisión. Los Lineamientos CMF señalan, además, que la ley que se dicte debiera contener solamente las principales definiciones y principios, y delegar en la Comisión la concreción e implementación de la normativa¹⁴⁰.

De esta forma, es posible apreciar que la CMF, en ejercicio de sus atribuciones y obligaciones legales, se avocó de lleno al análisis de las preocupaciones planteadas por Conadecus en este punto, llevando adelante un análisis sumamente detallado y exhaustivo, y proponiendo medidas específicas para lidiar con las brechas que identificó, dentro del marco de los bienes jurídicos que la Comisión se encuentra llamada a tutelar. Ello hace que la intervención del H. Tribunal no solamente se vuelva inoficiosa e inconducente, sino que se corre el riesgo de que una eventual intervención por su parte sea inconsistente con las medidas que se encuentra tomando el regulador sectorial sobre la materia, violando de esta manera el principio de coordinación que imponen los artículos 3° y 5° de la de la ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, N°18.575 (“Ley de Bases de la Administración”).

A lo hasta aquí señalado, el BCCh agrega un antecedente adicional, cual es que:

“En los últimos años, se han incorporado diversos cambios legales orientados a promover el desarrollo y la innovación e introducir mayor competencia en el sistema financiero, facilitar el acceso a financiamiento y mejorar la transparencia y el acceso

¹³⁹ Por ejemplo, artículos 70 y 74 de la Ley de Bancos.

¹⁴⁰ *Ibid.*, §VI.

a información en los mercados financieros, que en la práctica han permitido la entrada de nuevos y diversos actores y modelos de negocios y empresas, adicionales al sector bancario y financiero tradicional, bajo marcos regulatorios que imponen cargas prudenciales proporcionales al riesgo involucrado en cada actividad”¹⁴¹.

En relación con lo que se ha venido diciendo, cabe destacar lo señalado en este proceso por el Ministerio de Hacienda a folio 37:

“(…) es posible observar que en Chile existen herramientas normativas y prudenciales que permiten monitorear, en buena parte, a los conglomerados financieros, permitiendo a las autoridades actuar tempranamente para la detección de fuentes de contagio. Esto incluye no solo a las autoridades financieras, sino también a la institucionalidad a cargo de velar por la libre competencia. Se detectan también barreras normativas cuyo objeto es enfrentar la problemática de los conglomerados financieros, estableciéndose restricciones al tipo de actividades permitidas para cada tipo de intermediador, límites sobre la propiedad de otras compañías, límites a la inversión y requerimientos de gobierno corporativo, entre otros.

En síntesis, el sistema de supervisión chileno ha demostrado un funcionamiento resiliente y adecuado respecto de los grupos empresariales y conglomerados financieros, especialmente con el robustecimiento de entidades regulatorias como la CME, y otras instancias de coordinación entre las autoridades financieras, como el caso del CEF”¹⁴².

Para concluir esta sección, es necesario también hacer referencia a la preocupación que planteó Conadecus relativa a los accionistas minoritarios. En relación con este punto, también es posible afirmar que nuestro país dispone de múltiples normas orientadas directa o indirectamente a la protección de los accionistas minoritarios.

Dentro de esta categoría de normas destacan, entre muchas otras, las disposiciones sobre la propiedad, administración y gobierno corporativo de las sociedades anónimas contenidas en los títulos III, IV, V, VI, XIV y XVI de la ley de sociedades anónimas, N°18.046 (“Ley de SA”), el título XXV de la ley de mercado de valores, N°18.045 (“Ley de MV”) y las disposiciones del título VII del Código de Comercio. Dichas normativas contienen, entre otras cosas: **(i)** disposiciones que exigen la designación de directores independientes y la realización de auditorías externas para ciertos casos; **(ii)** deberes de información a los accionistas; **(iii)** las materias que se deben llevar a juntas ordinarias de accionistas y aquellas que deben llevarse a juntas extraordinarias de accionistas; **(iv)** las materias que requieren de supra mayorías para ser aprobadas tanto a nivel de directorio como a nivel de juntas de accionistas; **(v)** la forma en que, en protección de los accionistas minoritarios, deben realizarse las transacciones para adquirir el control de una sociedad anónima abierta

¹⁴¹ Presentación BCCh, p.5.

¹⁴² Presentación Ministerio de Hacienda, folio 37, p.5.

(“SAA”); **(vi)** las normas de administración que obligan a priorizar siempre el interés social, como son el artículo 42 de la Ley de SA y el artículo 79 del Decreto Supremo N°702, de fecha 6 de julio de 2012, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el nuevo reglamento de sociedades anónimas (“Reglamento Ley de SA”).

Por otro lado, en nuestro ordenamiento además existe abundante regulación sobre grupos empresariales y operaciones con partes relacionadas, como son las normas contenidas en el título XV de la Ley de MV y aquellas contenidas en los títulos VIII y XVI de la Ley de SA. A lo anterior debe agregarse que los Lineamientos CMF también contienen normas relevantes en relación con este punto¹⁴³.

Existe, por lo tanto, robusta regulación en nuestro país que busca hacerse cargo de los riesgos asociados a mercados financieros y a gobiernos corporativos levantados por Conadecus. Ello, además de iniciativas de la CMF que buscan perfeccionar dicha regulación y que se encuentran en curso bajo la dirección de la autoridad competente en la materia.

V.1.2. Respetto de las preocupaciones relativas a barreras a la entrada y riesgos de exclusión

La Solicitud también manifiesta su preocupación relativa a la existencia de supuestas barreras a la entrada —en mercados que no explicita—, y el eventual desplazamiento de PYMES y empresarios. La Solicitud tiene también referencias genéricas a conductas predatorias¹⁴⁴ o de empaquetamientos de productos¹⁴⁵.

De acuerdo con Conadecus, la hipotética creación de barreras de entrada a los mercados se produciría como consecuencia de la posibilidad teórica de que los conglomerados puedan: **(i)** aprovechar su *know how*, economías de escala y alcance¹⁴⁶ y eventuales descuentos por volumen¹⁴⁷ para lograr mejores resultados que otras empresas; **(ii)** incurrir en conductas anticompetitivas¹⁴⁸ como discriminaciones arbitrarias, *self preferencing*, negativas de acceso y precios predatorios¹⁴⁹, especialmente en desmedro de las PYMES; e, **(iii)** intimidar a potenciales entrantes para evitar su ingreso a los mercados en que participa el conglomerado¹⁵⁰.

Al respecto, es posible formular las siguientes observaciones. En primer lugar, como se señaló *supra*, el que un conglomerado pueda maximizar su *know how*, las economías de escala y de ámbito, así como obtener eventuales descuentos por volumen no pone *per se* en riesgo la libre competencia, de forma tal que amerite que se introduzca una normativa como la que propone la Solicitante. Más bien, tales circunstancias se traducen en eficiencias de costos que, en un mercado

¹⁴³ Ver *supra* §V.1.1.

¹⁴⁴ Solicitud, ¶¶71 y ss.

¹⁴⁵ *Ibid.*, ¶¶75 y ss.

¹⁴⁶ *Ibid.*, ¶36.

¹⁴⁷ *Ibid.*, ¶67.

¹⁴⁸ *Ibid.*, ¶64.

¹⁴⁹ *Ibid.*, ¶71.

¹⁵⁰ *Ibid.*, ¶¶26, 67 y 76.

en que existe competencia en la cancha o por la cancha, dan lugar a menores precios, mejor calidad o mayor variedad de los productos que se ofrecen.

De esta forma, H. Tribunal, lo que hace Conadecus al plantear este punto es reconocer que los conglomerados tienen eficiencias asociadas, pese a que las plantea como riesgos. Así, la propia Solicitud de Conadecus contiene el germen para su desestimación: reconoce que los conglomerados dan lugar a eficiencias.

En segundo lugar, como se adelantó, y según se profundizará *infra* en la §V.2, las eventuales conductas anticompetitivas en que teóricamente podría incurrir algún conglomerado son sancionadas por el derecho de la libre competencia con claridad y sin ambages sin necesidad de una norma adicional que lo reitere o redunde en ello. En efecto, el H. Tribunal y la FNE tienen facultades más que adecuadas para conocer de posibles casos específicos de precios predatorios, empaquetamientos o, más en general, de conductas que supongan erigir barreras a la entrada a los mercados y bien es sabido que han ejercido esas facultades exitosamente¹⁵¹. Sin embargo, como se explicó *supra* en la §II.1, no tiene sentido establecer una prohibición total y ex ante para la realización de prácticas como las ventas por debajo de cierto nivel de costos o los empaquetamientos de productos, pues a su respecto debe hacerse un análisis caso a caso en base a la regla de la razón (hay conductas bajo el costo y empaquetamientos no ilícitos y favorables a los consumidores) y sancionar una infracción después de un debido proceso; no justificándose una regulación prohibitiva *ex ante*, pues no hay una falla de mercado que corregir y más bien ello devendría en una falla de la regulación al introducir distorsiones a la competencia en perjuicio de los consumidores.

Pero, además, la regulación sectorial ex ante vigente y las modificaciones que se encuentran en proceso de elaboración también abordan estas materias. En efecto, la normativa existente sobre operaciones con partes relacionadas y transacciones intragrupo, así como la propuesta de la Comisión, cumplen un rol en la prevención de conductas tales como discriminaciones arbitrarias y *self preferencing*.

Más concretamente, para el caso de las SAA, el Título XVI de la Ley de SA regula profusamente las operaciones con partes relacionadas. Así, el artículo 147 de la Ley de SA dispone que “[u]na sociedad anónima abierta sólo podrá celebrar operaciones con partes relacionadas cuando tengan por objeto contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, y cumplan con los requisitos y procedimientos que se señalan a continuación (...)”. Asimismo, entre los numerales del artículo 147 se incluyen: **(i)** deberes de información a todos los accionistas; **(ii)** supuestos en los cuales se debe nombrar un evaluador independiente y la posibilidad de que se designe un segundo evaluador si no existe consenso sobre el primero; y, **(iii)** la facultad de que la Comisión requiera

¹⁵¹ Véase al respecto: Pardow, Diego (2015). “El desempeño en juicio de la FNE: ¿es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?”, RDU CN, Vol. 22. N°2. pp. 419-451; y, Gonzalez, Aldo y Micco, Alejandro (2014). “Private versus public enforcement: Evidence from Chile”, Journal of Competition Law and Economics, Vol. 4, N°10.

que las sociedades difundan al público general el detalle de las operaciones con partes relacionadas que hubieren sido realizadas.

Adicionalmente, el artículo 148 de la Ley de SA señala que “ningún (...) controlador, ni sus personas relacionadas, podrá aprovechar para sí las oportunidades comerciales de la sociedad de que hubiese tenido conocimiento en su calidad de tal”, y el artículo 149 dispone que las reglas sobre operaciones con partes relacionadas del Título XVI de la Ley de SA serán aplicables “tanto a las sociedades anónimas abiertas como a todas sus filiales, sin importar la naturaleza jurídica de éstas”.

Para el caso de las sociedades anónimas cerradas (“SAC”), además de consagrarse deberes de información a los accionistas¹⁵², el artículo 44 de la Ley de SA señala que una SAC:

“[S]ólo podrá celebrar actos o contratos que involucren montos relevantes en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado (...) Se entiende que existe interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquiera de las siguientes situaciones: (...) (ii) las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital”.

Por otro lado, el artículo 93 de la Ley de SA sobre sociedades filiales o coligadas dispone que “las operaciones de la sociedad filial en que algún director de la sociedad matriz u otra de las personas mencionadas en el artículo 44 tuviere interés, según lo dispuesto en el mismo precepto, sólo podrán celebrarse en la forma y condiciones y sujetas a las sanciones de dicha disposición [artículo 44]”.

A lo anterior cabe agregar lo señalado en el nuevo artículo 134 bis de la Ley de SA, incorporado por la ley de delitos económicos, N°21.595 (“Ley de Delitos Económicos”), que sanciona penalmente a quienes “prevaliéndose de su posición mayoritaria en el directorio de una sociedad anónima adoptaren un acuerdo abusivo, para beneficiarse o beneficiar económicamente a otro, en perjuicio de los demás socios y sin que el acuerdo reporte un beneficio a la sociedad” así como también a quienes “prevaliéndose de su condición de controlador de la sociedad indujeren el acuerdo abusivo del directorio, o con su acuerdo o decisión concurrieren a su ejecución”; lo cual protege, en definitiva, a los accionistas minoritarios.

¹⁵² Artículo 44 de la Ley de SA inciso 2: “El directorio deberá pronunciarse con la abstención del director con interés. En el acta de la sesión de directorio correspondiente, deberá dejarse constancia de las deliberaciones para aprobar los términos y condiciones de los respectivos actos o contratos, y tales acuerdos serán informados en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación”.

A su vez, específicamente para el caso de los bancos, el artículo 84 de la Ley de Bancos señala que los créditos que otorgue un banco “al conjunto de personas o entidades que pertenezcan a un mismo grupo empresarial, según la definición establecida en el título XV de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, estos no podrán exceder el 30% del patrimonio efectivo del banco acreedor”.

Asimismo, el mismo artículo 84 señala que los bancos no podrán:

“[C]onceder créditos a personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente a la propiedad o gestión del banco en términos más favorables en cuanto a plazos, tasas de interés o garantías que los concedidos a terceros en operaciones similares. El conjunto de tales créditos otorgados a un mismo grupo de personas así vinculadas no podrá superar el 5% del patrimonio efectivo (...) Corresponderá a la Comisión determinar, por norma de carácter general, las personas naturales o jurídicas que deban considerarse vinculadas a la propiedad o gestión del banco (...) En la misma forma, la Comisión dictará normas para establecer si determinadas personas naturales o jurídicas conforman un mismo grupo de personas vinculadas”.

Todo lo anterior se complementa con los capítulos 12-3 y 12-14 de la recopilación actualizada de normas de la CMF (“RAN”). Una situación análoga, con disposiciones equivalentes, se da respecto de las compañías de seguros, según dispone el artículo 23 del DFL N°251¹⁵³.

De esta manera, tanto a nivel de SAA y SAC, como a nivel de bancos y compañías de seguros, la normativa vigente establece requisitos y condiciones específicas que evitan que una compañía favorezca a entidades relacionadas ya sea por la propiedad o la gestión. Estas normas, de hecho, fueron destacadas por la Comisión en los Lineamientos CMF, como normas previstas en nuestro ordenamiento que contribuyen a mitigar algunos de los riesgos que podría generar la asociación en conglomerados.

¹⁵³ Artículo 23 del DFL N°251: “La inversión en los distintos tipos de instrumentos o activos representativos de reservas técnicas y patrimonio de riesgo, señalados en el artículo 21, estará sujeta a los siguientes límites máximos: (...) 2. Límites conjuntos. b) entre un 10% y un 20% del total, según lo establezca la Superintendencia por norma de carácter general, para la suma de la inversión en los instrumentos comprendidos en las letras b), c) y d) del N° 1, y a) del N°2, emitidos por sociedades anónimas, bancos, instituciones financieras y empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial. Este límite se rebajará a la mitad, si la compañía inversionista forma parte del grupo empresarial; c) 10% del total, para la suma de la inversión en los instrumentos comprendidos en las letras b), c) y d) del N°1 y a) del N°2, emitidos o garantizados por una misma entidad, o sus respectivas filiales. Este límite se rebajará a la mitad, si la compañía inversionista forma parte del grupo empresarial al que pertenece el emisor”.

En efecto, en los Lineamientos CMF se incluye la siguiente tabla:

Tabla 6: Aspectos importantes según *Joint Forum* presentes parcialmente en nuestro país.

Aspecto de interés	Cuerpo legal.
Definiciones de grupo empresarial.	Título XV, Ley del Mercado de Valores.
Información relevante de los grupos empresariales (entidades, relaciones de propiedad, información financiera, solvencia)	Artículo 5, N°4 DFL 3.538. Artículos 16 bis, 28, 70 y 75 Ley General de Bancos. Artículo 9 bis, DFL 251.
Definición y regulación de transacciones con partes relacionadas. Límites con entidades de un mismo grupo empresarial.	Título XVI, Ley de Sociedades Anónimas. Artículo 84 Ley General de Bancos. Artículo 23, DFL 251.
Requisitos adicionales de capital tras proceso de supervisión.	Artículo 66 quinquies, Ley General de Bancos.

Fuente: Lineamientos CMF, p.23.

La propia Comisión reconoce en los Lineamientos CMF que “Chile cuenta con herramientas normativas que permiten monitorear ciertos aspectos de los conglomerados, y que abordan explícitamente algunas de las fuentes de contagio entre entidades de dichos conglomerados”¹⁵⁴.

Asimismo, el BCCh en su presentación de folio 35 señala que la normativa nacional:

*“[H]a evolucionado en forma sustantiva, contemplando actualmente un conjunto de resguardos para riesgos de esa índole, incluyendo límites a los préstamos y de inversión en vehículos relacionados para bancos, compañías de seguros y administradoras de fondos de inversión y de pensiones, para acotar el riesgo de contagio entre ellos, que resulte de operaciones dentro del grupo”*¹⁵⁵.

Habiendo señalado lo anterior, el BCCh lo ejemplificó precisamente en las mismas normas indicadas en la Tabla 6 de los Lineamientos CMF¹⁵⁶.

Como el H. Tribunal podrá notar, los requisitos establecidos en la normativa ex ante transcrita contribuyen a prevenir precisamente conductas de self-preferencing y discriminación arbitraria como aquellas que preocupan a Conadecus, puesto que en caso de que haya alguna relación entre las entidades involucradas en una operación que pueda generar conflictos de interés —sea por propiedad o por gestión— exigen que la operación deba sujetarse a condiciones de mercado. Asimismo, la Ley de Bancos y el DFL N°251 también impiden que estas conductas se puedan producir por la vía de aumentar la oferta a entidades relacionadas. Todo ello se ve complementado, desde una perspectiva de libre competencia, por la eventual aplicación que corresponda realizar del DL 211 en el evento de que tenga lugar alguna conducta anticompetitiva.

Finalmente, es importante constatar que la vulneración de la normativa sectorial ya referida tiene importantes consecuencias para el infractor. En efecto, **(i)** la transgresión de cualquiera de las

¹⁵⁴ Lineamientos CMF, p.21.

¹⁵⁵ Presentación BCCh, folio 35, p.3.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.4.

disposiciones reseñadas puede acarrear responsabilidad infraccional, y su cumplimiento es activamente fiscalizado por la Comisión¹⁵⁷; **(ii)** existen reglas de responsabilidad que permiten que los interesados puedan instar por el *enforcement* privado de esta normativa; y, **(iii)** en virtud del actual tenor del artículo 240 del Código Penal —modificado en 2018 por la ley que modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, N°21.121— la infracción a la normativa transcrita acarrea responsabilidad penal del director o gerente general involucrado, delito que en la reciente Ley de Delitos Económicos fue calificado como de primera categoría¹⁵⁸.

Adicionalmente, los Lineamientos CMF también contemplan medidas que abordan las preocupaciones de Conadecus a este respecto, tales como: **(i)** la separación estructural de la matriz financiera del conglomerado y las demás sociedades que sean parte del grupo, lo que contribuirá a eliminar estructuralmente situaciones que podrían generar conflictos de interés; **(ii)** la sujeción de los conglomerados y de sus grupos empresariales completos a las normas sobre operaciones con partes relacionadas e inversiones intragrupo a las que se ha hecho referencia; y, **(iii)** la posibilidad de que la CMF complemente los requerimientos o medidas orientadas al control de las transacciones con partes relacionadas tanto a nivel de conglomerado como a nivel de grupo empresarial.

En suma, de todo lo indicado en esta sección, sólo se puede concluir que la génesis de las preocupaciones de Conadecus relativas a barreras a la entrada y riesgos de exclusión —*know how*, economías de escala, economías de alcance, eventuales descuentos por volumen e hipotéticas conductas anticompetitivas— se encuentran adecuadamente abordadas por la regulación sectorial *ex ante* vigente y aquella que se encuentra en proceso de dictarse. A lo anterior debe sumarse que, según se verá en detalle en la §V.2, la robusta institucionalidad de libre competencia también está disponible para hacerse cargo, caso a caso, y de manera eficaz, de eventuales infracciones en mercados específicos, de existir atentados contra el DL 211 como los que teme Conadecus.

V.1.3. Respetto de las preocupaciones de economía política

En cuanto a los supuestos riesgos de economía política que estarían asociados a la existencia de conglomerados (mal llamados riesgos de economía política, pues tratan en rigor sobre cuestiones de probidad funcionaria), lo cierto es que éstos están debidamente cubiertos por la legislación vigente, que previene de forma adecuada su materialización. Por lo demás, se trata de materias que escapan, por mucho, de las competencias del H. Tribunal y de la aplicación del DL 211.

Primero, es necesario constatar la existencia de normas sustantivas que consagran el deber de probidad en el ejercicio de funciones públicas, como lo son, a modo meramente ejemplar: **(i)** el

¹⁵⁷ Véase a modo de ejemplo <<http://go.fn.cl/muzsq>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]. Y, en términos generales: <<http://go.fn.cl/5kh14>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹⁵⁸ Conforme al artículo 1° de la Ley de Delitos Económicos, significa que será considerado en toda circunstancia como delito económico a diferencia de los delitos de segunda, tercera y cuarta categoría, que sólo se considerarán delitos económicos bajo ciertas circunstancias. Esto tiene como consecuencia que, a quien cometa estos delitos, le será siempre aplicable el régimen de determinación de penas contemplado en la Ley de Delitos Económicos, que resulta mucho más estricto y gravoso que las reglas generales.

artículo 8° de la Constitución que establece el deber de probidad en el ejercicio de la administración pública; y, **(ii)** los artículos 3° y 13 y el título III completo de la Ley de Bases de la Administración.

Segundo, es posible mencionar las normas sancionatorias para asegurar el cumplimiento de las normas sustantivas indicadas previamente, entre las que se encuentran: **(i)** las normas sobre acusaciones constitucionales de los artículos 52 y 53 de la Constitución; **(ii)** las normas sobre crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, contenidas en el título quinto del Código Penal, que tipifica figuras como el cohecho activo y pasivo, el soborno, la negociación incompatible, la malversación de caudales públicos, el fraude al fisco, entre otros. Normas que, además, fueron recientemente perfeccionadas con la dictación de la Ley de Delitos Económicos; **(iii)** algunas normas que establecen sanciones administrativas que pueden aplicar entidades públicas como la Contraloría General de la República, el Consejo para la Transparencia y el Servicio Electoral, entre otros; y, **(iv)** las normas sobre sumarios administrativos contenidas en el párrafo 4° de la Ley de Bases de la Administración.

Finalmente, existe una serie de leyes especiales que rigen ciertos ámbitos particulares de la función pública que podrían verse expuestos a riesgos como los relatados por Conadecus, tales como: **(i)** la ley que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, N°20.730; **(ii)** la ley orgánica constitucional sobre transparencia, límite y control del gasto electoral, N°19.884; y, **(iii)** la ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, N°19.886. Todas ellas consagran sus propios regímenes sancionatorios.

Así, nuevamente, se trata de supuestos riesgos que nada tienen que ver con la normativa de libre competencia y respecto de los cuales ya existe robusta institucionalidad que se hace cargo de ellos.

V.1.4. Supuestos riesgos de coordinación

Chile cuenta con uno de los sistemas más robustos del mundo para la persecución de conductas coordinadas. No solamente en virtud de la seriedad y profesionalismo de sus autoridades, sino que también dadas las atribuciones que tiene la FNE para investigar la existencia de este tipo de conductas y el amplio catálogo de sanciones que tiene a su disposición el H. Tribunal para sancionarlas.

Resulta innecesario profundizar en esas atribuciones y sanciones, pero la §V.2 da cuenta de un panorama general respecto del estado actual de nuestra institucionalidad de libre competencia, y expone que ésta resulta más que adecuada para abordar aquellas preocupaciones de Conadecus en que la libre competencia sí tiene un rol¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Véase al respecto Rivas, Virginia (2018). "La reputación técnica y el emprendimiento de políticas como fuente de poderes: el caso de la Fiscalía Nacional Económica", Revista de Estudios Públicos, N°152. Disponible en: <<http://go.fn.cl/t31h7>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

V.1.5. Supuestos riesgos por falta de información

Las preocupaciones de Conadecus vinculadas a la falta de información pública sobre los grupos empresariales, en general, y sobre los conglomerados, en particular, hoy no están justificadas. En efecto, actualmente existen cambios normativos en proceso, que se encargarán de solucionar cada una de las objeciones planteadas en la Solicitud sobre esta materia.

En primer lugar, el pasado 12 de febrero de 2024 la CMF publicó la NCG N°505 que Regula Información de Grupos Empresariales. Dicha NCG establece que las entidades en ella indicadas¹⁶⁰ “deberán remitir a esta Comisión, y mantener debidamente actualizada, la información respecto al grupo empresarial al cual pertenecen, según los términos definidos en el artículo 96 de la Ley N°18.045”. Luego, de forma muy relevante, agrega que:

“Tratándose de sociedades matrices o controladoras, deberán crear su grupo empresarial e identificar aquellas entidades que forman parte de su grupo empresarial, sean o no fiscalizadas por la Comisión. En caso que esas sociedades matrices o controladoras no sean fiscalizadas por esta Comisión, corresponderá a las entidades señaladas en el inciso anterior la creación del grupo respectivo e identificación de aquellas sociedades que formen parte del mismo.

Será responsabilidad de cada entidad que la nómina del grupo empresarial a que ésta pertenece esté debidamente actualizada, debiendo informar cualquier modificación a más tardar al quinto día hábil siguiente de haberse producido el hecho que motivó el cambio y de no crear grupos nuevos en caso que ya existan.

Dicha nómina será puesta a disposición del público en el sitio en Internet de la Comisión, razón por la que cualquier error que detecte la entidad deberá ser subsanado tan pronto haya sido detectado”¹⁶¹.

En segundo lugar, el pasado 14 de diciembre ingresó al Congreso Nacional un proyecto de ley que crea un Registro Nacional de Personas Beneficiarias Finales¹⁶² (“Registro de BF”) con miras a que éste sirva como una herramienta para múltiples propósitos¹⁶³. Al respecto, el mensaje presidencial señala que tener un Registro BF “contribuirá a fortalecer la competencia en el país, al tiempo que

¹⁶⁰ Se refiere a las entidades emisoras de valores inscritos en el Registro de Valores, las administradoras generales de fondos, las administradoras de carteras inscritas en el Registro de Administradores de Carteras, las sociedades administradoras de fondos de pensiones que tengan valores inscritos en el Registro de Valores, las compañías de seguros, los corredores de bolsa, los agentes de valores, los corredores de bolsa de productos, los bancos y los agentes administradores de mutuos hipotecarios endosables. CMF, NCG N°505, p.1.

¹⁶¹ CMF, NCG N°505, p.1.

¹⁶² Boletín N°16.475-05.

¹⁶³ Tales como: (i) el combate contra la corrupción y el crimen organizado; (ii) la prevención del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; (iii) la prevención del uso de figuras jurídicas para defraudar; (iv) el resguardo del cumplimiento de obligaciones tributarias; (v) la determinación de la capacidad económica de los alimentantes en procedimientos de familia; y, (vi) la inhibición de conductas de ocultamiento y distracción de bienes. Boletín N°16.475-05. pp.6-9.

reducirá los riesgos de corrupción entre empresas al participar en procesos de compras públicas y, en general, de contrataciones con el Estado¹⁶⁴.

En tercer lugar, la propuesta normativa de la CMF sobre conglomerados contenida en los Lineamientos CMF contempla la creación de un registro de conglomerados financieros, en el que deberán inscribirse las SAE matrices del conglomerado¹⁶⁵.

Lo que se ha indicado refleja, al menos, dos cosas: **(i)** que esta preocupación ya ha sido cubierta, muy recientemente de hecho, por la CMF, incluyendo a las industrias financieras, y en cualquier caso sería detallada en una normativa futura ya diseñada por ésta; y, (ii) que se trata de una preocupación que no es razonable que sea abordada desde la institucionalidad de libre competencia.

Para finalizar este capítulo, se revisará cómo Chile cuenta con una robusta institucionalidad de libre competencia, que opera como complemento de la regulación sectorial a la que ya se ha hecho referencia al momento de hacerse cargo de las preocupaciones levantadas por Conadecus en su Solicitud.

V.2. La robusta institucionalidad chilena de libre competencia

Una parte acotada de las preocupaciones de Conadecus podrían vincularse eventualmente a la normativa de libre competencia, y dice relación con la descripción de ciertas conductas exclusorias y de coordinación. Según se explicó *supra*, ellas se resuelven más adecuadamente con una aplicación caso a caso y *ex post* —no *ex ante*, como pretende Conadecus— de la normativa de libre competencia, al no existir una falla de mercado general y persistente que resolver. Ello, considerando la robustez del sistema institucional chileno para hacerse cargo, en los términos indicados, de las preocupaciones referidas.

En efecto, por una parte, la institucionalidad chilena de libre competencia cuenta con eficientes mecanismos de represión de conductas anticompetitivas. Así lo constató la OCDE en el año 2011 cuando emitió el informe titulado “*Examen de Acceso de Chile a la Organización*”, en el que reconoció que “*las modificaciones adoptadas en 2009 han reforzado todavía más la aplicación de la ley. Entre otras cosas, los cambios autorizan el establecimiento de un programa de clemencia que detecte e impida los carteles, sumado a poderes de investigación de la FNE y al incremento de las multas por incumplimiento*”¹⁶⁶. Asimismo, agregó que “[*l]a distribución de tareas de aplicación de la ley entre dos autoridades independientes, una de investigación y otra encargada de la toma de decisiones, ha funcionado hasta el momento. El TDLC ha sido eficiente*

¹⁶⁴ Boletín N°16.475-05, p.9.

¹⁶⁵ Ver *supra* §V.1.1

¹⁶⁶ OCDE, (2010). “Competition Law and Policy in Chile: Accession Review”, p.10. Disponible en: <<http://go.fn.cl/ljxmg>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024]

y productivo, emitiendo alrededor de 20 decisiones por año, la mayoría de ellas en procedimientos contenciosos”¹⁶⁷.

El buen funcionamiento de nuestro sistema de libre competencia, que la OCDE ya observó en 2011, se ha mantenido en el tiempo. Las estadísticas publicadas por este H. Tribunal en sus anuarios dan cuenta de la eficiente persecución de conductas anticompetitivas que existe en Chile¹⁶⁸, y así ha sido confirmado por autorizada doctrina¹⁶⁹.

Lo anterior evidencia que el sistema represivo de conductas potencialmente anticompetitivas es eficaz para identificar la existencia de conductas anticompetitivas de esta naturaleza, y también para sancionarlas. Adicionalmente, es eficiente al disuadir la comisión de este tipo de conductas.

A lo anterior debe sumarse que la FNE cuenta con robustas herramientas para investigar conductas potencialmente anticompetitivas —especialmente coordinadas—, lo que incluye la facultad de interactuar directamente con otras autoridades sectoriales, incluyendo la propia CMF. Es posible también mencionar la regulación sobre delación compensada que también existe en Chile, que aporta de manera crítica a la persecución de carteles. Abona a lo anterior el hecho de que, en el evento de cualquier conducta que pueda atentar contra la libre competencia, toda persona puede presentar una denuncia ante la FNE o concurrir directamente ante el TDLC.

A todo ello, debe sumarse el estrictísimo régimen de sanciones consagrado en el artículo 26 del DL 211 para las conductas anticompetitivas, incluida la sanción penal para los acuerdos colusorios.

Sin embargo, nuestro sistema no descansa exclusivamente en la persecución *ex post* de conductas. En efecto, el sistema de protección de la libre competencia imperante en Chile también dispone de normas que tienen por objeto controlar la estructura de los agentes económicos del mercado. A partir de la ley N°20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia (“Reforma de 2016”), el DL 211 contempla: **(i)** un moderno sistema de control obligatorio de operaciones de concentración; **(ii)** normas sobre participaciones cruzadas; y, **(iii)** la prohibición de situaciones de ciertos tipos de *interlocking*.

Estas tres modificaciones introducidas por la Reforma de 2016 tienen elementos en común: **(i)** las tres se orientan a controlar las estructuras de los mercados; **(ii)** las tres se diseñaron teniendo en cuenta la probabilidad de que existan errores tipo I y errores tipo II y los costos de cada uno, bajo la lógica ya explicada en la §II.2; y, **(iii)** las tres guardan relación con algunas de las preocupaciones esgrimidas por Conadecus. En efecto, la Solicitante se muestra preocupada por la concentración en la economía, en circunstancias de que, desde 2016, la FNE vela preventivamente por que dicha concentración no reduzca sustancialmente la competencia en los mercados en que existen operaciones de concentración. Asimismo, la Solicitante se muestra preocupada por que

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.54.

¹⁶⁸ Véase Anuarios H. Tribunal (2023, 2022, 2021, 2020, 2019, 2018 y 2017). Disponible en: <<http://go.fn.cl/4kpza>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹⁶⁹ Véase al respecto Pardow, Diego, *Op. Cit.*, pp. 419-451; y, Rivas, Virginia, *Op. Cit.*

existan instancias de contacto entre competidores con ocasión de su organización corporativa; pues bien, desde 2016 que: **(i)** la prohibición del *interlocking* del artículo 3° letra d) del DL 211 se encarga de que este riesgo no se genere con ocasión de la administración de competidores; y, **(ii)** el deber de informar a la FNE cuando se adquiere una participación minoritaria en la propiedad de una empresa competidora vela por que el ente persecutor cuente con todas las herramientas necesarias para reprimir cualquier riesgo que pudiera materializarse a propósito de la propiedad.

En este escenario, no debiesen sorprender las palabras de don Enrique Vergara:

“[C]on un sistema de protección de la libre competencia que se ha ido consolidando a través de los años. Hoy se puede decir que el marco normativo que rige este bien jurídico es omnicomprensivo de todas las materias que deben contener una legislación de este tipo, esto es, una adecuada descripción de las infracciones, autoridades dotadas de la debida independencia, facultades para investigar y sancionar las conductas anticompetitivas y, por último, un sistema de control previo de operación de concentración económica”¹⁷⁰.

Por ello, resulta llamativo que, para fundamentar su Solicitud, Conadecus haga referencia a tesis de grado o trabajos de la década de 1960 o 1990, cuando la institucionalidad chilena de defensa de la competencia era completamente diferente, si no virtualmente inexistente en el primer caso¹⁷¹ y cuando ésta ha presentado cambios radicales en las décadas siguientes, con particular énfasis desde 2004¹⁷².

Recapitulando lo dicho hasta aquí, incluso en el caso en que los riesgos que la Solicitante identifica se materialicen, estos serían abordados eficazmente por la normativa *ex post* y la sólida institucionalidad ya existente en nuestro país. No hay entonces necesidad de que este H. Tribunal adopte alguna de las Medidas que Conadecus solicita, y que pueden tener impactos significativos en los consumidores.

VI. El caso de Israel no es aplicable a la realidad chilena. Por lo demás, la propia Conadecus reconoce que no es claro que la Ley de Concentración ISR haya tenido los efectos que supuestamente buscaba

Conadecus argumenta que la Ley de Concentración ISR debiera servir de inspiración para que el H. Tribunal ejerza su facultad de recomendación normativa. Ello, pues las circunstancias que habrían motivado la dictación de la norma en Israel —el alto nivel de concentración económica y descontento social por alzas en los precios— supuestamente serían similares a nuestra realidad nacional.

¹⁷⁰ Vergara, Enrique (2023). “Testimonio de los principales hitos de la libre competencia en Chile (2000-2022)”, p.84. Disponible en: <<http://go.fn.cl/odrxn>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹⁷¹ Solicitud, ¶¶16 y 22.

¹⁷² Véase Bernedo, Patricio (2013). “Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010”, Santiago: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, pp. 161-167, 195-196.

En primer lugar, más allá de algunas afirmaciones generales en el sentido de que en ambos países había descontento ciudadano y que los precios eran supuestamente altos (aunque no está ni correctamente argumentada ni mucho menos demostrada la relación causal entre ambos ni hay datos para Chile que justifiquen que los precios serían altos en términos comparados), Conadecus no presenta antecedente robusto alguno que permita concluir que la realidad de Israel que llevó, bien o mal, a la dictación de la Ley de Concentración ISR, sea comparable con la chilena.

Se trata, de hecho, de dos economías muy distintas, comenzando por la circunstancia de que la economía chilena, a diferencia de la israelí, es una completamente abierta al mundo, factor que de suyo es disciplinador de conductas y precios. También es posible señalar que ciertamente Israel no contaba en la época con una institucionalidad de libre competencia tan robusta como la que Chile tiene en la actualidad, ni tampoco con regulaciones sectoriales equivalentes a las chilenas, a todo lo cual ya se hizo referencia *supra*.

Tal como ocurre en este caso, el H. Tribunal ya ha tenido la oportunidad de conocer expedientes de recomendación normativa en que el solicitante usa experiencias comparadas para fundar su solicitud, en que el H. Tribunal ha descartado aplicar dichos precedentes por cuanto los presupuestos subyacentes de la regulación del país de referencia deben ser extrapolables a la situación existente en Chile¹⁷³.

En segundo lugar, los efectos de la Ley de Concentración ISR están lejos de ser claros, por lo que ciertamente no están en posición de sustentar la postura de Conadecus, ni mucho menos modificaciones legales tan intrusivas como las que propone la Solicitud. En su presentación, Conadecus cita varios párrafos de un informe elaborado por la asesoría técnica parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional en abril de 2023, titulado “*Regulación de la concentración económica en Chile e Israel: Reglas especiales sobre concentración en el sistema financiero*” (“Asesoría Parlamentaria”) para explicar en qué contexto fue dictada la Ley de Concentración ISR, las iniciativas gubernamentales que le precedieron y las finalidades que persiguió el Congreso israelí con su dictación.

Asimismo, la Solicitud se refiere profusamente a los pasajes de la Asesoría Parlamentaria que abordan el informe elaborado por el economista Noam Botosh para el Congreso de Israel (“Informe Botosh”), resaltando ciertos efectos que habría generado la implementación de la Ley de Concentración ISR.

Al respecto, se debe destacar, como bien reconoce el propio Informe Botosh, que los resultados expuestos son preliminares y no conclusivos, pues: **(i)** las últimas disposiciones de la Ley de Concentración ISR que entraron en vigencia lo hicieron en diciembre de 2019 —mientras el Informe Botosh data del 25 de febrero de 2020—; **(ii)** muchos de los datos que serían necesarios para medir el impacto de la Ley de Concentración ISR no se encontraban disponibles al momento de su elaboración; y, **(iii)** en los últimos años se han efectuado muchas modificaciones estructurales a la normativa económica israelí, razón por la cual no es posible aislar la causa de ninguno de los efectos que se indican en el Informe Botosh.

¹⁷³ Véase la causa rol ERN 23-2018 en que el solicitante basó su propuesta de regulación en el modelo del Reino Unido.

Así, el propio autor comienza su trabajo realizando una prudente advertencia, en los siguientes términos:

“La sección 4 de la revisión presenta un análisis preliminar del posible impacto económico en el mercado de la implementación de la Ley de Concentración, incluyendo el impacto en la distribución del crédito empresarial y los efectos en el mercado de capitales israelí. Observamos que se trata de un análisis económico preliminar; debido a que la aplicación de las disposiciones centrales de la Ley de Concentración finalizó en diciembre de 2019 y muchos de los datos relativos a las actividades económicas de los principales grupos empresariales que podrían ayudar a medir el impacto económico de la Ley aún no están disponibles. Entre otras cosas, se necesitan los datos sobre el rendimiento de las empresas (en su mayoría empresas privadas), los cambios en el número de empleados y la asignación de créditos dentro del grupo empresarial. (...) Finalmente, en las últimas décadas se han llevado a cabo reformas estructurales en la economía, que tienen sus propios efectos en la estructura del mercado, en general, y en el nivel de concentración, en particular. Así pues, la presente revisión puede servir de base para nuevas investigaciones y análisis en profundidad en el futuro, que contarán con la ventaja de una retrospectiva adicional para revisar el impacto económico de la Ley de Concentración con la ayuda de los datos disponibles”¹⁷⁴.

De esta forma, los efectos que pudo haber producido la Ley de Concentración ISR en la economía de Israel en realidad son todavía inciertos y más todavía lo eran a la fecha de elaborarse el Informe Botosh que, lejos de contener conclusiones sólidas que puedan ser consideradas por el H. Tribunal para proponer un cambio normativo, simplemente entrega guías que pueden *servir de base para nuevas investigaciones*, tal como su propio autor reconoce. Por lo demás, según indica el Informe Botosh, existen ciertas disposiciones de la Ley de Concentración ISR que, a la fecha, luego de 10 años de su dictación, aún no se han podido implementar.

Asimismo, el Informe Botosh incluso señala que “[a]demás, el tema de la concentración agregada no ha sido ampliamente debatido en la literatura económica hasta la fecha, la Ley Anti-concentración de Israel es única, y los efectos de una ley de este tipo aún no han sido suficientemente analizados”¹⁷⁵ y que “para medir el efecto directo de la Ley de Concentración, es necesario aislar el efecto de otras variables: otras regulaciones financieras, los ciclos

¹⁷⁴ Botosh, Noam, Op. Cit., p.3. Traducción libre de: “Section 4 of the review presents a preliminary analysis of the possible economic impact of the implementation of the Concentration Law on the market, including the impact on the distribution of business credit in the economy and the effects on the Israeli capital market. We note that this is a preliminary economic analysis; because implementation of the central provisions of the Concentration Law ended in December 2019, much of the data regarding the economic activities of the major business groups that could help measure the economic impact of the Concentration Law is still unavailable. Among other things, the data on company performance (mostly private companies), changes in the number of employees, and the allocation of credit within the business group are required. (...) Finally, additional structural reforms have been implemented in the economy over recent decades, which have their own effects on the market's structure, in general, and the level of concentration, in particular. Thus, the review can serve as a basis for further research and in-depth analyses in the future, which will have the benefit of additional hindsight to review the economic impact of the Concentration Law with the help of available data”.

¹⁷⁵ Ibid., p.3. Traducción libre de: “Moreover, the subject of aggregate concentration has not been widely discussed in professional economics literature to date, the Concentration Law is unique to Israel, and the effects of such a law have not yet been sufficiently analyzed”.

económicos, entre otros. Se trata de un análisis económico complejo, que requiere tiempo y acceso a una gran cantidad de datos”¹⁷⁶.

Por otra parte, llama la atención que la Solicitud, al referirse a su propuesta de desmantelamiento de la estructura de las empresas en niveles o capas, indica que, de acuerdo con el Informe Botosh, entre los años 2013 y 2019, 14 empresas israelíes habrían modificado su estructura de propiedad en virtud de la Ley de Concentración ISR¹⁷⁷. Sin embargo, omite que el mismo Informe Botosh indica que sólo un 16% de las compañías que modificaron su estructura reduciendo capas lo hizo a causa de la implementación de la Ley de Concentración ISR¹⁷⁸. De esta forma, el desmantelamiento de estructuras del tipo conglomerado probablemente se debe en mayor medida a la difícil situación económica que experimentaba Israel y no a la Ley de Concentración ISR.

Por último, según datos publicados por la OCDE¹⁷⁹, desde la dictación de la Ley de Concentración ISR, Israel ha experimentado una constante alza en sus precios. Así, es posible sostener que la mencionada regulación se encuentra lejos de cumplir su objetivo principal, es decir, disminuir los precios en la economía israelí, e incluso podría ser uno de los factores que ha contribuido al aumento de los costos de vida. De acuerdo con la OCDE, entre los años 2013 y 2022 el nivel de precios en Israel aumentó cerca de un 30%, posicionándose como el país OCDE con mayor costo de vida, con precios 38% más caros que el promedio de los países que forman parte de la OCDE. Es preciso destacar que Chile se encuentra en una situación absolutamente distinta y más favorable. En el mismo período, nuestro país ha presentado una baja en los precios, los cuales han disminuido cerca de 10%, posicionando a Chile como el décimo país OCDE más barato, con precios 37% más bajos que los registrados en promedio por los demás Estados que formaron parte del análisis¹⁸⁰.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.2. Traducción libre de: “*Note that it takes time to assess the impact of the Concentration Law on the economy using empirical tools, such as by evaluating changes in the allocation of market resources (credit, employees, outputs, etc.). In addition, measuring the direct effect of the Concentration Law, requires isolating the effect of other variables: additional financial regulations, business cycles, and more. This is a complex economic analysis, which requires time and access to a large amount of data*”.

¹⁷⁷ Solicitud, ¶12.

¹⁷⁸ Botosh, Noam, Op. Cit., p.27.

¹⁷⁹ Véase: <<http://go.fn.cl/wfmgo>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024].

¹⁸⁰ La Solicitud menciona otros países que habrían dictado normas destinadas a reducir la *concentración económica agregada* y la *dominancia de conglomerados*. Las otras experiencias extranjeras a que se refiere la Solicitud tampoco pueden ser consideradas bajo ningún respecto como modelos a seguir para regular a los conglomerados en Chile, pues todas ellas responden a las circunstancias específicas y completamente excepcionales que cada uno de dichos Estados atravesaba en el momento en que dictaron las normas en comento. En el caso de Japón, los decretos que regularon los conglomerados fueron dictados por las autoridades estadounidenses que ocupaban el país tras el término de la segunda guerra mundial. Las medidas adoptadas fueron extremadamente excepcionales y fundadas en un contexto de post guerra, además, durante los años 90, se llevaron a cabo nuevas modificaciones legales dejando sin efecto las prohibiciones impuestas en el período de post guerra. En el caso de Corea del Sur, las reformas en la materia tuvieron como antecedente la gran crisis financiera asiática de 1997, circunstancia que no resulta en ningún caso comparable a la situación actual de la economía chilena. Por lo demás, a pesar de las medidas adoptadas, los grupos empresariales coreanos aumentaron considerablemente de tamaño. En el caso de Estados Unidos, en el contexto de la gran depresión de 1929, el gobierno del presidente Franklin D. Roosevelt implementó una serie de reformas orientadas a regular los conglomerados, en un intento de afrontar las preocupaciones que surgieron sobre el supuesto poder político y económico que acumulaban ciertos grupos económicos en el contexto de la crisis económica. La situación actual de nuestro país no se puede asimilar a aquella que atravesaba Estados Unidos en ese entonces (una crisis económica mundial que impactó la estabilidad financiera y social a nivel global). Por lo demás, Conadecus tampoco ha acompañado antecedente alguno que dé cuenta de los efectos que cada una de estas regulaciones tuvo. Véase Hamdani, Assaf, Kosenko, Konstantin y Yafeh (2020). “Regulatory Measures to Dismantle Pyramidal Business Groups: Evidence from the United States, Japan, Korea and Israel”. Disponible en: <<http://go.fn.cl/vuz5p>> [Fecha de última consulta: 10 de abril de 2024] y Fondo Monetario Internacional (2015). “Conglomerate supervisión supplementary report on international experiences”, reporte preparado por el Departamento de Mercados Monetarios y de Capital.

En virtud de todo lo anterior, promover una modificación normativa como la solicitada por Conadecus con base en una experiencia comparada cuyos efectos aún no son medibles equivale a fomentar que se realice un experimento de resultados imprevisibles con la economía nacional, lo cual, en la opinión respetuosa de Falabella, no es razonable.

VII. Análisis de las Medidas requeridas por Conadecus y conclusiones

Como se adelantó *supra*, la Primera Medida propuesta por Conadecus consistiría en reducir las *estructuras en capas*, por la vía de establecer por ley que aquellos grupos empresariales significativos no tendrán más de dos capas, por lo que dentro de un período determinado las estructuras actuales deberían reducirse hasta llegar sólo a dos.

La Segunda Medida buscaría separar las empresas financieras de un *grupo empresarial significativo* de aquellas que participan en la *actividad económica real*. Según la Solicitante, la ley debería prohibir que accionistas mayoritarios de una *empresa de tamaño relevante* que opera en una *actividad económica real* sean, a la vez, titulares de una *entidad financiera importante*, esto es, una empresa cuyos activos superen los límites que la propia ley propuesta establezca. Además, conforme a la Solicitud, una *entidad financiera importante* no podría tener, por ejemplo, más del 10% de una *empresa de tamaño relevante* en una *actividad económica real*, y el titular de al menos el 5% de una *empresa de tamaño relevante* en una *actividad económica real* no podría controlar una *entidad financiera importante*.

Por su parte, la Tercera Medida consistiría en tener en cuenta los niveles de *concentración económica agregada* y la *dominancia de conglomerados* en industrias específicas de los *grupos empresariales significativos* al momento de asignar concesiones o derechos por parte del Estado.

Finalmente, la Cuarta Medida perseguiría el establecimiento de un registro público de *grupos empresariales significativos, entidades financieras importantes y empresas de tamaño relevante de actividades económicas del sector real*, para efectos de hacer los análisis de competencia de los objetivos consagrados en la ley que se dicte.

Todas y cada una de estas Medidas son, conjunta e individualmente consideradas, (i) innecesarias, (ii) improcedentes, (iii) inoficiosas, e, incluso, (iv) contraproducentes, por las razones expuestas a lo largo de esta presentación y que se sintetizan a continuación.

VII.1. Las Medidas son innecesarias

Como se ha descrito latamente, las Medidas son innecesarias por cuanto ya existe una robusta institucionalidad y regulación sectorial que se hace cargo ex ante de las preocupaciones de Conadecus subyacentes a éstas, además de aquella regulación que se encuentra en proceso de dictación.

Adicionalmente, la normativa de libre competencia es plenamente eficaz para abordar los riesgos que corresponde revisar en esta sede (pues, como se ha venido diciendo, gran parte de las preocupaciones expuestas por la Solicitante son ajenas a ésta), mediante ciertas normas aplicables *ex ante* que regulan la estructura de los mercados, pero, principalmente, por la vía de aquellas aptas para sancionar, *ex post*, eventuales ilícitos anticompetitivos.

Por una parte, en cuanto a la institucionalidad y regulación sectorial, cabe reiterar que las preocupaciones que se intentan resolver mediante la adopción de las Medidas ya han sido atendidas por reguladores sectoriales específicos, principalmente por la CMF, el BCCh y el CEF, así como por la normativa dictada al efecto.

En relación con la Primera Medida, se vio cómo los Lineamientos CMF ya contemplan recomendaciones tendientes a hacerse cargo de los riesgos que dicha Primera Medida busca abordar. De hecho, se vio que, si bien buscan hacerse cargo de los mismos riesgos, los términos de la Primera Medida son contradictorios con la propuesta de la CMF, lo que ciertamente llama a la cautela respecto de la procedencia de la Solicitud de Conadecus. Así, las Medidas no sólo recaen sobre materias ya reguladas, sino que, en ocasiones, proponen una regulación contraria a la ya existente o por dictarse por organismos especializados en estas materias.

En relación con la Segunda Medida, la CMF también identificó ciertos riesgos asociados a la existencia de conglomerados (ninguno de libre competencia, cabe destacar), proponiendo en los Lineamientos CMF dictar una ley de conglomerados que regule, entre otras materias, la necesidad de que las mallas societarias de los conglomerados separen las actividades financieras de cualquier otra actividad que se ejerza al interior del grupo. Ello hace innecesaria, particularmente, la Segunda Medida, por versar, en esencia, sobre el mismo asunto tratado en los Lineamientos CMF.

En relación tanto con la Primera Medida como con la Segunda Medida, se vio también que existe abundante regulación *ex ante* que aborda los riesgos relacionados con conflictos de interés, operaciones con partes relacionadas y transacciones intragrupo, regulación que contempla mecanismos para evitar que una compañía desarrolle conductas de *self-preferencing* y discriminación arbitraria a favor de sus entidades relacionadas; preocupación que, en definitiva, subyace a todas las Medidas y, particularmente, a la Primera Medida y Segunda Medida.

En relación con la Tercera Medida, los supuestos riesgos de coordinación, la *concentración agregada* y el *poder de dominancia de conglomerado* —a que hace referencia especialmente la Tercera Medida—, las eventuales conductas predatorias, de empaquetamiento de productos y, en general, de conductas que supongan erigir barreras de entrada a los mercados, se encuentran regulados y sancionados de manera acabada, completa y suficiente en el DL 211. Lo anterior, al regular éste la colusión y las prácticas concertadas, los abusos de posición dominante (tanto individuales como colectivos), y las prácticas predatorias como infracciones a las letras a), b) y c), respectivamente, del inciso segundo, artículo 3º, del DL 211, y al sancionarlos con las medidas señaladas en el artículo 26 del mismo cuerpo legal. Esto, sumado a la robusta institucionalidad

nacional de libre competencia y a las amplias facultades de la FNE para perseguir dichos ilícitos —particularmente tratándose de riesgos coordinados—, garantizan la eficacia de la represión, caso a caso, de conductas anticompetitivas en nuestro país.

Además, las fuertes sanciones contempladas en el artículo 26 del DL 211, la regulación sobre delación compensada y la posibilidad de toda persona de denunciar ilícitos anticompetitivos ante la FNE o demandar ante el TDLC, hacen que nuestro sistema de libre competencia sea también eficiente para disuadir la comisión de este tipo de infracciones.

Cabe reiterar, igualmente, que nuestro sistema de defensa de la libre competencia no descansa sólo en la represión *ex post* de ilícitos anticompetitivos, pues también dispone de normas eficaces cuyo objeto es controlar, en los casos contemplados por el DL 211, la estructura de los agentes económicos. Esto, a través del sistema de control de operaciones de concentración —destinado precisamente a evaluar, *ex ante*, que las concentraciones no reduzcan sustancialmente la competencia en los mercados relevantes afectados—, deberes de información en casos de adquisición de participaciones minoritarias en empresas competidoras y la prohibición de casos de *interlocking* en los términos del artículo 3° letra d) del DL 211 —normas todas que precaven instancias de contacto entre competidores con ocasión de su organización corporativa y riesgos de coordinación que pudieran generarse a propósito de la propiedad—.

En relación con la Cuarta Medida cabe reiterar que existen normas vigentes o en discusión que se harán precisamente cargo de las preocupaciones planteadas por la Solicitante en estas materias, tales como la NCG N°505 de la CMF que Regula Información de Grupos Empresariales, en virtud del cual las entidades indicadas en la NCG deben informar a la CMF el grupo empresarial al que pertenecen; el proyecto de ley que se encuentra actualmente en trámite en el Congreso que crea un Registro de BF, cuyo objetivo es fortalecer la competencia y reducir los riesgos de corrupción entre empresas al participar en procesos de compras públicas y de contrataciones con el Estado —lo que aborda no sólo la preocupación subyacente a la Cuarta Medida, sino también aquella de la Tercera Medida—; y, los Lineamientos CMF, que contemplan la creación de un registro de conglomerados financieros en el que deberán inscribirse las SAE matrices.

De esta forma, los riesgos que Conadecus se propone eliminar mediante la implementación de las Medidas se encuentran todos debidamente abordados en la regulación sectorial vigente y por dictarse, además de la normativa de libre competencia, particularmente aquella que regula *ex ante* ciertas estructuras de mercado y sanciona represivamente las infracciones a la libre competencia. Lo anterior ya es suficiente para descartar, desde ya, la implementación de las Medidas, pues, en palabras de este H. Tribunal, su intervención se tornaría en *inoficiosa e inconducente*, dado que las materias sobre las cuales versa la Solicitud ya han sido conocidas o están siendo conocidas por los órganos competentes de la administración del Estado. Además, para el caso de que las preocupaciones de Conadecus se materialicen y configuren un ilícito de libre competencia, la institucionalidad vigente en estas materias es plenamente eficaz para reprimirlas y disuadir futuras infracciones de esa naturaleza.

VII.2. Las Medidas son improcedentes

Sin perjuicio de que, como se indicó, el hecho de que las Medidas sean innecesarias ya es fundamento suficiente para rechazarlas, cabe señalar que éstas son, además, improcedentes. Esto, por cuanto no concurren los requisitos constitucionales y legales que habilitan su adopción. Lo anterior, en consideración a que las Medidas afectan en su esencia —en los términos del artículo 19 N°26 de la Constitución— el derecho de toda persona a desarrollar actividades económicas lícitas, garantizado en el artículo 19 N°21 de la CPR.

Particularmente la Primera Medida y Segunda Medida afectarían el núcleo de este derecho, al prohibir que las denominadas estructuras de los grupos empresariales significativos tengan más de dos capas, según lo propone la Primera Medida, y al prohibir a los accionistas mayoritarios de una empresa de cierto tamaño de la actividad económica real ser a la vez titulares de una entidad financiera importante y viceversa, a través de la fijación de porcentajes máximos de participación que podrían tener unas en otras, conforme lo plantea la Segunda Medida. Todo ello estaría en directa contraposición con la libertad que deben tener los agentes económicos para decidir sobre su estructura corporativa y el tipo de industrias en las que deseen desarrollarse, mientras su actuar se conforme a las normas aplicables en consonancia con la Constitución.

Por su parte, la Tercera Medida también es contraria al derecho a desarrollar actividades económicas lícitas, pues el objetivo de dicha Medida es precisamente que el Estado, al momento de asignar concesiones o derechos, tenga en cuenta los niveles de concentración económica agregada y la dominancia de conglomerados en industrias específicas de los grupos empresariales significativo. Ese tener en cuenta se traduce, en específico, en limitar la asignación de concesiones o derechos del Estado a aquellos agentes económicos que cumplan con las características señaladas en la Tercera Medida, lo que, en definitiva, se traduciría en que dichas empresas no puedan desarrollar las actividades económicas objeto de la concesión o derecho del Estado, lo que se encuentra en clara contraposición con el derecho consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución en relación con el artículo 19 N°26.

Finalmente, la Cuarta Medida, al ser una Medida accesoria a las demás —pues su objetivo sería mantener información actualizada acerca de los grupos empresariales significativos, las entidades financieras importantes y las empresas de tamaño relevante de actividades económicas del sector real, para, luego, adoptar el resto de las Medidas— también es, en consecuencia, improcedente.

En línea con lo anterior, no corresponde afectar un derecho constitucional en su esencia sin contar con evidencia robusta que demuestre riesgos planteados por Conadecus, así como la aptitud de las Medidas para hacer frente a dichas preocupaciones y riesgos de manera más eficiente que otras alternativas menos intrusivas, en caso de estimarse que tales riesgos concurren, lo cual refuerza la importancia de descartar las Medidas propuestas en la Solicitud.

VII.3. Las Medidas son inoficiosas

Al mismo tiempo que innecesarias e improcedentes, las Medidas son inoficiosas, debido a que no son aptas para lograr los fines buscados por la Solicitud. Lo anterior, puesto que lo que busca Conadecus es en extremo ambicioso —además de ambiguo—: fomentar la competencia de la *economía nacional* como un todo. Muy difícilmente las Medidas serán capaces de lograr ese objetivo, dado que no es posible atribuir el supuesto mal funcionamiento de toda la economía nacional a una determinada estructura de propiedad —lo que, entendemos, se pretende solucionar principalmente con la Primera Medida y la Segunda Medida—.

Como se explicó en detalle *supra*, ello no es posible, pues los niveles de competencia se predicen y analizan con respecto a mercados relevantes específicamente determinados y definidos. Sólo tras haber precisado los límites del mercado relevante en el que incide la conducta es que es posible concluir, cuando corresponda, la existencia de una posición de dominio —para el caso de los hipotéticos riesgos unilaterales de carácter exclusorio planteados por Conadecus— o si dos o más agentes son o no competidores —para el caso de los supuestos riesgos coordinados identificados por la Solicitante—. Lo anterior está lejos de cumplirse con la definición de mercado efectuada por Conadecus, lo que hace imposible para este H. Tribunal poder relacionar causalmente el supuesto y no probado mal funcionamiento de la *economía nacional* con la existencia de conglomerados.

Además, el presente procedimiento no es apto para hacerse cargo de las preocupaciones de Conadecus, pues, además de no recaer sobre mercados relevantes específicos y determinados, gran parte de los riesgos planteados no dicen relación con la normativa de libre competencia, sino más bien con aspectos propios de la regulación prudencial de mercados financieros o de gobiernos corporativos, los que son objeto de abundante regulación sectorial, como se describió *supra*.

VII.4. Las Medidas son contraproducentes

Por último, las Medidas no sólo son ineficaces para lograr los fines propuestos por Conadecus, sino que son, incluso, contraproducentes, principalmente por cuanto tenderían a atenuar la competencia, por la vía de sustraer de cada mercado relevante a competidores eficientes.

En efecto, las Medidas impedirían que los agentes económicos aprovechen las eficiencias propias del funcionamiento de los conglomerados —tales como maximización del *know how*, economías de escala y ámbito, y obtención de descuentos por volumen, entre otros, según se vio en mayor detalle en §IV *supra*—, lo cual ciertamente iría en contra de los fines buscados en la Solicitud. Esto, por cuanto el impedir a los agentes económicos aprovechar las legítimas ventajas de negocios provenientes de su estructura de conglomerado va en desmedro del desarrollo eficiente de los mercados y, en definitiva, del bienestar de los consumidores, cual es el bien jurídico protegido por la libre competencia (y no la protección de las PYMES y los empresarios en sí, como se pretende en la Solicitud).

A modo de ejemplo, en relación particularmente con lo propuesto en la Tercera Medida, cabe preguntarse: ¿por qué habría el Estado de tener en cuenta —considerando lo que ese tener en

cuenta significa en concreto— el nivel de concentración agregada y la dominancia de conglomerado al asignar concesiones o derechos? ¿Por qué el Estado debiese considerar aspectos distintos a la eficiencia y las ofertas realizadas por los agentes económicos, al momento de asignar concesiones o derechos? Ello podría generar, en la práctica, que el Estado tuviese que efectuar asignaciones a empresas menos eficientes o que cobren precios más caros a los consumidores o administrados sólo por el hecho de que no formen parte de un conglomerado, lo que resulta ciertamente perjudicial no sólo para el Estado en su capacidad recaudatoria, sino que introduciría distorsiones e ineficiencias en toda la economía (puesto que la regulación propuesta por Conadecus afectaría a todas y cada una de las industrias de nuestro país) en desmedro del bienestar de los consumidores.

Dada la amplitud y ambigüedad de las preocupaciones planteadas por Conadecus y, consecuentemente, de las Medidas propuestas para su solución, se genera el riesgo de que el remedio sea peor que la enfermedad —de estimarse que los riesgos identificados por Conadecus sean efectivos, lo que no compartimos—, pues podría eliminar a competidores eficientes de los mercados, restringir el acceso a financiamiento a agentes económicos en diversas industrias e, incluso, producir desempleo.

POR TANTO, en virtud de las consideraciones de hecho, jurídicas y económicas desarrolladas en esta presentación, y de las disposiciones legales citadas en el cuerpo de ésta, así como de los artículos 1º, 2º, 3º, 18 y 31, entre otros, del Decreto Ley N°211,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por aportados estos antecedentes de Falabella S.A. en calidad de interviniente y legítima interesada y, en definitiva, considerarlos al momento de decidir si ejercer o no la facultad de proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Hacienda, la dictación de preceptos legales o reglamentarios como aquellos sugeridos por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile.

OTROSÍ: Acompañamos una copia del documento denominado “Lineamientos para una Ley de Conglomerados Financieros en Chile”, de la Comisión para el Mercado Financiero.

Sírvase el H. Tribunal: Tenerlo por acompañado.