

## Informe en Derecho

## LIBRE COMPETENCIA Y NEUTRALIZACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA AGREGADA

### Sumario

I.	ANTECEDENTES .....	3
II.	LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA AGREGADA Y LA POTESTAD PROPOSITIVA DEL TDLC .....	4
	a. La concentración económica agregada .....	5
	b. La potestad propositiva del TDLC .....	7
	c. El alcance de la propuesta del TDLC .....	12
III.	LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA COMO UN PROBLEMA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA .....	13
	a. La concentración económica y sus efectos en el sistema político .....	13
	b. La concentración económica como cuestión de política pública .....	17
	c. El repudio a la concentración económica en “El Ladrillo” .....	18
IV.	LA DESCONCENTRACIÓN DEL PODER ECONÓMICO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO .....	19
	a. La concentración económica en las constituciones de 1828 y 1833.....	20
	b. La concentración y la propiedad en la Constitución de 1925.....	22
	c. La concentración económica en la Constitución de 1980 .....	24
	i. Concentración económica, propiedad y competencia en la Constitución ..	25
	ii. Concentración económica, captura y probidad .....	30
	iii. Concentración económica de los medios de comunicación y la libertad de opinión .....	32
V.	LA NEUTRALIZACIÓN DEL PODER ECONÓMICO Y EL RECHAZO A LA CONCENTRACIÓN EN LA LIBRE COMPETENCIA .....	33
	a. El DL 211 y la concentración económica.....	33
	b. El fortalecimiento de la FNE y la reforma de la Ley 19.610.....	35
	c. La creación del TDLC y la concentración económica .....	35

d.	La reforma de la Ley 20.361 .....	36
e.	La Ley 20.945 y su foco en el control de concentración empresarial .....	37
f.	La competencia como medio de neutralizar posiciones de poder .....	38
VI.	MEDIDAS NORMATIVAS CONTRA LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA .....	40
a.	Límites a la concentración en proyectos de ley en tramitación.....	41
b.	Límites a la concentración en la industria bancaria .....	42
c.	Límites a la concentración en la industria de pensiones .....	44
d.	Límites a la concentración en la industria de telecomunicaciones .....	46
e.	Límites a la concentración en la industria de medios .....	47
f.	Límites a la concentración en la industria sanitaria y otras actividades económicas relacionadas.....	48
g.	Límites a la concentración en la industria eléctrica.....	51
h.	Límites a la concentración en los contratos de suministro estatal.....	53
VII.	DEFICIENCIAS E INEFICACIA DE LAS MEDIDAS LEGALES CONTRA LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA AGREGADA .....	54
a.	Deficiencias en la aplicación de controles de leyes especiales .....	54
b.	Deficiencias de la legislación de fusiones e <i>interlocking</i> .....	56
c.	Deficiencias por la falta de normas sobre el control de grupos empresariales extranjeros en empresas estratégicas.....	56
d.	Deficiencias por los puntos ciegos de la regulación financiera .....	57
VIII.	MEDIDAS SOLICITADAS COMO RECOMENDACIONES PARA LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA AGREGADA .....	58
a.	Las recomendaciones normativas deben ser proporcionales .....	58
b.	Evaluación de las recomendaciones normativas solicitadas.....	59
i.	Restricciones a estructuras societarias piramidales de grupos empresariales que superen un determinado tamaño.....	59
ii.	Restricciones a la participación cruzada de grupos empresariales entre mercados financieros y otros mercados .....	60
iii.	Consideraciones por la participación de conglomerados al asignar concesiones o derechos del Estado.....	61
vi.	Creación de un registro de grupos empresariales que superen un determinado tamaño.....	64
IX.	CONCLUSIONES .....	66

## I. ANTECEDENTES\*

1. Se nos ha pedido un Informe en Derecho sobre la potestad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC") para hacer recomendaciones normativas que aborden la concentración económica agregada. En específico, este Informe se refiere a la regulación de grupos empresariales que participen simultáneamente en actividades financieras y en otras actividades económicas productivas, para lo cual abordamos las siguientes cuestiones:

*Pregunta 1:* ¿Es la concentración económica agregada un problema de libre competencia?

*Pregunta 2:* ¿Se ajusta a la Constitución la adopción de medidas normativas contra la concentración económica?

*Pregunta 3:* ¿Puede el TDLC hacer recomendaciones normativas para la concentración económica agregada?

*Pregunta 4:* ¿Son suficientes las leyes vigentes para abordar la concentración económica agregada?

*Pregunta 5:* ¿Qué medidas estructurales se han establecido en la legislación nacional para abordar la concentración económica agregada?

*Pregunta 6:* ¿Son proporcionales y eficaces las recomendaciones normativas propuestas para la concentración económica agregada?

2. Como examinamos en este Informe, las preguntas 1, 2 y 3 tienen respuestas *afirmativas*. En efecto: la concentración económica agregada es un problema que se vincula con la libre competencia y la adopción de medidas legales o reglamentarias para controlarla se ajusta a la Constitución. A las preguntas 4 y 5, respondemos que, si bien existen leyes con medidas estructurales y otras para enfrentar la concentración económica, son insuficientes e ineficaces, por lo que se debe promover una ley que adopte resguardos generales ante los riesgos a la competencia por los grandes grupos económicos. Finalmente, a la pregunta 6, exponemos que las medidas propuestas para regular la concentración económica agregada son proporcionales y eficaces.

---

\* Este informe fue elaborado *pro bono* y fue solicitado en 2023 por CONADECUS. Agradezco la colaboración de Sebastián Silva López de Maturana.

3. Este Informe nace de la solicitud de CONADECUS al TDLC para que hiciera una recomendación de reducción de la concentración económica agregada, limitar el poder de mercado de grandes grupos empresariales con una estructura de propiedad piramidal o que participen en entidades financieras o no financieras y, a la vez, en grandes empresas de actividades de otros sectores.

4. En la resolución de inicio<sup>1</sup>, **el TDLC decidió iniciar el expediente de recomendación para proponer leyes o reglamentos** que (i) impongan restricciones a estructuras societarias piramidales de grupos empresariales que superen un determinado tamaño; (ii) impongan restricciones a la participación cruzada de grupos empresariales entre mercados financieros y otros; (iii) considere la participación de conglomerados al momento de asignar concesiones o derechos por parte del Estado; y, (iv) establezca un registro de grupos empresariales que superen un determinado tamaño.

5. Al ordenar el TDLC iniciar el procedimiento propositivo, refleja que **existen antecedentes suficientes para impulsar esa potestad**. En efecto, el TDLC puede evaluar si es *necesario y oportuno* ejercerla<sup>2</sup>. Por lo demás, su inicio no impide a que, en definitiva, no se formule una recomendación.

6. El inicio del procedimiento refleja que, para el TDLC, **la concentración económica agregada amerita una discusión ante esa sede**. A su vez, el inicio del procedimiento de recomendación normativa permite suponer que las medidas que puede imponer el TDLC por la vía de instrucciones generales y otras potestades, no responden suficientemente al problema detectado. Esto quiere decir que las instrucciones generales ni otras medidas *ex post* equivalen a la eventual regulación *ex ante* que podría establecerse.

## II. LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA AGREGADA Y LA POTESTAD PROPOSITIVA DEL TDLC

7. En esta sección del Informe revisamos el alcance de la potestad propositiva del TDLC, en el marco de la solicitud sobre la concentración económica agregada.

---

<sup>1</sup> TDLC, Resolución intermedia, *Expediente de recomendación normativa sobre participación de grupos empresariales en distintos ámbitos de la economía*, rol ERN 32-23, 27 de septiembre de 2023.

<sup>2</sup> TDLC, Resolución intermedia, rol NC 406-12, 3 de mayo de 2012.

### a. La concentración económica agregada

8. El estudio de la concentración del poder económico en Chile no es nuevo. El tópico está presente desde al menos sesenta años, con la *memoria de prueba* de **Ricardo Lagos Escobar**, quien observó que “*el verdadero poder está en el aparato financiero (los bancos), en el gran campo industrial y en el latifundio*”<sup>3</sup>.

9. La preocupación por concentración siguió en la década del setenta<sup>4</sup> y reapareció en años recientes<sup>5</sup>. Incluso **Valdés** distingue *esta* concentración de la que se produce por fusiones horizontales, verticales o de conglomerado:

“la esencia de las [concentraciones y fusiones] –en la acepción precisa que les confiere el Derecho de la libre competencia– da cuenta de una práctica mercantil clasificable como integración vertical, integración horizontal o conglomeración mediante la cual se reduce el número de competidores o se restringe de alguna forma la competencia mercantil entre competidores en uno o más mercados relevantes. Así, **resulta fundamental distinguir las [concentraciones y fusiones] de las concentraciones de riqueza**, así como de las concentraciones accionariales.

Las [concentraciones y fusiones] sólo guardarían relación con una **concentración de riqueza y la consiguiente desigualdad en los ingresos en tanto se demostrara que aquéllas han dado lugar a un injusto monopolio de abuso**, en virtud del cual un competidor puede extraer una **renta monopólica persistentemente en el tiempo** (gozando de impunidad ante las autoridades antimonopólicas) y en una magnitud tal que tenga incidencia sobre los ingresos de los demás agentes económicos.”<sup>6</sup>

10. Recientemente se vuelve sobre los efectos de la concentración económica, vinculando esta característica del *capitalismo criollo* con una ampliación del poder de los grupos económicos, que puede afectar la democracia, la

---

<sup>3</sup> Ricardo Lagos, *La concentración del poder económico: su teoría, realidad chilena* (Santiago, Memoria de prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1962), p. 171.

<sup>4</sup> Víctor Brodersohn, “Sobre el carácter dependiente de la burguesía industrial”, en: AA.VV., *Chile, hoy* (Santiago, Siglo XXI Ed., 1970), pp. 330-333; Oscar Muñoz, “La concentración del poder”, *Hoy*, Santiago, 9 al 15 de noviembre de 1977, *passim*; Fernando Dahse, *Mapa de la Extrema Riqueza* (Santiago, Editorial Aconcagua, 1979).

<sup>5</sup> Claudio Sapelli, “Concentración y grupos económicos en Chile”. *Estudios Públicos*, 88 (sep. 2002), *passim*; AA.VV., *El poder de los grupos económicos* (Santiago, LOM, 2005), *passim*.

<sup>6</sup> Domingo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006), p. 531.

competencia e innovación<sup>7</sup>. Recordemos que datos de 2023 muestran que **la economía chilena es una de las más concentradas de la OECD (la 50 de 54)**<sup>8</sup>.

11. La preocupación por la cuestión de la concentración no se limita al Derecho o a la Economía, y alcanza a filósofos como John Rawls, quien recalcó la importancia de **prevenir la concentración en las economías de mercado para impedir la dominación del poder económico sobre la política**<sup>9</sup>.

12. Esta cuestión obliga a considerar la posibilidad de influir en las políticas públicas por grupos empresariales en el análisis de libre competencia. Al respecto, la Ley General de Servicios Sanitarios (“LGSS”) contempló la posibilidad de juzgar prácticas hechas por integrantes de grupos empresariales con impacto en la política tarifaria. Lo hizo al crear un ilícito anti-competitivo por la *“coordinación de las empresas prestadoras, sus administradores, directores o empleados”* que distorsiona o encubre información de costos, hecha *“con el fin de influir en la obtención de tarifas más altas en el proceso de fijación tarifaria”* (Art. 70, LGSS). Así consta en la historia fidedigna de la Ley que introdujo la prohibición, como explicó el senador Errázuriz Talavera:

**“lo primero por lo que debemos luchar quienes creemos en la economía social de mercado es evitar una concentración del poder que mañana implique impedir la libre competencia. Y, en razón de que en estas áreas, por definición, no hay libre competencia, debemos evitar que el eventual “concentrador” pueda alguna vez influir en la determinación de las tarifas”**<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, Rodrigo Contreras, Cristián Briones, Sebastián Faúndez, Gerardo Puelles, Arturo Fuentes, Hernán Bosselin y Ramón Briones, *Chile concentrado: investigación sobre el modelo económico* (Santiago, Gráfica Metropolitana, 2016), pp. 67-73; Jeanette von Wolfersdorff, *Capitalismo* (Santiago, Taurus, 2022), pp. 254-271.

<sup>8</sup> Felipe Morandé y Nicolás Garrido, “Libre competencia y Nueva Constitución”, *El Mercurio* (Santiago), 12 de noviembre de 2023.

<sup>9</sup> John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement* (Cambridge y Londres, Harvard University Press, 2001), p. 44: “A free market system must be set within a framework of political and legal institutions that *adjust the long-run trend of economic forces so as to prevent excessive concentrations of property and wealth, especially those likely to lead to political domination*”. También, John Rawls, *A Theory of Justice. Revised edition* (Cambridge, Harvard University Press, 1999), p. 245.

<sup>10</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.549 Modifica el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios sanitarios*, p. 257.

## b. La potestad propositiva del TDLC

13. La potestad propositiva o *requisitoria* del TDLC surge en 1973, al dictarse el DL 211. Hemos señalado que con esta potestad lo que el TDLC pide es la *derogación, dictación o modificación* de una ley por existir una contrariedad con un principio o norma de mayor jerarquía a la ley, como es la libre competencia<sup>11</sup>. Así, esta potestad se asemeja a un control de constitucionalidad débil, donde el TDLC no puede declinar aplicar la ley vigente, pero puede escrutarla de acuerdo con el citado principio. En este sentido, esta potestad es análoga al control hecho por las cortes inglesas respecto de su legislación frente a la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>12</sup>, al emitir la *declaration of incompatibility*<sup>13</sup>.

14. Carmona califica a esta potestad como un *“llamado a legislar”*, análoga a cuando el Tribunal Constitucional vela por la supremacía de la Constitución, porque la libre competencia es constitucionalmente valiosa<sup>14</sup>. Esta función, que William García llama *cooperativa*, carece de un procedimiento especial, por lo que *“la puede ejercer el tribunal por los medios que considere más útiles”*<sup>15</sup>.

15. Desde la Ley 19.911, y después de la enmiendas de la Ley 20.945, esta potestad permite al TDLC *“proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas...”* (Art. 18, N°3, DL 211).

---

<sup>11</sup> Francisco Agüero, “Neoliberalismo y control de constitucionalidad: El caso de la potestad requisitoria de la Comisión Resolutiva durante la dictadura militar en Chile”, en: AA.VV. *Desafíos globales para la democracia* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), pp. 125-155.

<sup>12</sup> Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *The Yale Law Journal*, 115 (6), 2006, p. 1355.

<sup>13</sup> Esta declaración no afecta la validez o aplicación de la ley en el caso concreto y no es obligatoria para las partes en conflicto (*Human Rights Act* de 1998, sección 4).

<sup>14</sup> Carlos Carmona, *La función administrativa* (Santiago, Universidad de Chile, 2005), p. 14: “el que la posee es el tribunal encargado de velar por la supremacía constitucional. En este sentido, se podría afirmar que *la libre competencia es un valor que nuestro ordenamiento jurídico estima y protege tal como lo hace con la supremacía constitucional*”.

<sup>15</sup> William García, *Manual de la Libre Competencia*, T. 1 (Santiago, Puntolex, 2011), p. 121.

16. Otro ejemplo análogo es la potestad de la Corte Suprema para exponer anualmente “*las dudas y dificultades que hayan ocurrido a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que se noten en ellas*” (Art. 102, N°4, Código Orgánico de Tribunales)<sup>16</sup>. Iluminar sobre los *vacíos* de la legislación no difiere significativamente de lo que hace el TDLC al proponer normas. Detectar un *vacío* no impone un deber a la Corte Suprema de hacer un estudio *costo-beneficio* de las omisiones, como pretenden algunos que deba realizar el TDLC, al no estar reglado su procedimiento ni su resolución final.

17. Esta potestad es una de aquellas que permite al TDLC implementar el objeto del DL 211 explicitado por el legislador: “*promover y defender la libre competencia en los mercados*” en las actividades económicas (Art. 1°, DL 211).

18. En lo que interesa, la función de promover y defender la libre competencia no se circunscribe sólo a un mercado –o *el* mercado– sino que una pluralidad de mercados (“*los mercados*”, Art. 1° *dixit*), como se busca en este procedimiento. Por lo demás, es la pluralidad de mercados la que permite que el TDLC pueda hacer una recomendación normativa sobre la *concentración económica agregada*, que la diferencia de la concentración económica en un mercado específico.

19. Este rasgo no era explícito bajo el DL 211 vigente hasta 2003, permitió que la Comisión Resolutiva hiciera recomendaciones para limitar la integración en mercados de distintos en una misma zona, motivados por los riesgos de la concentración (“*que se traduzcan en una excesiva concentración de poder económico*”), como se hizo para servicios básicos e inmuebles (*vid.* ¶150).

20. Con mayor razón, si el texto vigente del DL 211 desde 2003 alude a *los mercados* y, desde 2016, con la reforma de la Ley 20.945, alude a los *grupos empresariales* en varias disposiciones del DL 211 (i.e., *interlocking* y operaciones de concentración), entonces el TDLC es apto y competente para hacer recomendaciones en materia de concentración económica agregada.

21. Las razones que puede blandir el TDLC al ejercer esta potestad son amplias y pueden consistir en la disconformidad de una ley con la libre competencia, por vacíos necesarios de abordarse para fomentar o regular

---

<sup>16</sup> Ejemplo del ministro Tapia *vid.* TDLC, Proposición N°16/2018, *Expediente de Recomendación Normativa sobre transacciones parciales de derechos de uso de frecuencias del espectro radioeléctrico*.

actividades que no se prestan en *condiciones competitivas*<sup>17</sup>. Al ejercerla, el TDLC –y no el solicitante– **pondera inconvenientes y beneficios de su propuesta desde la competencia, y también su efecto respecto de otros bienes jurídicos:**

*“por razones de libre competencia, no lo puede hacer sin tomar en consideración los restantes efectos que pueda tener la proposición normativa que efectúe, tanto en lo que respecta a los costos y beneficios asociados a la ... nueva regulación, como en lo que dice relación con el efecto que aquella pueda tener en otros bienes jurídicos protegidos expresamente por el legislador”*<sup>18</sup>

22. La cuantificación de costos y beneficios de la propuesta no es una exigencia legal. En efecto, en varias recomendaciones, la Comisión Resolutiva pidió la dictación de leyes por razones de concentración económica sin que hubiera análisis cuantitativo alguno (*v.g.*, Resolución 488 y 620). Por lo demás, el TDLC admite que es *“inconsistente que una facultad que no genera efectos vinculantes estuviera sujeta a un estándar de aplicación superior, por ejemplo, al de ciertas facultades jurisdiccionales”*, al referirse a una recomendación<sup>19</sup>.

23. Ciertamente, la **protección de la democracia, la libertad de expresión, el pluralismo, la igualdad, la probidad y la competencia, son valores jurídicos republicanos** de nuestro país e insertos en la Constitución, que deben ser tenidos en cuenta por el TDLC al efectuar recomendaciones normativas. Por lo demás, la Comisión Resolutiva así lo hizo<sup>20</sup>. Con mayor razón, la **potestad propositiva debe referirse a la concentración económica al estar directamente vinculada con la libre competencia**, desde su origen en 1973 (*vid.* sus considerados) hasta hoy.

24. En el ejercicio de la potestad, el Tribunal debe guiarse por el *principio de oficialidad*, que rige los procesos de protección de intereses públicos e

---

<sup>17</sup> TDLC, Expediente de recomendación normativa sobre restricciones a la integración vertical en servicios de energía eléctrica, ERN 24-18, 26 de diciembre de 2018, § 4.

<sup>18</sup> TDLC, Proposición 17/2015, Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N°4 del D.L. N°211 sobre servicios asociados al suministro de energía eléctrica, § 119 y TDLC, Expediente de recomendación normativa relativo al mercado de exploración, explotación y refinamiento del litio, ERN 31-23, 4 de julio de 2023, C. 15°.

<sup>19</sup> TDLC, Expediente de recomendación normativa sobre restricciones a la integración vertical en servicios de energía eléctrica, ERN 24-18, § 4.

<sup>20</sup> Comisión Resolutiva, Resolución 138.

indisponibles, como es la libre competencia, y que le exige al juez un rol *más activo* en la satisfacción eficaz y eficiente del interés público<sup>21</sup>.

25. Como tal, esta facultad no jurisdiccional del TDLC, es *“esencialmente idéntica”* a la incorporada a la FNE por la Ley 20.945<sup>22</sup>, pero no exige un una investigación o un estudio sobre la evolución competitiva del mercado<sup>23</sup>. Empero, esto no significa que el TDLC, una vez iniciada, no pueda ni deba recabar información para una resolución motivada. El Tribunal ha señalado que las normas sobre esta potestad *“otorgan a los organismos que velan por la libre competencia un importante rol en la elaboración de políticas públicas”*<sup>24</sup>.

26. Que no exija una investigación o estudio de mercado no implica que en su consecución el TDLC omita requerir información relevante, *ex officio*, como ocurre con otras potestades no-jurisdiccionales. Recordemos que la FNE dispone de la potestad inspectora para desarrollar sus estudios de mercado, a más de actuar de oficio, en procura de una *verdad material* que se plasme en su estudio. Por ende, la recomendación del TDLC no solo se construye por los antecedentes aportados por el solicitante, la FNE y terceros interesados, sino que puede adoptar medidas para mejor resolver, pidiendo los antecedentes que *estime pertinentes*<sup>25</sup>.

27. En similares términos, Velozo y González expresan que el TDLC debe *“recabar información suficiente acerca de las relaciones entre la estructura de los mercados, la conducta y el desempeño de sus empresas por medio de la participación a los diversos agentes económicos concernidos, la FNE y a todos aquellos que pudieren tener interés en formular opiniones y propuestas sobre la materia que sea objeto de análisis por parte del Tribunal”*<sup>26</sup>. Sólo así la propuesta puede alcanzar

---

<sup>21</sup> TDLC, *FNE c. Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región*, rol C 322-17, 2 de agosto de 2017, C. 9.

<sup>22</sup> TDLC, *Expediente de recomendación normativa sobre restricciones a la integración vertical en servicios de energía eléctrica*, § 1.

<sup>23</sup> *Id.*, § 2.

<sup>24</sup> *Id.*, § 3.

<sup>25</sup> TDLC, *Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N°4 D.L. N 211 sobre Conferencias Navieras*, rol ERN 14-12, 11 de diciembre de 2011.

<sup>26</sup> Javier Velozo y Daniela González *“Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”*, en: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *La libre competencia en el Chile del Bicentenario* (Santiago, Thomson, 2010), p. 63.

*“estándares procedimentales que le otorguen legitimidad y transparencia” a las cuales pueda “darles mayor efectividad, principalmente a través de la generación de una masa crítica que pudiera reforzar el diagnóstico acerca de la necesidad de introducir modificaciones a un determinado marco regulatorio”<sup>27</sup>.*

28. Del mismo modo, al emitir el TDLC una *recomendación*, su contenido goza de más libertad que la que tiene dicho tribunal en su potestad jurisdiccional, así como en otras potestades no jurisdiccionales, como la *consultiva*, que implica una autorización voluntaria para una actividad, con un solicitante que tiene especial interés en obtener la protección del artículo 32 del DL 211.

29. Por definición, a una *recomendación normativa* tampoco puede exigirse un estándar probatorio como el usado en materia de revisión de operaciones de concentración (*“reducción sustancial de competencia”*), pues **desnaturalizaría esta potestad propositiva para transformarla en una autorización**.

30. También se puede apreciar que la Comisión Resolutiva *requirió* cambios normativos en **varios mercados**, como el del agua potable y el inmobiliario; o el de la telefonía fija y la de larga distancia; o el de la generación eléctrica, la transmisión y la distribución eléctrica; lo cual fue recogido por el legislador.

31. Como se verá, en este caso, la potestad es consistente con el texto original del DL 211, que expresamente se refiere a la *concentración* en uno de sus considerandos, y es **coherente con el modelo económico previsto en *El Ladrillo***, que alude a la desconcentración económica y la desinversión de activos<sup>28</sup>.

32. En cualquier caso, **la potestad propositiva no implica el ejercicio de una potestad sancionatoria** (regida por el principio de tipicidad, y de legalidad, entre otros) **ni una autorización**, como es una operación de concentración. Es el Ejecutivo el soberano en proponer una ley al Congreso o dictar un reglamento que aborde lo *propuesto* por el TDLC, supeditado a dar respuesta a la política pública sugerida por el TDLC. Empero, tanto en su respuesta al TDLC como en su actuar, el Ejecutivo es principal responsable en políticas públicas, y es quien

---

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> AA.VV., *“El Ladrillo”*. Bases de la política económica del gobierno militar chileno (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1992), pp. 89-90.

debe “sopesar los costos y beneficios sociales de promover y cautelar distintos bienes jurídicos, muchas veces difíciles de compatibilizar unos con otros”<sup>29</sup>.

### c. El alcance de la propuesta del TDLC

33. Es menester recordar que el TDLC inició el procedimiento de recomendación señalando que era preciso “evaluar la necesidad de recomendar la dictación de preceptos legales o reglamentarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas”, por lo que ese examen o evaluación mínima es lo que debe emitir el Tribunal.

34. En lo que se refiere a la extensión de la recomendación normativa de leyes, el TDLC oscila entre propuestas precisas, en las que propone quirúrgicamente modificar artículos específicos de ciertas leyes<sup>30</sup>, a propuestas más genéricas (“modificación de la normativa pertinente, a fin de evitar toda discriminación entre instaladores”)<sup>31</sup>. Entre medio, hay propuestas de ley sobre cuestiones más específicas, como la regulación de oleoductos<sup>32</sup>; o más generales (“modificaciones reglamentarias que fueren necesarias y adecuadas para favorecer la libre competencia”)<sup>33</sup>; incluyendo modificaciones normativas “sobre la base de los principios enumerados”<sup>34</sup> o los términos vertidos en la resolución del TDLC<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> Velozo y González, n. 26, p. 64.

<sup>30</sup> TDLC, Proposición N°6/2007, *Consulta de Endesa y Colbún sobre proyecto Aysén*, Resuelvo 2°; TDLC, Proposición N°8/2008, *Consulta de Armasur A.G. sobre modificación de preceptos legales en el mercado de cruceros marítimos turísticos*; TDLC, Proposición N°9/2009, *FNE c. Junta de Aeronáutica Civil*; TDLC, Proposición N°10/2009, *Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. c. Aguas Nuevo Sur Maule S.A.*, 9, b); TDLC, Proposición N°15/2017, *Expediente de Recomendación Normativa sobre Crédito Prendario*; TDLC, Proposición N°18/2016, *Expediente de Recomendación Normativa sobre intermediación de valores*; TDLC, Proposición N°20/2020, *Expediente de recomendación normativa sobre el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP*;

<sup>31</sup> TDLC, Proposición N°1/2004, *Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica de modificación de normas sobre exención de tributos de empresas sanitarias*

<sup>32</sup> TDLC, Proposición N°2/2005, *FNE c. Empresas distribuidoras de combustibles líquidos*, Resuelvo Segundo, N°2.2.

<sup>33</sup> TDLC, Proposición N°4/2007, *FNE c. Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A.*, Resuelvo 4°.

<sup>34</sup> TDLC, Proposición N°3/2006, *Sky Service S.A. c. MTT y otros*, Resuelvo 4°.

<sup>35</sup> TDLC, Proposición N°7/2007, *Delfos Ltda. y FNE c. SCL y otros*; TDLC, Proposición N°12/2011, *Expediente de Recomendación Normativa sobre Régimen de acceso a los recursos pesqueros*; TDLC, Proposición N°19/2017, *Expediente de Recomendación Normativa sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago*

35. Incluso el Tribunal ha sido deferente de la decisión del tipo y jerarquía de la normativa que puede dictarse (*v.g.*, “una normativa sectorial aplicable a las empresas de telecomunicaciones”<sup>36</sup> o expresiones análogas<sup>37</sup>), lo que revela cómo el Ejecutivo debe evaluar y ponderar la propuesta del TDLC.

### III. LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA COMO UN PROBLEMA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

36. En esta sección vemos cómo la concentración económica es un problema esencial para el Derecho de la Competencia, en el Derecho comparado y el nacional, desde sus orígenes hasta hoy. Por lo mismo, ineludible.

#### a. La concentración económica y sus efectos en el sistema político

37. Los riesgos de la concentración económica para el proceso político y en la democracia, pueden verse en lo mencionado por Zingales<sup>38</sup>. En el Derecho Comparado Wu habla de una “*curse of bigness*” (maldición de la grandeza)<sup>39</sup> y hay una preocupación por el poder monopólico desde la política pública (Klobuchar), que incluye la regulación de la *consolidación corporativa*<sup>40</sup>. La cuestión no es nueva, y fue examinada hace medio siglo, como recuerdan Bork<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> TDLC, Proposición N°11/2018: *Voissnet S.A. c. Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.*; TDLC, Proposición N°13/2011, *Netlandchile S.A. c. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*.

<sup>37</sup> TDLC, Proposición N°17/2015, *Expediente de Recomendación Normativa sobre servicios asociados al suministro de energía eléctrica*; TDLC, Proposición N°14/2016, *Expediente de Recomendación Normativa sobre prestación de servicios de telecomunicaciones en inmuebles sujetos a régimen de copropiedad inmobiliaria*.

<sup>38</sup> Luigi Zingales, *Improving the competitiveness of the financial sector in Chile* (2023), p. 97. Cincuenta años antes, puede apreciarse una crítica en el proyecto de ley sobre áreas de la economía, de la Unidad Popular, *vid.* Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones*, Sesión 3, 20 de octubre de 1971, p. 230: “el área de propiedad social constituye un objetivo profundamente democrático y patriótico. Democrático, porque [...] quita a los grupos monopólicos minoritarios la fuente de una concentración de poder político y social absolutamente arbitraria y antidemocrática”.

<sup>39</sup> Tim Wu, *The Curse of Bigness. Antitrust in the New Gilded Age* (Columbia Global Reports, 2018).

<sup>40</sup> Amy Klobuchar, *Antitrust. Taking on Monopoly Power from the Gilded Age to the Digital Age* (New York, Vintage, 2022), pp. 218-229.

<sup>41</sup> Robert Bork, *The Antitrust Paradox* (The Free Press, 1993), p. 6, p. 125, p. 164, pp. 176-178, *et al.*

y Posner<sup>42</sup>, ya que, por esos años, se debatió en EE.UU. una ley de *reorganización industrial* para resolver cuestiones de concentración económica<sup>43</sup>.

38. Incluso **Milton Friedman manifestó sus aprensiones a la concentración del poder político y del económico**. No sólo eso, expuso la evidente vinculación de los mercados competitivos y libertad política en su *Capitalismo y Libertad*:

“Considerada como un medio para el fin de la libertad política, la organización económica es clave debido a su efecto sobre la concentración o dispersión del poder. El tipo de organización económica que proporciona libertad económica directamente, es decir, **el capitalismo competitivo, también promueve la libertad política porque separa el poder económico del poder político, y de esta manera permite que una compense a la otra**. La evidencia histórica es muy clara sobre la relación entre la libertad política y el libre mercado. No conozco ningún ejemplo de una sociedad que haya sido marcada por una gran medida de libertad política y que no haya utilizado algo comparable a un mercado libre para organizar la mayor parte de su actividad económica”<sup>44</sup>.

39. Amato, tal vez inspirado en Ascarelli, recuerda que el Derecho de la Competencia fue añorado por políticos y académicos, quienes estaban alertas al funcionamiento del sistema democrático y vieron cómo esa ley era una respuesta a un problema crucial de la democracia: el surgimiento de **una empresa que pudiera afectar la libertad de otras empresas, pero que también afecte el equilibrio de las decisiones públicas, sometidas a su fuerza dominante**<sup>45</sup>.

40. En España, Cidoncha devela que las normas de competencia abarcan objetivos económicos y políticos, que incluyen evitar la concentración del poder<sup>46</sup>. Ernst Mestmäcker usa expresiones parecidas al vincular la *constitución económica* con la competencia y la libertad de expresión<sup>47</sup>. Agrega que no son

---

<sup>42</sup> Richard Posner, *Antitrust Law. An economic perspective* (Chicago, University of Chicago Press, 1976), pp. 80-81.

<sup>43</sup> Una síntesis de esas propuestas en “The Industrial Reorganization Act: An Antitrust Proposal to Restructure the American Economy”, *Columbia Law Review*, 1973, Vol. 73, No. 3, pp. 635-676.

<sup>44</sup> Milton Friedman, *Capitalismo y Libertad* (Barcelona, Ed. Deusto, 2022), p. 47.

<sup>45</sup> Giuliano Amato, *Antitrust and the Bounds of Power* (Oxford, Hart Publishing, 1997), p. 2; Tullio Ascarelli, *Teoría de la competencia y de los bienes inmateriales* (Santiago, Ed. Olejnik, 2023), p. 130.

<sup>46</sup> Antonio Cidoncha, *La libertad de empresa* (Pamplona, Thomson Civitas, 2006), p. 148.

<sup>47</sup> Ernst Mestmäcker “Libertad y Monopolio en la Economía y los Medios de Comunicación”, *Estudios Públicos*, N°3, 1981, p. 45: “La competencia dificulta la adquisición de poder económico

suficientes las normas de control de fusiones, sino también **las que limitan la influencia de los grupos y las que buscaban transparentar sus operaciones**<sup>48</sup>. En su trabajo sobre la economía social de mercado, Resico precisa que:

“La concentración de empresas y la concentración de riqueza no sólo tiene importancia económica en sentido estricto. Ambas formas de concentración económica pueden derivar también en *influencia política*. **Los fundadores de la política de defensa de la competencia en la Economía Social de Mercado puntualizaron reiteradamente que el poder económico, a medida que aumenta, crece en la capacidad de dirigir el poder político hacia sus fines.**”<sup>49</sup>

41. En términos institucionales, en Alemania se separa la función de represión de prácticas anticompetitivas y control de fusiones de la función de control de la concentración empresarial. La primera se aloja en la Oficina Federal Anticártel (*Bundeskartellamt*) y la segunda, en la Comisión Antimonopolio (*Monopolkommission*), que supervisa de manera periódica la evolución en materia de concentración económica<sup>50</sup>. Esto revela que, en *economías sociales de mercado* del primer mundo, como la alemana, la preocupación por la concentración económica de los mercados es institucional, permanente y activa:

“En una Economía Social de Mercado, la concentración de empresas y, análogamente, la concentración de riqueza, no sólo tiene importancia económica en sentido estricto del término “económico”. **Ambas formas de concentración económica pueden derivar también en influencia política.** ... En una Economía Social de Mercado, los mecanismos de descentralización del poder político, propios también de otros sistemas federales, **se ven complementados por medidas que impiden una excesiva concentración de poder económico que podría convertirse en un poder político no legitimado.**”<sup>51</sup>

42. Por su parte, **Friedrich Hayek**, al analizar el sistema de precios en una economía de mercado –y en el que repudiaba la centralización de decisiones

---

que luego se puede convertir en poder político. Es, por lo tanto, parte de la tarea de una constitución económica el preservar la competencia y el libre acceso a todos los mercados”.

<sup>48</sup> Enrique Barros, “Legislación y práctica de la libre competencia, un coloquio con el profesor Ernst J. Mestmacker”, *Estudios Públicos*, 17 (verano 1985), pp. 18-19.

<sup>49</sup> Marcelo Resico, *Introducción a la economía social de mercado* (Argentina, Fundación Konrad Adenauer, 2008), p. 245.

<sup>50</sup> *Id.*, pp. 248-249.

<sup>51</sup> Kurt Stockmann, “Concentración”, en: Rolf Hasse, Hermann Schneider y Klaus Weigelt (eds.) *Diccionario de Economía Social de Mercado* (Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2008), p. 97.

empresariales– advertía que “*el conocimiento de las circunstancias que debemos utilizar no se encuentra nunca concentrado ni integrado*”<sup>52</sup>. Es decir, la descentralización de las circunstancias que implica un sistema de precios competitivo no debe concentrarse, que es, precisamente, algo que sí puede ocurrir por la concentración que se produce en grupos económicos.

43. En Chile, **Alessandri Rodríguez** alertó hace ochenta años que la afectación a la libre competencia por las prácticas de “*grandes grupos económicos*” exigía un actuar resuelto del Estado en la economía:

“*la formación de grandes grupos económicos, como sociedades, trusts, carteles, etc., que han suprimido prácticamente la libre concurrencia y colocado a los consumidores en una inferioridad tal que, a no mediar la intervención del Estado, sucumbirían en la lucha*”<sup>53</sup>

44. También en Chile, **Jorge Streeter** observó que el poder económico, concentrado en manos públicas o privadas, tiene **efectos económicos, pero también jurídicos y políticos**<sup>54</sup>. Desde la economía, Sergio Molina coincidía<sup>55</sup>.

45. Con una mirada puesta en la legitimidad del *modelo*, **Bitrán y Saavedra** entienden sus cuestionamientos, en parte, por la falta de transparencia de las privatizaciones de la dictadura y la concentración que produjo. Agregan la escasa preocupación por los monopolios creados sin necesidad<sup>56</sup>. Así, la concentración económica sería admisible *si ella produjera beneficios para la mayoría*, siempre que esa situación *no se debiera a restricciones al acceso al mercado, abusos o desigualdades*

---

<sup>52</sup> Friedrich Hayek, “El uso del conocimiento en la sociedad”, *Estudios Públicos*, 12, p. 158.

<sup>53</sup> Arturo Alessandri, “El contrato dirigido”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Vol. 6, Núm. 21-24 (1940): Enero-Diciembre, Primera época.

<sup>54</sup> Jorge Streeter, “Perspectivas de un Nuevo Ordenamiento Económico”, *Revista de Derecho Económico*, 1972.

<sup>55</sup> Sergio Molina, “Economía: Nueva receta para un mal endémico”, *Revista Mensaje*, 1974, p. 290: “la concentración es requisito para una mayor eficiencia no debería impedirse por razones ideológicas, ... Lo importante es encontrar los mecanismos para evitar que esa concentración se transforme en un sistema de poder, sea económico o político, que imponga sus intereses minoritarios sobre el de la mayoría de la comunidad”.

<sup>56</sup> Eduardo Bitrán y Eduardo Saavedra, “Algunas reflexiones en torno al rol regulador y empresarial del Estado”, AA.VV., *Después de las privatizaciones: hacia el estado regulador* (Santiago, CIEPLAN, 1993), p. 251.

de oportunidades en la estructura de la sociedad<sup>57</sup>. Esta conclusión nos recuerda que el DL 211 toleró el monopolio si éste era “en beneficio de la comunidad”<sup>58</sup>.

46. En fin, la cuestión de la concentración es un tema que preocupa a través de la historia variadas jurisdicciones. Es uno central tanto en la ley de competencia como en las preocupaciones sobre la democracia y la economía.

#### **b. La concentración económica como cuestión de política pública**

47. La inquietud por el problema también es objeto de consideraciones de *política pública* por los gobiernos de las últimas décadas, sea acotada a algunos mercados o como una preocupación general por la concentración económica, como expresan diversos programas de gobierno presidenciales<sup>59</sup>.

48. El desvelo por la cuestión hizo que los diputados constituyeran una comisión sobre la concentración económica hace 25 años<sup>60</sup>, para estudiar “*las operaciones económicas en los diferentes sectores del país, para determinar situaciones de transgresión a las leyes sobre concentración monopólica, así como el cumplimiento de los marcos regulatorios que las rigen*”<sup>61</sup>. En su motivación, afirmó que:

“Resulta preocupante comprobar que, pese a estas constataciones, *la discusión del tema de la concentración económica es resistida* en nuestro país, y en

---

<sup>57</sup> Felipe Jiménez, “¿Qué se protege al prohibir los monopolios? Rol del derecho de la libre competencia en un Estado democrático de derecho”, *Revista Anales Derecho UC, Temas de libre competencia* 4, N°6, 2011, p. 187.

<sup>58</sup> DL 211, de 1973, Fija normas para la defensa de la libre competencia, C. 4, que debe leerse con el artículo 4° de ese decreto-ley.

<sup>59</sup> Concertación de los Partidos por la Democracia, *Un Gobierno para los Nuevos Tiempos. Bases programáticas del Segundo Gobierno de la Concertación* (1993), p. 10 y p. 49; Ricardo Lagos, *Para Crecer con Igualdad* (1999), p. 6; Michelle Bachelet, *Estoy Contigo, Programa de Gobierno Michelle Bachelet, 2006-2010* (2005), p. 42; Michelle Bachelet, *Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018* (2013), p. 60.

<sup>60</sup> Es una de las pocas comisiones que ha pesquisado materias de empresas privadas, *vid. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia acerca del alcance de la expresión “fiscalizar actos del gobierno” contenida en el artículo 52, número 1, de la Constitución Política de la República, en cuanto límite de la atribución fiscalizadora de la Cámara de Diputados, en relación con su aplicación sobre actos de personas naturales o jurídicas privadas que inciden en el ámbito público* (Valparaíso, 2014), p. 28.

<sup>61</sup> Cámara de Diputados, Diario de Sesiones, Sesión Ordinaria 8, Legislatura Ordinaria número 342, 22 de junio de 2000.

*momentos en que hay una creciente preocupación por los derechos de los ciudadanos y los consumidores*<sup>62</sup>

49. De igual modo, la creación de un *Estatuto para Empresas de Menor Tamaño* implicó crear un régimen que favoreciera el emprendimiento y revisara las cargas administrativas desproporcionadas para el tamaño de empresas más pequeñas, *“tomando en consideración su tamaño”*<sup>63</sup>. Empeño que responde al abuso de grandes proveedores en materia de pagos<sup>64</sup>. Como veremos, este segmento fue preferido al proteger constitucionalmente la propiedad (*vid.* ¶74).

50. Por ende, el problema de política pública de la concentración económica agregada recae en el ámbito de la potestad propositiva del TDLC como *recomendación* para abordar esta cuestión, por expreso mandato del DL 211.

### **c. El repudio a la concentración económica en “El Ladrillo”**

51. Si bien son conocidas las intenciones liberalizadoras y antimonopólicas contenidas en *El Ladrillo*, la cuestión de la concentración no le fue ajena. Los conglomerados económicos y los monopolios fueron examinados en ese documento. Por ejemplo, cómo los impuestos podían favorecer la integración vertical, y de paso, crear *“grandes conglomerados que tienden a adquirir características monopólicas”*<sup>65</sup>. De igual modo, se concluyó que la fusión de empresas podía ser propiciada artificialmente, lo que creaba condiciones para *“la formación de grandes conglomerados sectoriales que con el tiempo pueden llegar a adquirir características de tipo monopólico”*<sup>66</sup>.

52. *El Ladrillo* diagnosticó que la concentración del capital restaba estabilidad al sistema económico y social<sup>67</sup>, aunque un sistema tributario podía *“impedir concentración excesiva de riqueza”*<sup>68</sup>. No omitía la eficiencia de algunas fusiones<sup>69</sup>.

---

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°20.416 Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño*, p. 5.

<sup>64</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°21.131 Establece pago a treinta días*, p. 5.

<sup>65</sup> AA.VV., n. 28, p. 192.

<sup>66</sup> *Id.*, p. 105.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 114

<sup>68</sup> *Id.*, p. 143

<sup>69</sup> *Id.*, p. 193

53. Para favorecer la competencia, *El Ladrillo* no temía reclamar un rol esencial a las PYME<sup>70</sup>. También **recomendaba desintegrar conglomerados**, como hizo respecto de una empresa cervecera nacional, para así evitar formar *trusts*:

“En la política antimonopolios se deberán tomar inicialmente medidas drásticas en algunos casos de monopolios existentes que carecen de justificación económica, **realizando acciones que conduzcan a la separación de la empresa en varias unidades competitivas. Un ejemplo podría encontrarse en las Cervecerías Unidas que es susceptible de dividirse en tres o cuatro empresas ...** En el caso del vidrio, molinos y fideos, **también deberán tomarse medidas para separar los paquetes accionarios en manos de un solo grupo que permite la formación de un trust**”<sup>71</sup>

54. Por tanto, el documento fundante de la política económica de la dictadura mostró una profunda preocupación respecto a la concentración económica y sus efectos. En ese contexto, se advierte respecto a posibles políticas que podrían fomentar la concentración del poder económico y busca soluciones tan drásticas como la desintegración de empresas. Al tener en cuenta el rol de *El Ladrillo* y su impacto en la economía nacional, este texto identificó la concentración del poder económico como un problema fundamental para la economía social de mercado.

#### IV. LA DESCONCENTRACIÓN DEL PODER ECONÓMICO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO

55. La comprensión canónica de la libertad de empresa y de la subsidiariedad impiden que el Estado asuma aquellas tareas que realicen los particulares. Al no poder asumirlas, el Estado no puede concentrar todo. Luego, en materia económica, se reconoce el rol de los *particulares* en el artículo 19 N°21 de la Constitución<sup>72</sup>. Como veremos, **la Constitución actual es contraria a la**

---

<sup>70</sup> *Id.*, p. 192.

<sup>71</sup> *Id.*, pp. 89-90.

<sup>72</sup> También se advierte su importancia en la infraestructura crítica, con obligaciones para “organismos públicos y entidades privadas a cargo de la infraestructura crítica”, Art. 32, N°12, CPR.

**concentración económica. Pero las constituciones previas a la vigente también abogaron por una desconcentración del poder económico.**

56. Desde ya, la discusión sobre los mayorazgos, promovida por O'Higgins<sup>73</sup>, puede verse cómo una materia ligada a la concentración económica y ligada al nacimiento de la república, como explican Egaña o Prado<sup>74</sup>. Después, el debate varía, pero no pierde el foco, como exponemos.

**a. La concentración económica en las constituciones de 1828 y 1833**

57. La Constitución de 1828 impuso una exigencia contra la concentración de la propiedad raíz, al **prohibir los mayorazgos**. Esta práctica impedía la división de la propiedad, dejándola indivisa. La interdicción se hizo después de rechazar los *privilegios*<sup>75</sup>. Y al abolirlos, también lo estaban *“todas las vinculaciones que impidan el enajenamiento libre de los fundos”*.

58. La discusión de los mayorazgos se reiteró durante el siglo XIX, bajo la Constitución de 1833<sup>76</sup>. Con alguna distancia, se ve cómo esas restricciones se orientaban a impedir la concentración de la propiedad en pocas manos<sup>77</sup>. Y, como afirma Trujillo, *“la abolición del mayorazgo constituyó una suerte de reforma agraria”*<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Memoria Chilena, “Discusión ideológica en torno a los mayorazgos”, <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-92278.html>

<sup>74</sup> Pedro Prado, *Los actuales poseedores de Mayorazgos de Chile, apoyan la justicia con que la representación Nacional ha decretado su reducción de valor primitivo en que se fundaron y contradicen a los que sostienen las vinculaciones* (Santiago, Impr. de la Independencia, 1827); Juan Egaña, *Memoria sobre los mayorazgos de Chile*, (Santiago, Impr. de R. Rengifo, 1828).

<sup>75</sup> Art. 126, Constitución de 1828.

<sup>76</sup> Manuel Bilbao, *Los mayorazgos están disueltos* (Santiago, Memoria Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1850), Antonio García y Manuel Tocornal, *Mayorazgos. Discursos pronunciados por los diputados D. Antonio García Reyes, y Don Manuel A. Tocornal* (Santiago, Impr. de la Sociedad, 1850); José Victorino Lastarria, *Discurso del diputado Lastarria pronunciado en la sesión del miércoles 7 de agosto en la cuestión de Mayorazgos* (Santiago, Impr. del Progreso, 1850).

<sup>77</sup> En similar sentido, las restricciones en materia de sucesión forzosa y a la *libre disposición del patrimonio* del causante pueden constituir mecanismos de redistribución de la riqueza.

<sup>78</sup> Joaquín Trujillo, *Andrés Bello. Libertad, Imperio, Estilo* (Santiago, Ed. Roneo, 2019), p. 125.

59. Con la Constitución de 1833, la prohibición de los mayorazgos fue implementada en leyes<sup>79</sup>, en especial, el Código Civil<sup>80</sup>. El Mensaje de ese Código reza que esas prácticas “*embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria*”, pues la protección racional de la propiedad puede “*hallarse en conflicto con los intereses generales de la sociedad*”<sup>81</sup>. Esas palabras de Andrés Bello parecen aludir inequívocamente a la competencia en el mercado, donde el mayorazgo restaría la *vida y movimiento de la industria*. Además, es sabido que uno de los principios inspiradores del Código Civil es la *libre circulación de los bienes*, el que puede vincularse con la libre competencia<sup>82</sup> –la *libertad de comercio*, para Peñailillo<sup>83</sup>– y que las restricciones al principio contravienen el orden público económico<sup>84</sup>

60. Como explican Enrique Barros y Nicolás Rojas, los mayorazgos eran “*mecanismos por medio de los cuales se aseguraba la **mantención de grandes propiedades indivisas en manos de una misma familia***”<sup>85</sup>. Esta definición muestra cómo la concentración de la *gran propiedad* no sólo se conforma mediante vínculos jurídicos, sino que, también, *familiares*.

61. En fin, por su parte, Carlos Carmona sostiene incluso que el repudio constitucional a los *privilegios*, como los mayorazgos, es **parte de la identidad patria**<sup>86</sup>, al consagrar la igualdad ante la ley, lo que se conecta con el rechazo de asignar monopolios o privilegios de otros textos constitucionales.

---

<sup>79</sup> *Actas oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Sub comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República* (Santiago, Imprenta Universitaria, 1925), p. 96.

<sup>80</sup> Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*. 8ª. ed. (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1995), pp. 291-292.

<sup>81</sup> *Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil*, 22 de noviembre de 1855.

<sup>82</sup> Nicolás Rojas “Restricciones Verticales a la Competencia en el Ámbito del *Retail*”, en: Paulo Montt y Nicole Nehme (eds.) *Libre Competencia y Retail. Un análisis crítico* (Santiago, Ed. Legal Publishing, 2010), p. 195.

<sup>83</sup> Daniel Peñailillo, *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006), p. 64.

<sup>84</sup> Jorge Streeter, “Principios de derecho económico. El paradójico orden público económico”, *Revista de Derecho Económico*, N°60-61, 1983, p. 16.

<sup>85</sup> Enrique Barros y Nicolás Rojas, *Curso de Derecho Civil. Primera parte: Introducción al Derecho Privado* (Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007), p. 42.

<sup>86</sup> Tribunal Constitucional, STC rol 2386, voto de minoría, románico I, literal b), numeral 3°.

## b. La concentración y la propiedad en la Constitución de 1925

62. La preocupación por la libre competencia y la concentración económica también puede rastrearse en la Constitución de 1925. En su discusión, con motivo de las limitaciones a la propiedad, surgió la cuestión de los efectos de los *trusts* y monopolios, proponiéndose abordar **la cuestión en la función social de la propiedad**<sup>87</sup>. Luego, al sugerirse **prohibir los monopolios y el acaparamiento de bienes, se retrucó que ambas cuestiones eran materias de ley y una limitación al dominio**, como expresaron Alessandri Palma, Edwards Matte, entre otros:

“El señor SECRETARIO: indicación del mismo señor Espinoza para agregar, a continuación del artículo 23, el siguiente:

“Art... **No podrá el Estado dar en monopolio o privilegio bajo forma alguna de contrato o concesión**, ninguna clase de yacimientos naturales de los existentes en el territorio de la República o en el mar territorial.”

S. E. [Arturo ALESSANDRI PALMA]: **esta indicación sería una limitación que se le pondría al legislador...**

El señor SECRETARIO: indicación del mismo señor Espinoza para agregar, después del artículo 23 el siguiente:

“Art... El ejercicio del comercio sea que se haga habitual o transitoriamente, con el objeto de restringir o anular la competencia y de imponer precios arbitrarios, aunque sea respecto de un solo producto y de una sola localidad, queda prohibido, bajo sanciones que la ley establezca. **El acaparamiento de los transportes en análogas condiciones se prohíbe bajo las mismas sanciones**”

S.E. [Arturo ALESSANDRI PALMA]: **esto es también materia de una ley**

El señor EDWARDS MATTE (don Guillermo) todo esto afecta al principio de propiedad y está establecido en otro artículo.

S.E. [Arturo ALESSANDRI PALMA]: **está contemplado en las limitaciones del derecho de propiedad.**

Considera que esta idea del señor Espinoza está consignada en el artículo que se refiere al derecho de propiedad. *Esta limitación al derecho de propiedad y al libre comercio está ya incluida y establecerla de nuevo sería una repetición ...*

*Encuentra más amplia la forma que está establecida ya en la Constitución.*

---

<sup>87</sup> *Actas oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Sub comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*, n. 79, p. 86.

El señor CÁRDENAS (don Nolasco) *que quede constancia de que interpreta esa disposición constitucional en esta forma indicada por S.E.*<sup>88</sup>

63. Durante la reforma constitucional de 1967, los monopolios y la propiedad volvieron a aparecer. En el debate, el Ministro de Justicia sostuvo que la ley podía *“limitar la extensión de la propiedad, como asimismo, la facultad de disposición con el objeto de impedir una nueva concentración de ella”*<sup>89</sup>. También observó que se debía *“subsanan las graves consecuencias que el monopolio acarrea”*<sup>90</sup>.

64. La reforma constitucional de 1971, sobre la nacionalización de la *gran minería* del cobre, se motivó por el control de los *grandes* monopolios. Esta modificó la propiedad y buscó incluso *“disolver los monopolios internos”*<sup>91</sup>.

65. Recordemos que la nacionalización de la *gran minería del cobre*, como herramienta contra el poder económico de las *grandes empresas*, sigue plenamente vigente<sup>92</sup>. Validez que se mantuvo intacta en los dos proyectos constitucionales del último lustro. Ciertamente, la nacionalización (que no es expropiación) es una medida mucho *menos* proporcional que regular los grandes grupos económicos<sup>93</sup>, cómo se propone en este expediente, siguiendo el modelo israelí u otro.

66. Por tanto, se puede señalar que la historia constitucional chilena evidencia una preocupación recurrente por limitar la concentración económica y los monopolios, arraigada en debates que se remontan a las primeras cartas hasta la actualidad. Desde las discusiones sobre la función social de la propiedad hasta las reformas de 1967 y 1971, que buscaron disolver monopolios mediante límites al dominio y las nacionalizaciones. El resultado es un claro hilo conductor: la preocupación estatal por la concentración económica es una preocupación y un problema republicano que ha subsistido a lo largo de nuestra historia.

---

<sup>88</sup> *Id.*, pp. 487-488.

<sup>89</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°16.615, Modifica la Constitución Política del Estado*, p. 47.

<sup>90</sup> *Id.*, p. 52 y p. 93.

<sup>91</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°17.450, Reforma la Constitución Política del Estado*, pp. 4-5 y p. 10.

<sup>92</sup> Art. 3° transitorio, Constitución de 1980.

<sup>93</sup> La *nacionalización* fue una reforma constitucional y conllevó un traspaso de la propiedad privada de la gran minería al Estado, *vid.* Ley 17.450, que reforma la Constitución Política del Estado.

### c. La concentración económica en la Constitución de 1980

67. En los siguientes párrafos explicamos cómo la concentración económica fue materia de especial preocupación en la Constitución de 1980 y sus reformas en democracia, directamente vinculadas con la “*constitución económica*”<sup>94</sup>. Esta no es una materia baladí, sino que crucial para el constituyente e imbrica la propiedad, la libertad de empresa, la competencia, la probidad, la libertad de expresión, así como el rol de los gremios en democracia.

68. En efecto, el Estado es un agente que actúa interviniendo en la actividad económica de múltiples maneras. Como muestra la Constitución, su intervención va desde el acceso o adquisición de derechos, pasando al otorgamiento de derechos de propiedad, los impuestos y la regulación de la política monetaria.

69. La necesidad de intervención estatal en la economía se vincula con la libertad de empresa, porque ésta requiere aquella intervención para ordenar mercados, pero también para crearlos, fijándole limitaciones y obligaciones al dominio, como expuso el Mensaje la Ley 19.610, que reformó el DL 211<sup>95</sup>.

70. Para **José Luis Cea**, el rol del Estado en la economía implica llevar a cabo una política que implementa medidas *microeconómicas* que conllevan limitaciones y obligaciones al dominio derivadas de la función social, que permiten “*regular al mercado y la competencia cuando presentan deficiencias*”<sup>96</sup>.

71. Recientemente, Streeter expresa su **desvelo por el enorme daño que han causado al país los conglomerados económicos**, como ocurrió con las privatizaciones y las crisis bancarias de los ochenta:

**“Si en la sociedad los conglomerados empresariales de mayor connotación se dejan coger por la fiebre de crecer en todas las direcciones y ponen como su principalísima finalidad la obtención de beneficios** (en ocasiones, a cualquier

---

<sup>94</sup> Arturo Fermandois, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I (Santiago, Ediciones UC, 2001), p. 30. y Humberto Nogueira *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Constitución económica, derechos patrimoniales y amparo económico*, T. 4 (Santiago, Librotecnia, 2010).

<sup>95</sup> *Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica*, Boletín N°2105-03, 17 de octubre de 1997.

<sup>96</sup> José Luis Cea, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Jurídica de Chile, 1988), p. 160.

costo), sin dar importancia a su situación en la comunidad, **las cosas se deterioran para todos.**

Me parece que algo así ocurrió en Chile **desde el inicio de las privatizaciones en 1974 hasta las crisis bancarias...** Especialmente grave fue esta última; sus efectos fueron dramáticos haciendo a la nación un daño enorme"<sup>97</sup>

### **i. Concentración económica, propiedad y competencia en la Constitución**

72. En la primera sesión de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, en septiembre de 1973, su presidente destacó el rol de la propiedad y la iniciativa privada, pero también repudió los monopolios, como se lee:

*"La necesidad de afianzar el régimen de propiedad en general y, en forma especial, el de la agricultura, industria y minería, y de destacar la función social que le corresponde, la que obliga a emplearla en el fin que le es natural y en armonía con los intereses colectivos...."*

... la nueva Constitución deberá estimular y asegurar la iniciativa creadora de los particulares, pues ella, a través de *la empresa privada, es el gran motor que impulsa el desarrollo económico de un país y que, a su vez, garantiza su libertad.*

*La absorción de las actividades económicas por el Estado conduce a una sociedad estatista que termina por negar la libertad personal.*

Lo anterior **no significa... desconocer el gran papel que corresponde al Estado** como orientador y planificador de la economía **o sus facultades destinadas a asegurar una libre y sana competencia, a ejercer el control necesario para evitar toda forma de abuso o monopolio** y a velar por la seguridad nacional."<sup>98</sup>

73. Ciertamente, las palabras de Enrique Ortúzar marcaron el inicio de la discusión. Luego, a seis meses del golpe, la Junta emitió su *Declaración de Principios*. En ella afirmaba que era misión del Estado *"adoptar las medidas que aseguren efectivamente la competencia y el necesario control de los particulares, para evitar toda forma de abuso o monopolio"*<sup>99</sup> y promover una política económica

<sup>97</sup> Jorge Streeter, *Elementos Constitucionales del Régimen Económico* (Santiago, Ceco, 2021), p. 16.

<sup>98</sup> Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, Sesión 1, 24 de septiembre de 1973.

<sup>99</sup> Junta de Gobierno, *Declaración de Principios del Gobierno de Chile* (11 de marzo de 1974), p. 12.

*“que reconozca el valor de una competencia entre productores y distribuidores”*<sup>100</sup>, vale decir, protegiendo las relaciones verticales en la economía.

74. La preocupación por los actores económicos *pequeños* se refleja en el Acta Constitucional N°3. En ella se establecieron normas más benignas a la pequeña propiedad al regular la expropiación en mejores condiciones para la *“pequeña propiedad”* y la *“pequeña empresa”*<sup>101</sup>, que se mantiene hasta hoy<sup>102</sup>.

75. Pero el desvelo por este tópico es genuinamente una cuestión vinculada con nuestra Constitución, como **coincidieron Jaime Guzmán y Enrique Evans durante la discusión del texto respecto de los gremios, los cuáles, mediante vínculos con empresas, podían ver afectada su autonomía:**

“[GUZMÁN] ... piensa que éste no es sólo un problema que se refiere a los organismos gremiales en relación con los partidos políticos. Estima que se tendría que tener presente que los organismos gremiales no deben estar vinculados ni subordinados a ningún género de entidad extraña a ellos, por ejemplo, **grupos económicos que sean obviamente ajenos a la entidad; si es una entidad empresarial, seguramente contendrá grupos económicos dentro de sí como algo natural y lógico. Pero estima que la subordinación a grupos económicos ajenos o extraños es tan grave o más grave que la subordinación a partidos políticos.** [...]”

El señor EVANS **manifiesta que respecto de las materias relativas a la obtención de la personalidad jurídica por parte de los sindicatos y a la injerencia recíproca entre los sindicatos, los grupos económicos y los partidos políticos, está absolutamente de acuerdo con el señor Guzmán.**”<sup>103</sup>

76. Guzmán reiteró su inquietud por el accionar de los grupos económicos, no sólo en la economía, sino que en los medios y el poder público. La había vertido durante el debate de la Constitución de 1980. **No dudó en promover regular el poder de los grupos empresariales por actos contra la libre competencia:**

**“Todos estos poderes –incluido el económico empresarial– influyen sobre la opinión pública y el poder político. Por ello, es necesario regularlos para evitar**

---

<sup>100</sup> *Id.*, p. 31.

<sup>101</sup> Art. 1º, N°17, DL 1.552, de 1976, Acta Constitucional N°3 de los derechos y deberes constitucionales.

<sup>102</sup> Art. 16 y 37, DL 2.186, de 1978, Ley orgánica de procedimiento de expropiaciones.

<sup>103</sup> Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, Sesión 206ª, 29 de abril de 1976.

cualquier amparo legal a distorsiones monopólicas o bien a conductas ilícitas”<sup>104</sup>

77. Cea expresaba que *“la economía social de mercado, fundada en que la iniciativa y competencia libres tienen su límite y motivo de restricción en la seguridad, justicia y progreso general”*, agregando que ésta no puede subsistir sólo con *laissez faire*, sino que *“presupone una estructura jurídica determinada para hacer frente, por ejemplo, a la formación de monopolios o concentración”*<sup>105</sup>.

78. Al dictaminar sobre la constitucionalidad de una ley que abordaba la concentración en la banca y los grupos económicos, Cea Egaña afirmaba que **era ajustado a la Carta de 1980 regular mediante una ley la cuestión, especialmente si éstos y aquella hacían mal uso de la autonomía que la Constitución asegura:**

*“si un precepto legal o un acto administrativo desconoce, ataca o cercena, aunque sea parcial e indirectamente, uno o más de los tres derechos explicados, vulnera la respectiva base de la institucionalidad y es contrario a la Constitución. Para que ello no ocurra, insisto que sólo el Legislador tiene competencia en la materia y que ésta se halla circunscrita al otorgamiento de personalidad jurídica y a las sanciones aplicables a los grupos económicos y a sus dirigentes cuando, haciendo mal uso de la autonomía que les asegura la Constitución, intervienen indebidamente en actividades políticas u otras ajenas a sus propios fines específicos. Y nadie más que el Legislador es competente para eso.”*<sup>106</sup>

79. Desarrollando la libertad de empresa, Evans nota que se puede prohibir actividades económicas contrarias al orden público por prácticas monopólicas, donde el DL 211 es una de las normas que complementa esa garantía:

*“que cautela la libre competencia en el ejercicio de las actividades económicas en procura de satisfacer la concurrencia de fundamentales bienes jurídicos, a saber, la protección de los usuarios de los bienes y servicios, la permanencia de los diversos agentes económicos en el mercado respectivo, la no discriminación arbitraria entre tales agentes, etc. Se alza este cuerpo legal como un saludable*

---

<sup>104</sup> Jaime Guzmán, “El poder político de los ‘grupos económicos’”, *La Segunda*, 24 de abril de 1981; Jaime Guzmán, “Alerta a ciertos ‘grupos económicos’”, *La Segunda*, 26 de junio de 1981; y Jaime Guzmán, “Moralidad y sensatez política en actividades empresariales”, *Realidad*, Año 3, 26, pp. 3-7.

<sup>105</sup> Cea, n. 96, pp. 163-164. En similar sentido, Resico, n. 49, p. 11.

<sup>106</sup> José Luis Cea, “Valor constitucional del artículo 19 bis del Decreto Ley N°1.097 de 1975 un informe en derecho”, en *Colección de estudios sobre el sistema financiero chileno* (Santiago, Instituto de Estudios Bancarios Guillermo Subercaseaux, 1984), p. 77.

*freno al interés individual de los miembros del cuerpo social en beneficio de la utilidad de todos quienes lo conforman”<sup>107</sup>*

80. El principal discípulo de Guzmán en cuestiones constitucionales, **Arturo Fermandois** también se refiere a la concentración al tratar la política de competencia como parte de una política pública económica que tiene una institucionalidad *“encargada de que la propiedad económica esté lo suficientemente fraccionada para que exista competencia”<sup>108</sup>*.

81. Como destaca Carmona al evaluar la propiedad y la competencia, se puede ordenar judicialmente la enajenación de activos de una empresa, como ocurrió con las acciones de dos empresas de telecomunicaciones<sup>109</sup>, sin que esto implique una expropiación<sup>110</sup>:

*“en caso de conflicto entre el derecho de propiedad y la libre competencia, el tribunal opta por este último, lo que es notable. Desde luego, porque la propietarización de los derechos, es decir, fundar todo tipo de facultades en el derecho de propiedad y poner este derecho en el primer lugar de la escala jerárquica de los derechos, lo ha transformado en el ‘superderecho’. De ahí que postergarlo en la resolución de un asunto sea una excepción. Enseguida, no es habitual que los tribunales hagan primar el interés social sobre el derecho particular [...] Pero sin duda lo más notable, es que la libre competencia no es un derecho sino que un valor. Son excepcionalísimos los casos en que los tribunales postergan un derecho por un valor”<sup>111</sup>.*

---

<sup>107</sup> Eugenio Evans de la Cuadra, “El bien común en el ejercicio de algunos derechos fundamentales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N°2, 2001, p. 235.

<sup>108</sup> Arturo Fermandois, “Derecho de Propiedad”, en: AA.VV. *Una gran conversación por Chile. Proceso constituyente y nueva constitución política* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2015), p. 360.

<sup>109</sup> Nos referimos a la Resolución 360, de 1992, de la Comisión Resolutiva.

<sup>110</sup> Carlos Carmona, *La función administrativa* (Santiago, Universidad de Chile, 2005), pp. 14-15.

<sup>111</sup> *Id.*, p. 15. Carmona después rechazó cambios estructurales que pudieran nacer de recomendaciones de la FNE, en atención a la libertad de empresa, discriminación arbitraria y confianza legítima, *vid.* Carlos Carmona, *El impacto en el Art. 19 N°21 y N°22 de la Constitución, por la prohibición de venta que cambia las condiciones de operación de un mercado*, en: Fiscalía Nacional Económica, *Contribuciones Públicas a la Versión Preliminar del Estudio de Mercado del Gas* (Santiago, 2021), pp. 269-360; lo que fue refutado por Santiago Montt, *Constitucionalidad del Remedio Estructural de Desintegración de la Distribución Mayorista y Minorista en el Mercado de GLP Propuesto por la Fiscalía Nacional Económica* (Santiago, 2021), en: FNE, *Anexos Estudio de Mercado del Gas* (EM06-2020), pp. 78-146.

82. En el Derecho Comparado, el límite a la propiedad del empresario considera la disposición de su trabajo, pero contempla que la propiedad puede tener límites impuestos por su función social y la prohibición del abuso<sup>112</sup>. De igual modo, la libertad de asociación económica que tienen los individuos y que les permite asociarse, debe tolerar que se adopten *“medidas legales contra asociaciones que incurren en abuso de posiciones de predominio económico”*<sup>113</sup>.

83. Así, como argumenta Cea, **bajo la libertad de asociación y autonomía de grupos intermedios, no pueden admitirse que, se amparen estructuras jurídicas que buscan eludir el control republicano sobre grupos de empresas** que establezcan un predominio *ilícito* en actividades económicas (*vid.* ¶78). Su autorizada opinión permite justificar la constitucionalidad de las restricciones que pueda imponerse en la organización de grupos empresariales significativos.

84. Huber también advierte que la libertad de competencia tiene un límite, cual es el que las mismas empresas impidan o eliminen la competencia, lo que constituye prácticas incompatibles con la economía, por lo que *“pueden adoptarse medidas legales contra tales extralimitaciones”*<sup>114</sup>. Nos recuerda también la importancia de la competencia para los derechos y libertades económicas:

*“A la libertad de competencia le corresponde la posición clave entre las libertades fundamentales. Esa libertad presupone las restantes libertades fundamentales; no hay libertad de competencia si no existen también, por principio, libre propiedad empresarial, libertad de actividad industrial; libertad de contratación y libertad de asociación. A la inversa, esas libertades singulares se extinguen o se vacían en su contenido esencial si es que no está asegurada la vez, por principio, la libre competencia”*<sup>115</sup>.

85. De este modo, la Constitución habilita confrontar y regular la concentración económica empresarial agregada para que no se afecte la libre competencia, y, de paso, economía social de mercado de nuestro país, admitiendo limitaciones e incluso la desinversión de activos para ese fin.

---

<sup>112</sup> Ernst Huber, *Administración autónoma de la economía* (Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967), p. 48.

<sup>113</sup> *Id.*, p. 49.

<sup>114</sup> *Id.*, p. 49.

<sup>115</sup> *Id.*, p. 50.

86. La preocupación por la concentración económica y su adecuada regulación fue un tema central para los redactores de la Constitución. Desde el comienzo de las discusiones, se reconoció la necesidad de equilibrar los derechos de propiedad y la iniciativa privada con medidas efectivas para prevenir abusos y fomentar la competencia. Esta visión se reflejó no solo en su texto, sino también en leyes posteriores, lo que muestra un compromiso con la protección de la competencia como pilar fundamental para el desarrollo económico del país.

## ii. Concentración económica, captura y probidad

87. Pero la inquietud por la concentración empresarial no se acota a cuestiones económicas, sino que alcanza la probidad y la corrupción. El poder económico puede *capturar* al Estado. La prevención de ese riesgo se buscó bajo la Constitución de 1925, sin éxito<sup>116</sup>. Con el retorno de la democracia, al debatirse incluir el principio de probidad en la Constitución, se advirtió el riesgo de la concentración económica con la política, como expuso el senador Ruiz-Eskude:

“nos encontramos ante una sociedad plutocrática. No cabe ninguna duda. Después de estudiar en qué consistía ese tipo de sociedad a comienzos del siglo pasado, podemos observar que a eso **hemos llegado, así como a una concentración del poder -también aludida- no imaginada en nuestro país...**

**La concentración económica no le hace bien a la sociedad chilena.** Lo hemos dicho hasta el cansancio. **Y creo que la presencia de un candidato presidencial con tales niveles de ingresos obliga a regular el asunto,** cosa que no debería haber ocurrido nunca.”<sup>117</sup>

88. La preocupación por la concentración y la *captura del Estado* por conglomerados privados también fue un desvelo de **Miguel Kast**, quien rechazó que la solución fuera permitir asociaciones de éstos con el Fisco:

“Se argumenta también que las empresas estatales son necesarias para contrarrestar el poder de los grupos privados. *Es verdad que es necesario contrarrestar el poder de los grupos privados,* pero la manera más cara y, a mi juicio, la más ineficiente desde el punto de vista del objetivo buscado, es contrarrestar el poder de esos grupos privados por la vía de formar empresas estatales. Esto es así, *porque los grandes grupos son los que con mayor facilidad*

<sup>116</sup> Cámara de Diputados, Sesión 10ª, 14 de junio de 1961, pp. 710-713.

<sup>117</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 8 Principios de Probidad y Transparencia*, p. 164.

*pueden cambiar de giro, los que con mayor agilidad terminan asociándose con el Fisco, ya sea proveyéndole, comprándole o haciendo sociedades mixtas y profitando de ese tipo de asociación y, en definitiva, profitando del estatismo”<sup>118</sup>*

89. Las advertencias de Kast no distan de los riesgos descritos por Agostini a propósito de la solicitud de CONADECUS, cuando expone su inquietud por la concentración y la persistencia de márgenes altos en ciertos mercados, la que puede deberse al *lobby* y captura: *“los casos más complejos son los de regulaciones que surgen producto del lobby y la presión de los incumbentes, quienes logran influir en el proceso político para generar regulaciones que los favorezcan”<sup>119</sup>.*

90. Como se puede apreciar, además, no es fácil cuantificar el impacto de la captura en una economía. Pero que no pueda cuantificarse no implica que no exista. Recordemos que Nehme<sup>120</sup>, al igual que Mordoj<sup>121</sup>, destacan cómo la *captura del regulador* también puede ser un problema de libre competencia.

91. Coherente con lo anterior, Basihos muestra una relación entre mayor poder de mercado de empresas y mayor concentración del poder político, con el subsecuente declive de las democracias. Así, el mayor poder económico aumentara la corrupción del sistema electoral y mina la gobernanza democrática, afectado la formulación de políticas públicas, su aplicación y la regulación<sup>122</sup>. Luego, conectado con el problema de la concentración económica se aprecia también la captura de *“malas”* rentas que afectan el dinamismo y crecimiento económico, dificultando la contestabilidad de los mercados<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> Miguel Kast, “Relaciones de la Política Económica con la Administración del Estado de Chile: El Estado Empresario y el Principio de Subsidiariedad”, *Estudios Públicos*, 1984, p. 225.

<sup>119</sup> Claudio Agostini, “Concentración, Conglomerados y Libre Competencia: Reflexiones sobre la petición de CONADECUS al TDLC”, *Ceco*, 14 de noviembre de 2023.

<sup>120</sup> Nicole Nehme, “Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a los Organismos de la Administración del Estado”, en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (coord.) *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, (Santiago, Thomson Reuters Puntotext, 2011), p. 323

<sup>121</sup> Benjamín Mordoj, *La garantía del artículo 19 N°21 de la Constitución Política, a la luz de la eficacia vertical del Decreto Ley 211 de 1973: libre competencia y fallas de la regulación* (Santiago, 2009)

<sup>122</sup> Seda Basihos, *(Market) Power is (Political) Power! The Pressure of Declining Competition on Democracy*, 2023, *passim*.

<sup>123</sup> Brink Lindsey y Steven Teles, *The Captured Economy. How the Powerful Enrich Themselves, Slow Down Growth, and Increase Inequality* (Oxford University Press, 2017), p. 21.

92. Al enfrentar el principio de probidad con la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a desarrollar libremente actividades económicas “*está supeditado por el Constituyente a que dichas actividades no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando en todo caso las normas legales que las regulen*”<sup>124</sup>, por lo que **prohibir actividades económicas puede, válidamente, basarse en la probidad**, y en la conveniencia para la sociedad de impedir actividades con una “*negativa connotación social y de un innegable efecto disolvente sobre las instituciones y la moral pública*”<sup>125</sup>.

93. Vale la pena mencionar que, frente a un tema fundamental para el correcto funcionamiento de la república, como es la probidad, la concentración económica sale a la luz como una preocupación transversal. Esta inquietud está en la génesis del Derecho de la Competencia, como ilustra Araya, del “*poder político-regulatorio tanto de quienes ejercen cargos públicos como al poder político que en los hechos llegan a alcanzar grandes empresas y conglomerados que ejercen influencia indebida en ellos, se vincula con el origen político de la legislación antimonopolios*”<sup>126</sup>.

### iii. Concentración económica de los medios de comunicación y la libertad de opinión

94. La libertad de expresión, el pluralismo y la desconcentración de medios de comunicación ocupan un rol distintivo en los regímenes democráticos. Sin pluralismo y libertad de expresión, la democracia, como proceso competitivo para elegir a nuestros gobernantes, no es tal.

95. Una garantía prevista en la Constitución para el buen funcionamiento de la democracia es la libertad de opinión e información, que tutela el pluralismo<sup>127</sup>. Esta libertad se traduce en la **prohibición de un monopolio estatal** sobre los medios de comunicación, única prohibición explícita de monopolizar una actividad por el Estado. Asimismo, la posibilidad de “*fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos*”; y la autorización para que las “*universidades y demás personas o entidades*” puedan tener y operar estaciones de televisión, son pruebas de la rivalidad de ideas, cuya protección es crucial para la república democrática.

<sup>124</sup> Tribunal Constitucional, STC 1133/2008, C. 30°.

<sup>125</sup> *Id.*

<sup>126</sup> Fernando Araya, *El rule of law en el Derecho de la Competencia. Un enfoque liberal clásico. Aplicaciones a Chile* (Santiago, tesis doctoral Universidad de Chile, 2016), p. 76.

<sup>127</sup> Art. 19, N°12, CPR.

96. Viera une la propiedad de los medios de comunicación con la concentración de grupos económicos, por el riesgo de interpretar los hechos con una sola mirada<sup>128</sup>. Como menciona Ruiz-Tagle, esta concentración es económica, que se vincula con la libertad de expresión “*como parte de un sistema que implica un concepto de ciudadanía y que se vincula con la calidad de nuestra democracia*”<sup>129</sup>.

## V. LA NEUTRALIZACIÓN DEL PODER ECONÓMICO Y EL RECHAZO A LA CONCENTRACIÓN EN LA LIBRE COMPETENCIA

97. Expuestas en las secciones previas cómo la desconcentración del poder económico es un significativo anhelo de nuestras constituciones y que recorre transversalmente distintas posturas económicas y políticas en Chile, en la siguiente sección nos abocamos a examinar cómo la ley y la jurisprudencia tratan la cuestión. Por lo mismo, acá estudiamos el DL 211 y sus reformas, así como la práctica, se enfocan crecientemente en neutralizar el poder económico.

### a. El DL 211 y la concentración económica

98. Primero, puede observarse que en el DL 211 *original* se contempló un **reproche explícito a la concentración del poder económico**<sup>130</sup>, para lo cual basta leer el considerando segundo de ese decreto-ley, de diciembre de 1973:

“Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; *tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad*”<sup>131</sup>

99. Pero los motivos del DL 211 fueron más allá. Notificó en un considerando que “*resulta necesario garantizar la libre concurrencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas*”<sup>132</sup>. El DL 211 toleró la posibilidad de que

---

<sup>128</sup> Christian Viera, “Libertad económica”, en: Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020), p. 693.

<sup>129</sup> Pablo Ruiz-Tagle, “Propiedad de los medios y principios de intervención del estado para garantizar la libertad de expresión en Chile”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 18, N°2, 2011, p. 351.

<sup>130</sup> Recordemos que los decretos leyes, hasta antes del DL 788, de 1974, podían derogar la Constitución de 1925, por lo que el DL 211 pudo tener dicha jerarquía normativa.

<sup>131</sup> DL 211, de 1973, fija normas para la defensa de la libre competencia, C. 2.

<sup>132</sup> *Id.*, C. 3.

el Estado monopolizara una actividad, “en determinadas circunstancias”, para lo cual exigía ley expresa, lo que se exigiría en la Constitución de 1980, pero siempre que “los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad”<sup>133</sup>.

100. El significado de este considerando fue escudriñado por Espinosa, enunciando un juicio de valor en contra de la concentración económica a pocos días del golpe de 1973<sup>134</sup>, sin que debiera minimizarse su importancia concluyendo que “*el legislador... estima como perjudicial en sí la concentración del poder económico y la señala como una de las secuelas de la conducta monopólica, dañinas para la colectividad*”<sup>135</sup>.

101. También Aimone y Gianelli observaban cómo se trataban los grupos económicos y cómo se les había buscado desarticular al catastrar los primeros quince años de vigencia del DL 211. Ellos aluden, aunque sin nombrarlos, a “*dos grupos, los de más poder, sobre los cuáles recayó –con distinto rigor–, el poder estatal, para desarticularlos*”<sup>136</sup>. De igual forma, enuncian cómo antes de privatizar se resolvió desmembrar empresas públicas<sup>137</sup>, como ocurrió con las sanitarias, separadas por región,<sup>138</sup> y con las empresas portuarias estatales<sup>139</sup>.

102. De este modo, la génesis del DL 211 es explícita en el repudio a la concentración económica y su afectación a los mercados, afectando también a los ciudadanos, por lo que su institucionalidad está autorizada para prevenir prácticas anticompetitivas, y recomendar cambios, para lo cual el TDLC puede ejercer la potestad propositiva, que es una potestad que existe desde 1973.

---

<sup>133</sup> *Id.*, C. 4, que debe leerse con el artículo 4° de ese decreto-ley.

<sup>134</sup> Rodrigo Espinosa, *Ley Antimonopolios. Análisis y Estudio Crítico* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1980), p. 13.

<sup>135</sup> *Id.*, p. 14.

<sup>136</sup> Enrique Aimone y Mario Gianelli, “El Derecho chileno. Datos generales”, en Kurt Markert, *Monopolio y Derecho* (Valparaíso, EDEVAL, 1988), p. 55.

<sup>137</sup> *Id.*, pp. 55-56.

<sup>138</sup> Ley 18.777, Autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado y dispone la constitución de sociedades anónimas para tal efecto y Ley 18.885, Autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, y dispone la constitución de sociedades anónimas para tal efecto.

<sup>139</sup> Art. 1°, Ley 19.542, Moderniza el sector portuario estatal.

### b. El fortalecimiento de la FNE y la reforma de la Ley 19.610

103. El Mensaje de la Ley 19.610 enunciaba que dentro de las conductas que rechaza la libre competencia estaban las concentraciones<sup>140</sup>. Una lucha contra la concentración que fue abordada por el diputado Álvarez en la discusión, quien recordó que la persecución de monopolios y *trusts* eran figuras recaía en el ámbito del DL 211, adicional a la represión de carteles y de prácticas abusivas<sup>141</sup>.

104. Durante el debate, el senador Bitar advirtió cómo la **concentración podía distorsionar los mercados**, especialmente cuándo se retomaba la senda de privatizaciones de monopolios públicos:

“en primer lugar, de la necesidad de perfeccionar y fortalecer los sistemas de supervisión de agentes económicos, con el propósito de *garantizar el libre juego de la competencia e impedir, por tanto, que se avance en la concentración del poder económico que distorsiona el funcionamiento de los mercados.*

Esto se hace más indispensable en la medida en que ... se vayan incorporando al sector privado otras actividades, tales como el transporte, puertos, telecomunicaciones, y ahora las sanitarias, que *son de servicios públicos de gran importancia para la atención a los ciudadanos*; y también que se sigan acentuando otras tendencias globales ... como la fusión de empresas...”<sup>142</sup>

105. Como precisa Bernedo, los fiscales previos a la Ley 19.911, i.e., Villablanca, Asenjo, Fernández y Mattar, tuvieron un marcado énfasis *anti-concentración*<sup>143</sup>.

### c. La creación del TDLC y la concentración económica

106. La creación del TDLC buscó no sólo construir una nueva “*institucionalidad antimonopolio*”<sup>144</sup>, sino que modificar las normas sustantivas en la materia. Una

---

<sup>140</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.610 fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica*, p. 6.

<sup>141</sup> *Id.*, p. 80.

<sup>142</sup> *Id.*, p. 195.

<sup>143</sup> Patricio Bernedo, *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010* (Santiago, Ed. De la Fiscalía Nacional Económica, 2013), pp. 128-131, p. 143, pp. 152-154, pp. 159-160, y p. 170.

<sup>144</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.911 Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, p. 5.

de las cuestiones debatidas fue la finalidad de dicha ley<sup>145</sup>, para lo cual se tuvo en cuenta que la libre competencia reflejaba la importancia de **preservar el derecho a participar en los mercados**, como mencionó el Mensaje<sup>146</sup>. Esto **supone que el mercado no se concentre en un único actor**, porque el monopolio impide ejercer ese derecho a quien quiere participar en él.

107. La Ley 19.911 reiteró la prohibición de otorgar monopolios para actividades económicas, salvo autorización de la ley (Art. 4). Su Mensaje expuso también cómo una economía más globalizada daba paso a una mayor concentración, lo cual requería una institucionalidad robusta, nunca una débil:

*“los profundos cambios en la estructura económica del país de las últimas décadas, que dio paso a la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la inserción de Chile en la economía global, junto con la aparición de nuevas estructuras empresariales, por ejemplo derivadas de la creciente ola mundial de fusiones y alianzas, han modificado sustancialmente el escenario en el cual le corresponde funcionar a la institucionalidad de defensa de la libre competencia, creando nuevas y mayores exigencias. En este nuevo escenario ya no es viable descansar en organismos débilmente constituidos”*<sup>147</sup>.

108. Durante la discusión de la Ley 19.911 se aludió repetidamente a la necesidad de abordar los problemas causados por los grupos empresariales en la economía nacional<sup>148</sup>. Estas reiteradas referencias permiten comprender que las potestades del TDLC no pueden hacerlas ineficaces frente al deber de proponer una regulación sobre la materia. Porque fue la voluntad manifiesta del legislador.

#### **d. La reforma de la Ley 20.361**

109. El impacto de la concentración en ámbitos como el político, cultural o social no es trivial, como destaca Rawls<sup>149</sup>. Es una cuestión íntimamente conexas con la competencia, como refiere el Mensaje de la Ley 20.361. Ese Mensaje expone

---

<sup>145</sup> Francisco Agüero, “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”, *Boletín Latinoamericano de Competencia* 19, 2004, pp. 124-132.

<sup>146</sup> *Id.*, p. 8: “hace explícito que la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en sí misma, sino **un medio para preservar el derecho a participar en los mercados...**”.

<sup>147</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>148</sup> *Id.*, pp. 417-418, p. 423, p. 577.

<sup>149</sup> Rawls, n. 9, p. 53 y p. 150.

cómo la concentración no es *per se* anticompetitiva, pero es evidente que aumenta el poder económico y, de paso, el político:

“la globalización de los mercados ha producido innumerables efectos positivos, pero también ha incentivado la concentración de ciertos mercados, mediante diversas formas de adquisición de empresas y fusiones. Tal concentración no representa *per se* un atentado a la libre competencia; pero es innegable que acrecienta el poder económico y, por consecuencia, la capacidad de influencia en el poder político”<sup>150</sup>.

110. Huelga señalar que, al igual cómo ocurrió en la Ley 19.911, en la tramitación de la reforma de la Ley 20.361, también fue debatida, reiteradamente, la concentración y el poder de los grupos económicos<sup>151</sup>.

111. Luego, al examinarse el funcionamiento de los mecanismos de represión del abuso, el ex ministro Tapia menciona que el análisis del TDLC ha identificado altos niveles de concentración en varias industrias, lo que debe sumarse al hecho que “*varias firmas suelen pertenecer a grandes conglomerados económicos con presencia simultánea y contacto en múltiples mercados*”<sup>152</sup>.

#### **e. La Ley 20.945 y su foco en el control de concentración empresarial**

112. Si bien las normas sobre control de fusiones incorporadas al DL 211 fueron un enorme avance en materia de evaluación del potencial anticompetitivo de fusiones, esa herramienta tiene límites. Del mismo modo, las normas de *interlocking* del DL 211 son un avance, pero su efecto es acotado.

113. Desde luego, al régimen de control de fusiones, radicado en la FNE, debe sumarse el control que puede hacer el TDLC, por ejemplo, mediante una consulta, pero no inhibe la posibilidad de contar con una regulación general que

---

<sup>150</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, pp. 5-6.

<sup>151</sup> *Id.*, p. 93, p. 104, pp. 108-110, p. 143, p. 214, p. 218, p. 227, pp. 290-291, p. 510, p. 513, p. 517, p. 520, p. 528, entre otros.

<sup>152</sup> Javier Tapia, “Dime de qué presumes y te diré de qué careces”: el tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile”; *Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia)*, vol. 10 N°10, 47-119, enero-diciembre 2014, p. 85.

aborde los problemas de concentración empresarial, impulsada por una recomendación, como acá analizamos, y cómo se ha hecho en ciertas industrias.

114. En efecto, la existencia de requerimientos fiscales sobre supuestos incumplimientos a la prohibición de *interlocking* muestra las limitaciones del impedimento, pero también la necesidad de regular sistemáticamente a los grupos empresariales, dando mayor seguridad jurídica y predictibilidad a la actividad privada.

#### **f. La competencia como medio de neutralizar posiciones de poder**

115. Explicado cuál es el derrotero normativo de la concentración económica en nuestro país, a continuación, bosquejamos cómo la doctrina y la jurisprudencia entienden que estas normas buscan neutralizar las posiciones de poder económico, tanto público como privado, lo que es de capital relevancia para efectos del control de los grupos económicos por el Derecho de la Competencia. Adelantamos que las normas generales que se han dictado han requerido leyes especiales, como se aprecia en la siguiente sección del Informe.

116. Enrique Barros planteó hace veinte años en su *Tratado* que el Derecho de la Competencia *“tiene por objeto neutralizar posiciones de poder de mercado”*<sup>153</sup>. Así lo reiteró también durante el debate de la ley de competencia desleal<sup>154</sup>.

117. Agrega Barros que, ante una afectación de la competencia por el desarrollo natural del mercado, el TDLC *“tiene la facultad de regular la respectiva actividad económica, de modo de neutralizar las posiciones de poder que no resulten desafiables por otros competidores actuales o potenciales”*<sup>155</sup>.

118. Esta idea fue recogida por la Corte Suprema desde la sentencia *Lan-Tam*, cuando se razonó que esta rama del Derecho *“tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en la protección y*

---

<sup>153</sup> Enrique Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006), p. 1042.

<sup>154</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°20.169 Regula la competencia desleal*, p. 63.

<sup>155</sup> Barros, n. 153, p. 1042

*libre elección de los consumidores*<sup>156</sup>. La Corte Suprema aludió al criterio en una sentencia de recomendaciones normativas<sup>157</sup>, lo que fue aceptado por el TDLC<sup>158</sup>.

119. La posibilidad de que los consumidores puedan elegir implica que existan una diversidad de oferentes de bienes y servicios. De igual modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema sostiene que el Derecho de la Competencia reprime las prácticas abusivas y las concertadas, pero también “*se materializa controlando las estructuras del mercado*”<sup>159</sup>, lo que se ha mencionado en operaciones de concentración<sup>160</sup> y recomendaciones normativas<sup>161</sup>.

120. Por lo demás, el TDLC estimó que una empresa del mismo grupo económico de la demandada, ya sancionada por conductas anticompetitivas, era una cuestión que se debía considerar al momento de la multa<sup>162</sup>. Similar razonamiento hizo el Tribunal al reprochar a una cadena supermercadista<sup>163</sup>. El Tribunal también alude a cuestiones de grupos empresariales en informes previstos en leyes especiales, como la “*Ley de Puertos*”<sup>164</sup> y la “*Ley REP*”<sup>165</sup>.

---

<sup>156</sup> Corte Suprema, *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aereas S.A.*, rol 9843-2011, 5 de abril de 2012, C. 20°.

<sup>157</sup> Corte Suprema, *Expediente de recomendación normativa Art.18 N°4 DL 211 (ANATEL y otros)*, rol 34.013-2019, 10 de septiembre de 2020, C. 13° y C. 23°.

<sup>158</sup> TDLC, Resolución 39/2012, *Consulta de Organización Terpel Chile relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las Sociedades Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada*, § 10.3.

<sup>159</sup> Corte Suprema, *Consulta SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, rol 346-2013, 30 de septiembre de 2013, C. 3°.

<sup>160</sup> *Id.*

<sup>161</sup> Corte Suprema, *Expediente de recomendación normativa Art.18 N°4 DL 211 (ANATEL y otros)*, rol 34.013-2019, 10 de septiembre de 2020, literal C. Disidencia Ministro Muñoz y Ministra Vivanco.

<sup>162</sup> TDLC, Sentencia 88/2009, *OPS Ingeniería Ltda. y otros c. Telefónica Móviles de Chile S.A.*, C. 155.

<sup>163</sup> TDLC, Sentencia 103/2010, *Comercial Arauco Ltda. c. D&S y otro*, C. 46

<sup>164</sup> TDLC, Informe 11/2014, *Solicitud de Informe de Empresa Portuaria Antofagasta (EPA) sobre licitación de concesión del Frente de Atraque N°1 del Puerto de Antofagasta*.

<sup>165</sup> TDLC, Informe 26/2022, *Solicitud de informe de Agrosuper S.A. y otras respecto de las bases de licitación para la contratación del manejo de residuos con terceros, y de las reglas y procedimientos para la incorporación de miembros y funcionamiento del SIGENEM*, §125-§130; TDLC, Informe 30/2022, *Solicitud de Informe de Antonio Castillo S.A. y otros respecto de las bases de licitación para contratación de manejo de residuos y de las reglas y procedimientos para incorporación de nuevos asociados y para el funcionamiento del SGCNFI*, §92-§98.

121. Y, en lo que nos ocupa, es decir, en el ejercicio de la potestad propositiva, el TDLC abordó cuestiones de grupos empresariales en su propuesta sobre el reglamento de contratos de obras públicas<sup>166</sup>. En ésta **el Tribunal incluso examinó el derecho a limitar la libertad de organización de personas jurídicas motivada en cuestiones de concentración económica:**

**“El derecho a constituir personas jurídicas es, en el ámbito del derecho privado, un derecho potestativo que sólo se ve limitado en casos que pueden calificarse como abuso de derecho. Como se señaló, la libertad de organización de los activos económicos en diversas formas empresariales propende a una mejor utilización de los recursos por parte de sus dueños, por lo que limitarla podría elevar los costos de participar en una licitación. En general, limitar la libertad de los particulares requiere de una justificación que, en este caso, de acuerdo al MOP, estaría dada por la protección de la competencia en las licitaciones de obras públicas”<sup>167</sup>.**

122. Por tanto, podemos concluir que, existen antecedentes suficientes para afirmar que la neutralización de posiciones de poder, como el que se produce por la concentración económica agregada, es vista como una arista significativa que debe considerar el TDLC al proponer una política pública en un expediente de recomendación normativa.

## **VI. MEDIDAS NORMATIVAS CONTRA LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA**

123. En esta sección del Informe exponemos las medidas estructurales adoptadas en las últimas décadas para abordar la concentración empresarial. Ellas son acotadas y no abordan la *concentración económica agregada*.

124. Como se colige de la revisión, las medidas legales se orientan a industrias específicas, sin tener alcance general o para varias industrias<sup>168</sup>, como se pretende a través de la solicitud de CONADECUS, que alude a la participación en la actividad financiera y en otras actividades por el mismo grupo económico.

---

<sup>166</sup> TDLC, Proposición 20/2020, *Expediente de recomendación normativa sobre el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP*, § 22.

<sup>167</sup> TDLC, *Proposición de modificación normativa N°20/2020 sobre Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP*, § 30.

<sup>168</sup> La excepción son las normas introducidas por la Ley 19.549, que se mencionan *infra*.

125. De igual modo, otras medidas adoptadas en leyes especiales, relativas al mercado financiero, no dicen relación con la competencia en los mercados, sino con otros fines, como la transparencia, la solvencia, el riesgo sistémico, *et al*<sup>169</sup>.

126. Estas medidas son *acumulativas, incrementales y aisladas*, como se aprecia en los proyectos de ley que buscan hacerse cargo de cuestiones estancas en la materia, o bien, de **las leyes vigentes, en industrias específicas, pero no de manera general**, es decir, con la concentración empresarial agregada.

127. El TDLC ha resuelto, en ejercicio de su potestad *consultiva*, que se enajene a terceros la participación accionaria en empresas que pudieran competir con la empresa fusionada<sup>170</sup> o de ciertas concesiones<sup>171</sup>. En otros casos, la alternativa fue enajenar a terceros, renunciar o poner término a sus concesiones<sup>172</sup>.

#### a. Límites a la concentración en proyectos de ley en tramitación

128. La segunda administración del Presidente Piñera se embarcó en reformas estructurales a ciertas industrias por problemas de competencia, especialmente en la energía. Buscó una nueva organización industrial para la industria eléctrica, impulsando la portabilidad, separando la comercialización de la distribución, y terminar el monopolio en el aquel segmento<sup>173</sup>. Para el gas, alertó de conductas corporativas que podían afectar a los consumidores, e impulsó reformas para facilitar la entrada de nuevos actores al mercado, separando *“ambos mercados para que la presión competitiva redunde en mayor bienestar”*<sup>174</sup>. Para tal fin, planteó desintegrar el mercado del gas licuado, con transitoriedad para adaptarlo<sup>175</sup>.

---

<sup>169</sup> Estas normas que limitan la concentración en ciertas industrias no se derogaron por el control de fusiones de la Ley 20.945.

<sup>170</sup> TDLC, Resolución 1/2004, *Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A.*

<sup>171</sup> TDLC, Resolución 2/2005, *Consulta de Telefónica Móvil S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A.*

<sup>172</sup> TDLC, Resolución 20/2007, *Consulta de GLR Chile Ltda. sobre Compra de la Totalidad de las Acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., condición N°4.*

<sup>173</sup> *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el derecho a la portabilidad eléctrica* (2020), Boletín 13782-08.

<sup>174</sup> *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley sobre perfeccionamiento al mercado del gas* (2022), Boletín 14.796-08.

<sup>175</sup> La desintegración fue apoyada por el actual Gobierno, promoviéndola con un proyecto sobre gas licuado con normas para reestructurar ese mercado, *vid. Mensaje de S.E. el Presidente de la*

129. Por su parte, el Gobierno del Presidente Boric, además de aludir a la concentración económica en su programa de gobierno<sup>176</sup> y en su primera cuenta pública<sup>177</sup>, abordó el control de la concentración en la propuesta de ley de pesca, con normas para la “*disminución de la concentración de mercado*”<sup>178</sup>. También lo hizo al reemplazar el proyecto de ley enviado por la administración anterior relativo al mercado del gas licuado de petróleo<sup>179</sup>.

130. Más recientemente, y casi promulgada como ley, la *Nueva Reforma al Sistema de Pensiones* quiso restringir la concentración en la industria<sup>180</sup>, pero se reemplazaron esos límites por un impedimento para que ningún administrador o inversor pueda tener más del 25% de participación en el mercado de afiliados.

### **b. Límites a la concentración en la industria bancaria**

131. En 1974, y tras la nacionalización de la banca impulsada por la Unidad Popular sin una ley que la autorizara<sup>181</sup> –a diferencia del caso del cobre (*vid.* ¶64)– la Junta Militar adoptó medidas para la banca. Se entendía que la organización de la industria no cumplía la función que le correspondía en la economía<sup>182</sup>, por

---

*República con el que inicia un proyecto de ley que mejora la competencia y perfecciona el mercado del gas licuado de petróleo* (2023), Boletín 16.035-03.

<sup>176</sup> Gabriel Boric, *Propuestas programáticas para el nuevo Chile 2022-2026* (2021), *passim*.

<sup>177</sup> Gabriel Boric, *Primera Cuenta Pública de S.E. el Presidente de la República, Gabriel Boric Font, ante el Congreso Nacional* (Valparaíso, 2022), p. 49: “Uno de los grandes problemas que tenemos en nuestro país es la tremenda concentración económica”.

<sup>178</sup> *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley de nueva ley general de pesca y deroga las disposiciones que indica* (2023), Boletín 16500-21. La discusión sobre concentración pesquera es antigua, *vid.* Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°18.892, Ley General de Pesca y Acuicultura*, p. 433.

<sup>179</sup> *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que mejora la competencia y perfecciona el mercado del gas licuado* (2023), Boletín 16035-03.

<sup>180</sup> *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea un nuevo Sistema Mixto de Pensiones y un seguro social en el pilar contributivo, mejora la Pensión Garantizada Universal y establece beneficios y modificaciones regulatorias que indica* (2022), Boletín 15480-13.

<sup>181</sup> Francisco Agüero, *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como un contencioso-administrativo* (Santiago, Ediciones DER, 2022), pp. 59-65.

<sup>182</sup> DL 749, de 1974, Adopta medidas para el funcionamiento de los bancos comerciales, C. 1.

lo que se adoptó medidas para “*fortalecer la capacidad competitiva y económica de las empresas bancarias*”<sup>183</sup> y la “*descentralización de la actividad bancaria*”<sup>184</sup>.

132. Una de las funciones otorgadas al regulador fue propender a la integración de bancos, para que tuvieran “*suficiente capacidad competitiva y económica para actuar con la mayor eficiencia en el desarrollo económico del país*”<sup>185</sup>. Un mes después se inició su privatización, y se legisló para “*impedir que el dominio de dichas acciones se concentre en personas o entidades que puedan ejercer una influencia inconveniente o desmedida en la administración de la banca*”<sup>186</sup>.

133. Con ese fin, la ley estableció límites a la propiedad de bancos de personas naturales y jurídicas, y consideró plazos para enajenar aquellas que lo excedieran, impidiendo el derecho a voto<sup>187</sup>. También consideró que “*los arbitrios u otros actos destinados a eludir la limitación establecidas*” era contrarios al DL 211<sup>188</sup>.

134. Tres años después se dictó el DL 2.099. En uno de sus considerandos expuso que buscaba limitar las colocaciones financieras “*a fin de atenuar al máximo sus riesgos y evitar la concentración del uso de los recursos crediticios*”<sup>189</sup>. Antes de su privatización, y para evitar la concentración bancaria, se legisló para impedir préstamos a empresas relacionadas<sup>190</sup>. Aunque esto no impidió la concentración que se produjo en esa industria<sup>191</sup>.

---

<sup>183</sup> *Id.*, C. 2.

<sup>184</sup> *Id.*, C. 3.

<sup>185</sup> *Id.*, Art. 1°.

<sup>186</sup> DL 818, de 1974, Determina régimen de propiedad y administración de los bancos y modifica la Ley General de Bancos y otras conexas, C. 2.

<sup>187</sup> *Id.*, Art. 1°.

<sup>188</sup> *Id.*

<sup>189</sup> DL 2.099, de 1978, Introduce distintas modificaciones a la legislación bancaria y financiera, C. 2.

<sup>190</sup> Ricardo Paredes, “Regulación Económica en Chile: La Opción por un Enfoque No Estructura”, en: Felipe Larraín y Rodrigo Vergara (editores), *La transformación económica de Chile*, 2a. ed. (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2001), p. 161.

<sup>191</sup> Daniel Wisecarver, “Regulación y derregulación en Chile: septiembre 1973 a septiembre 1983”, *Estudios Públicos*, N°22, 1986, p. 163.

135. En la reforma de 1986 a la Ley General de Bancos se introdujeron mecanismos para remediar la concentración<sup>192</sup>, y, como se detalló en el Informe de la ley, esto se hizo para *“permitir a las empresas bancarias ajustarse paulatinamente a los márgenes ... para personas vinculadas, todo ello en conformidad a los planes de desconcentración”*<sup>193</sup>.

136. Durante la discusión de la Ley 18.576, se expuso que *“cierta gente no debe poseer más de 10% de acciones por no tener la solvencia moral ni económica necesaria”*<sup>194</sup>.

137. Como dice Paredes, esa ley buscó *“difundir el crédito y evitar la concentración que fueron en parte cause de lo profundo de la crisis de la deuda”*<sup>195</sup>. Al examinar la eficacia de las restricciones<sup>196</sup>, **Hernán Büchi afirmó que prohibir el voto del accionista incumplidor era una “sanción ... efectiva, [que] puede aplicarse administrativamente y consigue el objetivo perseguido”**<sup>197</sup>.

138. Más recientemente, se han impuesto otras restricciones, pero, como veremos, se ha permitido que algunas concentraciones en el sector bancario estén eximidas del régimen de control de fusiones del DL 211 por motivos de estabilidad financiera (*vid.* ¶183), lo que obliga abordarlas con una regulación general, como se impulsa en este procedimiento ante el TDLC.

### c. Límites a la concentración en la industria de pensiones

139. Al plantearse el sistema de pensiones privado, se diseñaron disposiciones que buscaron desincentivar la concentración, como anunció José Piñera al exponerle al país el régimen de las AFP. Se introduciría competencia que

---

<sup>192</sup> Patricio Bernedo, Pablo Camus y Ricardo Couyoumdjian, *200 Años del Ministerio de Hacienda de la República de Chile: 1814-2014* (Santiago, Ministerio de Hacienda, 2014), p. 71.

<sup>193</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°18.576 Introduce modificaciones a la legislación bancaria y financiera*, p. 24.

<sup>194</sup> *Id.*, p. 537.

<sup>195</sup> Ricardo Paredes, *Políticas de Competencia en países sin tradición de Mercado: El Caso de Chile*, (Santiago, 1995), p. 8.

<sup>196</sup> *Vid.* Art. 1°, VI, literales b) y c), Ley N°18.818, Modifica Ley General de Bancos.

<sup>197</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°18.818 Modifica Ley General de Bancos*, p. 7.

*“garantizará que no se generen poderes indebidos”*<sup>198</sup>. Aunque las críticas a la concentración perduraron<sup>199</sup>, se hicieron esfuerzos para controlar el poder de los grupos. Se sabía que su sola existencia era un elemento que podía distorsionar el sistema y sus finalidades<sup>200</sup>. Y así, José Piñera señaló en la discusión que:

**“La otra inquietud legítima y que también contesté se refiere al problema del manejo privado, de la competencia, de los grupos económicos, de cómo este sistema no será controlado por pocas personas que el día de mañana pudieran tener un poder en el mercado de las administradoras de pensiones que fuera ilegítimo.**

Pues bien, reitero que ésa es otra inquietud totalmente legítima, pero **el proyecto ha sido construido para cuidar eso.**

¿Qué elementos hay ahí? De nuevo, **la formación de nuevas instituciones. Es obvio que precisamente hoy día hay grupos que son grandes en el sector bancario, en el sector seguros, en el sector financiero.**”<sup>201</sup>

140. En 1993 se impulsó una reforma al mercado de capitales que buscó establecer límites a inversión directa e indirecta en acciones de ciertas sociedades, e impedir *“una concentración exagerada de la cartera de inversiones en unos pocos sectores de la economía”*, como la industria eléctrica<sup>202</sup>. Así fue como la Ley 19.301 limitó a la concentración, con compromisos de desconcentración<sup>203</sup>.

141. Después, la Ley 20.255 contempló restricciones en la adjudicación de licitaciones de seguros, admitiendo que la menor oferta económica pueda considerar en la adjudicación a más de una compañía, *“con el objeto de evitar*

---

<sup>198</sup> José Piñera, *El cascabel al gato*, 6 de noviembre de 1980: **“normas que desincentivan la concentración e impiden el monopolio en la administración de los fondos previsionales”**.

<sup>199</sup> Rodrigo Acuña y Augusto Iglesias, “La Reforma a las Pensiones”, en: Felipe Larraín y Rodrigo Vergara (eds.) *La transformación económica de Chile*, 2a. ed. (Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2001), pp. 464-465 y pp. 480-486.

<sup>200</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia del Decreto Ley N°3.500 Establece nuevo sistema de pensiones*, p. 38.

<sup>201</sup> *Id.*, p. 190.

<sup>202</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.301 modifica las leyes de mercado de valores, de administración de fondos mutuos, de fondos de inversiones, de fondos de pensiones, de compañías de seguros, y otras materias que indica*, p. 7.

<sup>203</sup> Art. Cuarto, N°13, 31, 32 y 36, Art. Decimotercero y Art. Noveno Transitorio, Ley N°19.301 modifica las leyes de mercado de valores, de administración de fondos mutuos, de fondos de inversiones, de fondos de pensiones, de compañías de seguros, y otras materias que indica.

*una concentración excesiva*” (Art. 59 bis, DL 3500). Recientemente, la Ley 20.956 también incluyó *“límites por emisor para evitar la concentración en la propiedad y participación en el control por parte de los Fondos”*<sup>204</sup>.

#### d. Límites a la concentración en la industria de telecomunicaciones

142. En la industria de las telecomunicaciones, la ley que estableció límites a la concentración fue la Ley 19.302 (*“Ley 3-A”, multicarrier o multiportador*), que reguló la competencia en las telecomunicaciones de larga distancia. Esa reforma se apoyó en recomendaciones normativas de la Comisión Resolutiva<sup>205</sup> hechas para *“garantizar la sana competencia y la mayor transparencia en las conductas de las empresas que prestan los servicios de larga distancia”*<sup>206</sup>.

143. La ley impuso que la actividad de los *portadores* se realizara por sociedades anónimas abiertas, obligando a los operadores establecidos a **transferir los activos utilizados en dicha actividad, dentro de cierto plazo**. Para ese fin, en sus normas transitorias se estableció una limitación temporal a la participación en el mercado a las empresas relacionadas con los actores dominantes en la telefonía local, con un porcentaje máximo<sup>207</sup>. El control del límite se encomendó a la Subsecretaría de Telecomunicaciones<sup>208</sup>, que la implementó por una resolución<sup>209</sup>.

144. Esa ley contempló que la infracción al límite fuera castigada con (1) una **multa** que podía alcanzar una cuantía *“no inferior a dos veces el porcentaje en exceso aplicado a los correspondientes ingresos devengados acumulados, ni superior a dos veces dicho monto”* y (2) la **suspensión del servicio** del infractor por un plazo tal que la falta de tráfico fuera compensada por el exceso de tráfico captado<sup>210</sup>.

145. Recordamos que poco antes de ingresar el citado proyecto de ley, la Comisión Resolutiva había resuelto que no era admisible el grado de

<sup>204</sup> Art. 5, N°2, literal c), Ley 20.956, que Establece medidas para impulsar la productividad.

<sup>205</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.302, Modifica Ley N°18.168 Ley General de Telecomunicaciones*, p. 3. La referencia es a la Comisión Resolutiva, Resolución 389/93.

<sup>206</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>207</sup> Art. 5° transitorio, Ley 19.302, Modifica Ley 18.168 Ley General de Telecomunicaciones.

<sup>208</sup> *Id.*, Art. 6° transitorio.

<sup>209</sup> Resolución Exenta 955, de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Reglamento para la limitación temporal de la participación en el mercado de larga distancia.

<sup>210</sup> Art. 7° transitorio, Ley 19.302, Modifica Ley 18.168 Ley General de Telecomunicaciones.

concentración que se produciría en la industria de las telecomunicaciones por la fusión entre dos empresas, por lo que ordenó la enajenación de acciones<sup>211</sup>.

146. La incorporación de las normas transitorias fue objeto de un debate sobre la constitucionalidad de esas disposiciones, así como su ajuste a la competencia<sup>212</sup>, que fue zanjado estimando que imponían techos de participación y no cuotas de mercado; transitorias y no discriminatorias. Se entendió que esas normas no afectaban la libertad empresarial, ya que esta limita con el orden público económico, concepto que incluye la libre competencia (*vid.* ¶¶67-¶70).

147. Finalmente, se sostuvo que la Constitución facultaba al legislador para establecer limitaciones y obligaciones a la propiedad, de acuerdo con su función social, por motivos de interés general de la nación; y que se permitía que por una ley de quórum calificado se impusieran limitaciones o restricciones para adquirir el dominio de algunos bienes<sup>213</sup>.

#### **e. Límites a la concentración en la industria de medios**

148. La Ley 19.733, sobre libertades opinión e información y ejercicio del Periodismo, es otra de las normas que fue necesario dictar para abordar la concentración en materia de medios de comunicación. Esta ley previó que los órganos del sistema de defensa de la libre competencia informaran ante un hecho o acto relevante que implicaran cambios o modificaciones en la propiedad de medios de comunicación social<sup>214</sup>. Como es de suponer, la norma se motivó por la concentración de medios, como se aprecia en la historia de la disposición. Originalmente, los órganos competentes para conocer fueron las comisiones preventivas. Tras la Ley 19.911, el TDLC pasó a ser el órgano competente para emitir el informe<sup>215</sup>. El TDLC razonó sobre la concentración de la propiedad, la democracia y el pluralismo en la Resolución 20/2007, del siguiente modo:

**“la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social pueda resultar atentatoria para el funcionamiento del sistema democrático,**

---

<sup>211</sup> Comisión Resolutiva, Resolución 368, de 1992.

<sup>212</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, n. 205, pp. 198-201.

<sup>213</sup> *Id.*, p. 201.

<sup>214</sup> Art. 38, Ley 19.733, sobre libertades opinión e información y ejercicio del Periodismo.

<sup>215</sup> Artículo Segundo, Ley 19.911. Con la Ley 20.361, el órgano competencia pasó a ser la FNE, salvo informe desfavorable de éste, *vid.* Artículo Segundo, Ley 20.361.

considerando como esencial, para la libertad de expresión, la pluralidad de medios de comunicación social. Estas *disposiciones buscan equilibrar adecuadamente el pluralismo informativo con una economía de mercado, con el fin de promover el desarrollo de una democracia pluralista y transparente*<sup>216</sup>

149. Bulnes entendió que en esa evaluación del TDLC había cuestiones que reflejaban cómo se debe *“asegurar la pluralidad en materia informativa, con el fin de disponer de un proceso democrático vigoroso y transparente”*<sup>217</sup>.

#### **f. Límites a la concentración en la industria sanitaria y otras actividades económicas relacionadas**

150. Otra ley que estableció límites al tamaño de las empresas, restricciones a su propiedad y operaciones fue la Ley 19.549<sup>218</sup>, que modificó la LGSS. En sus objetivos estaba *“introducir las restricciones a la estructura de propiedad de las empresas prestadoras de servicios sanitarios necesarias para evitar la constitución de monopolios”*<sup>219</sup>.

151. Este cambio a la LGSS se inspiró en una propuesta normativa de la Comisión Resolutiva<sup>220</sup> –integrada por quien sería Ministro del TDLC, Tomás Menchaca– sobre la participación de empresas eléctricas e inmobiliarias en sanitarias<sup>221</sup>, en la que se advertía el riesgo de la concentración económica:

**“es necesario evitar que se generen procesos de integración horizontal con otros servicios de utilidad pública, que puedan inducir a las empresas a desarrollar actividades de especulación urbana, o que se traduzcan en una**

---

<sup>216</sup> TDLC, Resolución 20/2007, *Consulta por la compra de la totalidad de acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A.*, C. 4.

<sup>217</sup> Felipe Bulnes, “Las operaciones de concentración y sus cuestionamientos competitivos y extra competitivos”, *Anales Derecho UC. Temas de libre competencia*, 2, N°4, 2008, p. 15.

<sup>218</sup> Gonzalo Delaveau, “Marco Legal e Ingreso de Capital Privado”, en Sergio Oxman y Paul Oxeer (eds.), *Privatización del Sector Sanitario Chileno: Análisis de un Proceso Inconcluso* (Santiago Ed. CESOC, 2000), pp. 111-117.

<sup>219</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.549 Modifica el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios sanitarios*, p. 8. Las empresas de servicios sanitarios son, por su naturaleza, monopolios naturales, por lo que la ley se orientaba a impedir monopolios “no regulados”.

<sup>220</sup> Fiscal Nacional Económico, *Concentraciones, fusiones e integraciones desde la perspectiva de la libre competencia* (Santiago, 2004), p. 9.

<sup>221</sup> Comisión Resolutiva, Resolución 494, de 1997, Resuelvo 2°.

*excesiva concentración de poder económico, con los siguientes riesgos de comportamientos monopólicos que pudieren derivarse de tales situaciones*<sup>222</sup>

152. Para ese fin, una de las medidas que se buscó fue prohibir otorgar concesiones de distintos servicios públicos a un mismo dueño, por su conexión con actividades económicas complementarias, como la inmobiliaria. Esto evitaría *“la concentración en las mismas manos de concesiones de esta índole otorgaría a quien las controle un poder real desmedido sobre las decisiones de desarrollo urbano y posibilidades de control del negocio inmobiliario”*<sup>223</sup>.

153. El Mensaje anunciaba los problemas de la concentración y los grupos económicos en industrias reguladas: *“si las empresas que operan en el sector son administradas o controladas por un mismo dueño, las posibilidades de comparación que tiene el regulador con el objeto de establecer las tarifas, o el usuario con el propósito de evaluar la calidad del servicio, se ven dramáticamente reducidas. Esta comparación se dificulta fuertemente en la medida que un mismo grupo empresarial adquiere influencia en un número mayor de empresas, limitando las posibilidades de comparación”*<sup>224</sup>, por lo que propuso una regulación especial para grandes sanitarias. Además, propuso que *“una persona o grupo de personas relacionadas”* no participaran *“en forma relevante en la propiedad de más de una empresa”*, si ésta pasaba a la categoría de “mayor”, o en más de dos empresas, si estas entraban a la categoría de “menores”<sup>225</sup>.

154. Ahora bien, pese crearse empresas regionales antes de su privatización (*vid.* ¶101), el poder económico de los conglomerados podía afectar la regulación de servicios públicos, como observó el Ministro de Economía:

*“es enorme el poder económico de un conglomerado que dispone simultáneamente de los principales servicios de utilidad pública. Es distinto su poder de influencia sobre el conjunto del sistema económico, y frente a él, por lo tanto, la capacidad de regulación se resiente”*<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> *Id.*, C. 6°.

<sup>223</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, n. 219, p. 11.

<sup>224</sup> *Id.*, pp. 9-10.

<sup>225</sup> *Id.*, p. 10.

<sup>226</sup> *Id.*, p. 276.

155. Las disposiciones que se incluyeron en la LGSS para abordar la concentración en la industria sanitaria fueron las siguientes<sup>227</sup>: (1) clasificación de empresas sanitarias según número de clientes y restricciones a la participación sobre un determinado porcentaje<sup>228</sup>; (2) regulación de las fusiones y aprobación de la Superintendencia<sup>229</sup>; (3) restricciones horizontales y verticales a la participación en otros monopolios regulados<sup>230</sup>; (4) licitaciones públicas para controlar operaciones con partes relacionadas<sup>231</sup>; (5) normas sobre información privilegiada respecto de actividades vinculadas a la actividad sanitaria, como la inmobiliaria, construcción y el turismo<sup>232</sup>; (6) prohibición de coordinación a las empresas sanitarias en procesos tarifarios, definida como un acto “*contrario a la libre competencia*”<sup>233</sup>; y (7) potestades para controlar las prohibiciones<sup>234</sup>.

156. Ante la infracción, se establecieron dos remedios para desconcentrar la propiedad: (1) **la orden de enajenar las acciones que producían la contravención por el infractor**; (2) **suspensión del derecho a voto mientras se incumplía**. Se contempló un ajuste de hasta dos años, una causal de eximición (“*por causas que no les sean atribuibles*”) y que los límites no se vulneraban por el “*crecimiento natural o vegetativo del número de clientes de la empresa prestadora*”<sup>235</sup>.

157. Si bien las restricciones a la concentración en las sanitarias pueden ser pérdida de economías de ámbito –salvo para empresas de menor entidad<sup>236</sup>–

---

<sup>227</sup> También consideró una norma transitoria, en el artículo 1° transitorio de la Ley 19.549, respecto de las acciones en manos de CORFO y las situaciones previas a la fecha de la ley.

<sup>228</sup> Art. 63, LGSS.

<sup>229</sup> Art. 64, LGSS.

<sup>230</sup> Art. 65, LGSS.

<sup>231</sup> Art. 66, LGSS.

<sup>232</sup> Art. 68, LGSS.

<sup>233</sup> Art. 70, LGSS. La examinamos en Francisco Agüero, *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública. Telecomunicaciones, Agua Potable, Electricidad y Gas* (Santiago, Lexis Nexis, 2003), pp. 103-108. Una crítica en Valdés, n. 6, p. 96 y p. 676. Estimamos que, por el objetivo de la ley 19.549, y para darle eficacia, debemos hacer una lectura de la libre competencia como “*desconcentración empresarial*”.

<sup>234</sup> Art. 71, LGSS y Art. 11, d), Ley 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

<sup>235</sup> Art. 71, inc. 2°, LGSS.

<sup>236</sup> Art. 65, inc. final, LGSS.

puede entenderse como una renuncia en pro de una desconcentración económica, pese a las pérdidas<sup>237</sup>, que son aceptadas por el legislador.

158. La ley estableció que la Comisión Resolutiva fuera el órgano que debía determinar la condición de **monopolio natural regulado**<sup>238</sup> o si la empresa dejaba de serlo<sup>239</sup>, siendo una norma que se aplicó en 1999<sup>240</sup>.

#### **g. Límites a la concentración en la industria eléctrica**

159. En los noventa, la Comisión Resolutiva conoció de actuaciones que podían afectar la libre competencia en el mercado eléctrico. Es reconocido el análisis que hizo la Comisión por la *integración vertical* de esa industria:

“es parte fundamental del rol que la ley asigna a los organismos antimonopolios en general, y a la Comisión Resolutiva en particular, **el prevenir la ocurrencia de acciones estratégicas de empresas, o grupos de ellas, que les permitan crear, aumentar y/o mantener un poder de mercado que significativamente modifique las condiciones en que éste opera cuando se las compara con estructuras de mercado alternativas y eficientes**”<sup>241</sup>

160. La Ley 19.940 modificó la Ley General de Servicios Eléctricos (“LGSE”) e incluyó un artículo que buscó abordar la integración en esa industria. La reforma seguía la recomendación de la Comisión Resolutiva<sup>242</sup>, como advirtió el TDLC<sup>243</sup>.

161. La concentración en esa industria fue expuesta en el Mensaje de la Ley 19.940 para la generación y la transmisión eléctrica<sup>244</sup>. Para abordarla se

---

<sup>237</sup> Valdés, n. 6., pp. 599-600 y María de la Luz Domper, “Propuestas para perfeccionar la regulación del sector sanitario”, *Serie Informe Económico* N°126 (Santiago, Libertad y Desarrollo, 2002), pp. 20-25.

<sup>238</sup> Sobre esto, *vid.* Agüero, n. 233, p. 25 y p. 89.

<sup>239</sup> Art. 65, inc. 2° y 3°, LGSS.

<sup>240</sup> Comisión Resolutiva, Resolución 537/1999.

<sup>241</sup> Comisión Resolutiva, Resolución 488/1997, C. 18.

<sup>242</sup> *Id.*

<sup>243</sup> TDLC, Resolución 8/2005, *Consulta de Edelnor S.A. sobre aplicabilidad del Dictamen 1173 de la Comisión Preventiva Central*, C. 6.

<sup>244</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.940 Regula sistemas de transporte de Energía Eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos*, p. 12.

propusieron límites – vigentes, pese a las reformas a la LGSE de 2016<sup>245</sup>– a la participación en la propiedad y en la gestión de los sistemas de transmisión.

162. La LGSE establece una prohibición para que tales sociedades puedan, por sí o por terceros, ejercer actividades de generación o distribución de electricidad, por lo que las sociedades operadoras o propietarias de los sistemas de transmisión troncal tendrán giro exclusivo. Si esas sociedades desean realizar las actividades de generación o distribución eléctrica, pueden hacerlo en la forma de sociedades anónimas filiales o coligadas. Esto salvaguarda los posibles subsidios cruzados entre actividades reguladas y actividades liberalizadas. También se establecieron límites a la participación individual de las empresas eléctricas, o en forma conjunta de las empresas generadoras, distribuidoras y de usuarios no regulados, en el valor de la inversión del sistema de transmisión.

163. La LGSE permitió que propietarios de instalaciones anteriores a ser definidas como parte del “*sistema troncal*”<sup>246</sup>, pudieran mantener la propiedad de esos activos, sin que se les aplicara los límites porcentuales.

164. El Tribunal examinó su vigencia<sup>247</sup>, lo que muestra cómo una regulación que pudo justificarse en un momento para hacerse cargo de la concentración en una industria puede revisarse después por ese órgano.

165. Adicionalmente, desde 2016 se prevé que el Coordinador considere la concentración como una preocupación propia del monitoreo de la competencia. Esta se traduce en que ese órgano elabore las bases de licitaciones considerando las “*situaciones que pudiesen afectar la competencia*” y que pueda hacer exigencias cuando aprecie “*riesgos en las condiciones de competencia*”, para lo que debe apreciar la “*concentración de mercado*”<sup>248</sup>, como previó la reglamentación.

---

<sup>245</sup> Art. 1º, N°1, Ley 20.936, Establece un nuevo Sistema de Transmisión Eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional.

<sup>246</sup> Estas denominaciones cambiaron tras la Ley 20.936.

<sup>247</sup> TDLC, ERN 24-18, *Resuelve sobre ejercicio de facultad del artículo 18 N°4 del D.L. N°211 expediente de recomendación normativa sobre eliminación de restricciones a la integración vertical entre empresas del segmento transmisión nacional y empresas generadoras y distribuidoras*, 26 de diciembre de 2018, Disidencia Ministra Domper, *passim*.

<sup>248</sup> Art. 134, inc. 2º, DS 37/2019, del Ministerio de Energía; Reglamento de los Sistemas de Transmisión y de la Planificación de la Transmisión.

166. Lo anterior refleja que la concentración no sólo es regulada por el control de fusiones, sino que es una materia que preocupa a la Administración. También muestra cómo se puede desarrollar y complementar las restricciones legales a la concentración a la propiedad mediante la potestad reglamentaria, análogo a lo hecho en la industria de las telecomunicaciones (*vid. supra* ¶143).

#### **h. Límites a la concentración en los contratos de suministro estatal**

167. La reforma a la Ley 19.886, sobre contratación pública, hecha por la Ley 21.634, reitera el vínculo de la competencia con la desconcentración económica y, ahora también, la protección de las PYME, como consagra en el artículo 35 bis:

*“los organismos del Estado que adjudiquen contratos según lo contemplado en este inciso deberán garantizar la igualdad de los oferentes, la libre competencia y la desconcentración de adjudicaciones, y promoverán la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas en los procesos de contratación”*

168. El artículo 35 bis se inserta en el capítulo VIII de la ley, que alude a la *“probidad administrativa y transparencia en la contratación pública”*, concordante con la discusión constitucional sobre probidad y concentración (*vid.* ¶87-¶89).

169. Ahora, si bien la Ley 21.634 y su reglamento<sup>249</sup> establecieron una causal de inadmisión de ofertas de *“empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial o relacionadas entre sí”*, y así escoger la más conveniente, esta medida, orientada a la contratación pública, **alcanza sólo la “desconcentración de adjudicaciones”**<sup>250</sup>, relativas a contratos de suministro, y no cubre otras formas de contratación administrativa o adjudicación de derechos por órganos estatales.

170. Debe recordarse que el TDLC, en un proceso de recomendación normativa, abordó problemas en licitaciones en las que participen empresas del mismo grupo empresarial, lo que plantea problemas de competencia:

**“en caso de permitirse la presentación de ofertas de entidades pertenecientes al mismo grupo, podría generarse una apariencia de competencia en la licitación.** Por ejemplo, en caso de que se presenten dos o más ofertas por parte

<sup>249</sup> D.S. 611, de 2024, de Hacienda, Reglamento de la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y deja sin efecto el Decreto Supremo N°250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

<sup>250</sup> Art. 9, Ley N°19.886.

de entidades del mismo grupo, y que al menos dos de éstas sean las ofertas económicas más bajas, el oferente tendría incentivos para -previo a la adjudicación, en atención al artículo 86 del RCOP- retirar su oferta más baja, para adjudicarse la licitación con su oferta de valor mayor, correspondiente a la segunda oferta más baja de la licitación”<sup>251</sup>.

## VII. DEFICIENCIAS E INEFICACIA DE LAS MEDIDAS LEGALES CONTRA LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA AGREGADA

171. Son diversas las deficiencias de la legislación que justifican evaluar la inclusión de normas que regulen la concentración económica agregada. Algunas incluso son reconocidas expresadamente en decisiones del TDLC y dan cuenta de problemas no resueltos incluso por las normas de control de fusiones.

172. Otras deficiencias se observan respecto de la aplicación de controles a la concentración económica contemplada en leyes especiales, como la eléctrica, que explícitamente se originó por recomendaciones normativas surgidas al alero del DL 211. Otros vacíos dicen relación con inversiones de grupos extranjeros en industrias estratégicas y, finalmente, las hay en materia de regulación financiera.

### a. Deficiencias en la aplicación de controles de leyes especiales

173. Una segunda deficiencia dice relación con la incorrecta aplicación, sino que omisión, de las reglas previstas en leyes especiales para controlar la integración de ciertas industrias, como ocurrió en materia eléctrica.

174. En efecto, primero **la FNE resolvió no examinar los límites a la concentración en materia eléctrica** en un caso relativo al ingreso de inversiones chinas<sup>252</sup>, pese a que hay normas explícitas sobre esa industria (*vid.* ¶159-¶164).

175. Esa omisión, pese a la norma expresa de la LGSE, muestra un régimen que debiera abordar la concentración cuando el fiscalizador público de la competencia hace ineficaz una norma sobre la materia de una ley especial.

---

<sup>251</sup> TDLC, *Proposición de modificación normativa N° 20/2020 sobre Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP*, § 32.

<sup>252</sup> Fiscal Nacional Económico, Rol FNE F255-2020, 31 de marzo de 2021, nota al pie 8; y División de Fusiones, Fiscalía Nacional Económica, *Adquisición de control por parte de State Grid International Development Limited en NII Agencia en Compañía General de Electricidad S.A. y otros*. Rol F255-2020, 31 de marzo de 2021, nota al pie 277.

176. Ahora bien, **el TDLC también desechó la posibilidad de conocer infracciones a las restricciones establecidas en la LGSE** que se establecieron motivadas por recomendaciones para aumentar la competencia en la industria en una causa que buscó la *“desconcentración del mercado eléctrico”*<sup>253</sup>. Así, al rechazar el TDLC que fuera *“ilícitos anticompetitivos”*, hizo ineficaz la limitación legal proveniente de una recomendación de la Comisión Resolutiva hecha para un sistema eléctrico empresa<sup>254</sup> y que fue reiterada para el otro sistema eléctrico interconectado que existía en esa época<sup>255</sup>:

**“este Tribunal no tiene competencia para determinar la existencia de una infracción de la legislación sectorial eléctrica, sino sólo para conocer de las infracciones establecidas en el D.L. N°211. En este contexto, las eventuales infracciones cometidas por Transelec en relación con su obligación de objeto único, quedan fuera de la disputa de autos. El único aspecto que puede conocer este Tribunal se relaciona con la configuración de ilícitos anticompetitivos”**<sup>256</sup>

177. Que el TDLC afirme que tiene competencia *“sólo para conocer de las infracciones establecidas en el D.L. N°211”* es desafortunado y torna en letra muerta ilícitos creados en otras leyes especiales (que no pocos), motivados por la concentración económica, vistos en la sección anterior de este Informe. Esta ineficacia sistemática recuerda la famosa cita al texto de Ricardo Lagos sobre la concentración: **las leyes antimonopólicas serían ineficaces ante la concentración económica agregada de los grandes grupos empresariales:**

*“Y la verdad es que esta gran concentración que existe en Chile, este verdadero monopolio que alcanza a todas las actividades **no va a poder ser destruido con pequeñas modificaciones, o con leyes “antimonopólicas” como las que en la actualidad conocemos entre nosotros,** y que se aplican a los panaderos, a los dueños de verdulerías, a los matarifes, etc.”*<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup> Comisión Resolutiva, Resolución 488, C. 1°.

<sup>254</sup> *Id.*, Resuelvo 4°.

<sup>255</sup> *Vid.* Comisión Resolutiva, Resolución 620, Resuelvo. 3.4.

<sup>256</sup> TDLC, Sentencia 198/2024, *Phoenix Infrastructure Holdings SpA y El Pelicano Solar Company SpA c, Transelec S.A.*, C. 126°.

<sup>257</sup> Lagos, n. 3, p. 171

### **b. Deficiencias de la legislación de fusiones e *interlocking***

178. Pese a que la Ley 20.945 introdujo un régimen de control fusiones e *interlocking* de directorios, esa normativa no alcanza algunas operaciones de grupos económicos. Así lo alertó la Ministra Domper en su disidencia de *Celeo Redes*, en la que se buscaba eliminar una restricción para controlar la integración vertical y actividad de grupos económicos. Esto muestra una omisión de la regulación que debiera ser cubierta en una ley sobre grandes grupos económicos:

“Quedando fuera únicamente aquellos casos de dos empresas pertenecientes al sector eléctrico, ya sea en generación, transmisión o distribución, *que previamente forman parte de un mismo grupo económico. Dado que ello no se considera operación de concentración según el artículo 47 del D.L. N°211*”<sup>258</sup>

179. Por otra parte, el propio TDLC advirtió las limitaciones de ambas normativas incorporadas con la Ley 20.945, a propósito de los riesgos que pueden darse en licitaciones públicas en las que participan empresas de un mismo grupo empresarial que tengan participaciones minoritarias o fusionadas, en las que el gatillo es la superación de umbrales de notificación del artículo 4 bis o de las normas obligatorias de fusiones del DL 211<sup>259</sup>.

### **c. Deficiencias por la falta de normas sobre el control de grupos empresariales extranjeros en empresas estratégicas**

180. Una cuestión conexas con la anterior y que nuestro ordenamiento carece de normas generales es la participación de grupos empresariales extranjeros, públicos o privados, en actividades estratégicas de nuestra economía, mediante la inversión extranjera.

181. El ex Fiscal Irrarrazával identifica este problema al comentar una operación económica que convirtió a China en el actor principal del sector eléctrico en Chile, reflejando que “*el mecanismo de control de operaciones de concentración de la FNE no*

---

<sup>258</sup> TDLC, ERN 24-18, Expediente de recomendación normativa sobre restricciones a la integración vertical en servicios de energía eléctrica, 26 de diciembre de 2018, Disidencia Ministra Domper, ¶17.b)

<sup>259</sup> TDLC, Proposición de modificación normativa N° 20/2020 sobre Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP, § 35-36.

es el adecuado para sopesar argumentos políticos de sectores estratégicos o de seguridad nacional”<sup>260</sup>. En ese caso, la adquirente tenía participación del Estado chino<sup>261</sup>.

182. Claramente, el Estado puede regular por ley la actividad empresarial de empresas extranjeras que operen en el país, no sólo porque otras naciones lo han hecho, sino que, porque nuestro constituyente lo permitió en materia económica, al considerar su regulación por razones de orden público o “*seguridad nacional*”.

#### **d. Deficiencias por los puntos ciegos de la regulación financiera**

183. Si bien debe advertirse que la ley que reformó la normativa bancaria mediante la Ley 21.130 contempló una autorización especial de la Comisión para el Mercado Financiero en materia de fusión de bancos (Art. 35 bis, Ley General de Bancos), también debemos precisar que el legislador excluyó excepcionalmente a ciertas operaciones de concentración financiera del régimen de fusiones del DL 211 (Art. 115, Ley General de Bancos), “*por su urgencia y la relevancia del interés público comprometido*”<sup>262</sup>:

“En caso de verificarse una operación de concentración en el contexto de alguna de las hipótesis señaladas en los literales a), b) y c) del inciso sexto, **no le serán aplicables las disposiciones contenidas en el título IV del decreto ley N°211**”<sup>263</sup>

184. Es claro que esta liberación exige que haya mecanismos para abordar los problemas que esta excepción puede crear, porque el TDLC podría, mediante una consulta *ex post*, abordar los riesgos a la competencia de tal situación, introduciendo incertidumbre en la industria.

185. Además, la regulación del mercado financiero y societario presenta “*puntos ciegos*” en cuestiones de competencia, como identifican Islas y Lagos,

---

<sup>260</sup> Felipe Irrarrazabal, “China en CGE”, *La Tercera*, 22 de noviembre de 2020.

<sup>261</sup> Julio Tapia y Fernanda Muñoz, “State Grid y CGE: Lo que la FNE no puede ni debe hacer”, *Ceco*, 25 de noviembre de 2020.

<sup>262</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°21.130 Moderniza la legislación bancaria*, p. 10.

<sup>263</sup> Art. 115, D.F.L. N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos, modificado por la Ley 21.130, Moderniza la Legislación Bancaria.

los que pueden abordarse con iniciativas como la adoptada en Israel<sup>264</sup>. Porque otro riesgo en una industria financiera concentrada es la *captura del regulador*, lo que fue tratado por la literatura nacional hace dos décadas<sup>265</sup>.

## VIII. MEDIDAS SOLICITADAS COMO RECOMENDACIONES PARA LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA AGREGADA

186. En esta sección examinamos las medidas propuestas por CONADECUS para la recomendación normativa del TDLC. Previamente, abordamos la exigencia de que sean proporcionales a los fines perseguidos.

### a. Las recomendaciones normativas deben ser proporcionales

187. La **proporcionalidad** que rige la actuación del TDLC exige verificar los medios usados para el logro de sus fines al hacer recomendaciones para mejorar el desempeño competitivo en uno o más mercados<sup>266</sup>. La intervención en los derechos debe justificarse por la realización de un fin perseguido<sup>267</sup>, donde **las propuestas deben ser adecuadas y necesarias**, para que no se dude de que haya otras menos gravosas para cumplir esos fines. En la medida que restringen o limiten la libertad económica u otras libertades, deben ser las menos invasivas<sup>268</sup>.

188. Como advertimos en este Informe, la adopción de medidas normativas proporcionales para algunas industrias se ha cumplido, con la dictación de leyes, pero sus efectos y alcances son, al menos, dudosos. Incluso, como se abordó más arriba, algunas prohibiciones en materia de concentración económica no fueron fiscalizadas por la FNE ni juzgadas por el TDLC, por lo que es posible dar un paso más y proponer una *regulación integral de los grupos empresariales y la*

---

<sup>264</sup> Gonzalo Islas y Osvaldo Lagos “Detrás de la cascada: el rol de las instituciones jurídicas en la estructura de mercado en Chile”, *Economía y Política* 7(2), 2020, p. 78.

<sup>265</sup> José Tomás Morel, “Lecciones del caso Santiago-Santander sobre concentración bancaria”, *Estudios Públicos*, 91 (invierno 2003), p. 260.

<sup>266</sup> Este principio rige la intervención estatal en la economía y se encuentra en normas sobre el actuar estatal en estados de excepción (Cfr. Art. 44, CPR).

<sup>267</sup> Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005), p. 759.

<sup>268</sup> Andrés Betancor, *Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos* (Madrid, Civitas, 2010), p. 583.

*concentración económica agregada*, como fin constitucionalmente lícito, ya que los medios “*menos drásticos*” que existirían, no han cumplido sus fines.

189. Por lo demás, la necesidad de recomendaciones *proporcionales* se desprende de lo razonado por el TDLC en recomendaciones en las que se abordado cuestiones sobre grupos de empresas (“*este análisis debe considerar si los objetivos de política pública buscados por el regulador pueden obtenerse por medios menos lesivos para la competencia*”)<sup>269</sup>. Y la *proporcionalidad* de la intervención es un antiguo criterio utilizado al ejercer la potestad requisitoria<sup>270</sup>.

#### **b. Evaluación de las recomendaciones normativas solicitadas**

190. CONADECUS pide que el TDLC recomiende un proyecto de ley de reducción de la concentración económica agregada, que limite el poder de mercado de los grupos empresariales significativos que tengan una estructura de propiedad piramidal o participación en entidades financieras importantes y en empresas de tamaño relevante en la actividad económica del sector real a la vez, con el objeto de regular de manera especial el ejercicio de las actividades económicas de dichos grupos, en prevención a que ellas se presten en condiciones competitivas. A continuación, comentamos las medidas propuestas.

##### **i. Restricciones a estructuras societarias piramidales de grupos empresariales que superen un determinado tamaño**

191. Preliminarmente, debemos observar que nuestro ordenamiento ya contempla una regulación especial para un conjunto de empresas de la economía nacional, como son las Empresas de Menor Tamaño, regidas por la Ley 20.416, con *normas especiales* para esa categoría de empresas, “*en atención a su tamaño*”<sup>271</sup>. Ese régimen jurídico es conocido como “*Estatuto PYME*”, por lo que la propuesta de CONADECUS no es otra cosa que promover la dictación de un *Estatuto para Grupos Empresariales Significativos*, lo que, como hemos expuesto en este Informe tiene justificación constitucional. La regulación que se impulsa no constituye una “*diferencia arbitraria*” (Art. 19 N°2 de la Constitución) ni una “*discriminación*”

<sup>269</sup> TDLC, Proposición N°20/2020, Expediente de recomendación normativa sobre el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP, §12.

<sup>270</sup> Agüero, n. 11, *passim*.

<sup>271</sup> Art. Primero, Ley 20.416, fija Normas especiales para las Empresas de Menor Tamaño.

*arbitraria*” en materia económica (Art. 19 N°22 de la Constitución) y tiene basamento en nuestro Derecho Constitucional.

192. Como explica von Wolfersdorff, las estructuras piramidales son usadas para controlar activos de gran tamaño con inversiones menores, mediante sociedades de inversión que tienen por activos, a su vez, otras sociedades de inversión<sup>272</sup>. Esta forma de organizarse de algunos de los grandes grupos empresariales nacionales tiene riesgos y permite que grandes grupos familiares concentren un poder económico ampliado<sup>273</sup>. Ese poder exige conocer a los individuos detrás de grandes grupos económicos, atendido el poder que ostentan, y por el cual separan la propiedad del control<sup>274</sup>. Por lo mismo, resulta aconsejable establecer restricciones a estas formas de organización jurídica, con transiciones para hacerlas efectivas.

193. Luego, si el TDLC puede ordenar la desinversión de activos con motivo de una consulta, con mayor razón puede recomendar que se dicte una normativa de rango legal que establezca restricciones a las capas y estructuras jurídicas de un grupo económico de *gran tamaño*.

194. Por lo demás, si el Derecho de la Competencia nace como un Derecho *Anti-Trust*, con mayor razón puede el TDLC hacer recomendaciones normativas para regular los efectos en la libre competencia de los grandes grupos económicos.

## **ii. Restricciones a la participación cruzada de grupos empresariales entre mercados financieros y otros mercados**

195. Las normas sobre participación cruzada de grupos empresariales en mercados financieros u otros tiene limitaciones en su alcance, incluso después de las normas sobre *interlocking* de la Ley 20.945, como refleja el *enforcement* de la FNE ante el TDLC para ciertos directores. Esta deficiencia también fue destacada por el TDLC en un expediente normativo sobre contratación pública (*vid.* ¶179).

196. El ordenamiento contempla prohibiciones específicas para la participación de empresas de un mismo grupo en *ciertas* actividades económicas, sin objeciones

---

<sup>272</sup> von Wolfersdorff, n. 7, p. 261.

<sup>273</sup> *Id.*, p. 266.

<sup>274</sup> *Id.*, p. 125.

de constitucionalidad. Por ende, establecer prohibiciones a la participación cruzada de grupos significativos en mercados financieros (una expresión *amplia*) con otros mercados productivos de la economía nacional, puede permitir una restricción en el flujo de información comercialmente sensible *intra* grupo empresarial (especialmente, respecto de competidores actuales o potenciales).

197. La justificación de estas restricciones nace también de la necesidad de controlar riesgos sistémicos, así como los conflictos de interés que puedan surgir, los que incluyen el *intercambio de información* entre personas del mismo grupo empresarial, limitando la posibilidad de *reencuentro* con otros grupos en otros mercados, o como clientes o proveedores<sup>275</sup>.

198. Respecto de los problemas por intercambios de información sensible dentro del grupo empresarial, la Ley 19.549 alertó sobre sus peligros, aunque acotándolos a un puñado de mercados:

**“La información sobre las áreas de expansión de la empresa puede ser de gran valor para empresas que participan en el negocio inmobiliario.** Se propone que el uso de esta información para adquirir terrenos por directores accionistas o personas que en razón de su cargo o posición tienen acceso a dicha información esté penada. **La confusión del negocio** de empresas sanitarias con el inmobiliario en la misma área de concesión **sin los adecuados resguardos en términos de uso de información privilegiada, puede ser perjudicial para el eficiente desarrollo del mercado inmobiliario**”<sup>276</sup>.

199. Recordemos que estas restricciones pueden buscar limitar, justificadamente, por la protección del pluralismo (*vid.* ¶¶94-¶¶96), la participación de los grandes grupos económicos en la propiedad de medios de comunicación, que, como observó Lagos, pueden ser “*dominados*” por éstos<sup>277</sup>.

### iii. Consideraciones por la participación de conglomerados al asignar concesiones o derechos del Estado

200. La solicitud de CONADECUS pide, como tercera medida, imponer la obligación de considerar los niveles de “*concentración económica agregada*” y la

---

<sup>275</sup> *Id.*, p. 269.

<sup>276</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.549 Modifica el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios sanitarios*, p. 11.

<sup>277</sup> Lagos, n. 3, p. 166.

*dominancia* de los grupos empresariales significativos en industrias específicas en forma previa a asignar concesiones y derechos en general por parte del Estado.

201. Una medida similar fue impuesta para el sector sanitario, mediante la Ley 19.549, al incorporar un artículo sobre prohibiciones relativas a la participación de empresas sanitarias en otras actividades reguladas, adjudicadas mediante una concesión (*vid.* ¶150-¶156), como se alertó en el Mensaje de esa ley:

“El desarrollo de servicios básicos puede tener una influencia determinante sobre el desarrollo urbano y el negocio inmobiliario; por esta razón, **se considera que la concentración en las mismas manos de concesiones de está índole otorgaría a quien las controle un poder real desmedido sobre las decisiones de desarrollo urbano y posibilidades de control del negocio inmobiliario.** Una influencia tan decisiva debilita el ejercicio de las facultades regulatorias de las autoridades responsables del desarrollo territorial y el uso del suelo. Consecuentemente, se propone **que las empresas de servicios que operan en la misma área territorial estén impedidas de participar como controladoras o con influencia decisiva en la propiedad de las empresas concesionarias de distribución de agua potable y de alcantarillado**”<sup>278</sup>.

202. Respecto de esta prohibición, Valdés expresó que *“en vez de regular las economías de ámbito asegurando una transferencia de sus beneficios a los consumidores, el legislador sanitario optó por la peor de todas las soluciones: prohibir las economías de ámbito”*<sup>279</sup>. Es decir, soberanamente y sin contravenir la Constitución, basado en cuestiones de *concentración económica*, la ley impuso una restricción para adjudicarse concesiones o explotarlas.

203. Valdés precisó sus reparos al artículo 65 de la LGSS y expuso cómo el legislador pudo haber adoptado una medida más proporcional a dicho problema de concentración: *“una adecuada regulación hubiere sido suficiente para evitar eventuales abusos de las posiciones monopólicas que se hubieran derivado de la administración conjunta de tales monopolios naturales”*<sup>280</sup>. Así, Valdés reconoce la eficacia de leyes para regular problemas de concentración que se refieren varios mercados, exigiendo, solamente, *proporcionalidad*.

---

<sup>278</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°19.549 Modifica el régimen jurídico aplicable al sector de los servicios sanitarios*, p. 11.

<sup>279</sup> Valdés, n. 6, p. 409.

<sup>280</sup> Domingo Valdés, “Potestad informativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, *Ius Publicum*, N°27, 2011, p. 90.

204. A su vez, en la regulación eléctrica, se optó por imponer en un reglamento el deber de considerar la concentración económica al realizar licitaciones de obras de transmisión (*vid.* ¶165), lo que da cuenta de la juridicidad de la medida. Una prevención similar se tuvo en materia de contratos de suministro público (*vid.* ¶167-¶169), pero circunscrita sólo a esa contratación con el Estado y sus órganos.

205. Aún más: de manera análoga el TDLC examinó una recomendación similar hecha en materia de contratación de obras públicas, en lo que decía relación con un reglamento. En esa ocasión, el Tribunal afirmó que *“en caso de permitirse la presentación de ofertas de entidades pertenecientes al mismo grupo, podría generarse una apariencia de competencia en la licitación”*<sup>281</sup>. Previamente, afirmó que *“dichas sociedades no actúan en forma independiente entre sí en una licitación, pues conforman una única unidad económica”*<sup>282</sup>.

206. Otro riesgo que se avizoró fue la imposibilidad de dejar sin efecto la adjudicación de una licitación, desechando ofertas de varias empresas de un mismo grupo empresarial<sup>283</sup>. Se identificó que riesgos parecidos podía ocurrir en licitaciones públicas con empresas que tengan participaciones minoritarias o fusionadas, pero siempre que se superen los umbrales de notificación, tanto del artículo 4 bis como de la notificación obligatoria de fusiones<sup>284</sup>. Finalmente, el TDLC observó que *“en cada licitación particular sólo debieran participar agentes económicos independientes, sin relaciones de propiedad entre ellos”*<sup>285</sup>.

207. En este caso, la FNE también validó que se distinguiera según el tamaño o ventas del grupo empresarial, como se advierte en su informe en el proceso de recomendación normativa del citado reglamento<sup>286</sup>.

208. Tampoco puede desdeñarse que el legislador ha impuesto, como sanción, la prohibición de adjudicarse concesiones a la empresa condenada por participar en un cartel (Art. 26, DL 211), así como la exclusión de adjudicarse contratos de

---

<sup>281</sup> TDLC, *Proposición de modificación normativa N°20/2020 sobre Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP*, § 32.

<sup>282</sup> *Id.*

<sup>283</sup> *Id.*, § 33

<sup>284</sup> *Id.*, § 35-36.

<sup>285</sup> TDLC, *Proposición de modificación normativa N°20/2020 sobre Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP*, § 37.

<sup>286</sup> FNE, *Aporta antecedentes*, rol ERN 26-18, 12 de marzo de 2019, § 51.

suministro (a saber, licitaciones públicas, privadas o contratación directa) a empresas condenadas por prácticas antisindicales o infracción a los derechos laborales, establecida por la Ley 20.238, que modifica la ley 19.886, asegurando la Protección de los Trabajadores y la Libre Competencia en la Provisión de Bienes y Servicios a la Administración del Estado.

209. Como se colige, el TDLC puede proponer regulaciones que prevengan los riesgos a la competencia de la participación de empresas de un mismo grupo empresarial, por ende, susceptibles de una *recomendación normativa*.

#### **iv. Creación de un registro de grupos empresariales que superen un determinado tamaño**

210. La cuarta petición de CONADECUS solicita que se cree un “*Registro Público de Concentración de grupos empresariales significativos, Entidades financieras Importantes y Empresas de Tamaño Relevante en la actividad económica de cada sector real*”, para poder fiscalizar el cumplimiento de la ley.

211. Así, en el acaso que el TDLC proponga una normativa sobre la concentración económica agregada, el registro es imprescindible la existencia de un registro de información sobre su identidad y alcance, incluyendo a sus miembros individuales. En parte, otras obligaciones específicas analizadas contemplan registros con la autoridad, como ocurre con la Superintendencia de Servicios Sanitarios (*i.e.*, Art. 63 y 65, LGSS).

212. Por su parte, el Tribunal, en una *recomendación* sobre contratación pública, razonó sobre la necesidad de que el licitante contara con información sobre los socios o accionistas de una empresa y “*sus relaciones de propiedad con otras empresas inscritas*” valida la necesidad de tener información actualizada sobre los grupos empresariales, sea para adjudicación de derechos, títulos habilitantes o bienes escasos en procesos competitivos, o no:

“dicha prohibición debiera establecerse junto con la obligación de las empresas inscritas en el Registro de Contratistas y sus socios o accionistas de informar periódicamente al MOP sus relaciones de propiedad con otras empresas inscritas. Adicionalmente, **a fin de evitar que eventuales alteraciones en las relaciones de propiedad sean desconocidas para la entidad licitante debido al desfase entre el último informe y la recepción de las ofertas, debiera imponerse**

**la obligación de agregar a la presentación de la oferta una declaración jurada relativa al cumplimiento, a ese momento, de la normativa pertinente.”<sup>287</sup>**

213. La inexistencia de información actualizada de socios y beneficiarios finales de los grupos empresariales –y que sólo se ha vertido en este expediente voluntariamente y sin poder contrastar su veracidad– evidencia la necesidad de tener información permanente para fiscalizar el cumplimiento de los deberes que se impusiera. Como destacó la FNE, el registro *“permite identificar la presentación de más de una oferta por parte del mismo proveedor o grupo empresarial en una licitación”*<sup>288</sup>, y detectar más infracciones al DL 211.

214. Por su parte, establecer un *umbral mínimo* para que se comience a ser parte del registro es una propuesta proporcional, enfocada en lo más riesgoso, a efectos de transparentar información mínima en industrias concentradas, tal cómo se realizó en materia de telecomunicaciones y servicios sanitarios.

215. Si bien se ha propuesto un proyecto de ley que busca crear un registro de beneficiarios finales, el que contribuye a *“promover la transparencia; detectar conflictos de intereses; fortalecer la competencia”*<sup>289</sup>, **su foco no son los grupos empresariales**. No está dentro de sus objetivos, ni en el informe que motivó su envío<sup>290</sup>, que se orientó a las relaciones entre el Estado y la sociedad civil.

216. Tampoco hubo referencia a los *grupos empresariales* en el Mensaje, ni habilitaciones normativas para que la FNE o el TDLC cumplan algún rol en la materia, por lo que una recomendación expresa en ese u otro proyecto de ley requiere un complemento que incluya normas sobre grupos y concentración económica agregada en sus *ideas matrices*, para ajustarse a la Constitución.

---

<sup>287</sup> TDLC, *Proposición de modificación normativa N°20/2020 sobre Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 del MOP*, § 38.

<sup>288</sup> División Estudios de Mercado, Fiscalía Nacional Económica, *Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019)* (Santiago, 2020), § 637.

<sup>289</sup> *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea un Registro Nacional de Personas Beneficiarias Finales* (2023), Boletín 16475-05.

<sup>290</sup> *Comisión Asesora Ministerial para regulación de la relación entre instituciones privadas sin fines de lucro y el Estado*, Informe (Santiago, 2023), *passim*.

## IX. CONCLUSIONES

Este informe ha examinado cuestiones sobre el Derecho de la Competencia y la concentración económica agregada. De nuestro análisis, podemos concluir lo siguiente:

- El problema los conglomerados económicos y la influencia indebida de los grandes grupos empresariales en la economía es una cuestión ligada al origen del Derecho de la Competencia, en distintos ordenamientos;
- La concentración económica agregada es un problema para la competencia y la economía de mercado, pero también lo es para la democracia, por la influencia política desmedida de los grandes grupos empresariales; por lo que es necesaria una intervención estatal para su regulación;
- La formulación de políticas públicas contra la concentración económica es una cuestión antigua y permanente de nuestra república, prevista en las constituciones de 1828, 1833, 1925 y 1980, así como sus reformas;
- La constitución económica de 1980 reconoce la libre competencia y el pluralismo, protegiendo a la pequeña empresa de las grandes corporaciones, y a éstas de la intervención indebida en gremios;
- El DL 211 contiene un repudio a la concentración económica desde su concepción, con normas y potestades para su control, introducidas en reformas a la legislación de libre competencia, aunque con importantes deficiencias normativas y prácticas en materia de fiscalización;
- La libre competencia es una forma de neutralizar el poder indebido de las grandes empresas en la economía, lo que puede requerir del control de las estructuras de mercados;
- La potestad propositiva permite promover cambios legales o reglamentarios ante normas que infringen la libre competencia, o para promover la competencia en uno o más mercados, y su ejercicio debe considerar otros bienes jurídicos valiosos para una república y la democracia, como el pluralismo, la probidad, la igualdad y la ilicitud de los privilegios;
- Al iniciar el procedimiento de propuesta normativa, el TDLC refleja que existen antecedentes suficientes para impulsar esa potestad para hacer recomendaciones respecto de la concentración económica agregada;
- El procedimiento de elaboración de una recomendación normativa es crucial para la propuesta de política pública que elabora el TDLC, por lo que debe contar con información suficiente del asunto;

- Al ejercer la potestad, el TDLC puede hacer recomendaciones normativas que deben ser proporcionales a los fines perseguidos;
- Se han dictado leyes que han tratado de regular la concentración empresarial de manera aislada en ciertas industrias, como la bancaria, de pensiones, medios de comunicación, telecomunicaciones, sanitaria y eléctrica; pero no se ha logrado un control o supervisión general de la concentración económica agregada de empresas que participan en la actividad financiera y otras actividades económicas;
- Las medidas normativas propuesta para establecer restricciones a estructuras societarias piramidales de grupos empresariales que superen cierto tamaño; restringir la participación cruzada de grandes grupos empresariales en mercados financieros y otros mercados; considerar la participación de grupos económicos al asignar concesiones u otros derechos del Estado; y establecer un registro de grupos empresariales que superen un determinado tamaño; es proporcional a los fines perseguidos y a los medios ya intentados en nuestro ordenamiento para controlar la concentración económica agregada.

Es cuanto podemos informar. Quedamos a su disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente Informe.

Atentamente,



**Francisco Agüero Vargas**

**Abogado, Universidad de Chile**

**M.Sc. en Regulación Económica y Competencia**

**Doctor en Derecho, Universidad de Chile**

**Profesor Asociado de Derecho Económico**

FRANCISCO  
IGNACIO  
ADRIAN  
AGÜERO  
VARGAS

Firmado  
digitalmente por  
FRANCISCO  
IGNACIO ADRIAN  
AGÜERO VARGAS  
Fecha: 2025.02.28  
02:08:41 -03'00'

Santiago, 28 de febrero de 2025.