

El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia¹

Felipe Irarrázabal Philippi
Fiscal Nacional Económico

En primer lugar, quiero agradecer la gentil invitación que se me ha hecho para participar en este interesante seminario, donde se ha revisado desde distintas perspectivas los diez años del sistema de competencia argentino. En mi presentación, sobre el sistema chileno, me referiré a los principales hitos que nuestro Sistema de Defensa de la Libre Competencia ha vivido, así como también cuáles son, a mi juicio, los desafíos a los que deberemos hacer frente.

1. El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia

La creación, implementación, alcances, limitaciones y todos los elementos que describen y caracterizan a cualquier sistema de defensa de la competencia vienen dados por el marco legal que lo soporta. En el caso chileno, la legislación en materia de competencia tiene una larga tradición –desde 1959²–, sin embargo no es sino a partir desde 1973, con la promulgación del Decreto Ley N° 211 (D.L. N° 211), que la ley define la creación de un sistema de defensa de la competencia propiamente tal.

El Artículo primero del D.L. N° 211 establece el objetivo de ley, cual es “*promover y defender la libre competencia en los mercados*”. Podrán notar que es un objetivo amplio, ya que no sólo mandata a los órganos de defensa de la competencia a velar porque no se cometan ilícitos anticompetitivos, sino también les impone la responsabilidad de promover, esto es, difundir activamente la libre competencia en los mercados, asuntos de competencia de la Fiscalía Nacional Económica.

En el caso chileno, la defensa de la libre competencia tiene una marcada orientación hacia la eficiencia total en los mercados. Esto marca una diferencia con otros sistemas de defensa de competencia, que hacen expresa mención a la maximización del bienestar de los consumidores. En nuestro caso, la defensa de la libre competencia persigue alcanzar la máxima eficiencia, o lo que los economistas entienden como “el excedente total”. Entonces, su objeto, es promover que el ambiente sea el más adecuado para que los beneficios que los agentes económicos reciben del intercambio en una economía de libre mercado sean los máximos posibles. Por cierto, lo anterior está en armonía con el bienestar del consumidor, por cuanto en una economía eficiente los consumidores tienen acceso a una mayor oferta de bienes, de mejor calidad y a un menor costo.

¹ Este artículo complementa la ponencia del autor en el Seminario “*Los Nuevos Desafíos de la Política de Competencia en Argentina: Balance de Diez Años de la Ley, Proyecciones e Instrumentos en Contextos Cambiantes*”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, y que fue llevada a cabo en Buenos Aires, el 11 de junio de 2010. El autor agradece la valiosa ayuda prestada por Marcia Pardo G. en la elaboración del presente documento.

² La primera regulación en materia de competencia en Chile se estableció en el Título V Ley N°13.305/1959, sobre “*Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial*”. Esta norma creó una comisión encargada de resolver consultas y de establecer la procedencia de la acción penal ante tribunales ordinarios, por parte de la Comisión Antimonopolio.

Como ya hemos insinuado y a diferencia de muchas otras legislaciones, en el caso chileno el legislador ha optado por una tipificación abierta –el Art. 3 del D.L. N°211 define el ilícito como «...cualquier hecho, acto o convención que prevenga, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir estos efectos»...-, seguida de una mención a título ejemplar de aquellas conductas más recurrentes en la doctrina³. De esta forma, cualquier acción potencialmente puede ser anticompetitiva, en la medida que produzca efectos sobre los mercados afectados o que pueda llegar a producir tales efectos. El sistema chileno no utiliza los conceptos *per se* /regla de la razón, como ocurre en los sistemas jurídicos anglosajones.

Otro elemento que caracteriza a nuestro sistema legal es que el estándar probatorio para la falta anticompetitiva también queda descrito en la ley, pues el Art. 22 del D.L. N° 211 establece expresamente como admisible aquellos medios de prueba indicados en el Código de Procedimiento Civil (Art. 341), y todo indicio o antecedente apto para establecer los hechos pertinentes, agregando que el ente sancionador –el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, TDLC, como veremos más adelante- deberá apreciar la prueba rendida según las reglas de la sana crítica⁴.

Finalmente, queda destacar que nuestro sistema se basa en una ley general, es decir no admite excepciones al sujeto de aplicación de manera que los organismos públicos y todos los mercados –estén regulados o no- quedan sujetos al control de la libre competencia.

2. Evolución Histórica del Sistema

Como señalaba anteriormente, las bases del actual sistema chileno de competencia datan desde 1973; aunque desde esa fecha y hasta ahora ha sufrido varias modificaciones. En particular me gustaría destacar algunos hitos significativos y conducentes a nuestro sistema actual.

- **Decreto Ley N° 211 / 1973**

³ En los literales de su inciso segundo, se hace referencia a acuerdos horizontales y prácticas concertadas, al abuso de posición de dominio y a las prácticas predatorias o de competencia desleal, en el siguiente sentido: «Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.»

⁴ Como se puede observar, el sistema chileno de libre competencia no utiliza el sistema de prueba legal o tasada ni el de libre convicción o valoración en conciencia, sino el de sana crítica, en donde el juzgador debe utilizar las reglas de la lógica y la experiencia para resolver los casos.

Como señalaba anteriormente, en el año 1973 se dictó el D.L. N° 211, que fue el primer cuerpo normativo destinado exclusivamente a temas de competencia en nuestro país. Esta ley estableció normas para defensa de la libre competencia en las actividades económicas, considerando sanciones tanto administrativas como criminales. y un sistema tripartito conformado por las Comisiones Preventivas⁵, a cargo de responder consultas; la Comisión Resolutiva, a cargo de resolver conflictos; y la Fiscalía Nacional Económica (FNE), responsable de investigar y fiscalizar el cumplimiento de las resoluciones que estos organismos dictaban, respectivamente.

- **Ley N° 19.610 / 1999**

Aunque hubo otras modificaciones menores al D.L. N°211⁶, en el año 1999, la Ley 19.610 introduce una modificación mayor que buscó fortalecer las atribuciones, el carácter técnico e independencia de la FNE. Parte de estas modificaciones tienen que ver con que la define como un organismo fiscalizador, incrementando las remuneraciones de sus funcionarios, lo que permite atraer y mantener profesionales de un buen nivel técnico. Podríamos decir que esta ley avanza en ‘profesionalizar’ a la FNE.

- **Ley N° 19.911 / 2004**

Sin duda, ésta es la modificación más importante que ha sufrido el sistema de competencia chileno. La ley N° 19.911, aprobada el 14 de noviembre de 2003, reemplaza a las antiguas Comisiones por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, creando las bases del sistema dual actual, con una agencia de competencia, la FNE, a cargo de investigar y fiscalizar, y un órgano sancionador independiente con facultades jurisdiccionales. Adicionalmente, si bien suprime las sanciones criminales dejando a las infracciones a la competencia en el ámbito administrativo, incrementa las multas.

- **Ley N° 20.361 / 2009**

Finalmente, la última y más reciente modificación al D.L. N° 211 fue la promulgación en julio de 2009 de la Ley N° 20.361. Esta reforma estuvo principalmente destinada a mejorar las herramientas para el combate a carteles, primero, incrementando las facultades investigativas de la FNE, además de crear un sistema de delación compensada, aumentar las multas para esta ofensa y extender el tiempo de prescripción.

3. Institucionalidad del Sistema de Competencia

La institucionalidad de defensa de la competencia en Chile considera a aquellas instituciones que, por mandato legal, tienen jurisdicción sobre materias que afectan la competencia en los mercados y el ejercicio de las libertades económicas de los agentes. Como señalaba antes, desde el año 2004 los organismos de defensa y promoción de la libre competencia en los mercados están conformados por la **Fiscalía Nacional Económica** (FNE, www.fne.cl) y el **Tribunal de Defensa de la Libre Competencia** (TDLC, www.tdlc.cl).

⁵ Que operaba de manera descentralizada, con una Comisión Preventiva Central y con Comisiones Preventivas Regionales.

⁶ Decretos Leyes N° 2.760 y 2.879, ambos del año 1979; y el Decreto Ley N° 3.057, dictado el año 1980.

La ley identifica y separa los roles de estas dos instituciones:

- Fiscalía Nacional Económica, institución que –en función del interés general-, tiene a su cargo los roles de investigador y acusador de las infracciones a la ley, fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones de la institucionalidad sancionatoria en esta materia, promotor de la defensa de la competencia y del funcionamiento competitivo de los mercados, y, servir de informante técnico en estas materias; y
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, que tiene a su cargo el juzgar, resolver y sancionar.

Adicionalmente, y según lo establecido en el D.L. N° 211⁷, toda sentencia definitiva del TDLC y que imponga alguna de las sanciones contempladas en la Ley, son susceptible de recurso de reclamación ante la Corte Suprema. De este modo, la Corte Suprema también puede tomar conocimiento, revisar y resolver en causas materia de defensa de la libre competencia, si se interpone un recurso de reclamación. Cabe señalar que la Corte Suprema chilena cuenta con salas especializadas⁸, y que las reclamaciones a las disposiciones del TDLC -de forma y fondo- son conocidas y tramitadas por la Tercera Sala Constitucional.

- **Facultades**

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Como se señaló anteriormente, es el organismo encargado de **conocer** y **juzgar** los casos de competencia.

Formalmente, sus atribuciones y deberes están establecidas en el Art.18 del D.L. N° 211. A saber,

« 1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;

2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos;

⁷ Art. 27 del D.L. N° 211.

⁸ En su funcionamiento ordinario, cuenta con tres salas especializadas: Primera Sala o Sala Civil, Segunda Sala o Sala Penal, Tercera Sala o Sala de Asuntos Constitucionales y de lo Contencioso Administrativo. En su funcionamiento extraordinario, también contempla una Cuarta Sala, en el ámbito Laboral – Previsional.

3) *Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella;*

4) *Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; y*

5) *Las demás que le señalen las leyes.»*

De este modo, queda claro que dado que el sistema de competencia chileno es de tipo acusatorio judicial, el TDLC no puede, a nuestro juicio, avocarse de oficio el conocimiento de eventuales atentados contra la libre competencia. Así, los únicos legitimados para iniciar una causa contenciosa ante el TDLC son los particulares -a través de una demanda- o la Fiscalía Nacional Económica -a través de un requerimiento.

Las disposiciones del TDLC quedan reflejadas en sus Sentencias y Resoluciones, las primeras, aplicadas sobre las causas contenciosas de las que tome conocimiento y las segunda, en tanto, para las causas no contenciosas o consultas.⁹ Adicionalmente, el TDLC puede dictar disposiciones que adopten la forma de Instrucciones de Carácter General.

En cuanto al tema sancionatorio, el Art. 26 del D.L. N° 211 establece el alcance y naturaleza de las medidas que el TDLC puede disponer. En términos generales, estas son:

- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios y otros que sean contrarios al D.L. N° 211;
- Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en dichos actos, contratos, convenios u otros;
- Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA)¹⁰ y, hasta por una suma equivalente a 30.000 UTA en el caso de colusión¹¹. Estas multas pueden aplicarse a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Para el caso de las multas aplicadas a personas naturales, éstas no podrán ser pagadas por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma.

⁹ Dentro de las causas no contenciosas se encuentran, por ejemplo, las operaciones de concentración horizontal cuya notificación no tienen carácter de obligatoria en la legislación chilena.

¹⁰ La Unidad Tributaria Anual, o UTA, es aquella cantidad de dinero que resulta de multiplicar por doce la Unidad Tributaria Mensual (UTM) vigente al momento de aplicarse la sanción, siendo la UTM una cantidad de dinero definido por ley, para servir como referente tributario y que se encuentra actualizado (o indexado) por la variación mensual del índice de precios al consumidor (IPC).

¹¹ Aproximadamente, esto es equivalente a US\$ 15 millones y US\$ 22,5 millones, respectivamente.

Fiscalía Nacional Económica

Las facultades de la FNE están establecidas principalmente en el Título III, Art 39, del D.L. N° 211.

En términos generales, las atribuciones del Fiscal Nacional Económico son:

- **Investigar** aquellas acciones que potencialmente constituyan infracciones al D.L. N° 211. Por regla general, el inicio de una investigación debe ser notificada al afectado, a excepción de que se estime que este hecho pueda afectar a la investigación en sí, en cuyo caso puede no dar notificación previa autorización del TDLC;
- **Actuar en tribunales**, como parte ante el TDLC y otros tribunales de justicia, en representación del interés general;
- **Solicitar al TDLC la adopción de medidas** preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando;
- **Fiscalizar el cumplimiento de la ley**, velando por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el TDLC u otros tribunales de justicia en las materias propias del D.L. N° 211;
- **Actuar como informante técnico**, a solicitud del TDLC, en aquellas causas en las que el Fiscal Nacional Económico no tenga la calidad de parte;
- **Solicitar colaboración y antecedentes a organismos y servicios públicos** del Estado, en el marco de una investigación. También, su colaboración en materia de informes técnicos
- **Solicitar información a los particulares**, en el marco de investigaciones que practique.
- **Toma de declaraciones**: Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito, a los representantes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos objeto de investigaciones y a toda otra persona que, sin ser parte de dichas entidades, tenga un conocimiento estimado necesario para el curso de la investigación;
- **Suscribir acuerdos extrajudiciales** con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.
- **Celebrar convenios o memorándum de entendimiento** en materias de cooperación recíproca con otros servicios públicos, universidades, agencias u otros organismos extranjeros orientados a la promoción y defensa de la libre competencia
- **Convenir la transferencia electrónica de información**, que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley, con otros servicios públicos, organismos del Estado, organismos públicos extranjeros u organizaciones internacionales, y organismos o instituciones privadas.

Aunque algunas láminas más adelante ofrecen una síntesis de los principales alcances de la última reforma legal (Ley N° 20.361/2009) en particular en lo concerniente a las nuevas facultades investigativas de la Fiscalía, me gustaría hacer una breve referencia sobre el particular. Como ya he mencionado, parte de la reciente modificación del D.L. N° 211 estuvo destinada a incrementar las facultades investigativas para el combate del delito de colusión, esto es, acuerdos horizontales que incluyen explícitamente el boicot o exclusión de competidores y la colusión en procesos de licitación. Estas nuevas facultades intrusivas, que se detallan en el Art.39 n), básicamente se refieren a la de entrada y registro a recintos públicos y privados, con facultades de allanamiento y

descerrajamiento, interceptación de toda clase de comunicaciones, incautación de cualquier medio de acreditación de la infracción, y la obtención de copias y registros de comunicaciones transmitidas o recibidas por empresas de telecomunicaciones.

Naturalmente, estas facultades investigativas duras tuvieron cierta resistencia inicial durante el proceso de discusión legislativa. De esta forma, como garante de los derechos de los potenciales afectados, el uso de estas facultades por parte de la FNE requiere de resguardos, como son una doble autorización judicial, la primera otorgada por el TDLC y la segunda por el Ministro de la Corte de Apelaciones correspondiente.

Finalmente, y para completar las herramientas de “garrote y zanahoria” que marcan la pauta en la detección y sanción de acuerdos horizontales, la modificación legal crea la figura de delación compensada (en el Art. N° 39 bis), facultando al Fiscal Nacional Económico a ofrecer una exención o reducción parcial de las sanciones que el TDLC determine para el delito de colusión, a aquel ejecutor de la conducta que sea el primero en aportar antecedentes a la FNE, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada, o a otros ejecutores de ese grupo que aporten antecedentes adicionales en el transcurso de la investigación, respectivamente¹². De este modo, el TDLC no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de exención, ni una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma¹³.

Es importante destacar aquí el hecho que la reforma legal planteó detalladamente cuáles son los requisitos y condiciones necesarias para acceder al beneficio, a fin de disminuir la discrecionalidad de la agencia para otorgarlo y brindando el máximo de certeza jurídica a los administrados¹⁴.

Quienes estén interesados en conocer cómo funciona este sistema de delación compensada, pueden revisar en la página web institucional, en el banner correspondiente, la guía que la FNE publicó para difundir el beneficio de la delación compensada, o como comúnmente se conoce, el Programa de Clemencia¹⁵.

- **Lo que se ha construido en estos años**

¹² En este caso, la reducción no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de la delación compensada.

¹³ Salvo que durante el proceso se acredite que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.

¹⁴ En efecto, el Art. N° 39 bis enumera los requisitos que se deberían cumplir para optar a la reducción de la multa, y que son los siguientes: «1. *Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal*; 2. *Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y* 3. *Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.*» En el caso de exención, se deben cumplir todos los requisitos anteriores además de ser el primero en aportar los antecedentes y evidencias de la conducta.

¹⁵ Ver http://www.fne.cl/?content=guia_delacion.

En mi impresión, estas láminas reflejan gráficamente los pilares sobre los que el Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia se ha ido consolidando. Por un lado, una economía de libre mercado como el mecanismo de asignación de recursos, donde no existe control de precios¹⁶, y respecto de la cual el sistema de competencia viene a ejercer el rol de garante de que las condiciones que posibiliten los beneficios de este modelo económico se satisfagan. En segundo lugar, 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. Y finalmente, 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, lo que además se ejemplifica con tiempos de revisión judicial comparativamente reducidos. Pueden tomar como referencia que el promedio de tiempo de tramitación de una causa contenciosa en el TDLC es de 13,2 meses. Si sumamos los 3 meses promedio de tiempo de revisión en la Corte Suprema, se tiene que una causa contenciosa puede resolverse completamente en menos de un año y medio, lo cual es un muy buen registro de acuerdo a estándares internacionales.

De esta forma, las posibles fallas que se pueden encontrar en una economía de mercado –y que son parte del ámbito de acción de la competencia- son abordadas y corregidas por el sistema de defensa de competencia chileno de dos formas, según sea el sector donde ésta se detecta. En el sector privado, el sistema restaura el orden público económico a través de fallos y resoluciones que sancionan y/o modifican conductas y contratos y que imponen condiciones a determinados hechos, actos o contratos; en tanto que en el sector público, bajo el Principio de Legalidad, por la vía de las recomendaciones a la autoridad.

Algunas cifras que ejemplifican lo que se ha construido en estos años, tanto en el volumen de actividad de la FNE, en cuanto a investigaciones y casos presentados ante el TDLC, como en cuanto al tipo de conductas anticompetitivas que han sido fiscalizadas, se presenta en las láminas siguientes. Se ha considerado una reseña de ciertas causas emblemáticas, en abuso, operaciones de concentración y casos de colusión en años recientes, incluyendo también algunas acciones de promoción que paso a describir brevemente.

- Abuso de posición de dominio

En materia de abuso de posición dominante, los primeros dos casos están referidos a cláusulas exclusorias. El primero, conocido como el “Caso Fósforos”, trata de un requerimiento presentado en junio de 2008 por la FNE en contra de la *Compañía Chilena de Fósforos (CCF)*¹⁷, empresa productora y comercializadora de fósforos que históricamente ha tenido una posición de evidente dominio en este mercado, con una participación no menor al 80% en los últimos 20 años y que incluso ha llegado al 100% en algunos canales de distribución. Junto a éste, *Comercial Canadá Chemicals S.A.*, una empresa importadora de fósforos y competidora de la CCF, también presentó su demanda ante el

¹⁶ A excepción de ciertos mercados liberalizados, principalmente caracterizados por sus economías de red, donde las fallas de mercado han llevado a su regulación por parte de organismos regulatorios autónomos y marcos legales propios, como son las superintendencias.

¹⁷ El texto completo del requerimiento presentado por la FNE puede revisarse aquí:
http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE_C_165_08.pdf

TDLC¹⁸. La conducta denunciada fue la creación artificial de barreras a la entrada vía cláusulas en los acuerdos contractuales de la CCF con sus distribuidores. En este caso, la práctica exclusoria aparecía bajo la figura de descuentos no lineales aplicados sobre las compras totales, que incentivaban a la exclusividad en el canal distribuidor. De esta manera, la CCF evitaba que otras empresas importadoras y comercializadores de fósforos entraran o mejoraran su posición en el mercado accediendo a los canales de distribución, formado por mayoristas y, especialmente, supermercados. Con la evidencia presentada y la prueba rendida, en diciembre de 2009 el TDLC falló el caso en su Sentencia N°90¹⁹. En ésta, acogió el fondo del requerimiento de la FNE y lo demandado por *Comercial Canadá Chemicals S.A.*, ordenando a la CCF el cese de la conducta y fijándole una sanción de 1.200 UTA (equivalentes a un millón de dólares). Este fallo fue ratificado por la Corte Suprema recientemente²⁰, luego que las partes sus respectivos recursos de reclamación. En su sentencia, la Corte Suprema acogió la posición de la FNE y *Comercial Canadá Chemicals S.A.* sólo en cuanto a aumentar la cuantía de la multa a 1.500 UTA a beneficio fiscal.

La segunda causa es el “Caso CCU”, sobre el requerimiento de la FNE contra la *Compañía de Cervecerías Unidas Chile Ltda.* (CCU), presentado en marzo de 2008²¹. En este caso de supuesto abuso de posición dominante, la conducta anticompetitiva de CCU era la creación de barreras a la entrada al mercado por la vía de su imposición de cláusulas de exclusividad en la promoción y venta de las cervezas que comercializa en sus contratos con distribuidores minoristas, es decir, hoteles, restaurantes, pubs, bares y discotecas. A diferencia del caso anterior, aquí se alcanzó una solución extrajudicial entre las partes, en virtud del cual le quedó prohibido a CCU pactar con estos establecimientos tanto la exclusividad vertical en la venta de sus cervezas, como los incentivos exclusivos, esto es, las reducciones de precios o reembolsos en función del cumplimiento de metas de participación de CCU en las adquisiciones o ventas del local. El avenimiento también prohíbe a CCU establecer contratos o convenios que consideren exclusividad publicitaria, por un lapso superior a tres años, y que impidían a los locales cualquier tipo de exhibición de cervezas de otras marcas²². Esta conciliación entre la FNE y CCU fue aprobada por el TDLC en julio de 2008, lo que, por un lado, le da carácter de cosa juzgada y valor de sentencia judicial a lo allí establecido, y por otra, lleva a resaltar que el tiempo total del proceso fue de 5 meses, lo que contrasta con dos años que tardó en resolverse el “Caso Fósforos”.

Otra causa de abuso de posición de dominio que resulta interesante comentar se da en el ámbito de las telecomunicaciones, específicamente, los operadores móviles virtuales, en el llamado “Caso Celulink”. En este caso un grupo de empresas que prestan el servicio de operador móvil virtual demandaron a *Telefónica Móvil Chile* (TMCh) en abril de 2007²³, acusándola en primer lugar, de

¹⁸ La demanda de *Comercial Canadá Chemicals S.A.* puede revisarse aquí:

http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Demanda_C_174_08_.pdf

¹⁹ Sentencia N° 90, del 14 de diciembre de 2009 (http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_90_2009.pdf).

²⁰ Sentencia de la Corte Suprema Rol 277/2010 del 2 de junio de 2010 (http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_90_Corte_Suprema.pdf).

²¹ El texto completo del requerimiento presentado por la FNE puede revisarse aquí:

http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE.pdf

²² El texto completo del avenimiento entre FNE y CCU puede revisarse aquí:

http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/OTRAS%20RESOLUCIONES%20DE%20TERMINO/Aprueba%20Avenimiento%20FNE_CCU.pdf

²³ Las empresas demandantes fueron *OPS Ingeniería Ltda.*, *ETCOM S.A.*, *Interlink Global Chile Ltda.* y *Sistek Ltda.*

discriminar precios arbitrariamente, tal de estrangular los márgenes de sus competidores en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*; y, en segundo lugar, de prácticas de negativa de venta, con objeto de traspasar su posición dominante en el mercado de la telefonía móvil al mercado conexo de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*. En esta causa, la FNE no se hizo parte como requirente sino que participó evacuando un informe. En octubre de 2009, el TDLC falla su Sentencia N°88²⁴, acogiendo el fondo de las demandas, ordenando el cese de la conducta y aplicando a TMCh una sanción de 3.000 UTS (aproximadamente, US\$ 2.4 millones). Recientemente, la Corte Suprema confirmó unánimemente esta sentencia²⁵, rechazando en todas sus partes el recurso de reclamación deducido por TMCh.

- Operaciones de concentración horizontal

En cuanto a operaciones de concentración horizontal, lo primero que vale señalar, es que el sistema chileno no cuenta con un sistema de control o notificación obligatorio de operaciones de concentración, sino que opera bajo un esquema de consulta voluntaria de las partes, bajo la vía no contenciosa. En este marco, en junio de 2007, Falabella –una de las principales empresas minoristas de Chile- y D&S –la cadena de supermercados de mayor tamaño-, presentaron su consulta al TDLC, en relación a una operación de concentración acordada entre las partes. De acuerdo a ésta, la participación accionaria de Falabella en la nueva entidad sería 77%, y 23% quedaría en manos de D&S. La empresa fusionada hubiera sido la segunda empresa más grande cotizando en el Mercado de Valores en Chile, con ventas anuales aproximadas de US\$ 8 mil millones, convirtiéndose de paso en el segundo retailer más grande de América Latina, sólo después de Wal-Mart en México. El TDLC solicitó informar respecto de esta operación a diversos agentes del mercado –competidores, proveedores, la FNE informó técnicamente en agosto de 2007 y, finalmente, tras siete meses, el TDLC emitió su Resolución N° 24²⁶. En ésta, rechazó la fusión propuesta sobre la base de que los riesgos para la competencia que se derivaban de la operación no podían ser corregidos mediante la imposición de ningún tipo de medida de mitigación²⁷. Aunque esta resolución resultó ser muy controversial –se escucharon voces de que

²⁴ Sentencia N° 88, del 15 de octubre de 2009 (http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia%2088_2009.pdf).

²⁵ Sentencia de la Corte Suprema Rol 8.077/2009 del 7 de julio de 2010 (http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_88_Corte_Suprema.pdf).

²⁶ Resolución N° 24, del 31 de enero de 2009 (http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_24_2008.pdf).

²⁷ Para evaluar los posibles efectos de la operación, el TDLC aplicó el concepto de “retail integrado”, que se extendía no sólo a los mercados de *retail* directamente involucrados en la operación -supermercados y crédito de consumo no bancario-, sino también a los centros comerciales y todas aquellas tiendas minoristas que operan bajo el esquema de comercio de gran superficie, ya que las complementariedades que existen entre estos distintos negocios pueden ser aprovechadas a través de un instrumento común, como las tarjetas de crédito y acciones de fidelización. El análisis del TDLC consideró que la operación propuesta conduciría a un enorme cambio en la estructura del mercado, dada la creación de una empresa que pasaría a ser el actor dominante en el comercio minorista, participando prácticamente en todos los segmentos y funciones: tiendas por departamento, tiendas de mejoramiento del hogar, supermercados, inmobiliarias y financiamiento. También identificó las ventajas en la operación, sin embargo todas éstas ponían al nuevo actor en una posición de ampliar el poder de mercado y extenderlo en otras áreas minoristas en el futuro, además de crear obstáculos para la entrada de competidores y para la relación con proveedores. Así, el TDLC llegó a la convicción que las mismas ventajas comerciales que las partes presentaban como fuentes de eficiencia a largo plazo, constituían las fuentes del riesgo para la competencia. Finalmente, el tribunal rechazó la afirmación de pro-eficiencia competitiva de las partes, ya que durante el proceso no se demostró la forma en que esta eficiencia se traspasaría a los consumidores.

el TDLC se había excedido en sus atribuciones al impedir la operación, que las partes voluntariamente habían sometido a su conocimiento-, las empresas afectadas no acudieron a la Corte Suprema. Sin lugar a dudas, este ha sido el proceso no contencioso más importante desde el inicio de las funciones del TDLC.

- **Acuerdos horizontales y colusión**

En concordancia con la acción internacional en materia de defensa de la competencia, la actividad de la FNE en los últimos años ha estado centrada fuertemente en hacer más efectivo su combate a los carteles; lo que se ha traducido no sólo en destinar mayores recursos en la investigación de este tipo de conductas sino también en incrementar sus esfuerzos de litigio frente al TDLC y la Corte Suprema, mejorando así los resultados alcanzados en estas actuaciones judiciales. El siguiente cuadro es un buen reflejo de cómo ha ido evolucionando favorablemente la posición acusadora de la FNE en fallos en causas de colusión.

Cuadro 1

EVOLUCIÓN DE LA POSICIÓN ACUSADORA DE LA FNE EN FALLOS EN CAUSAS DE COLUSIÓN

Caso	Fecha H.TDLC	Contenido Fallo	Excma. Corte Suprema	Multa
Agencias Navieras DUS Sent. 38/2006	07.06.06	Condena	Absuelve	0
Oxígeno Sent. 43/2006	07.09.06	Condena	Absuelve	0
Isapres Sent. 57/2007	12.07.07	Absuelve en voto dividido	Absuelve	0
TV Plasma Sent. 63/2008	10.04.08	Condena	Condena	8 MM USD app. 4.000 MM\$
AMPatagonia Sent. 74/2008	02.09.08	Condena	Condena	100 USD a c/u 50 M\$ a c/u
Interbus A.G. Sent. 82/2009	22.01.09	Condena	Condena	25 M USD 12,5 MM\$
Transporte terrestre Osorno Sent. 94/2010	07.01.10	Condena	Pendiente	Pendiente
Farmacias 2009	13.04.09	Aprueba Conciliación parcial	Confirma	Pago de 1MM USD a beneficio fiscal

Fuente: FNE (2010), "Balance Cuatrienio 2006 – 2010".

Sin lugar a dudas, una de las causas más relevantes en materia de colusión es la llamada "Guerra del Plasma", en que la FNE y Banco de Chile requieren a Falabella y Paris²⁸, las dos principales cadenas de tiendas por departamento, acusándolas de haber presionado a sus proveedores de artículos de tecnología y electrohogar para no participar en una feria tecnológica organizada por

²⁸ El texto del Requerimiento de FNE contra Paris S.A. y S.A.C.I. Falabella, de agosto de 2006, y la Demanda de Banco de Chile contra las mismas empresas, de septiembre de ese año, pueden revisarse aquí: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=528>

Banco de Chile, boicoteando así este evento gracias al poder de compra que poseen²⁹. En abril de 2008, el TDLC falla unánimemente esta causa en su Sentencia N°63³⁰, sanciona a las empresas por colusión y abuso de posición de dominio. En su fallo, el TDLC aplicó una sanción histórica de US\$ 8MM para Falabella y US\$ 5MM para Paris, considerando la reincidencia, gravedad y efectos disuasivos de esta conducta sobre los proveedores y el desarrollo de nuevos canales de venta. Por su parte, la Corte Suprema rechaza las reclamaciones de las empresas, confirmando esta sentencia en el fondo y sólo rebajando las sanciones en 25%, quedando en US\$ 5MM y US\$ 3MM, respectivamente³¹.

Otra de las causas en que la FNE requiere contra empresas del *retail* por posible acuerdo entre competidores, y que ha tenido gran revuelo mediático es la causa conocida como “Caso Farmacias”. En éste, las tres principales cadenas de farmacias del país –FASA, Salco Brand y Cruz Verde- fueron requeridas por el alza concertada de precios de más de 200 medicamentos para el tratamiento de enfermedades crónicas entre noviembre de 2007 y marzo de 2008. En este caso, el requerimiento de la FNE presentado en diciembre de 2009, aún está en tramitación ante el TDLC. No obstante, durante el proceso, la FNE y FASA alcanzaron un acuerdo en el que esta última reconoce la participación de sus ejecutivos en los hechos que motivaron el requerimiento y se obliga a cooperar en el proceso, acordando además el pago de US\$ 1MM a beneficio fiscal y la implementación de un sistema de compensación a aquellos consumidores que habrían resultado perjudicados. Dicho acuerdo fue ratificado tanto por el TDLC³² como por la Corte Suprema, y de un modo u otro, influyó en la aprobación de la modificación del D.L. N°211 por parte del Congreso, que entregó mayores facultades investigativas a la FNE y crea el programa de delación compensada.

- Promoción de la competencia

Finalmente, en cuanto a las acciones de promoción de la competencia, cabe destacar especialmente los esfuerzos que la FNE ha venido realizando desde 2008 para la creación de instancias, mecanismos e instrumentos que involucren a instituciones y funcionarios públicos en el problema de los acuerdos colusorios en las licitaciones para la provisión de bienes y servicios. Esta iniciativa, que hemos denominado “Proyecto Colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público (o *bid-rigging*)”³³, ha contado con el apoyo del Comité de Competencia de la OCDE y de la Autoridad de Competencia de Canadá.

Como parte de sus logros en este proyecto, la FNE formó y ha coordinado un Comité Interinstitucional Anti Colusión en Licitaciones de Abastecimiento Público, instancia que agrupa

²⁹ M. Pardo y L. Poggi, “What did we learn from ‘The Plasma War’?”, Mimeo. Chilean contribution to the 4th APEC Training Course in Competition Policy, Bali, Indonesia. November, 2008.

³⁰ Sentencia N° 63, del 10 de abril de 2008 (http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_63_2008.pdf).

³¹ Sentencia de la Corte Suprema Rol 2.339/2008 del 13 de agosto de 2008 ([http://mailweb.fne.gob.cl/db/tabla.nsf/f96e968b2c90447e8425733e00602335/085ebe87840e845b8425750700550538/\\$FILE/Falabella%20y%20Paris%20S.A..pdf](http://mailweb.fne.gob.cl/db/tabla.nsf/f96e968b2c90447e8425733e00602335/085ebe87840e845b8425750700550538/$FILE/Falabella%20y%20Paris%20S.A..pdf)).

³² El 13 de abril de 2009, el TDLC resolvió respecto de la conciliación entre FASA y la FNE en el caso Farmacias (<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1950&GUID=>).

³³ Ver banner temático en el sitio web institucional (<http://www.fne.cl/colusion/>).

distintos organismos,³⁴ posicionando así un tema relativamente nuevo y muy relevante en la eficiencia del uso de los recursos públicos, en la agenda de cada una de estas instituciones. Por otro lado, se han desarrollado capacitaciones en gestión de abastecimiento público y fiscalización de las contrataciones a diversos servicios. Además de esto, la FNE ha celebrado acuerdos de cooperación recíproca en la prevención y detección de colusiones y otras áreas de interés común, con la Contraloría General de la República y con el Ministerio de Obras Públicas, el que recientemente ha creado una Unidad de Libre Competencia y Anti Colusión³⁵.

4. Desafíos futuros

Quisiera cerrar esta presentación diciendo que, al igual que ustedes en este seminario, nosotros también reflexionamos periódicamente sobre cuáles son los desafíos que tenemos por delante para perfeccionar nuestro sistema, y aún más, para mejorar el estado de la competencia en nuestros diferentes mercados.

El primero de los desafíos que hemos detectado tiene que ver la lógica con que opera el mundo empresarial en Chile. Es necesario promover cambios, de modo que tomen mayor conciencia de la ilicitud de ciertas prácticas, muchas de las cuales pueden estar arraigadas, tales como son contactos entre competidores por temas sensibles, y abusos indebidos por parte de empresas dominantes. En este sentido, el primer desafío que enfrentamos es el de aumentar los niveles de aplicación de la ley y con ello, de la libre competencia en nuestro país.

Un segundo tipo de desafío está referido a la necesidad de profundizar lo que se ha alcanzado, tanto en materia de independencia –del Fiscal, respecto de los actores del sistema, incluido el Ejecutivo -, como del nivel técnico que subyace en las actuaciones de la FNE. Si bien, la discusión sobre libre competencia en Chile se ha profesionalizado, aún queda camino y es necesario avanzar en él. Y sobre todo, es fundamental asegurar la primacía de los criterios técnicos en el análisis por sobre influencias y presiones políticas y en ir profundizando sobre el derecho de la libre competencia, en especial desde el punto de vista del derecho sancionatorio, y sobre la realidad y forma de operar de cada mercado en particular.

Por su parte, la reciente modificación legal también ha introducido nuevos desafíos. El primero de ellos es, sin duda, la necesidad que funcione el Programa de Clemencia. Pero también, y tanto o más importante que lo anterior, es la prudencia en el uso de las facultades intrusivas.

El sistema de competencia necesita avanzar en cuanto a mejorar la predictibilidad, entregar más certezas, aunque sin llegar a rigidizar la lista de ilícitos. Queremos trabajar esto a partir de más

³⁴ Este Comité incluye a la Contraloría General de la República, el Ministerio de Obras Públicas, la Dirección de Compras Públicas, el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, la Red de Abastecimiento (asociación que agrupa a 3.000 funcionarios públicos de las áreas de abastecimiento de organismos del Estado), el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la Subsecretaría de Transportes y la Superintendencia de Pensiones, además de la FNE.

³⁵ Ver comunicado del 11 de junio de 2010 de la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas (<http://fiscalia.mop.cl/noticias/Paginas/DetalledeNoticias.aspx?item=8>).

guías internas, transparentar qué entendemos por ilícito y qué no dentro de un contexto de derecho continental y nacional, aunque sin dejar de mirar siempre el derecho comparado.

Finalmente, tenemos un desafío pendiente por el lado de la promoción de la competencia. Aunque se han dado pasos, necesitamos avanzar en nuestra relación con la autoridad sectorial, convertirnos en aliados *ex ante* para el mejor funcionamiento de los mercados, en lugar de vernos las caras *ex post*.

En el óptimo, un sistema de competencia exitoso no necesita llegar siempre a tribunales. Debe hacerlo, por cierto, en aquellos casos relevantes, que tengan un efecto expansivo respecto de conductas reprochables. Una agencia reputada, técnicamente validada, que por un lado cuenta con herramientas que le permiten alcanzar soluciones rápidas –como los acuerdos extrajudiciales-, y a la que le suma acciones de prevención –de la mano de la promoción-, puede avanzar más rápidamente en su camino para lograr que los mercados funcionen competitivamente y así, que todos, consumidores y empresarios, logren mejorar su bienestar.

Muchas gracias.

