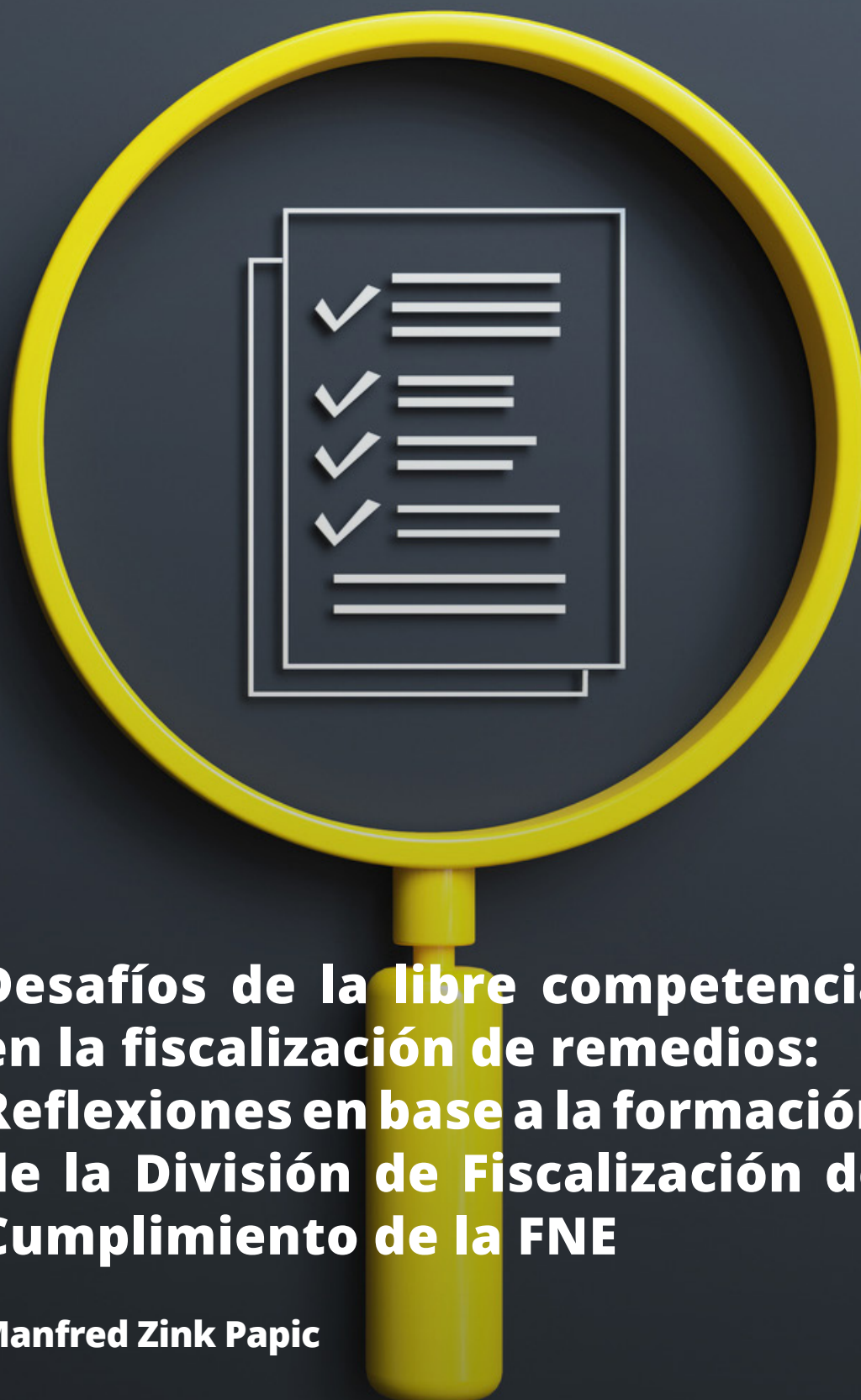




Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

Manfred Zink Papic

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE



Manfred Zink Papic

Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (2003). Abogado (2006). LL.M Universidad de California, Berkeley (2011). Director de Libre Competencia y Regulación Económica en Bofill Mir Abogados.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE¹

Resumen: El presente ensayo resalta la importancia, no siempre relevada, de supervisar el cumplimiento de medidas, condiciones o remedios en el régimen de competencia, esenciales en la resolución de los casos de competencia, ya sea en tribunales o en forma administrativa. Se argumenta que, si estas medidas no se aplican, a final de cuentas, los esfuerzos del sistema son inútiles, por lo que las agencias deben enfocarse en supervisar el cumplimiento. Para ello, se relata la experiencia de la creación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la Fiscalía Nacional Económica para, por una parte, identificar algunos desafíos o complejidades del sistema de cumplimiento vigente en Chile, proponiendo algunas alternativas para mejorar la efectividad del *enforcement* de competencia y, por otra, argumentar sobre la necesidad y conveniencia de que las agencias de competencia adopten diseños institucionales de fiscalización similares a la de la FNE.

Palabras clave: Derecho de la libre competencia, fiscalización de medidas o remedios, eficacia del sistema

Abstract: This essay underscores the often-overlooked importance of monitoring compliance with remedies or conditions in the competition law regime, which are critical for resolving competition cases, whether through judicial or administrative means. It argues that if these measures are not effectively implemented, the efforts of the system ultimately prove futile, making it essential for agencies to prioritize compliance oversight. To illustrate this, the essay draws on the experience of establishing the *Enforcement and Compliance Division* of Chile's National Economic Prosecutor's Office (FNE). This experience is used to identify challenges and complexities within the current compliance system in Chile, propose alternatives to enhance the effectiveness of competition *enforcement*, and advocate for the necessity and advantages of competition agencies adopting institutional monitoring frameworks similar to that of the FNE.

Keywords: Competition Law, compliance of remedies or conditions, system efficacy

¹ Agradezco especialmente la asistencia de Anais Yañez y Sebastián Cañas en la investigación y elaboración de este ensayo. Las opiniones expresadas en este artículo son de exclusiva responsabilidad del autor.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

ÍNDICE

I. Introducción.....	5
II. Los objetivos del sistema de competencia y la relevancia de las medidas.....	6
II.1 Rama del derecho esencialmente regulatoria, con fines sustantivos de interés público.....	6
II.2 Consecuente relevancia de las medidas y su enforcement.....	7
III. La División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE.....	9
III.1 Creación de la División de Fiscalización y sus objetivos	9
III.2 ¿Qué se hizo?.....	11
III.2.1 Catastro de medidas fiscalizables y priorización.....	11
III.2.2 Acciones referentes al incumplimiento de medidas.....	13
III.2.3 Fiscalización del cumplimiento de la obligación de notificar participaciones minoritarias y detección de interlockings.....	14
III.2.4 Otras acciones.....	19
IV. Algunas reflexiones en base a la experiencia de formar una División de Fiscalización.....	20
IV.1 Algunos problemas de eficacia y eficiencia en la fiscalización.....	20
IV.1.1 Sobre la interpretación y aplicación de las medidas en el marco del diseño institucional chileno.....	21
IV.1.2 Problemática desde la perspectiva pública.....	24
IV.1.3 Desde la perspectiva privada.....	25
IV.1.4 Algunas propuestas para tender a solucionar los problemas expuestos.....	26
IV.2 Sobre la necesidad y conveniencia de que las agencias de competencia cuenten con una División especializada en fiscalización.....	31
V. Conclusiones.....	34

I. INTRODUCCIÓN

Por razones entendibles, el foco principal de las agencias de competencia se centra normalmente en la investigación de ilícitos en desarrollo y su posterior litigación. Ello asume, de algún modo, que las medidas, condiciones o remedios decretados para resguardar la competencia en procesos anteriores, ya sean administrativos o judiciales (en adelante, “medidas”), serán cumplidas, por el solo hecho de haberse dictado. Como se expondrá, históricamente, el régimen chileno no fue una excepción en la materia, marcando la creación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE una innovación y un hito diferenciador relevante, incluso a nivel internacional.

En dicho sentido, el presente trabajo pretende subrayar la relevancia de la fiscalización del cumplimiento de medidas para el correcto funcionamiento del sistema. En efecto, la presentación de casos ante los tribunales o su resolución administrativa tiene como razón de ser fundamental el solucionar o remediar un problema de competencia. Ergo, si las medidas decretadas para solucionar dicho problema no se cumplen, in extremis, los esfuerzos del sistema y sus actores son vacíos y el régimen no logra sus objetivos. En otras palabras, no tiene mayor sentido llevar casos de competencia, si es que no existen herramientas eficaces para resguardar el cumplimiento de las medidas que se decreten. Tal como se ha señalado:

“La adopción de remedios contra las infracciones es una parte esencial de la aplicación de las normas de competencia. Establecer infracciones sin la capacidad de imponer remedios efectivos convertiría la aplicación de estas normas en una tarea de Sísifo, destinada a ser, en última instancia, inútil”².

De la misma forma, se entiende, si no se cumplen dichas medidas, la tarea es igualmente inútil. Dado lo anterior, la fiscalización de medidas debe tener, a nivel institucional, un lugar importante.

Para ello, me referiré, primero, a la relevancia de las medidas pro-competitivas en relación con los objetivos del sistema de competencia.

Segundo, relataré, en lo relevante, la experiencia de la creación de la División de Fiscalización de Cumplimiento (“DFC”) de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), que tuve el privilegio de formar y ser su primer Jefe. A partir de dicha experiencia, utilizando un formato de ensayo más bien libre, se realizarán dos reflexiones.

En la primera, se dará cuenta de algunos problemas de eficacia y eficiencia de dicha fiscalización, más bien propios de un sistema rígido de enforcement judicial, como es el chileno. Asimismo, se argumentará que, desde la perspectiva de las empresas o agentes económicos usuarios del sistema, la rigidez de este y su carácter judicial resultan complejos desde el punto de vista de la certeza que necesitan para actuar en el mercado y, en casos extremos, podría dificultar incluso el cumplimiento de los objetivos de las medidas. En dicho sentido, se analizarán algunas alternativas, que, bajo el diseño institucional actual, podrían incrementar la eficiencia y eficacia del enforcement de cumplimiento del sistema.

² Friso Bostoen y David van Wamel, “Antitrust Remedies: From Caution to Creativity”, Journal of European Competition Law & Practice, 2023, Vol. 14, No. 8. Traducción libre.

Acto seguido, se argumentará sobre la necesidad y conveniencia de que las agencias de competencia a nivel internacional le den especial relevancia a la fiscalización de medidas incorporando ello en su diseño institucional.

II. LOS OBJETIVOS DEL SISTEMA DE COMPETENCIA Y LA RELEVANCIA DE LAS MEDIDAS

II.1. Rama del derecho esencialmente regulatoria, con fines sustantivos de interés público

A nivel doctrinario y jurisprudencial, al menos al nivel nacional, existe, en general, consenso en que el derecho de la libre competencia busca resguardar el proceso competitivo con el fin de, fundamentalmente, maximizar el bienestar de los consumidores³.

Si bien dicho consenso ha sido puesto en duda a nivel internacional, especialmente en el último tiempo⁴ y también ha permeado incipientemente en Chile⁵, lo cierto es que la jurisprudencia chilena viene sosteniendo desde hace décadas que los fines del derecho de la competencia son, básicamente, el bienestar del consumidor y, adicionalmente, de acuerdo con la Corte Suprema, el resguardo del libre acceso al mercado y el control del poder de mercado⁶.

Lo relevante para la presente investigación es que el trasfondo de la discusión sobre los fines del sistema dice relación, en cualquier caso, con fines u objetivos de interés público claramente sustantivos, sean el bienestar del consumidor, la protección de cierto grado de competencia o, incluso, el control del poder político (en sentido amplio), de los agentes del mercado.

En mi opinión, ello dice relación con el hecho de que el derecho de la competencia se entiende mejor como una rama esencialmente regulatoria que persigue la consecución de objetivos de política pública, como los ya señalados. Esto, por lo demás, tiene reconocimiento doctrinal y jurisprudencial⁷, siendo, en dicho sentido

3 Véase, por ejemplo, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución 43-2012, de 12 de diciembre de 2012 y sentencias 97-2010, de 4 de marzo de 2010 y 140-2014, de 4 de noviembre de 2014.

4 Véase, por ejemplo, Herbert Hovenkamp, "Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?", Journal of Corporation Law, 2019, Vol. 45; Lina Khan, "Amazon Antitrust Paradox", The Yale Law Journal, 2017, Vol. 126, No. 3.

5 Al respecto, ver, por ejemplo, diálogo CeCo "Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos", donde se plantea la cuestión de si los fines de la libre competencia deben orientarse principalmente hacia la maximización del bienestar del consumidor, a través de la eficiencia económica, o si es necesario considerar también la protección contra la concentración excesiva de poder de mercado, un enfoque defendido por el movimiento neo-brandesiano. Así, esta discusión refleja una tensión entre los fines de protección del consumidor y la necesidad de preservar mercados competitivos que impidan la concentración de poder. Disponible en <https://centrocompetencia.com/libre-competencia-origenes-historia-fundamentos/>. Véase también, investigación CeCo de Aldo González, "Antitrust bajo ataque". Disponible en <https://centrocompetencia.com/antitrust-bajo-ataque/>

6 Véase, por ejemplo, Corte Suprema, sentencia Rol 17840-2023, de 14 de junio de 2024. Aspecto, este último, justamente destacado en el trabajo de Ybar arriba reseñado.

7 Así, en opinión de Santiago Montt: "La tesis sostenida una y otra vez por este trabajo destaca frente a otras aproximaciones que intentan afirmar que las condiciones son sanciones. Estas concepciones orientadas única y exclusivamente a los derechos y libertades de las empresas que son objeto de las condiciones, olvida que, al frente, existen dos valores fundamentales, la eficiencia económica y la protección de los consumidores, que reclaman una actuación regulatoria a priori, de naturaleza administrativa, de parte de los órganos encargados de velar por la competencia. (...). En los casos que nos preocupan, el Derecho de la Competencia opera como un verdadero Derecho Administrativo material de restricción de libertades y derechos de carácter regulatorio y preventivo". ("Condiciones Impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Marco de un Operación de Concentración en el Derecho Chileno", en Reflexiones sobre el Derecho de la Competencia, FNE, 2017, p. 81). Véase también, Valdés Prieto, Domingo, "Libre Competencia y Monopolio", Ed. Jurídica de Chile, 2006, pp. 216 y 228; Montt, Santiago, "Documento de trabajo #1: El TDLC como ente regulador del comercio"; Regcom y; Velozo, Javier y González, Daniela, "Reflexiones en torno a

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

equiparable a “...las regulaciones relativas a la vida, seguridad, salud, medioambiente y otras, donde los fines públicos justifican limitaciones y restricciones a las libertades y derechos”⁸.

A nivel de jurisprudencia, sin perjuicio de otros fallos o resoluciones⁹, el razonamiento anterior encuentra, en mi opinión, su expresión más clara en el voto de minoría de los ministros Arancibia y Tapia en el caso “Papeles”, en el cual estos indicaron que “...la normativa sobre libre competencia es parte de la regulación económica, que consiste en asegurar instancias de interacción eficiente entre los partícipes de una actividad de interés público [...] mediante la imposición de cargas públicas u obligaciones de dar, hacer, no hacer para prevenir daños individuales [...]”¹⁰.

La consideración anterior conlleva que, referenciando el mismo voto de minoría, el derecho de la competencia se aleje del ius puniendi “clásico”, con lógica subyacente vinculada al derecho penal y se acerque a lo que se puede denominar *ius corrigiendi*, que “[...] persigue corregir antes que penar conductas, exigir el cumplimiento de obligaciones antes que retribuir males con males, cobrar antes que castigar”¹¹.

En otras palabras, en sede de competencia, de lo que se trata fundamentalmente es que las distintas reglas que demarcan la institucionalidad se enfoquen en el cumplimiento de los fines propios del sistema. En dicho sentido, las sanciones no tienen una lógica retributiva, sino que son adyacentes, instrumentales, a dicho fin. De alguna forma, lo esencial es que se cumplan los objetivos de interés público y no perseguir la sanción como un objetivo en sí mismo¹².

Diferentes reglas del sistema reflejan dicho entendimiento, como, por ejemplo, la regla *per se*, que por diseño puede tolerar ciertos errores en consciencia de su excepcionalidad, pero logrando una mayor eficiencia de *enforcement* (pues, a diferencia de la regla de la razón, tiene un menor costo de aplicación). Otro ejemplo es la delación compensada, que se aleja totalmente de la lógica penal clásica¹³ al preferir dejar libre un culpable con tal de permitir la detección de colusiones.

En dicho sentido, se ha indicado:

“[...] desde un punto de vista meramente descriptivo, lo que hace el DL 211 al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional. Esto no es sino aplicación de una conocida regla en ciencias políticas, conforme a la cual cada vez que se encarga a un tribunal (o a la administración) la aplicación de una norma legal abierta, lo que se hace en realidad es delegarle poder para que regule conforme a los límites contemplados en el marco delegatorio

algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en La Libre Competencia en el Chile Del Bicentenario, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011.

8 Montt, Condiciones, op. cit., p. 81.

9 Así, el TDLC indicó, en la Sentencia N°132/2013, lo siguiente: “Trigésimo cuarto. (...) A esta conclusión también necesariamente debe arribarse si se atiende la clase o naturaleza de la responsabilidad legal que se busca hacer efectiva a través de este procedimiento y que no es otra que una responsabilidad infraccional a la cual se le aplican, con matices, los principios propios del derecho sancionatorio;”. En el mismo sentido, Sentencia N°117/2011, considerando (“cons.”) 21, Sentencia N°87/2009, cons. 15 y resolución de fecha 15 de octubre de 2008, dictada en autos Rol C N°169-08, cons. 14.

10 Sentencia N°160/2017, voto de minoría, punto 12.

11 Ibid., punto 17.

12 Letelier, Raúl, “Garantías penales y sanciones administrativas”, Política criminal, 2017, Vol. 12, No. 24, pp. 16 y 36.

13 Al respecto, ver, por ejemplo, nota CeCo de Matías Belmonte “Delación compensada: un camino a la comprensión recíproca”. <https://centrocompetencia.com/belmonte-delacion-compensada-un-camino-a-la-comprension-reciproca/>

(que pueden ser muchos o pocos).

El poder reglamentario reconocido al Tribunal en el artículo 18 No. 3 del DL 211 no es sino una confirmación de que lo aquí se dice¹⁴.

Y que, por lo mismo, “[...] en cuanto ente regulador del comercio, el TDLC debe razonar como un policymaker [...] debe resolver los casos pensando consecuentemente qué reglas concretas maximizan el bienestar de la comunidad económica”¹⁵.

Así, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) conociendo de consultas en el pasado ha señalado expresamente que, si bien se encuentra sujeto en su actuar a un “principio de congruencia” procesal, como norma integrante del debido proceso, “[e]sta congruencia no se extiende a las solicitudes o sugerencias de las partes o interesados porque semejante restricción significaría privar al Tribunal de su función de proteger la libre competencia del modo que estime más adecuado de acuerdo al mérito del proceso”¹⁶.

Lo anterior también se ratifica en el mismo entendimiento del TDLC respecto de su atribución para dictar Instrucciones de Carácter General (art. 18 N°3 del DL 211) que, según ha indicado, tendrían como objeto “la promoción de la competencia y la explicitación de criterios y parámetros de conducta que tienden a prevenir infracciones a las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211, en un mercado en que ello tiene una importancia especial, toda vez que, debido a sus características y estructura, existen riesgos de actuaciones anticompetitivas”¹⁷.

II.2. Consecuente relevancia de las medidas y su enforcement

De dicha forma, la consideración del derecho de la competencia como una rama esencialmente regulatoria tiene dos consecuencias directas que son relevantes para el presente trabajo en lo referido a las medidas. Primero, implica que las medidas que se decretan en sede de competencia tienen una relevancia superlativa, al ser justamente las condiciones de legitimidad de desarrollo de los agentes económicos afectados en el mercado. En otras palabras, solo si las medidas se cumplen la libre competencia no se ve afectada y, viceversa, en todo momento que no se cumple una medida, por definición, la competencia se ve afectada. Las medidas “son” la libre competencia.

En dicho sentido, una institucionalidad de competencia que, aunque investigue un gran número de casos, logre detectarlos, sancionarlos e imponer las medidas más efectivas, no cumple su objetivo social si es que los agentes económicos que deben cumplirlas no lo hacen. Y, si bien la dictación misma de una medida debiese tener un efecto sobre su cumplimiento y, sin duda, ello influye en algún grado en los agentes económicos, el análisis económico del derecho viene demostrando ya, desde hace décadas, que la efectividad de las sanciones (o medidas, en este caso) depende en gran medida de la capacidad de detección y cumplimiento¹⁸.

En consecuencia, y sin perjuicio de obviamente no poder descuidar la detección de nuevas infracciones, la

14 Montt, op. cit., p. 5.

15 Ibid., p. 7.

16 Resolución N°51/2018, cons. 49 (corchetes agregados).

17 Sentencia N°77/2008, cons. 16.; e Instrucciones de Carácter General N°5/2022, cons. 5.

18 Al respecto, véase el clásico trabajo de Gary Becker, “Crimen y castigo: un enfoque económico”, Microeconomía, 1968, pp. 383-421.

institucionalidad debe darle un rol relevante a la fiscalización del cumplimiento de las medidas, a riesgo de que el sistema simplemente no cumpla su rol público. *In extremis*, si el ratio de detección y fiscalización es cero y ello se internaliza por los agentes económicos, el sistema estaría de alguna forma neutralizándose a sí mismo: si bien detecta conductas ilícitas e impone medidas para generar un mercado competitivo, el esfuerzo es totalmente inútil porque las mismas no se cumplen. En consecuencia, la libre competencia se ve afectada.

Segundo, y por la misma relevancia que las medidas tienen en la lógica misma del sistema, el diseño institucional debe orientarse hacia conseguir su cumplimiento de la manera más eficiente posible, incluso, *in extremis*, alejándose de pretensiones sancionatorias si las mismas son contraproducentes para dicho fin.

Lo anterior encuentra sustento teórico relevante en los trabajos de Arancibia y Letelier. Así, Arancibia argumenta que debe priorizarse la acción correctiva que busca la tutela efectiva del interés público de manera proporcional y eficiente, *"dado que la esencia de la función administrativa es la tutela del interés afectado por la infracción, la eficacia ordena ejercer primero los poderes que ponen término o enmiendan dicha perturbación antes que sancionar al infractor"*¹⁹. Por su parte, Letelier destaca que, si bien la pena impuesta en materia penal tiene una condición retributiva, la sanción en el ámbito administrativo está dotada de una naturaleza distinta, toda vez que persigue la corrección de las conductas²⁰. En este sentido, el ejercicio de potestades correctivas debe preceder a la sanción y enfocarse en la corrección de la conducta infractora para detener sus efectos y proteger el interés público.

En suma, de lo que se trata fundamentalmente en sede de libre competencia es que la institucionalidad misma y sus herramientas logren que se cumplan los objetivos de interés público del sistema. En dicho sentido, las medidas encarnan (o son) esos objetivos frente a vulneraciones concretas de la libre competencia en los mercados y, por tanto, su cumplimiento efectivo y eficiente es esencial.

III. LA DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA FNE

Establecido lo anterior, me parece interesante dar cuenta de cómo la FNE tomó en especial consideración los argumentos expuestos, relevando la fiscalización de medidas al punto de incorporar ello en su orgánica institucional, mediante una División especializada al efecto. Y, asimismo, cómo se enfrentó dicho desafío de fiscalización y cuáles fueron, en mi opinión, sus principales hitos.

III.1. Creación de la División de Fiscalización y sus objetivos

La División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE fue creada en abril del año 2019 (primero como Unidad y, luego, en 2021, propiamente como una División de la autoridad²¹) en el período durante el cual Ricardo Riesco Eyzaguirre fue Fiscal Nacional Económico. El propio Ricardo Riesco explica su creación de la

19 Arancibia, Jaime, "El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de última ratio" En: J. Arancibia Mattar y P. Alarcón Jaña [Coord.], "Sanciones Administrativas. X Jornada de Derecho Administrativo", Editorial Thomson Reuters, 2014, p. 130.

20 Así, Letelier señala que *"Tal como muestran los referidos autores, si hay algo que caracteriza la potestad administrativa sancionatoria es que ella se alinea con la faz preventiva y disuasoria de los fines de toda sanción (...) Tal como indica Parejo - "si la pena tiene condición retributiva (quia peccatum), la sanción impuesta en el ámbito doméstico (administrativo) tiene naturaleza distinta en la medida en que sólo persigue la simple corrección de las conductas (ne peccetur)"*. Letelier, op. cit., p. 637.

21 A continuación, simplemente para efectos de simplificar la denominación, usaré el término División de Fiscalización o DFC englobando todo el período, incluyendo el plazo en que se trataba de una Unidad y no una División.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

siguiente forma:

“Como su propio nombre lo indica y atendido el mandato legal expreso contenido en el artículo 39, letra d) del DL 211, la FNE siempre había realizado labores de fiscalización de cumplimiento, principalmente de las diversas resoluciones dictadas por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) en el marco de procesos contenciosos y no contenciosos. Estas labores de fiscalización estaban radicadas fundamentalmente en cada una de las divisiones de la FNE, esto es, en la División Anti-Carteles (DAC), en la División de Fusiones (DFUS), en la División Antimonopolios (DAM), en la División de Fiscalización (DFISC), en la División de Estudios de Mercado (DEM) y en la División de Litigios (DLIT). A veces, producto de las urgencias e “incendios” del día a día de cada una de las divisiones, esta estructura no fomentaba, al menos de forma natural, una cierta sistematicidad de las funciones de fiscalización de la FNE”²².

Y, asimismo, que:

“Dado el carácter más colaborativo, si así se quiere o al menos como algunos señalan, del sistema de control de fusiones, al menos en cuanto a que en ese ámbito la FNE no está investigando la comisión de un ilícito anticompetitivo, resultaba a mi juicio altamente aconsejable desligar a los funcionarios de la DFUS, para no “contaminarlos” con sus contrapartes, de las labores de fiscalización del cumplimiento de las medidas acordadas con los notificantes en el marco de una operación de concentración, lo que evidentemente sí puede dar lugar a una infracción a la libre competencia perseguible ante el TDLC conforme a lo establecido en el artículo 3 bis, letra c) del DL 211”²³.

De acuerdo al mismo exfiscal, la labor de la División de Fiscalización “...ha sido tremendamente prolífica, particularmente en materia nóveles propias de la Ley 20.945, de 30 de agosto de 2016, lo que ratifica las bondades de su creación y le augura una importancia relativa cada vez mayor en la FNE”²⁴.

La referencia a las “materias nóveles” dice relación con que a la DFC se le asignó también la supervisión de los casos de *interlocking*, de cumplimiento de la obligación de notificar participaciones en competidores y de los potenciales *gun-jumping* y otras infracciones relacionadas al sistema de control de operaciones de concentración²⁵. Todas infracciones existentes en el DL 211, pero que, en la orgánica de la FNE, no tenían un “lugar natural”, vacío que la DFC vino a llenar.

En base a mi experiencia como primer Jefe de la División de Fiscalización, puedo complementar lo anterior resaltando que internamente existió la intención de abordar el cumplimiento de las sentencias y resoluciones que contienen medidas en forma integral. En dicho sentido, parte fundamental del ADN de la nueva División fue lograr un enfoque unitario de cumplimiento, de forma de permitir una fiscalización planificada y enfocada

22 Ricardo Riesco Eyzaguirre, “Sobre la aplicación de las atribuciones legales de un órgano público en épocas convulsas: Algunas reflexiones sobre la Fiscalía Nacional Económica entre 2018 y 2022,” *Diálogo CeCo*, 2023, p. 16. Disponible en <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/10/Sobre-la-aplicacion-de-las-atribuciones-legales-de-un-organo-publico-en-epocas-convulsas-1.pdf>

23 *Ibid.*, p. 17.

24 *Ibid.*

25 Véase la sección de la División de Fiscalización en la página web de la FNE: <https://www.fne.gob.cl/fiscalizacion/que-hacemos/#:~:text=La%20Divisi%C3%B3n%20de%20Fiscalizaci%C3%B3n%20de,en%20casos%20de%20libre%20competencia>, [última visita: 06/12/2024]

en aquellas medidas más prioritarias para los mercados. Ello se reflejó en un principio en el enfoque que se le dio a la DFC, el que, en mi opinión, también de manera “novel”, innovó en incorporar criterios explícitos de priorización, cuestión que se desarrollará en algún mayor detalle en el próximo punto.

Sin perjuicio de ello, las referidas “materias nóveles”, especialmente lo referido al artículo 4 bis y al *interlocking*, ocuparon también, desde un inicio, parte fundamental de la labor de la División.

A continuación, se intentará dar un relato de lo que implicó, desde mi perspectiva, crear una División de este tipo desde cero, con el objeto de que pueda entenderse de mejor forma su naturaleza y necesidad.

III. 2. ¿Qué se hizo?

III.2.1. Catastro de medidas fiscalizables y priorización

En palabras del exfiscal Riesco:

“El primer propósito de la creación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE fue realizar un catastro omnicomprendivo de todo lo potencialmente fiscalizable desde la creación de nuestra institucionalidad de libre competencia a partir del año 2003, priorizar todo lo potencialmente fiscalizable según casos o industrias e implementar un plan orgánico, estructurado y razonable para fiscalizar todo lo fiscalizable en el menor tiempo posible”²⁶.

Lo anterior tiene una explicación evidente, pero no por eso menos relevante: si se quiere priorizar la fiscalización y su efectividad, primero hay que tener claridad respecto de qué es lo fiscalizable. A la época, sin perjuicio de que toda la información estaba en posesión de la FNE, no existía un catastro o una ordenación completa de todas las resoluciones que habían impuesto algún tipo de medida. Por tanto, el primer desafío fue justamente ese: identificar todas las sentencias o resoluciones de los órganos de libre competencia que tuviesen alguna medida vigente.

Lo anterior implicaba dificultades no menores, por cuánto debía revisarse en detalle:

Las sentencias dictadas por el TDLC en procedimientos contenciosos, desde el 2004 en adelante;

Las resoluciones e Instrucciones Generales dictadas por el TDLC en procedimientos no contenciosos, desde el 2004 en adelante;

Los dictámenes y/o resoluciones de las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva, que hayan establecido medidas que se encuentren vigentes;

Las decisiones de la FNE mediante las cuales aprobó operaciones de concentración sujetas a las medidas ofrecidas por las partes; y,

Los acuerdos extrajudiciales a que había arribado la FNE con agentes económicos, aprobados por el TDLC. Como botón de muestra de la dificultad referida, no puedo dejar de mencionar que en el período de

26 Riesco, op. cit., p. 17.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

funcionamiento de las Comisiones se dictaron 736 resoluciones y 1288 dictámenes, los que, sin perjuicio de no haber tomado todas las medidas (o, de haberlo hecho, estar las mismas vigentes), su sola existencia implicó tener que bucear en, literalmente, miles de decisiones²⁷.

Pues bien, una vez obtenida la muestra, había que decidir qué hacer con ella. En palabras simples, por dónde empezar. Para ello se tomaron dos determinaciones fundamentales, primero, se iba a privilegiar explícitamente las investigaciones de oficio, por sobre las eventuales denuncias que pudiesen arribar²⁸ y, segundo, se iban a determinar criterios de priorización para decidir qué investigaciones abrir primero y, por tanto, qué medidas fiscalizar inicialmente.

Para acometer lo anterior, según se encuentra explícito en la propia página web de la FNE, se definieron ciertos criterios objetivos de priorización²⁹. Así, se determinó que se iban a priorizar las fiscalizaciones que tuvieran un mayor impacto en los siguientes criterios:

Bienestar del consumidor y/o la competencia. Ello, considerando, “[...] *entre otros factores, si se trata de servicios básicos o bienes de primera necesidad, la cantidad de consumidores afectados, las participaciones de mercado y las barreras a la entrada*”³⁰.

Impacto disuasivo de la medida. De acuerdo a lo que indica la FNE, “*se determina por la relevancia o replicabilidad de la medida para otros casos, segmentos o mercados, así como por si el sector económico afectado por la medida ha demostrado problemas recurrentes de competencia*”³¹.

Consideraciones institucionales. Expresa la autoridad que “*se relacionan principalmente con las áreas de enforcement que pretende reforzar la FNE y el potencial de sentar un precedente relevante*”³².

Así, se clasificaron todas las medidas fiscalizables en base a dichos criterios, utilizándose una fórmula numérica³³, determinándose que año a año se abriría un cierto número de investigaciones de aquellas determinadas como prioritarias, considerando también las capacidades disponibles de la División y el costo³⁴ de llevarlas a cabo.

En mi opinión, la priorización fue algo que, en sí mismo, vale la pena destacar. Ello por cuanto, según mi entendimiento, fue la primera vez que la FNE decidió acometer una priorización en términos explícitos, cuestión que, estimo, resulta fundamental frente a la realidad siempre prevalente de contar con recursos menores a las necesidades de *enforcement* requeridas.

27 Por lo mismo, y también por su cercanía temporal (que asumía una mayor relación con los problemas de competencia vigentes) se decidió priorizar la fiscalización de las decisiones del TDLC y de la FNE, asignando los criterios de priorización a las mismas y dejando la priorización de las resoluciones de las Comisiones para más adelante.

28 “Con el fin de asegurar el cumplimiento de estas medidas pro-competitivas, la División de Fiscalización inicia investigaciones de oficio”, <https://www.fne.gob.cl/fiscalizacion/fiscalizacion-de-cumplimiento-de-medidas/>.

29 <https://www.fne.gob.cl/fiscalizacion/fiscalizacion-de-cumplimiento-de-medidas/>.

30 <https://www.fne.gob.cl/fiscalizacion/fiscalizacion-de-cumplimiento-de-medidas/>.

31 Ibid.

32 Ibid.

33 En rigor, el ejercicio consistió en asignarle a cada criterio y sub-criterios un valor, utilizándose una fórmula para ponderar la relevancia de cada criterio y, con ello, clasificar las medidas en 3 grupos según su prioridad: alta, media o baja.

34 Según indica la FNE, el “[...] costo interno de cada potencial fiscalización en relación a los recursos disponibles en la División de Fiscalización [...]”.

III.2.2. Acciones referentes al incumplimiento de medidas

El trabajo anterior derivó en la apertura de una serie de investigaciones³⁵ y, asimismo, en la presentación de una serie de requerimientos y acuerdos extrajudiciales por incumplimiento³⁶ de medidas ante el TDLC, siendo estos, en orden temporal hasta el día de hoy, los siguientes:

1. Requerimiento de la FNE contra The Walt Disney Company y otra, por incumplimiento de una medida de publicidad ofrecida como condición de aprobación de la fusión entre la referida empresa y Twenty-First Century Fox, Inc.³⁷;
2. Acuerdo Extrajudicial entre la FNE e Inversiones Lota Green SpA, suscrito con el objetivo de asegurar el cumplimiento de las medidas contenidas en un acuerdo extrajudicial anterior, parcialmente incumplido por Lota Green SpA en lo referente a remedios complementarios acordados para garantizar la desinversión de activos a que se había comprometido³⁸;
3. Requerimiento de la FNE en contra de Cadena Comercial Andina SpA³⁹, por incumplimiento de las medidas de mitigación ofrecidas para reducir los riesgos competitivos derivados de la adquisición de OK Market S.A. por parte de esta y Oxxo Chile, en particular, de la medida que obligaba a las compradoras a renunciar a las cláusulas de exclusividad incluidas en los contratos de arrendamiento de los locales de las notificantes, así como en futuros contratos de arriendo de tiendas de conveniencia, por un plazo de 10 años;
4. Requerimiento de la FNE en contra de Laboratorio Biosano S.A.⁴⁰, por incumplir ciertas obligaciones o hitos del programa de cumplimiento en materia de libre competencia que le había sido impuesto por el TDLC en la Sentencia N°165-18⁴¹.
5. Requerimiento de la FNE en contra de Compañía Cervecerías Unidas S.A.⁴², por incumplir los compromisos establecidos en un avenimiento suscrito con la FNE en el año 2008, el cual tenía como objetivo proteger la libre competencia en el mercado de la cerveza, en específico evitar exclusividades contractuales y de facto en el canal de bares, pubs y restaurantes; y,

35 Véase, <https://www.fne.gob.cl/biblioteca/actuaciones-de-la-fne/investigaciones-de-la-fne/>.

36 Con excepción del número v., en que no se imputó un incumplimiento, sino que se buscó permitir el cumplimiento de una condición previamente establecida.

37 Requerimiento de la FNE contra The Walt Disney Company y TWDC Enterprises 18 Corp., de fecha 10 de septiembre de 2020, autos rol C-404-2020, párr. 31-33.

38 Acuerdo Extrajudicial entre la FNE con Inversiones Lota Green SpA, de fecha 4 de enero de 2022, autos rol AE-24-22. El 9 de febrero de 2022, el TDLC aprobó en su totalidad el Acuerdo Extrajudicial. En específico, los incumplimientos se referían a las obligaciones complementarias a las medidas de mitigación estructurales de desinversión, tales como el incumplimiento de las medidas establecidas para la determinación del precio de venta de los áridos y del cemento de alta resistencia, la falta de envío de tres reportes de cumplimiento, la no auditoría de dichos reportes y la omisión de notificar los incumplimientos dentro de un plazo máximo de dos días. El TDLC determinó que las nuevas obligaciones asumidas por Lota Green eran adecuadas y proporcionales para salvaguardar la competencia y dar por concluida la investigación en curso.

39 Requerimiento de la FNE en contra de Cadena Comercial Andina SpA, de fecha 27 de diciembre de 2022, autos rol C-475-2022, párr. 30-39.

40 Requerimiento de la FNE en contra de Laboratorio Biosano S.A. de fecha 6 de marzo de 2023, autos rol C-485-2023, párr. 7-31.

41 Que determinó que Laboratorio Biosano S.A., junto con los laboratorios Sanderson S.A. y Fresenius Kabi Chile Ltda., participaron en un acuerdo colusorio que perjudicó varios procesos de licitación convocados por Cenabast. Con fecha 14 de septiembre de 2023, el TDLC aprobó el acuerdo conciliatorio entre la FNE y Biosano, a partir del cual Biosano se comprometió a dar estricto cumplimiento a las obligaciones establecidas en la sentencia 165/2018, así como a pagar una suma de 450 UTA a beneficio fiscal.

42 Requerimiento de la FNE en contra de Compañía Cervecerías Unidas S.A., de fecha 4 de agosto de 2023, autos rol C-494-2023, párr. 31.

6. Acuerdo Extrajudicial entre la FNE y Latam Airlines Group S.A.⁴³, no concerniente a algún incumplimiento de la línea aérea, sino cuyo objeto fue autorizar a la aerolínea a modificar cinco acuerdos de código compartido que mantenía con Delta Airlines.

Con respecto a las acciones en comento, un par de observaciones que me parecen relevantes desde la perspectiva de fiscalización de cumplimiento.

Primero, la presentación de los requerimientos detallados en los numerales i. y ii., dio cuenta de la relevancia que la FNE le iba a otorgar (y otorga) al cumplimiento íntegro de todas las medidas que las partes ofrezcan como condición y presupuesto para que pueda aprobarse una operación de concentración, aun cuando las mismas puedan calificarse como adyacentes a las medidas principales. Segundo, el requerimiento contra Laboratorios Biosano resulta interesante en el sentido de que la FNE manifestó su opinión respecto de la relevancia de los programas de cumplimiento para desincentivar conductas ilícitas que puedan afectar la dinámica competitiva del mercado, indicando:

“En la especie, las medidas impuestas tienen como propósito mitigar los riesgos a la competencia en el mercado relevante definido, específicamente, previniendo y desincentivando la ejecución de eventuales conductas colusorias como las sancionadas por la mencionada Sentencia, por lo que su incumplimiento pone en riesgo la libre competencia en el mercado de autos, entorpeciendo la finalidad de su imposición”⁴⁴.

Tercero, que, en el caso de todos los requerimientos presentados, los mismos no llegaron a sentencia definitiva, sino que las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio con la FNE⁴⁵, sobre lo cual ahondaré más adelante.

Con respecto al último caso, lo particular es que no se trató de un incumplimiento de Latam, sino que, de facilitar el cumplimiento por parte de esta de una condición previamente establecida mediante el mecanismo del acuerdo extrajudicial, cuestión que también abordaré con mayor detalle más adelante.

III. 2.3. Fiscalización del cumplimiento de la obligación de notificar participaciones minoritarias y detección de interlockings

Paralelamente al trabajo en curso relativo al catastro de medidas, su priorización y fiscalización, se atribuyó a la DFC el enforcement de dos normas creadas mediante la reforma del año 2016: la fiscalización del

43 Acuerdo Extrajudicial entre la FNE y Latam Airlines Group S.A., de fecha 6 de noviembre de 2023, autos rol AE-28-2023. El 7 de diciembre de 2023, el TDLC aprobó en su totalidad el Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la FNE y Latam Airlines Group S.A. (“Latam”). Dicha autorización era necesaria por lo dispuesto en la condición VII de la Resolución N°37/2011, modificada por el acuerdo conciliatorio arribado entre Latam y la FNE en los autos Rol C-295-15, que había agregado como alternativa que la autorización requerida por la Condición VII referida pudiera realizarse mediante un acuerdo extrajudicial con la FNE.

44 Requerimiento de la FNE en contra de Laboratorio Biosano S.A., párr. 40.

45 (i) Con fecha 31 de julio de 2023, el TDLC aprobó un acuerdo conciliatorio entre la FNE y Comercial Andina S.A. que extinguió la pretensión sancionatoria por incumplimiento, mediante el cual este último se comprometió a pagar una suma de 500 UTA a beneficio fiscal; (ii) Con fecha 15 de marzo de 2024, el TDLC aprobó un acuerdo conciliatorio entre la FNE y CCU, mediante el cual, además de ratificar la vigencia de las obligaciones previamente acordadas en el avenimiento de 2008, CCU se comprometió al pago de una suma de 3.000 UTA a beneficio fiscal, así como a habilitar salidas adicionales en los equipos de dispensación en los establecimientos, con el fin de garantizar la comercialización de cervezas de otros proveedores en condiciones que favorezcan la competencia en el mercado, entre otros compromisos; y, (iii) Con fecha 25 de mayo de 2021, la FNE y TWDC llegaron a un acuerdo de conciliación, mediante el cual TWDC se comprometió a pagar una suma de 280 UTA a beneficio fiscal. Además, también se obligó a publicar el texto de la conciliación en su sitio web durante el periodo de un año, en un lugar de fácil visualización.

cumplimiento de la obligación de notificar participaciones minoritarias en competidores (artículo 4 bis del DL 211) y la identificación de posibles casos de *interlocking* (artículo 3, letra d, del DL 211).

II.2.3.1. Participaciones en competidores

Con relación a las participaciones en competidores, la Ley 20.945 había exigido en su artículo cuarto transitorio, que aquellas existentes en el momento de la entrada en vigencia de la ley debían ser informadas a la FNE dentro del plazo de ciento ochenta días, contado desde la publicación de la misma en el Diario Oficial⁴⁶. A raíz de dicha norma, la FNE recibió notificaciones de agentes económicos, sin que, antes de la creación de la DFC, haya constatado activamente en forma sistemática que, efectivamente, todas las participaciones minoritarias existentes le habían sido informadas.

La relevancia de dicho deber de información recaído en los particulares para la detección de dicha clase de situaciones, lo explicó la autoridad de la siguiente forma:

“El cumplimiento del deber de informar es relevante para la eficacia de la labor investigativa de la FNE. La posibilidad de detectar y perseguir atentados a la competencia derivados de la participación en un competidor depende en gran medida de que la Fiscalía tome conocimiento de esta situación, siendo notificada por quien posee dicha información, esto es, el adquirente o titular de la referida participación.

De este modo, la obligación de informar y la sanción por infringir este deber son instrumentos para proveer de información a la FNE acerca de este tipo de participaciones con el objeto de investigar eventuales conductas ilícitas, reduciendo las asimetrías de información existentes entre los particulares y la Fiscalía, dado que el fiscalizador depende de la empresa fiscalizada para obtener la información que necesita para el desempeño de sus funciones”⁴⁷.

En efecto, el legislador había determinado que la forma en que debían prevenirse o remediarse los eventuales riesgos o efectos anticompetitivos que una participación en un competidor produjere en el mercado era, al menos en primera instancia, mediante un deber de información.

A raíz de ello, se decidió emprender un esfuerzo de fiscalización no menor y que, por lo demás, implicaba acometer un tipo de fiscalización que la FNE no había efectuado con anterioridad. Teniendo presente el abanico de empresas que potencialmente podían estar sujetas a la obligación del 4 bis eran todas aquellas que, sea por sí mismas o como parte de un grupo económico vendieren más de 100.000 UF anuales⁴⁸, surgía el desafío de cómo poder verificar el cumplimiento de una obligación legal de dicha naturaleza, que recaía sobre un número no menor e indeterminado de agentes económicos.

46 Así, debían informarse en el plazo de 180 días contados desde el 30 de agosto de 2016, término que venció el día 26 de febrero de 2017.

47 Requerimiento de FNE en contra de Banmédica S.A., autos rol C-388 –20, párr. 27-28.

48 El artículo 4° bis del DL 211 establece que: “La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento. El Fiscal Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3°”.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

Dado lo anterior, se decidió trabajar utilizando bases de datos del Servicio de Impuestos Internos, disponibles con cierto detalle de información en forma pública, las que contenían un listado de personas jurídicas contribuyentes agrupadas por ventas anuales⁴⁹. No obstante, la fiscalización requería de un mayor grado de detalle, por lo que se decidió utilizar el convenio de colaboración existente entre la FNE y el SII⁵⁰, para así obtener datos más desagregados, respetando las obligaciones legales de reserva y confidencialidad de ambas instituciones.

Eso permitió obtener los datos, pero una vez en poder de la FNE, había que procesarlos y generar una metodología que lograra realizar cruces entre los distintos RUTs contenidos en la base de datos, con el objeto de verificar la existencia de participaciones en competidores. Para ello, se decidió finalmente contratar a una empresa externa⁵¹, la que desarrolló un software computacional para uso exclusivo de la FNE y especialmente diseñado para poder fiscalizar la norma del 4 bis. Ello requirió de múltiples sesiones de trabajo con la empresa desarrolladora, con el objeto de llegar a una solución que se adecuara a las necesidades específicas de fiscalización en cuestión, lo que finalmente se logró, diseñándose un software a medida de las necesidades específicas del 4 bis y que permite identificar, mediante una interfaz de mallas, participaciones de más de un 10% en una misma industria o sector económico, entre empresas no relacionadas entre sí o parte de un mismo grupo empresarial.

Dicho trabajo culminó finalmente con la selección de dos casos que fueron presentados ante el TDLC, imputando la infracción de la obligación de notificar participaciones en competidores:

1. Requerimiento de FNE en contra de Banmédica S.A.⁵², tras verificar que esta tenía, por medio de una entidad integrante del grupo Empresas Banmédica, una participación en el 28,63% del capital de Clínica Los Carrera, competidora de su filial Clínica Ciudad del Mar, la cual, hasta la fecha del requerimiento, no había sido informada.
2. Requerimiento de la FNE en contra de Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada⁵³, al constatar que esta poseía una participación en el 15,98% del capital de Eroflex, empresa competidora de su filial Plásticos Bio Bio, la cual, hasta la fecha del requerimiento, no había sido informada a la Fiscalía.

Ambos requerimientos terminaron por un acuerdo conciliatorio entre la FNE y las empresas requeridas⁵⁴.

Ello, en mi opinión, dio dos señales que me parecen relevantes. Primero, que la FNE, en cumplimiento de sus deberes legales, se ocupa de todo el espectro de normas legales del DL 211, aunque, en el entramado

49 https://www.sii.cl/sobre_el_sii/nominapersonasjuridicas.html. Ello, sin perjuicio de considerar, además, como fuente general de información, otras bases de datos disponibles públicamente, como, por ejemplo, el listado de grupos empresariales disponible en la web de la CMF (véase https://www.cmfchile.cl/institucional/estadisticas/registro_grupos_empresariales.php).

50 https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/conv_01_2012.pdf.

51 Véase <https://www.unholster.com/fne>.

52 Presentado el 24 de enero de 2020, autos rol C-388-2020.

53 Presentado el 24 de enero de 2020, autos rol C-389-2020.

54 El 1 de julio de 2020, la FNE y Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada alcanzaron un acuerdo conciliatorio mediante el cual esta última se comprometió a pagar 165 UTA a beneficio fiscal. Además, se obligó a remitir el acuerdo a los órganos administrativos de Eroflex, Plásticos Bio Bio y al directorio de la Asociación Gremial de Industriales del Plástico, así como también a sugerir a dicha asociación la publicación en su sitio web de una copia del texto del acuerdo conciliatorio. Por su parte, el 3 de septiembre de 2020, el TDLC aprobó el acuerdo conciliatorio alcanzado entre la FNE y Banmédica, en virtud del cual esta última se comprometió a pagar \$200.000.000 a beneficio fiscal y a publicar, de manera visible y durante un año, el texto íntegro de la conciliación en su sitio web.

normativo total, algunas puedan parecer tener un rol más periférico o de menor urgencia en relación con otras. Segundo, fue la continuación de un proceso que había empezado en el año 2013, con el Estudio sobre “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras”⁵⁵, en que por primera vez se había tratado sistemáticamente ambos temas como problemas de competencia. En dicho sentido, la presentación de ambas acciones ratificó que la FNE mantiene una preocupación constante por las participaciones en competidores como fuente potencial de riesgos anticompetitivos y que, por tanto, requiere que las mismas le sean notificadas, para así poder evaluarlas.

Finalmente, en este punto, destacar que el esfuerzo de fiscalización que se hizo, utilizando ciencia de datos y herramientas informáticas, marcó un hito particular en cuanto a las estrategias de *enforcement* de la FNE, siendo la primera vez que la autoridad se planteó derechamente buscar potenciales infracciones en base a herramientas computacionales diseñadas exprofeso al efecto. En mi opinión, ello constituye una iniciativa encomiable, tanto a nivel local, como internacional. Por lo demás, va en la línea de todas las acciones que la autoridad ha ido desarrollando por medio de su Unidad de Inteligencia⁵⁶, que actualmente forma parte de la División Anticarteles, las que, estimo, dados los requerimientos mismos de la actividad económica actual, no tendrá otra opción más que ir profundizando.

En dicha línea, resultaría esperable y deseable que la Unidad de Inteligencia pase a constituirse como una unidad de apoyo transversal a toda la FNE, considerando los retos que plantea la economía digital y el ritmo acelerado de los avances en inteligencia artificial. Aunque se entiende que, en su origen, factores de costos y priorización hayan justificado su adscripción principal a la División Anticarteles, estimo que la propia evolución del entorno económico y tecnológico obligará a que su función se expanda y abarque de manera integral a toda la institución. Parece indudable que, próximamente, tanto las actividades de investigación como las de fiscalización requerirán la integración progresiva de herramientas y metodologías digitales y computacionales, constituyéndose en un elemento clave para optimizar y modernizar el funcionamiento integral de la FNE.

II.2.3.2. *Interlockings*

La prohibición del *interlocking* o de la participación simultánea de directores o ejecutivos relevantes en empresas competidoras, había sido una de las grandes novedades de la reforma del año 2016, al punto de introducir un nuevo literal (la letra d) al inciso segundo del artículo 3 del DL 211.

La norma en cuestión presenta dificultades en lo referente a su fiscalización, en alguna medida asimilables a los relatos para el 4 bis, sobre todo teniendo presente que, salvo en el caso de sociedades anónimas abiertas o sociedades fiscalizadas por la Comisión para el Mercado Financiero, en la mayoría de los casos la composición de los directorios de las empresas o los nombres de quienes ejercen cargos ejecutivos relevantes no constan, al menos exhaustivamente, en fuentes públicas.

⁵⁵ Estudio sobre “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras”, elaborado por la División de Fusiones y Estudios de la FNE y publicado en noviembre de 2013.

⁵⁶ Al respecto, Riesco ha señalado que “En una economía creciente digital, no cabe duda de que el adecuado manejo de la ciencia de datos y la tecnología de la información va a jugar un rol fundamental en la detección, investigación, persecución y sanción de toda clase de infracciones a la libre competencia. Por el momento, la Unidad de Inteligencia de la FNE tiene por objetivo inicial mejorar las técnicas investigativas y los mecanismos de detección de carteles, lo que incluye la preparación y ejecución de medidas intrusivas y el desarrollo de inteligencia en base a fuentes abiertas, públicas”. Riesco, op. cit., p. 18.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

Excede con creces el objeto del presente ensayo el relatar el proceso de cómo se llegaron a presentar los dos primeros casos de *interlocking* en la historia de la libre competencia en nuestro país, todo lo cual podría ser materia de un artículo en sí mismo. Sin embargo, sí quisiera destacar que, al igual que en el caso del 4 bis, la FNE dio una señal concreta de su voluntad de perseguir activamente todas las distintas infracciones a la libre competencia sancionadas por nuestra legislación.

En el caso particular de los *interlocking*, la FNE ha acentuado⁵⁷ que la persecución activa de los mismos resulta de particular relevancia, dados los riesgos intrínsecos a dicha clase de estructuras. Esto justificó su inclusión en nuestra legislación como una infracción per se, según da cuenta la historia de la Ley N°20.945⁵⁸.

Así, la DFC ha presentado hasta el momento las siguientes acciones vinculadas a *Interlockings*:

1. Requerimiento de la FNE contra Juan José Hurtado Vicuña, Consorcio Financiero S.A. y Larraín Vial SpA, al constatar que el primero ostentaba simultáneamente el cargo de director en las empresas referidas⁵⁹.
2. Requerimiento de la FNE en contra de Hernán Büchi Buc, Banco de Chile, Consorcio Financiero S.A. y Falabella S.A, por desempeñar el señor Büchi de forma simultánea el cargo de director y/o ejecutivo relevante en las empresas señaladas⁶⁰; y,
3. Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica, Cencosud S.A., Asesorías Alpa Limitada y Manfred Paulmann Koepfer, al constatare que el señor Paulmann, en su calidad de administrador y titular del uso de la razón social de Alpa Limitada, desempeñaba además el cargo de director de Cencosud y de ARS, filial de Alpa Limitada⁶¹.

57 En su requerimiento en contra de Juan José Hurtado Vicuña, Consorcio Financiero S.A. y Larraín Vial SpA, la FNE mencionó que *"la prohibición del interlocking horizontal tiene por objeto evitar los graves riesgos para la libre competencia que genera la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras (...) Entre tales riesgos es posible identificar el flujo de información entre competidores, lo cual podría facilitar un actuar coordinado entre los agentes aún sin acuerdo explícito; o incluso más, la configuración de prácticas concertadas o acuerdos colusorios, además de la posibilidad de que los desvíos sean identificados y corregidos de mejor modo"*. Requerimiento de la FNE contra Juan José Hurtado y otros, de fecha 27 de diciembre de 2021, autos rol C-437-2021, p. 8. Asimismo, en su requerimiento en contra de Hernán Büchi, Banco de Chile y Consorcio Financiero S.A., la FNE expuso que *"debido a la propia naturaleza del interlocking horizontal, que implica la participación de una persona en dos o más empresas competidoras, la regulación vigente busca evitar la generación de los riesgos derivados de tal situación, mediante una prohibición absoluta de esta figura. En otras palabras, la simple concretización del riesgo para la libre competencia, derivada de la mera participación simultánea en dos o más empresas competidoras, basta para materializar y sancionar la infracción"*. Requerimiento de la FNE en contra de Hernán A. Büchi Buc y otros, de fecha 27 de diciembre de 2021, autos rol C-436-2021, p. 20.

58 Por ejemplo, el Ministro de Economía durante la tramitación de la Ley N° 20.945 indicó lo siguiente: *"(...) el hecho de que una persona se desempeñe simultáneamente como ejecutivo o director de dos o más empresas competidoras representa un riesgo serio de colusión, por lo que la legislación debe prohibirlo a fin de evitarlo"*, Historia de la Ley N°20.945, p. 186, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>. Asimismo, Jorge Grunberg, en su rol de asesor del Ministerio de Economía, declaró *"que esta práctica es una violación flagrante a la libre competencia, porque el director o ejecutivo en cuestión accede, en virtud de su cargo, a información relevante para la competencia y tendrá la tendencia natural a optar por cursos de acción que coordinen el comportamiento de los competidores involucrados"*, Historia de la Ley N°20.945, p. 533, ibid.

59 Requerimiento de la FNE contra Juan José Hurtado y otros, de fecha 27 de diciembre de 2012, autos rol C-437-2021. El requerimiento fue acogido mediante la Sentencia N° 203-25 del TDLC, que condenó a Banco de Chile y Consorcio Financiero S.A. al pago de multas. A la fecha de redacción de este documento, el proceso se encuentra siendo revisado por la Corte Suprema.

60 Requerimiento de la FNE en contra de Hernán A. Büchi Buc y otros, de fecha 27 de diciembre de 2021, autos rol C-436-2021. El requerimiento fue acogido mediante la Sentencia N° 202-25 del TDLC, que condenó a Larraín Vial SpA, Consorcio Financiero S.A. y Juan Hurtado Vicuña al pago de multas. A la fecha de redacción de este documento, el proceso se encuentra siendo revisado por la Corte Suprema.

61 Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Cencosud S.A. y otros, de fecha 21 de octubre de 2024, autos rol AE-34-24. En el marco del acuerdo, Cencosud, Alpa Limitada y Manfred Paulmann se comprometieron a realizar pagos de una suma a beneficio fiscal de 1.090 UTA, 351 UTA y 62,6 UTA, respectivamente. Adicionalmente, asumieron la obligación de implementar medidas destinadas a prevenir futuras infracciones al artículo 3° inciso segundo letra d) del DL 211.

En relación al requerimiento individualizado en el numeral i. anterior, este fue acogido por parte del TDLC en la Sentencia N° 202-25, que condenó a Larraín Vial SpA, Consorcio Financiero S.A. y Juan Hurtado Vicuña al pago de una multa de 1.889 UTA, 1.148 UTA y 80 UA, respectivamente. Dicha sentencia fue reclamada ante la Corte Suprema que, a la fecha de redacción de este artículo, aún se encuentra revisando el caso (rol 21435-2025).

Con respecto al requerimiento individualizado en el numeral ii. anterior, cabe señalar que el 4 de noviembre de 2022, el TDLC aprobó el acuerdo conciliatorio entre la FNE y Falabella, mediante el cual esta última se comprometió a tomar medidas para reforzar sus programas de cumplimiento en materia de libre competencia, así como a pagar una suma de 1.700 UTA a beneficio fiscal y a asegurar que no contratará a Hernán Büchi como asesor o en otra posición que fuere asimilable a la de un ejecutivo relevante⁶². Asimismo, el 16 de noviembre de 2022, el TDLC aprobó la conciliación entre la FNE y Hernán Büchi, a través de la cual este último se comprometió a renunciar a su cargo de director en Falabella y a pagar una suma de 250 UTA a beneficio fiscal⁶³. Por otro lado, en lo que respecta a Banco de Chile y Consorcio Financiero S.A. (que no llegaron a conciliación), la Sentencia N° 203-25 del TDLC las condenó a pagar una multa de 4.000 UTA y 2.000 UTA, respectivamente. Al igual que la causa anterior, esta sentencia fue reclamada ante la Corte Suprema que, a la fecha de redacción de este artículo, aún se encuentra revisando el caso (rol 29850-25).

III.2.4. Otras acciones

Finalmente, creo relevante comentar otras dos líneas de acción de la DFC. Primero, la persecución activa de las infracciones contempladas en el artículo 3 bis del DL 211, destinadas a resguardar el procedimiento de notificación obligatoria de operaciones de concentración. En particular, los dos requerimientos⁶⁴ que se presentaron por entrega de información falsa en el marco del procedimiento de notificación de operaciones de concentración de la FNE, que, sin perjuicio de haber generado debate en la comunidad de libre competencia, lograron relevar el punto de la importancia que tiene para la Fiscalía que se le entregue efectivamente toda la información requerida en el DL 211 y el Reglamento N°33 del Ministerio de Economía.

Una buena explicación de lo anterior se encuentra en el ensayo “Control de operaciones de concentración en Chile: Desafíos y respuestas de un régimen en sus inicios”, de Francisca Levin, en donde se expone que

“El principio de colaboración que caracteriza al sistema de control previo, a la luz de la premura que el legislador impone a la FNE en la decisión de las notificaciones que se le presentan, vuelven imprescindible que exista certeza respecto a la veracidad de la información entregada al notificar⁶⁵.

En este sentido, se ha señalado que, dado que la FNE tiene la responsabilidad de garantizar que la evaluación de operaciones de concentración se lleve a cabo con rigor, para lo cual la entrega de información

62 Resolución de aprobación del acuerdo conciliatorio alcanzado entre la FNE y Falabella, cons. segundo.

63 Resolución de aprobación del acuerdo conciliatorio alcanzado entre la FNE y Hernán Büchi, cons. segundo y tercero.

64 Requerimiento de la FNE contra The Walt Disney Company y otra, de fecha 10 de septiembre de 2023, autos rol C-404-2020 y Requerimiento de la FNE en contra de Cadena Comercial Andina SpA, de fecha 27 de diciembre de 2022, autos rol C-475-2022.

65 Levin, Francisca. “Control de operaciones de concentración en Chile: Desafíos y respuestas de un régimen en sus inicios” CentroCompetencia UAI, 2024, p. 180. Disponible en <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2024/10/Control-de-operaciones-de-concentracion-en-Chile-Desafios-y-respuestas-de-un-regimen-en-sus-incios.pdf>, p. 47.

falsa o incompleta representa un obstáculo significativo⁶⁶. Adicionalmente, este enfoque de la FNE no es exclusivo de Chile, sino que responde a una tendencia global en la que las autoridades de competencia de diversas jurisdicciones han intensificado la persecución de infracciones relacionadas con la entrega de información falsa en el marco del control de fusiones⁶⁷, con el propósito de asegurar su efectividad y reforzar la transparencia y confiabilidad del procedimiento.

El pronunciamiento tanto del TDLC como de la Corte Suprema en el caso contra The Walt Disney Company, al confirmar la interpretación de la FNE sobre el alcance del concepto de información falsa, demuestra que ambas instancias reconocieron la importancia atribuida por la FNE a esta acción⁶⁸.

Segundo, creo importante mencionar el proceso de consulta pública para actualizar la “Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” de la FNE, de 2012, iniciado en septiembre de 2022⁶⁹, con el objeto de actualizarla incorporando los avances jurisprudenciales y doctrinarios que han ido ocurriendo con los años. Al respecto, se recibieron comentarios de múltiples actores y, al momento de escribir este ensayo, la autoridad se encontraba elaborando la nueva versión del documento.

La radicación de dicho proceso de actualización en la DFC tuvo una doble lógica, por un lado, porque esta es justamente la División encargada en general del cumplimiento normativo en libre competencia y, por otro, porque dentro de las medidas que están en el marco de fiscalización de la DFC está justamente “...la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la “Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia (...) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica (...)”⁷⁰”. Estos programas de cumplimiento son los que, desde el año 2015, el TDLC ha impuesto como medida adicional a prácticamente todas las empresas que ha condenado por colusión.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES EN BASE A LA EXPERIENCIA DE FORMAR UNA DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN

Tal como se adelantó, a partir de la experiencia de haber formado y dirigido la DFC, me gustaría, en un estilo más bien libre, realizar dos reflexiones independientes. La primera, respecto a ciertos problemas de eficacia y eficiencia en la fiscalización que surgen en el sistema chileno y la segunda, respecto de la conveniencia de que las agencias de competencia cuenten con una orgánica especializada en fiscalización.

IV.1. Algunos problemas de eficacia y eficiencia en la fiscalización

El tema particular que quiero tratar en este ensayo con respecto a la eficacia y eficiencia es uno acotado, pero, en mi parecer, no por ello menos relevante y que parte de la base de una constatación de hecho (o

66 Ibid. pp. 46-47.

67 Ibid., p. 46.

68 Entendiendo como información falsa el no aportar antecedentes en poder de una parte en el marco de una notificación de operación de concentración. TDLC, sentencia N°190/2024, de fecha 27 de febrero de 2024 y Corte Suprema, sentencia dictada en autos rol N°11.714-2024, de fecha 6 de junio de 2025.

69 <https://www.fne.gob.cl/fne-inicia-consulta-publica-sobre-guia-de-programas-de-cumplimiento/>.

70 Véase, a modo ejemplar, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2020), rol C N°321-17, considerando 225. Ello ha sido así en las siguientes sentencias: (i) N°145/2015, caso “Ginecólogos del Nuble”; (ii) N°148/2015, caso “Asfaltos”; (iii) N°160/2017, caso “Papeles”; (iv) N°165/2018, caso “Ampollas”; (v) N°167/2019, caso “Supermercados”; (vi) N°171/2019, caso “Navieras”; (vii) N°172/2020, caso “Sueros”; y (viii) N°179/2022, caso “Aviones cisterna”.

percepción) personal, la que, no obstante, tiene sustento teórico y se ve reflejada en la jurisprudencia y praxis del TDLC: muchas veces, o, al menos, las suficientes veces para constituir un problema a ser tratado orgánicamente, las medidas dejan espacio a la interpretación o, al menos, conllevan desafíos y/o problemas en su aplicación práctica, que con frecuencia impiden su mera transmisión mecánica o automática a la situación de hecho que pretenden regular.

Para tratar este asunto, acotaré la discusión a los siguientes supuestos o restricciones. Primero, entenderé como cumplimiento eficaz la máxima aplicación práctica de la finalidad u objetivos de la medida⁷¹ y que, consecuentemente, maximiza la protección de la libre competencia y como cumplimiento eficiente, la consecución de dicho fin al menor costo posible.

El segundo supuesto consiste en considerar al derecho de la competencia como esencialmente regulatorio (tal como ya se explicó en una sección anterior). Esto a su vez implica reconocer que el *leit motiv* fundamental de los procedimientos de *enforcement* de cumplimiento debiera ser la consecución más eficaz y eficiente del fin sustantivo de resguardo de la competencia en los mercados, debiendo diseñarse o adaptarse estos en forma instrumental a dicho fin.

Tercero, me propongo explícitamente “jugar” en el marco del rayado de cancha institucional actualmente vigente. Esto es, identificar qué problemas produce y cómo podrían eventualmente solucionarse, con el diseño institucional y herramientas legales existentes. De dicha forma, excluyo intencionalmente de este artículo el tratamiento de potenciales reformas legales, ni menos pretendo con esto abrir un debate respecto de la orgánica general del sistema en la línea de lo que ha sido expuesto en otros trabajos⁷², cuestión que excedería el alcance del presente ensayo.

IV.1.1. Sobre la interpretación y aplicación de las medidas en el marco del diseño institucional chileno

En un área del derecho esencialmente funcional o finalista, que reniega del formalismo jurídico⁷³ y cuya estructura legislativa es una de normas abiertas, que per se requieren concreción por parte del juez⁷⁴, no resulta extraño que las medidas que pueda decretar el mismo también respondan a esa misma lógica finalista. De hecho, la doctrina vigente del TDLC sobre la aplicación de las medidas privilegia el sentido u objetivo de estas, por sobre su tenor literal:

“(...) En este sentido, la interpretación adecuada de las medidas se rige por el antiguo aforismo de que conviene atender al sentido de la norma (“sensum”) más que a las palabras (“non

71 De acuerdo a Arancibia, op. cit., p. 132: “La eficacia del órgano administrativo consiste en su aptitud para satisfacer oportunamente la necesidad pública que tiene a su cargo. Se evalúa, por tanto, en relación al fin y no los medios”.

72 Véase, por ejemplo, Ignacio Peralta Fierro, “Una Superintendencia de Competencia para Chile”, Investigaciones CeCo (agosto 2023). <https://centrocompetencia.com/superintendencia-competencia-para-chile/>.

73 Véase, por ejemplo, Caso American Needle, Inc. V. National Football League, 130 S. Ct. 2201, 2010 WL 2025207 (24/5/2010), donde se indica que “la cuestión relevante a dilucidar es una de substancia y no de forma, en cuanto a que no se trata de saber si las supuestas partes de un contrato, combinación o conspiración son parte de una única entidad o aparecen como una o como múltiples empresas en sentido abstracto...”. Sobre un desarrollo de este tema, véase, Herbert Hovenkamp y Christopher R. Leslie, “The Firm as Cartel Manager”, Vanderbilt Law Review, Vol. 64, No. 3.

74 Montt, op. cit, p. 1: “En materia de competencia, tenemos una verdadera rareza en términos de diseño institucional. El encargado de resolver los conflictos relativos a la protección de la competencia es un tribunal integrado por economistas y abogados, que aplica básicamente una sola disposición legal —el artículo 3 del DL 211—, la que no dice nada o muy poco¹, y que, además, no se interpreta conforme a los artículos 19 y siguientes del código civil y la RAE, sino que de acuerdo a los dictados de la economía en general y de la organización industrial en particular”.

verbum”), ya recogido por Ulpiano en el Digesto 34.4.3.9. Por consiguiente, para efectos de determinar el sentido de las medidas impuestas por este Tribunal – y de esa forma, dilucidar si el agente económico dio cumplimiento a las mismas – no solo debe recurrirse a lo literal de las palabras (perspectiva formal o semántica), sino también a la finalidad económica o al propósito de dicha medida respecto del hecho, acto o convención revisado (perspectiva teleológica o funcional)”⁷⁵.

Lo anterior tiene lógica desde la tesis misma que sustenta este ensayo: si el objetivo del sistema (y de las medidas) es uno sustantivo de protección de la competencia, estas deben interpretarse y aplicarse de la forma más afín a dicha finalidad.

En dicha línea, el mismo TDLC ha reconocido que incluso pueden admitirse diversas formas de cumplir con una medida, con tal que cumplan con la finalidad u objetivo de la misma⁷⁶. Lo anterior implica que, al menos en algún aspecto, las medidas son esencialmente interpretables o moldeables para la consecución de dicho fin.

La realidad anterior no es algo único de la libre competencia. Por el contrario, hoy se reconoce generalmente, que la aplicación misma de la ley, en un razonamiento perfectamente analógico a la aplicación de medidas, rara vez es automática o mecánica. Streeter ha explicado lo anterior de muy buena forma:

“El paso de la generalidad de la regla a la particularidad de su aplicación, aquí y ahora, a estas personas y no a otras, respecto de cierta conducta, puede estar marcado por cierto halo de incertidumbre, de indeterminación, de duda.

Quienquiera se haya ocupado realmente de la práctica del arte del derecho, de procurar conocer qué es lo justo de cada uno en una situación de conflicto, por buena experiencia propia sabe que esa incertidumbre, esa indeterminación, esa duda, le han acompañado una y otra vez en su contacto con la realidad de lo jurídico”⁷⁷.

De la misma forma, el destinatario de la medida, tanto en su faz de encargado público de hacerla cumplir, como en su cara de destinatario privado de la misma, puede experimentar los mismos desafíos de interpretación y/o aplicación⁷⁸. Ello, sin perjuicio de la ocurrencia de otro tipo de situaciones, como alteraciones en las circunstancias de hecho que se tuvieron en vista al momento de ordenar la medida,

75 Sentencia N°147/2015, cons. 10. Este mismo criterio fue confirmado por el mismo TDLC en la Resolución N°64/2021, parte considerativa, párrafo 10; y en la Resolución N°70/2022, parte considerativa, párrafo 7.

76 Sentencia N°147/2015: “Sexagésimo sexto. Que atendida la generalidad de la Condición Segunda N°1 de la Resolución N°43/2012, este Tribunal admitirá como legítimas todas aquellas formas de cumplimiento que, respetando el tenor literal de la referida medida de mitigación, sean aptas para la consecución de su finalidad, esto es, mantener niveles de precios equivalentes a los existentes en las localidades competitivas más cercanas, a fin de evitar la fijación de precios supracompetitivos en los supermercados ubicados en localidades que dejaron de ser competitivas después de perfeccionada la fusión”.

77 Jorge Streeter, “Ciencia del Derecho”, Estudios Públicos, 86 (marzo 2002), p. 294. Explica dicho autor que la “[...] relación entre ley, hecho y juicio se mienta habitualmente como una inferencia que va desde premisas legales y de hecho hacia una conclusión necesaria que constituiría el juicio o decisión del asunto controvertido”. Pero que, no obstante, hay “[...] contiendas en que el razonamiento deductivo no puede ser aplicado, sin más, para determinar la adecuada consecuencia de una disposición legal”. De acuerdo con el autor, no pueden obviarse los casos, en que “[...] las reglas son equívocas, en que el razonamiento, por correcto que fuere, no permite inferir una conclusión única, sino que es preciso adoptar decisiones [...]”, *ibid.*, p. 293

78 Al respecto, el clásico trabajo de Rubin indica, respecto de la implementación de la ley: “Es importante reconocer que la implementación es una tarea compleja que involucra a una serie de mecanismos”, traducción libre, “it is important to recognize that implementation is a complex task, generally involving a range of mechanisms”, Edward L. Rubin, “Law and Legislation in the Administrative State” Columbia Law Review, Vol. 89, No. 3 (Apr., 1989), pp. 369-426.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

que pueden requerir adaptaciones de esta o, incluso, poner en duda su vigencia o su aplicabilidad a las nuevas circunstancias fácticas.

Los ejemplos reales de dichos problemas de interpretación y/o aplicación son múltiples. Solo por citar algunos, en un extremo, se puede mencionar, la radical diferencia de entendimiento entre la FNE y la empresa Transbank, respecto de la aplicación de las medidas ordenadas por la Excm. Corte Suprema en la sentencia rol N°82.422-2021, de agosto 2022. Esta sentencia abordó varios elementos del sistema tarifario de Transbank, como por ejemplo, si la empresa podía o no aplicar descuentos del tipo *meeting competition*, lo que en opinión de la FNE estaba vedado y la empresa alegó que sí podría aplicar cumpliéndose determinadas condiciones⁷⁹.

Otros ejemplos de lo que venimos relatando son el recurso de aclaración, rectificación y enmienda presentado por Walmart Chile S.A. en los autos Rol N°C-304-2016, respecto de ciertos elementos de su programa de cumplimiento, en particular, sobre el carácter de externo de su oficial de cumplimiento⁸⁰, o el mismo tipo de recurso presentado por la Junta de Aeronáutica Civil en los autos NC-388-2011m sobre el alcance temporal de una medida de mitigación impuesta a propósito de una operación de concentración⁸¹.

La realidad anterior, esto es, medidas que, muchas veces requieren de interpretación o, al menos de cierta adaptación o flexibilidad para su mejor aplicación y consecuente consecución de su finalidad de orden público, situadas en un contexto de un sistema de cumplimiento esencialmente judicial, es una conjunción que, en mi opinión, puede generar problemas tanto desde la perspectiva pública, como la privada.

En efecto, el diseño institucional chileno dual o bifurcado⁸², que incluye una agencia independiente y un tribunal especializado, si bien tiene virtudes, tal como se ha argumentado⁸³, presenta desafíos al momento de obtener el cumplimiento más efectivo de las medidas.

En mi parecer, dicha problemática viene dada porque, en última instancia, el único órgano que tiene

79 Según Transbank, estos descuentos se podrían aplicar para igualar las tarifas de la competencia, siempre que se cumpla con lo siguiente "(i) sólo puede ejercerse el derecho para retener clientes y no para atraer nuevos; (ii) dicho cliente debe manifestar a Transbank que posee una oferta alternativa a un MD inferior que el cobrado por la Compañía en ese momento, y que implique por tanto un MA inferior al vigente de Transbank; (iii) la Compañía no podrá solicitar al cliente el acceso o copia a la oferta de ese competidor; (iv) el cliente deberá comprometerse a guardar la cotización del competidor por al menos un año, para entregarla a la FNE en caso de requerirla ésta; (v) no existirán cláusulas inglesas en los contratos de afiliación que obliguen al cliente a otorgar a Transbank el derecho de igualar la oferta de su competidor antes de poder aceptar esta última; y, (vi) Transbank notificará a la FNE en un plazo de 10 días hábiles cada vez que ejerza esta facultad, entregándole toda la información relevante para su adecuado análisis". Presentación de Transbank S.A. de fecha 16 de mayo de 2023, folio 8, en la causa Rol N°NC-521-2023 "Consulta de Transbank S.A. sobre su nuevo sistema tarifario para la determinación del margen adquirente".

80 El recurso interpuesto buscaba aclarar si acaso el carácter de "externo" que debía tener el Oficial de Cumplimiento a cargo de programa impuesto por la Sentencia N°167/2019, podía ser satisfecho mediante el nombramiento de alguien con independencia funcional respecto de los equipos comerciales de la empresa y la administración local (p.ej. que reporte directamente a la matriz) y que sea alguien que no haya trabajado antes en los mismos equipos comerciales y la administración. Lo anterior, por contraposición a comprenderlo como alguien completamente ajeno a la empresa. Véase: Escrito de folio 14.709 en la causa rol N°C-304-2016, "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras".

81 La Junta de Aeronáutica Civil quería saber si una de las medidas impuestas por el TDLC en su resolución Resolución N°37/2011 era aplicable también a las 23 licitaciones adjudicadas a Latam para operar frecuencias aéreas restringidas a asignarse a compañías chilenas, durante el tiempo que medió entre la presentación del recurso de reclamación y su resolución por la Corte Suprema. Véase solicitud de folio 3137 en la causa rol N° NC-388-2011, "Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.".

82 "The 2003 reform enabled the creation of a bifurcated model, having on the one hand the NEPO, a specialized competition investigative body filing claims, and on the other, the Competition Tribunal, a specialized competition law court which decides the claims and lawsuits brought for its decision". Francisco Agüero y Santiago Montt, "Chile: The Competition Law System and the Country's norms", (En: Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock, "The Design Of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices 149-185, eds., 2013), p. 153.

83 Según detalla Felipe Irarrázabal, el diseño del sistema actual chileno habría generado como resultado "un alto estándar técnico en las decisiones, que se refleja no sólo en la separación de funciones entre el TDLC y la FNE, sino también en la existencia de un tribunal especializado, del alto profesionalismo que ha alcanzado el staff de la agencia y las mayores atribuciones que se le han otorgado para cumplir su labor de promoción y defensa" agregando que dicho sistema "se soporta sobre las garantías de debido proceso -administrativo, judicial y orgánico- y de respeto a principios jurídicos esenciales del sistema chileno que entrega la Corte Suprema". Véase: Felipe Irarrázabal, "El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia", 2010, p. 8.

facultades decisorias sobre el correcto entendimiento o cumplimiento de una medida, el TDLC, es, procedimentalmente y en su práctica diaria, un órgano que funciona bajo una lógica judicial neta. Si bien es bastante pacífico que el TDLC tiene facultades jurisdiccionales y administrativas o ejecutivas⁸⁴, es un Tribunal y normativamente ejerce todas sus facultades bajo procedimientos reglados que responden a la lógica de un tribunal de justicia⁸⁵.

Lo anterior implica que solo se puede obtener certeza respecto del contenido de una medida o aclarar dudas respecto de su aplicación a casos concretos, mediante la única forma que tienen las partes para interactuar con un tribunal, esto es, la presentación de solicitudes formales o de recursos.

IV.1.2. Problemática desde la perspectiva pública

Lo previamente expuesto, en mi opinión, no deja de ser complejo desde la perspectiva del órgano público encargado de velar por el cumplimiento de dichas medidas. En efecto, si bien el artículo 39, letra d) del DL 211 confiere a la FNE ampliamente la facultad de velar “[...] por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a que se refiere el Título IV de esta ley, así como de los fallos y decisiones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley”, por diseño institucional, la FNE no puede disponer autónomamente medidas u órdenes, del tipo que sean, para instar a las partes a cumplir con una medida o, incluso, colaborar con el mejor cumplimiento de las mismas mediante (como lo sería, por ejemplo, una interpretación administrativa vinculante sobre el sentido de una medida). Por el contrario, previa investigación, legalmente la FNE solo dispone de tres opciones:

1. Presentar un requerimiento ante el TDLC solicitando el cumplimiento de las medidas;
2. Pedir al TDLC iniciar un procedimiento de cumplimiento incidental, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aplicables en la especie por lo dispuesto en el artículo 29 del DL 211; y,
3. Previo acuerdo con las partes involucradas, arribar a un acuerdo extrajudicial en conformidad al artículo 39 letra ñ) del DL 211 y someterlo a aprobación del TDLC.

Si bien dicho diseño institucional, como se expuso, tiene su razón de ser y las tres opciones referidas son herramientas útiles en distintas circunstancias, el punto que quiero hacer acá es que no son, en estricto rigor, procedimientos diseñados para el cumplimiento, sino que para hacerse cargo de casos de incumplimiento.

La presentación de un requerimiento por incumplimiento es un muy buen ejemplo de lo anterior. Si bien ello se justifica plenamente desde una perspectiva disuasoria, entendiendo a la multa como un elemento que genera justamente mayor cumplimiento, tiene, no obstante, evidentes problemas desde un punto de vista

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Francisco Agüero y Santiago Montt, op. cit. p.156.; Javier Vellozo y Daniela González, “Reflexiones en torno a algunas facultades extra jurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, (ed.), La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 47; Domingo Valdés, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, p. 589.

⁸⁵ Esto se vio confirmado, por ejemplo, a propósito del recurso de reclamación interpuesto por WOM en contra de una resolución del TDLC que aclaraba el alcance de una Resolución de Término previa del mismo tribunal, en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, (ed.), La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 47; Domingo Valdés, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, p. 589.

de eficiencia por su naturaleza propia de procedimiento contencioso jurisdiccional.

En dicho sentido, es evidente que cualquier autoridad debe presentar una demanda o requerimiento cuando existe una pretensión sancionatoria involucrada, esto es, en presencia de incumplimientos patentes y graves que ameriten una sanción de modo que esta actúe como un disuasivo futuro. Sin embargo, es fácilmente entendible que, si lo que se quiere privilegiar es el cumplimiento de una medida de la forma más eficaz y eficiente posible para que no se afecte la libre competencia, la persecución de un procedimiento contencioso de lato conocimiento, por objetivo y/o diseño, dista de ser el procedimiento ideal para ello. En efecto, al menos, la medida no se cumplirá durante todo el tiempo de tramitación del procedimiento, con los consecuentes efectos negativos que ello implica.

Lo mismo puede predicarse, aunque en menor medida y con matices, del procedimiento de cumplimiento incidental y de los acuerdos extrajudiciales.

En lo que respecta al procedimiento de cumplimiento incidental, su diseño responde más bien a un procedimiento destinado al cumplimiento lineal de medidas o sanciones⁸⁶, especialmente multas, y en el que no existe propiamente un espacio para aclarar dudas de interpretación o resolver problemas de aplicación, más allá de que eventualmente el Tribunal pueda tratar tangencialmente alguno de esos temas al fallar las excepciones que puedan interponer las partes. Asimismo, en algunos casos, los cumplimientos incidentales se han extendido por un período no menor⁸⁷. Por lo demás, la jurisprudencia del TDLC no es clara en cuanto a su procedencia para el cumplimiento de resoluciones que resuelven los problemas no contenciosos, siendo incluso contradictoria con la jurisprudencia de la Corte Suprema⁸⁸.

Por último, estimo que, si bien los acuerdos extrajudiciales sí pueden ser una herramienta interesante para propender a la maximización del cumplimiento de medidas, según se expondrá más adelante, cabe hacer presente que los mismos tampoco son, en estricto rigor, una instancia diseñada para aclarar dudas o resolver problemas de aplicación, sino que suponen una investigación previa por potenciales ilícitos anticompetitivos, con los consecuentes tiempos de duración involucrados.

IV.1.3. Desde la perspectiva privada

Desde la perspectiva privada, la contracara de lo expuesto se traduce en que nuestro sistema de cumplimiento actual no contempla las instancias adecuadas para resolver legítimas dudas que los agentes económicos puedan tener sobre la forma en que deben cumplirse las medidas.

Si bien los particulares pueden acercarse voluntariamente y de buena fe a la FNE a plantear dudas o

86 Según explican Gonzalo Cortez Matcovich y Diego Palomo Vélez: “*si se solicita la ejecución de una sentencia ante el tribunal que la dictó, dentro de un plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, y no habiéndose dispuesto una forma especial de ejecución, debe sujetarse su cumplimiento a las reglas que establece el Código de Procedimiento Civil en los artículos 233 y siguientes, esto es, al denominado cumplimiento incidental*”. Gonzalo Cortez Matcovich y Diego Palomo Vélez, “Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes”, Thomson Reuters, 2018, p. 274.

87 Véase, por ejemplo, los autos rol C-323-2017, Demanda Banco BICE contra Banco Estado.

88 Véase, por ejemplo, el recurso de queja interpuesto por la FNE, Rol CS Civil 141301-2022, en contra de los ministros del TDLC por rechazar el cumplimiento incidental de una resolución de término en un procedimiento no contencioso. En dicho caso, la Corte Suprema señaló que sí era procedente el procedimiento de cumplimiento incidental para la ejecución de resoluciones de término, siempre y cuando en estas últimas se establezcan obligaciones de dar, hacer o no hacer específicas. CentroCompetencia, “La última arista de la Consulta de Transbank I: Corte Suprema rechaza recurso de queja de la FNE”, Actualidad CeCo (julio 2024), <https://centrocompetencia.com/la-ultima-arista-de-la-consulta-transbank-corte-suprema-rechaza-recurso-de-queja-de-la-fne/>.

preguntas sobre la interpretación de las medidas o su aplicación práctica, con la intención real de cumplir con la misma y muchas veces lo hacen, dicha dinámica tiene un problema de fondo no menor: por diseño institucional, la FNE solo tiene un rol persecutor y no tiene facultades para decidir, por sí misma, cómo debe interpretarse una orden del TDLC o de la Corte Suprema.

En dicho sentido, si bien la FNE, de así estimarlo procedente y conveniente, puede dar orientaciones o incluso opiniones, lo cierto es que las mismas, si bien tienen valor por provenir de uno de los órganos encargados de proteger la libre competencia en nuestra legislación, no pueden proporcionar la seguridad jurídica o certeza que muchas veces las empresas requieren. En efecto, resulta claro que, aunque la FNE proporcionare una determinada opinión o interpretación, por diseño institucional, no puede garantizar que la misma sea compartida por el TDLC o la Corte Suprema.

Aún más, si bien la FNE puede legítimamente decidir no interponer una acción referida a una determinada forma de cumplimiento de una medida, por estimarla adecuada o neutra desde un punto de vista de cumplimiento, lo cierto es que un tercero, con los más diversos intereses, siempre puede demandar que la misma se incumplió ante el TDLC. Al respecto, el TDLC ha conocido casos de demandas de incumplimiento de medidas interpuestas por privados⁸⁹.

Finalmente, en este punto, si bien la certeza jurídica a la que me he referido podría obtenerse mediante la interposición de un recurso de aclaración, rectificación y enmienda⁹⁰ (y, de hecho, sobre el mismo me referiré con algo más de detalle más adelante), este implica exponer públicamente la problemática de interpretación o aplicación práctica que aqueja al agente económico en cuestión, lo que en sí mismo puede resultar un desincentivo para algunas empresas y, asimismo, causar el involucramiento de terceros a discutir sobre la petición, los que también pueden tener intereses comerciales o privados que difieren del mejor cumplimiento de la medida desde el punto de vista competitivo, cuestión que también puede desincentivar su uso⁹¹.

IV.1.4. Algunas propuestas para tender a solucionar los problemas expuestos

Bajo las reglas del juego de la institucionalidad actual en que he propuesto situar esta discusión, estimo que existen acciones que se pueden adoptar para lograr un cumplimiento más eficaz y eficiente de las medidas de competencia.

4.1.4.1. Aspectos de diseño de la medida

La principal se refiere al diseño de las medidas por parte del TDLC. En dicho sentido, el TDLC podría tomar en especial consideración la eficacia y cumplimiento de una medida al momento de su diseño. Al respecto, ya es jurisprudencia asentada del TDLC que las medidas deben ser: (i) proporcionales a los riesgos que

89 Véase, por ejemplo, entre otras: Demanda de Comercial CL Ltda y otras contra Empresa Nacional de Energía Enx S.A., autos rol C-517-2024; Demanda de Cervecería Chile S.A. en contra de Compañía Cervecerías Unidas S.A., autos rol C-487-2023; y, Demandas de Fedeleche contra Watts S.A., Soprole S.A. y Nestlé Chile S.A. (roles C-407-2020, C-398-2020 y C-397-2020).

90 Artículo 182 del Código de Procedimiento Civil: “Notificada una sentencia definitiva o interlocutoria a alguna de las partes, no podrá el tribunal que la dictó alterarla o modificarla en manera alguna. Podrá, sin embargo, a solicitud de parte, aclarar los puntos oscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia”.

91 Así, por ejemplo, el ya mencionado recurso de aclaración, rectificación y enmienda presentada por la Junta Aeronáutica Civil a folio 3137 en la causa rol NC-388-2011, “Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.”, generó la comparecencia de la empresa Jet Smart Airlines SpA (folio 3216), generándose una discusión con Latam Airlines SpA, la obligada por la media.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

pretenden evitar; (ii) materialmente aplicables y/o ejecutables; (iii) eficaces, siendo un verdadero contrapeso a los referidos riesgos; y, (iv) susceptibles de fiscalización y monitoreo independiente y efectivo⁹².

Pues bien; ¿cómo se podrían incrementar dichas características en la práctica, en lo referido a lo de ser materialmente aplicable y/o ejecutable?

Más allá del seguimiento de las recomendaciones generales existentes sobre buenas prácticas en el diseño o formulación de medidas⁹³, en mi opinión, una forma de abordar el problema en cuestión es darle mayor relevancia y contenido a la facultad legal de la FNE del artículo 39, letra d) del DL 211, de velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones y de los fallos y decisiones del TDLC y otros tribunales, la que, puede concebirse como una autorización legal genérica.

Así, estimo que la relación entre el TDLC y la FNE podría entenderse en términos de lo que académicamente, siguiendo a Edward Rubin, ha sido denominado “transitividad” respecto de la relación ley-reglamento: una disposición legal (o, en este caso, una medida) completamente transitiva detalla la regla específica que tiene que ser aplicada por el implementador, en cambio, una completamente intransitiva se limita a instruir al implementador que desarrolle las reglas⁹⁴. En dicho sentido, Rubin argumenta que *“probablemente no hay algo como una regla totalmente transitiva, por cuanto todas las reglas, sin importar cuán precisas, levantan problemas de interpretación en su aplicación”*⁹⁵.

Y, en dicha línea, se ha agregado que se requieren leyes o reglas no completamente transitivas por cuánto la actual es una sociedad compleja y dinámica de riesgos, que requiere *“respuestas rápidas ante complejos problemas de política pública”*⁹⁶. En consecuencia, el problema del legislador (o de cualquier entidad que emita una regla o medida) es cómo mantener el rol de dirección de la política pública sin perder por ello la capacidad de respuesta a las circunstancias concretas⁹⁷.

Como se ha señalado:

“Alguien, claro está, tendrá que tomar una decisión frente a hechos concretos y la pregunta relevante, en este sentido, es cuánto quiere influir el legislador sobre ella. Como se explicará a continuación, el legislador, sin decir al ejecutor precisamente qué es lo que corresponde realizar, puede influir significativamente sobre esa decisión, estructurando la respectiva ley de manera tal que ésta preserve el grado de flexibilidad necesario para adecuarse a las

92 Véase Resolución N°37/2011, párr. 304; Sentencia N°166/2017, cons. 304 y Sentencia N°182/2022, cons. 173.

93 Véase, por ejemplo, Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), “Guide Antitrust Remedies”, 2021; Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “Merger Remedies Manual”, elaborada por la División Antimonopolio, 2020; y OCDE, “Remedies and commitments in abuse case”, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

94 Véase Rubin, op. cit., p. 381: “Dentro de la categoría de leyes externas, existe una enorme variación en el grado en que el legislador especifica los efectos sobre las partes privadas que desea que produzca el mecanismo de aplicación. Esta variación puede describirse como el grado de transitividad de la ley, es decir, hasta qué punto la directiva legal, tal como la articula el legislador, pretende pasar a través del mecanismo de aplicación primaria y aplicarse a su destinatario final. Si la ley establece la norma precisa que el legislador espera que aplique el mecanismo, es altamente transitiva. Por el contrario, si el estatuto se limita a dar instrucciones al mecanismo para que elabore normas, es totalmente intransitivo: hasta que el mecanismo no actúa, el destinatario último del estatuto no puede saber qué comportamiento exigirá la ley”, traducción libre. Para un desarrollo del concepto de transitividad a nivel nacional, véase, Matías Guilloff Titun, “Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal”, Revista de Derecho, 2012, Vol. XXV, No. 1, p.131.

95 Rubin, op. cit., p. 382.

96 Guilloff, op. cit., p. 130.

97 Ibid.

específicas circunstancias de hecho que se presenten al momento de implementarla”⁹⁸.

El *trade off* involucrado no es menor, por cuanto la completa especificación de la regla o medida puede implicar que, a la larga, atendida la realidad cambiante y dinámica de la sociedad (y los mercados), la misma se torne en completamente inaplicable o inefectiva, impidiendo que cumpla con su función social y su objetivo legal. Al decir de Rubin:

“La última norma, en muchos sentidos la más importante, es que la legislación sea eficaz, que logre el fin para el que fue diseñada”⁹⁹.

Agregando:

“En un Estado moderno y administrativo, la concepción de la equidad es que el gobierno debe tomar medidas positivas para cambiar las condiciones sociales de diversas maneras: para reducir la desigualdad, proteger el medio ambiente, alterar las condiciones del mercado y gestionar la economía. La legislación es el mecanismo mediante el cual se aplican estas normas positivas de justicia; si no podemos legislar eficazmente, no conseguiremos crear un régimen que consideremos justo”¹⁰⁰.

Por otro lado, una delegación absoluta en el implementador puede traer problemas desde que legalmente el rol director de la política pública ha sido otorgado a otra institución¹⁰¹.

¿Cómo “bajar” los conceptos anteriores a la relación entre el TDLC y la FNE en lo que se refiere a las medidas?

Estimo que, en simple, implica que el TDLC, al diseñar la medida, delegue mayores aspectos de autonomía a la FNE, para que esta pueda ejercer su facultad legal amplia de velar por el cumplimiento de la misma. Al respecto, se tiene en cuenta que, si el legislador hubiese querido limitar dicha facultad de cumplimiento, la hubiese limitado y/o regulado en mayor detalle, cuestión que no hizo. En dicho sentido, el TDLC podría enfocarse más bien en el establecimiento de fines u objetivos, dejando un mayor espacio de determinación de los aspectos de aplicación práctica a la FNE, especialmente en situaciones muy dependientes de las

98 Ibid.

99 Rubin, op. cit., p. 410, traducción libre. Agregando: “Esta es la base esencial de una teoría legislativa para el Estado moderno. A diferencia de la doctrina jurídica tradicional, que se ocupa de las limitaciones de la legislación, esta norma se centra en la propia tarea, en las cualidades de excelencia en el diseño de los estatutos modernos. Su importancia se ve subrayada por el grado en que incorpora nuestras otras normas. El control político puede considerarse un aspecto de la eficacia; el objetivo de dicho control no es la afirmación simbólica de superioridad por parte de los legisladores, sino la dirección intencionada de los mecanismos de aplicación para que se cumpla el objetivo estatutario. La equidad también está estrechamente relacionada con la eficacia, aunque no se solapan del todo. Mientras que algunas de nuestras normas de equidad ignoran o incluso se oponen a la eficacia estatutaria, otras la exigen”, ibid., traducción libre.

100 Ibid., traducción libre. En el mismo sentido, Guiloff, op. cit., p. 132-133: “El fundamento de la distinción entre legislación transitiva y no transitiva, cabe recalcarlo, es permitir a la ley cumplir su función social. Ello, considerando que las virtudes de la transitividad tienen un alto costo: el sacrificio de la precisión en el logro de los objetivos que subyacen a la respectiva Ley. En efecto, una mayor determinación en los términos de aplicación de una ley implica un menor margen de acción al momento de implementarla y esa restricción, a su vez, puede tornar imposible el cumplimiento de los objetivos de la respectiva ley en una circunstancia de hecho que no fue prevista, en su momento, por el legislador. Por lo mismo, la elección relativa a cómo estructurar una ley es una que debe ante todo tomarse en consideración a la manera más efectiva de lograr el objetivo querido por el legislador, en un supuesto de aplicación que será difícil de prever por anticipado”.

101 Así, por ejemplo, Rubin, op. cit., p. 393 “Los legisladores son representantes electos a quienes seleccionamos para formular políticas y a quienes podemos reemplazar si estamos insatisfechos con su desempeño. Cuando los legisladores promulgan leyes redactadas en términos amplios y sin estándares adecuados, se argumenta que abdican de su rol asignado de toma de decisiones y lo transfieren a un mecanismo de implementación que está aislado de la evaluación por parte de la ciudadanía”, traducción libre.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

circunstancias de hecho y, sobre todo, si estas pueden variar a futuro¹⁰².

La lógica expuesta como forma de estructurar medidas ha sido, en algún grado, utilizada anteriormente por el TDLC y la Corte Suprema. Así ocurrió respecto de la Sentencia N°172/2020 de TDLC en la cual, en el contexto de la obligación impuesta a dos laboratorios farmacéuticos de implementar un programa de cumplimiento de libre competencia, el TDLC exigió que la FNE apruebe el nombramiento del oficial de cumplimiento de manera previa a que comience a prestar sus funciones¹⁰³. Otro ejemplo de lo anterior es la obligación impuesta por la Corte Suprema en la reclamación de la última resolución de “caps” de espectro radioeléctrico, donde se obligó a los Operadores Móviles de Red con cobertura a nivel nacional a mantener permanentemente disponible y actualizada ofertas de facilidades y de reventa de planes para Operadores Móviles Virtuales, las cuales debían ser aprobadas por la FNE, previo informe de la Subsecretaría de Telecomunicaciones¹⁰⁴.

No obstante, teniendo en cuenta la amplitud de las facultades legales de cumplimiento de la FNE, estimo que estas podrían ser profundizadas por parte del TDLC, dando a la FNE incluso facultades expresas para realizar interpretaciones o generando regulaciones procedimentales de diverso tipo que permitan a los agentes económicos y a la FNE interactuar y, en conjunto, resolver problemas de aplicación y/o interpretación.

Si bien lo anterior puede implicar un mayor costo sobre la FNE, difícil de cumplir en un escenario de recursos escasos¹⁰⁵, existen formas de compensar o disminuir dicho costo, como, por ejemplo, la designación de supervisores de cumplimiento externo que coadyuven a la FNE en todos aquellos casos de supervisión compleja, práctica que, por lo demás, ya ha sido adoptada en una buena cantidad de casos¹⁰⁶.

Por último, esta manera de entender la relación TDLC-FNE también puede servir en mayor medida para introducir medidas denominadas “flexibles”, que se van gatillando a medida que las circunstancias del mercado y de hecho de la empresa obligada así lo ameriten, cuestión sobre la que existe una incipiente literatura a nivel comparado, especialmente en lo referido a su aplicación a mercados digitales. En dicho sentido, se ha indicado:

“Los remedios flexibles implican un conjunto más amplio de medidas que consisten en

102 Guiloff, op. cit., p. 137: “En aquellas situaciones en que se presenta la necesidad de ejecutar la ley y ésta no da instrucciones a la administración sobre cómo implementarla o bien lo hace a través de conceptos jurídicos indeterminados, puede darse igualmente la colaboración ley reglamento, aunque sobre la base de otros parámetros establecidos en la ley, como lo son, por ejemplo, sus objetivos. De acuerdo a Rubin, no existe una conexión necesaria entre la legislación orientada a objetivos y la discrecionalidad administrativa, desde el momento que un objetivo ambicioso puede constituir un límite mucho más poderoso sobre ésta que el uso de lenguaje específico. La situación que mejor ilustra este punto es la de una disposición altamente específica queda obsoleta; como es fácil de advertir, muy poco va a ser lo que ella podrá orientar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa”.

103 Sentencia N°172/2020 del TDLC, cons. ducentésimo vigésimo quinto, letra b); y Resolución Exenta N°621 dictada por el Fiscal Nacional Económico con fecha 1 de diciembre de 2020 que “Aprueba Oficial de Cumplimiento de Laboratorios Sanderson S.A. y Fresenius Kabi Chile Ltda., en los Términos Ordenados por las Sentencias N°165-2018 y N°172-2020, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/12/fisc_621_2020.pdf.

104 Resolución de término en causa Rol CS Civil N°181-2020, medida “B” letra “b”; y Resolución de inicio de investigación FNE, Rol N°2675-21, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/12/inic_2675_2021.pdf.

105 Al respecto, véase Riesco, op. cit., p. 53: “El primer desafío que, a mi juicio, es la base indispensable de todos los demás, es recuperar el presupuesto anual de la FNE para que pueda cumplir adecuadamente sus funciones legales (...) Es efectivo que, desde el estallido social y la pandemia sanitaria causada por el COVID-19, el presupuesto de la FNE ha ido disminuyendo progresivamente durante los años. En consecuencia, no se puede “achacar” esta reducción presupuestaria a uno u otro gobierno. Naturalmente, también la FNE entiende que nos encontramos en una época compleja, donde los recursos estatales escasean y tienen, como es evidente, distintos usos alternativos”.

106 Véase, por ejemplo, el Compromiso N°5 de las bases del acuerdo conciliatorio entre la FNE y Compañía Cervecerías Unidas S.A. reproducido en la resolución de fecha 15 de marzo de 2021, en la causa Rol N°C-487-2023 “Demanda de Cervecería Chile S.A. en contra de Compañía Cervecerías Unidas S.A.”; y la Octava Medida establecida por el TDLC en la Resolución N°54/2018, que obligó a Latam a designar un consultor independiente de las partes que debía fiscalizar el cumplimiento de las medidas de mitigación impuestas en dicha resolución, informando en todo momento a la FNE.

múltiples capas de intervención, las cuales se activan dependiendo de cómo evolucionen las condiciones del mercado después de que se imponga el remedio. Al introducir remedios que consisten en medidas que se aplican solo si y cuando las preocupaciones competitivas específicas se materialicen o, al menos, se vuelvan más evidentes, la Comisión (o las autoridades nacionales de competencia) estaría mejor capacitada para abordar la naturaleza dinámica de la competencia en el contexto de las plataformas en línea”¹⁰⁷.

IV.1.4.2. Utilización de los acuerdos extrajudiciales para viabilizar el cumplimiento

Otra alternativa interesante a considerar dice relación con los acuerdos extrajudiciales, en el sentido de que los mismos sean utilizados, para estos efectos específicos, no como una forma de llegar a un acuerdo respecto de un conflicto o una conducta infraccional, sino como un mecanismo de cumplimiento de medidas previamente establecidas. En dicho sentido, las medidas que diseñe el TDLC podrían anteponerse a eventualidades futuras e incorporar expresamente la opción de que, en ciertas hipótesis, su cumplimiento se viabilice mediante un acuerdo extrajudicial.

Así se hizo precisamente en el acuerdo extrajudicial entre la FNE y Latam Airlines Group S.A. rol AE-28-2023. En dicho caso, la FNE y Latam sometieron a la aprobación del TDLC, una serie de modificaciones a acuerdos de código compartido de Latam que, por lo dispuesto, en la Condición VII de la Resolución N°37/2011, debían ser objeto de consulta previa ante el TDLC o, alternativamente, como efecto de una modificación posterior a la referida Condición en los autos Rol C-295-14¹⁰⁸, objeto de un acuerdo extrajudicial.

IV.1.4.3. Sobre el rol que puede cumplir el recurso de aclaración, rectificación y enmienda

Un último aspecto para considerar es el rol que puede cumplir el recurso de aclaración, rectificación y enmienda, el que, tiene por objeto, entre otros, aclarar “*puntos oscuros o dudosos*”¹⁰⁹ y, en dicho sentido, puede ser utilizado (y, como vimos, así ha sucedido) para resolver dudas de interpretación y/o aplicación de medidas.

Estimo que, en un escenario como el que se ha propuesto, en el que el TDLC diseñe medidas menos transitivas y más orientadas a objetivos, el recurso en comento puede tener una relevancia mayor. Ello tanto para clarificar el sentido de las medidas frente a desafíos de interpretación y/o aplicación a circunstancias de hecho, como para operar como mecanismo de control frente al mayor rol que el TDLC podría asignarle a la FNE en el cumplimiento activo de las referidas medidas. En otras palabras, si bien la FNE tendría, por orden y

107 Daniel Mandrescu, “Designing (restorative) remedies for abuses of dominance by online platforms”, Journal of Antitrust Enforcement, p. 29, traducción libre. Véase también, OECD, “Merger Control in Dynamic Markets”, p. 32, traducción libre: “*Existen algunas propuestas en la literatura para hacer que los remedios estructurales sean más flexibles, incluyendo el diseño de remedios alternativos condicionados a la evolución del mercado posterior a la fusión (por ejemplo, EDF/Segebel). “En un mercado innovador, donde las autoridades de competencia pueden no estar, en el momento de la transacción, en posición de predecir con precisión la evolución del mercado (...), los reguladores podrían aceptar hacer que los remedios de concentración estén condicionados a la realización de ciertos eventos dentro de un plazo determinado” (Bure y Bary, 2017[111]). De esta forma, el remedio solo se implementaría si y cuando las preocupaciones competitivas se hagan más evidentes, momento en el cual la autoridad y las partes fusionadas podrían eventualmente renegociar la medida de desinversión más adecuada. Ejemplos de eventos de mercado que podrían desencadenar la implementación o renegociación de un remedio estructural incluyen: Falta de entrada de nuevos competidores con tecnologías alternativas dentro de un plazo definido; Incremento de la cuota de mercado de las empresas fusionadas más allá de un umbral establecido; Variación en precios, inversión o esfuerzo en I+D por encima de un valor predefinido; Incapacidad de las empresas fusionadas para encontrar un comprador adecuado dentro del plazo acordado; Observación de una reforma regulatoria que altere las condiciones competitivas”.*

108 Acuerdo conciliatorio celebrado entre la FNE y LATAM en la causa Rol C N°295-15, aprobado por el H. TDLC con fecha 22 de septiembre de 2015.

109 Artículo 182 del Código de Procedimiento Civil.

diseño del TDLC un rol más activo en determinar las formas de cumplimiento, el hecho de que los obligados por la medida puedan recurrir al TDLC puede servir como forma relevante de control.

Estimamos que el entendimiento del recurso de aclaración en dichos términos resulta relevante por cuanto las medidas son, en esencia, medidas regulatorias. Esto es, son consecuencia del rol administrativo, no jurisdiccional, del TDLC. Ello es del todo claro en los procedimientos no contenciosos, pero, en mi opinión, también es así cuando se dictan en el marco de procedimientos contenciosos, por cuanto su objeto no es imponer una sanción, sino remediar un problema de competencia¹¹⁰. En dicho sentido, la conciencia de la naturaleza propiamente regulatoria de las medidas puede permitir también un uso más efectivo y amplio del referido recurso.

IV.2. Sobre la necesidad y conveniencia de que las agencias de competencia cuenten con una División especializada en fiscalización

Tal como adelanté, ampliando la mirada más allá de Chile, un asunto distinto que me gustaría abordar es si, en base a los conceptos teóricos expuestos y la experiencia relatada en este ensayo, es necesario y/o conveniente que las agencias de competencia cuenten, en su orgánica institucional, con Divisiones, Jefaturas, Unidades, Secciones o Direcciones (para simplificar, en adelante usaré el término “Unidad”) encargadas específicamente de la fiscalización o cumplimiento de medidas.

Como el lector podrá ya haber deducido, en mi opinión, la respuesta es positiva. Ello, por una serie de razones.

Primero, por lo expuesto respecto de la relevancia de las medidas como “producto” esencial de un caso de libre competencia y como condición sine qua non para que la misma sea posible en el mercado. Ello, por sí mismo, debiese, al menos producir, un cuestionamiento sobre la necesidad de la existencia de una unidad especial o, al menos, de un grupo de funcionarios dentro de la organización cuya misión específica sea procurar su cumplimiento.

Segundo, en directa conexión con lo anterior, porque la existencia de una unidad dedicada tiene las virtudes propias de la especialización. Permite destinar recursos concretamente a fiscalización y generar un mayor aprendizaje de los desafíos connaturales y privativos de fiscalizar medidas. Ello, estimo, tiene tanto beneficios sustantivos, como adjetivos o formales.

Sustantivamente, un enfoque unitario de cumplimiento permite en mayor medida una fiscalización planificada y enfocada en aquellas medidas más prioritarias para los mercados. En dicho sentido, al centralizar la fiscalización en una ventanilla única se evita que la misma sea acometida en forma inorgánica por las distintas unidades de la agencia en cuestión, permitiendo que los recursos de fiscalización se enfoquen de mejor manera en aquellos casos de mayor prioridad general para la agencia y no solo para la respectiva unidad. Así también se evitan, de paso, los costos de transacción que la coordinación de la fiscalización entre

¹¹⁰ En dicha línea, existen casos de procedimientos contenciosos en que, pese a que el TDLC no ha condenado a las partes, de todos modos ha impuesto medidas. Así, por ejemplo, en la Sentencia 7-2004, si bien el tribunal condenó a Nestlé Chile S.A. al pago de una multa por prácticas de discriminación arbitraria de precios, el requerimiento en contra de Soprole S.A., Parmalat Chile S.A., Watt's Alimentos S.A. y Dos Alamos S.A. fue rechazado al no acreditarse suficientemente las conductas imputadas. No obstante, el TDLC ordenó medidas estructurales y de transparencia para corregir las imperfecciones observadas en el mercado de leche bovina, aplicables a todas las empresas procesadoras del sector.

las distintas unidades requiere.

La concentración de la fiscalización en una unidad especializada también logra que los esfuerzos de sus integrantes se enfoquen exclusivamente en ello y no sean compartidos con otras tareas, aumentando por tanto la eficacia de la tarea fiscalizadora¹¹¹. De la misma forma, este diseño permite reunir la adquisición de conocimiento especializado sobre cuáles medidas efectivamente sirven a sus fines y cuáles no, lo que, desde un punto de vista sustantivo, constituye una contribución valiosa a las otras unidades de la agencia al momento de diseñar medidas.

Relacionado con lo anterior, se obtiene también una mayor especialización adjetiva o formal sobre los mecanismos mismos de monitoreo o fiscalización, permitiendo, a la larga, incrementar la efectividad y eficacia de todos los procedimientos de fiscalización y, con ello, a la larga, del sistema mismo de protección de la libre competencia. Tal como indica la Guía de Remedios de la FNE, “[...] *la inexistencia de mecanismos efectivos de monitoreo por parte de la FNE torna a la medida de mitigación ofertada en una mera declaración de intenciones carente de fuerza vinculante. Igualmente, en el otro extremo, la factibilidad de una medida será inversamente proporcional a la intensidad de la supervisión que requiera*”¹¹².

Tercero, me parece que la existencia de una unidad especializada permite conferir a la agencia, en general, mayores grados de disuasión y, con ello, mayores grados generales de cumplimiento de la normativa por parte de los agentes económicos y, en específico, de las medidas. Tal como ha resaltado la OCDE:

“El monitoreo efectivo es fundamental para garantizar la eficacia del remedio. Un remedio que sea efectivo en teoría podría tener un desempeño deficiente si las empresas deciden eludirlo, distorsionarlo o no cumplirlo en absoluto, asumiendo, con base en el historial de la agencia, que esta no supervisará de manera exhaustiva el proceso de implementación. Si las empresas que no cumplen pudieran esperar racionalmente que el riesgo de una multa u otra forma de sanción (como la imposición de remedios más severos) por el incumplimiento es bajo, la credibilidad de cualquier procedimiento de remedio o compromiso se vuelve cuestionable”¹¹³.

La existencia de una unidad especializada puede aumentar los grados de credibilidad de las medidas y, con ello, de disuasión general. Ello, primero, por la transmisión del mensaje, de por sí efectiva, al menos en algún grado, de que existirá una preocupación especial por la fiscalización activa del cumplimiento de las medidas (y recursos destinados específicamente a ello). Obviamente, el que dicha mayor disuasión se mantenga en el tiempo dependerá de cuan activa y exitosa sea la unidad en llevar adelante sus casos, pero su mero establecimiento ya es un paso que contribuye a ello.

Pero, asimismo, porque los casos de cumplimiento pueden tener, muchas veces, una ventaja inherente: ser menos intensivos en recursos de investigación y de litigación. Lo anterior por cuánto no requieren que se demuestre una afectación a la libre competencia, girando la discusión sobre el cumplimiento o incumplimiento de una condición o medida, cuestión de carácter mayormente formal y menos intensiva en

111 OECD, Remedies, op. cit., p. 25, traducción libre: “La aplicación efectiva requiere que las agencias de competencia diseñen mecanismos de supervisión adecuados, tengan poderes para actuar en caso de incumplimiento y se comprometan con suficientes recursos para la supervisión”.

112 Guía de Remedios de la FNE publicada en junio de 2017, p. 5.

113 OECD Remedies, op. cit., p. 25, traducción libre.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

prueba. Al requerir menos recursos para ser presentados, la agencia puede presentar un mayor número de casos, logrando una mayor presencia general de *enforcement* y, con ello, mayores grados de disuasión.

Lo anterior se comprueba con la experiencia de la DFC, cuya labor fue calificada por Ricardo Riesco como *"...tremendamente prolífica [...] lo que ratifica las bondades de su creación y le augura una importancia relativa cada vez mayor en la FNE"*¹¹⁴. En efecto, como se expuso, en un período de tiempo relativamente corto, de 3 años, la DFC fue capaz de ejercer 6 acciones relativas al cumplimiento de medidas, 4 requerimientos y dos acuerdos extrajudiciales. Ello constituye un número relevante de acciones, si se compara con el proceder normal de una agencia de competencia y de la misma FNE.

No solo ello, sino que, como se detalló, los 4 requerimientos, en lo que a la acusación de incumplimientos se refiere, no llegaron a sentencia definitiva, sino que fueron objeto de conciliación entre la FNE y las partes, incluyendo en todos los casos el pago de una suma a beneficio fiscal.

Me parece que lo anterior se explica fundamentalmente en el hecho de que son casos que tienen, al menos en un inicio, una menor carga de prueba para el órgano persecutor y, por tanto, las partes tienen mayores incentivos a llegar a un acuerdo. Esta forma de proceder implica, en general, una disminución de los costos de litigación para la agencia, la que combinada con la mayor presencia de *enforcement* que producen, tiene el potencial de generar un ciclo virtuoso de ahorro de costos y mayor disuasión.

Las razones antedichas resultan relevantes por cuanto de la revisión que pude efectuar¹¹⁵, basada en información pública y principalmente de la consulta de las páginas web de las agencias de competencia, un número muy menor de estas cuentan actualmente con algún tipo de unidad especializada en fiscalización en sus organigramas que sea asimilable a la DFC chilena, siendo estas las siguientes:

1. Federal Trade Commission: la agencia estadounidense cuenta con una División de Compliance, encargada de investigaciones de cumplimiento a las obligaciones de notificación obligatoria de operaciones de concentración de la Hart-Scott-Rodino Act, de negociar y hacer cumplir órdenes y remedios respecto de operaciones de concentración y prácticas anticompetitivas. Si bien el

114 Riesco, op. cit., p. 17.

115 Fuera de las tres agencias en las que se identificó alguna unidad especializada en fiscalización, se revisaron los siguientes órganos de competencia: i) Comisión Europea – Unión Europea, la cual no cuenta con una división o unidad específica dedicada exclusivamente a la fiscalización del cumplimiento de las sanciones y compromisos derivados de los casos de libre competencia. Sin embargo, dicha función se encuentra radicada en la Dirección General de la Competencia ("DG COMP"), la cual realiza labores relacionadas con la supervisión del cumplimiento de las decisiones y las sanciones impuestas. Fuentes consultadas: [sitio web oficial](#) de la Comisión Europea y el [Manual](#) sobre el trabajo interno de la DG COMP para la aplicación de los Artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en donde se indica que la DG COMP puede, por ejemplo, imponer multas a las empresas que incumplen los compromisos adoptados con el objetivo de poner fin a una infracción; ii) Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) – Brasil, que no dispone de una unidad especializada en fiscalización. Sin embargo, dicha función se encuentra radicada en la Superintendencia General, la cual puede, por ejemplo, monitorear los compromisos adoptados para cesar prácticas anticompetitivas o adoptar medidas correctivas específicas. Fuentes consultadas: [página web oficial](#) del CADE y sus [estatutos](#); iii) Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) – Perú. Fuentes consultadas: y su [política de fiscalización](#) de 2023, la que no obstante, se refiere a la supervisión general de todas las obligaciones legales de Indecopi, pero no en específico a la fiscalización de medidas de competencia; iv) Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) – México: Fuentes consultadas: su [organigrama](#) y otras secciones relevantes en su página web; v) Superintendencia de Competencia Económica (SCE) – Ecuador. Fuentes utilizadas: su [organigrama](#) publicado en su sitio web oficial; vi) Competition & Markets Authority (CMA) – Reino Unido. Fuente utilizada: información contenida en [sitio web oficial](#); vii) Competition Bureau – Canadá. Fuente utilizada: información contenida en su [página web oficial](#); viii) Autorité de la concurrence – Francia. Fuente consultada: su [organigrama](#) publicado en su sitio web oficial; ix) Bundeskartellamt – Alemania. Fuente utilizada: su [organigrama](#) publicado en su sitio web oficial; iv) Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) – México: Fuentes consultadas: su [organigrama](#) y otras secciones relevantes en su página web; v) Superintendencia de Competencia Económica (SCE) – Ecuador. Fuentes utilizadas: su [organigrama](#) publicado en su página web oficial; vi) Competition & Markets Authority (CMA) – Reino Unido. Fuente utilizada: información contenida en [sitio web oficial](#); vii) Competition Bureau – Canadá. Fuente utilizada: información contenida en su [página web oficial](#); viii) Autorité de la concurrence – Francia. Fuente consultada: su [organigrama](#) publicado en su sitio web oficial;

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

Departamento de Justicia tuvo algo similar¹¹⁶, no aparece actualmente en su estructura actual.

2. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España: la que, por medio de su Dirección de Investigación supervisa el cumplimiento de las medidas, compromisos y sanciones impuestos por el Consejo de la CNMC¹¹⁷.
3. Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), de Colombia: dentro de la Delegatura para la Protección de la Competencia, se encuentra la Dirección de Cumplimiento, el cual es un órgano especializado en inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las decisiones administrativas relacionadas con prácticas restrictivas de la competencia y operaciones de concentración económica, además de vigilar la implementación de programas de cumplimiento¹¹⁸.

Si bien entendemos que la ausencia general de unidades específicamente dedicadas a fiscalización puede deberse a varias razones, tales como lo indicado anteriormente en el sentido de que se percibe que el rol natural de una agencia de competencia es descubrir nuevos casos, descuidándose en alguna medida la fiscalización de los ya resueltos o la necesidad de asignar recursos escasos a las tareas que se perciben como más urgentes (por ej., la revisión de operaciones de concentración), estimamos que las razones previamente expuestas constituyen fuertes argumentos para, al menos, considerar incorporar una unidad especializada en la orgánica institucional, especialmente por los potenciales beneficios aparejados a incrementar los grados generales de disuasión y, con ello, la efectividad total del sistema de competencia para cumplir sus objetivos sociales.

En suma, nos parece relevante y atinente que, a nivel de los distintos países, aunque sea de forma incipiente, se abra el debate sobre la efectividad de los esfuerzos actuales de fiscalización y la necesidad de incorporar una unidad especializada que se adapte a las características propias de cada jurisdicción.

V. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto previamente, las principales conclusiones que pueden extraerse de este ensayo son las siguientes:

1. El que los agentes económicos cumplan las medidas que les han sido impuestas en sede de competencia, resulta esencial para el funcionamiento de un sistema esencialmente regulatorio de objetivos de interés público;
2. Si no hay cumplimiento efectivo de las medidas, todos los esfuerzos del sistema son al final inútiles;

¹¹⁶ Véase <https://natlawreview.com/article/latest-doj-continues-its-intense-focus-decree-compliance>. Asimismo, OCDE, op. cit., p. 27, traducción libre: "El DoJ anunció en 2018 la creación de la Oficina de Cumplimiento de Decretos para mejorar el cumplimiento por parte de las partes con los decretos de consentimiento actuales y la aplicación de esos decretos por parte de la agencia (US DoJ, 2018[45])".

¹¹⁷ Esta función se encuentra regulada en el artículo 42 del [Reglamento de Defensa de la Competencia](#) de España, que establece que la Dirección de Investigación identifica un posible incumplimiento, elabora un informe de vigilancia, el cual se remite al Consejo. Este último es el encargado de determinar si se han cumplido o no las obligaciones impuestas. En caso de constatar un incumplimiento, el Consejo tiene la facultad de imponer multas coercitivas. Véase <https://www.cnmc.es/vigilamos-la-competencia/vigilancias-de-resoluciones-y-acuerdos>

¹¹⁸ Entre las principales funciones de la Dirección de Cumplimiento destacan las siguientes: 1. Supervisar las garantías aceptadas en investigaciones relacionadas con la protección de la competencia y la competencia desleal; 2. Monitorear los condicionamientos impuestos en procesos como fusiones, adquisiciones y otras operaciones de concentración empresarial; 3. Gestionar trámites relacionados con el incumplimiento de las obligaciones derivadas de compromisos aceptados para resolver investigaciones; 4. Vigilar la implementación de programas de cumplimiento derivados de las garantías impuestas en investigaciones por infracciones a la normativa de competencia. Para más detalles, véase [sitio web oficial](#) de la SIC y su [organigrama](#).

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

3. Lo anterior implica que las agencias de competencia deben darle un rol relevante y preponderante a la fiscalización de medidas;
4. La experiencia de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE da cuenta de cómo la creación de una Unidad especializada al efecto puede dar buenos resultados, aumentando en general los grados de enforcement del sistema;
5. Bajo el entramado institucional chileno actualmente existente, resulta posible adoptar acciones, especialmente referidas al diseño de las medidas, que tienen la aptitud de aumentar la eficacia y eficiencia del cumplimiento de las mismas, tales como: i) un diseño de las medidas por parte del TDLC más bien ligado al establecimiento claro de sus fines o objetivos, dejando un mayor espacio de determinación de los aspectos de aplicación práctica a la FNE, especialmente en situaciones muy dependientes de las circunstancias de hecho; ii) la utilización de los acuerdos extrajudiciales como un mecanismo de cumplimiento de medidas previamente establecidas; y, iii) el otorgamiento de un mayor rol al recurso de aclaración, tanto para clarificar el sentido de las medidas frente a desafíos de interpretación y/o aplicación a circunstancias de hecho, como para operar como mecanismo de control frente al mayor rol que el TDLC podría asignarle a la FNE; y,
6. Existen múltiples razones que aconsejan que, en general, las agencias de competencia cuenten con una Unidad especializada en fiscalización de medidas en su orgánica institucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Agüero, Francisco & Montt, Santiago. "Chile: The Competition Law System and the Country's norms", en Eleanor M. Fox & Michael J. Trebilcock (eds.), *The Design Of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, 2013, pp. 149–185.
- Arancibia, Jaime. "El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de última ratio", en J. Arancibia Mattar y P. Alarcón Jaña (coords.), *Sanciones Administrativas. X Jornada de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2014.
- Becker, Gary. "Crimen y castigo: un enfoque económico", *Microeconomía*, 1968, pp. 383–421.
- Belmonte, Matías (CeCo). "Delación compensada: un camino a la comprensión recíproca". <https://centrocompetencia.com/belmonte-delacion-compensada-un-camino-a-la-comprension-reciproca/>
- Bostoen, Friso & van Wamel, David. "Antitrust Remedies: From Caution to Creativity", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, Vol. 14, No. 8.
- CADE (Brasil). "Guide Antitrust Remedies", 2021.
- Ybar, Mario (CeCo): "Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos". <https://centrocompetencia.com/libre-competencia-origenes-historia-fundamentos/>
- Cortez Matcovich, Gonzalo & Palomo Vélez, Diego. *Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Thomson Reuters, 2018.
- Fiscalía Nacional Económica (FNE). Estudio sobre "*Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras*", División de Fusiones y Estudios, noviembre de 2013.
- González, Aldo (CeCo). "Antitrust bajo ataque". <https://centrocompetencia.com/antitrust-bajo-ataque/>
- Guiloff Titun, Matías. "Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal", *Revista de Derecho*, 2012, Vol. XXV, No. 1, pp. 130–137.
- Hovenkamp, Herbert. "Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?", *Journal of Corporation Law*, 2019, Vol. 45.
- Hovenkamp, Herbert & Leslie, Christopher R. "The Firm as Cartel Manager", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 64, No. 3.
- Irrázabal, Felipe. "El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia", 2010, p. 8.
- Khan, Lina. "Amazon Antitrust Paradox", *The Yale Law Journal*, 2017, Vol. 126, No. 3.
- Levin, Francisca. "Control de operaciones de concentración en Chile: Desafíos y respuestas de un régimen en sus inicios", CentroCompetencia UAI, 2024. <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2024/10/Control-de-operaciones-de-concentracion-en-Chile-Desafios-y-respuestas-de-un-regimen-en-sus-incios.pdf>
- Mandrescu, Daniel. "Designing (restorative) remedies for abuses of dominance by online platforms", *Journal of Antitrust Enforcement*.

Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE

Montt, Santiago. "Condiciones Impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Marco de un Operación de Concentración en el Derecho Chileno", en *Reflexiones sobre el Derecho de la Competencia*, FNE, 2017.

Montt, Santiago. "Documento de trabajo #1: El TDLC como ente regulador del comercio". Regcom.

National Law Review. "Latest: DOJ continues its intense focus on decree compliance". <https://natlawreview.com/article/latest-doj-continues-its-intense-focus-decree-compliance>

OECD. "Merger Control in Dynamic Markets", 2020.

OECD. "Remedies and commitments in abuse case", *OECD Competition Policy Roundtable — Background Note*, 2022.

Peralta Fierro, Ignacio. "Una Superintendencia de Competencia para Chile", *Investigaciones CeCo* (agosto 2023). <https://centrocompetencia.com/superintendencia-competencia-para-chile/>

Riesco Eyzaguirre, Ricardo. "Sobre la aplicación de las atribuciones legales de un órgano público en épocas convulsas: Algunas reflexiones sobre la Fiscalía Nacional Económica entre 2018 y 2022", *Diálogo CeCo*, 2023. <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/10/Sobre-la-aplicacion-de-las-atribuciones-legales-de-un-organo-publico-en-epocas-convulsas-1.pdf>

Rubin, Edward L. "Law and Legislation in the Administrative State", *Columbia Law Review*, Vol. 89, No. 3 (Apr., 1989), pp. 369–426.

Streeter, Jorge. "Ciencia del Derecho", *Estudios Públicos*, 86 (marzo 2002), pp. 293–294.

U.S. Department of Justice, Antitrust Division. "*Merger Remedies Manual*", 2020.

Valdés Prieto, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Veloza, Javier & González, Daniela. "Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:

<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Manfred Zink Papic, "Desafíos de la libre competencia en la fiscalización de remedios: Reflexiones en base a la formación de la División de Fiscalización de Cumplimiento de la FNE", [Dialogos CeCo](#) (noviembre, 2025),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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

