



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

LIBRE COMPETENCIA EN CHILE: ANALISIS DE LAS MODIFICACIONES DEL
DECRETO DE LEY 211

Memoria para adquirir el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

AUTOR: MICHAEL ALEXANDER MC DONNELL BERNABÉ

PROFESOR GUÍA: SIMÓN ACCORSI OPAZO

Santiago, Chile

2019

Agradecimientos:

Quiero agradecer la paciencia de muchos que estuvieron conmigo en esto. Mi Papá, Mamá, hermano, hermanas, Abuela y familia. No puedo dejar de nombrar a Roberto Burgos, Sebastián Marambio, Juan Pablo Donoso y Daniela Birman, quienes me ayudaron enormemente en esto.

Por último, agradecer a todos mis amigos y todos quienes fueron pacientes y ayudaron en el este camino. Asimismo, quiero mencionar mis agradecimientos por el gran aporte a Jaime Barahona.

ÍNDICE

ÍNDICE	4
RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: PRINCIPALES MODIFICACIONES PREVIAS AL 2016.	12
CÁPITULO II: MODIFICACIONES AL DL 211 DEL AÑO 2016.	24
2.1. ANTECEDENTES:.....	24
2.2. PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE INTRODUJO LA LEY 20.945	25
2.2.1. <i>MODIFICACIONES A LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL ILÍCITO DE COLUSIÓN.</i>	26
A. Sanciones penales para la colusión, artículo 62 (nuevo) DL 211.	28
B. Efectos en el ámbito penal de la delación compensada.	31
C. Nuevo sistema de persecución de carteles duros.	33
D. Modificaciones al procedimiento de reclamo contra medidas intrusivas de la FNE.....	36
2.2.2. <i>AUMENTO DEL MONTO MÁXIMO DE MULTAS Y OTRAS SANCIONES.</i>	37
2.2.3. <i>CONTROL OBLIGATORIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.</i>	38
A. UMBRALES DE NOTIFICACIÓN.	40
B. PROCEDIMIENTO DE CONTROL ANTE LA FNE.	41
C. RECURSO DE REVISIÓN ANTE EL TDLC EN UN RECHAZO DE LA OPERACIÓN.	42
D. SANCIONES Y MEDIDAS APLICABLES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR.....	43
2.2.4. <i>PROHIBICIÓN DE INTERLOCKING HORIZONTAL DIRECTO ENTRE DOS EMPRESAS COMPETIDORAS.</i>	43

2.2.5. <i>PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIONES MINORITARIAS CRUZADAS.</i>	
45	
2.2.6. <i>INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.</i>	46
2.2.7. <i>NUEVAS FACULTADES DE LA FNE.</i>	47
III. CONCLUSIONES	48
IV. BIBLIOGRAFÍA	50

RESUMEN

En el presente trabajo se describe la evolución histórica que ha tenido la política de competencia en nuestro país, con especial énfasis en las modificaciones que ha tenido el decreto ley 211 (DL 211) desde su dictación en el año 1973 hasta la fecha.

La temática será abordada principalmente en dos formas: (i) las modificaciones previas al año 2016 del DL 211; con especial dedicación a la ley 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de Libre Competencia Y (ii) las modificaciones incorporadas el año 2016 a través de la ley 20.945 que contemplan un cambio en la estructura de sanciones, la delación compensada e indemnización de perjuicios, entre otras materias.

Finalmente, se plantean futuros desafíos y un breve análisis crítico de cómo nuestro país ha tendido a modernizar la institucionalidad legal asociada a la política de competencia.

INTRODUCCIÓN

En el siguiente trabajo, se analizará la evolución de la institucionalidad legal asociada a la política de competencia en Chile, desde inicios del siglo XX a la actualidad, y sus principales adecuaciones con mayor detención en el Decreto Ley 211. La presente propuesta será estudiada principalmente desde tres perspectivas: Ética, económica y sus implicancias penales, a través de los años y sus subsecuentes modificaciones.

La creación, implementación, alcances, aplicación, limitación, regulación y distintos elementos y actores en la política de competencia chilena se dan principalmente por el marco legal en el cual se encuadran y soporta. En nuestro ordenamiento jurídico, la tradición y legislación asociada a la promoción y defensa de la competencia en los mercados tiene una historia que data del año 1959.

Desde el punto de vista legal, la libre competencia puede ser comprendida como una situación en donde cualquier persona o empresa es libre de participar en una determinada actividad económica ya sea como vendedor o como comprador. Desde la mirada económica y buscando un objetivo que pueda ser implementado, la institucionalidad de la política de competencia apunta fundamentalmente a evitar los abusos de poder de mercado, siendo la colusión el peor de estos abusos y en general apunta a promover la existencia de mercados competitivos, en que ninguna parte del mercado pueda manipular cantidades o precios de manera discrecional¹. Esto ha cristalizado en los objetivos de protección del consumidor y la búsqueda de mercados eficientes, caracterizados por ser competitivos.

¹ Tal como sostiene el mensaje del proyecto de ley del boletín 9950-03: “*La defensa de la libre competencia es esencial para el desarrollo de Chile. Ella garantiza la existencia de mercados en los cuales impere una competencia basada en los méritos, que permita que las empresas ofrezcan bienes y servicios de mejor calidad, mayor variedad, innovadores y al menor precio posible. Asimismo, propicia una sociedad más justa y democrática, en la cual exista confianza en los mercados y en que quienes cuenten con poder económico no se aprovechen del mismo para cometer abusos que generan serios daños a todos los chilenos*”. Mensaje del proyecto de ley del boletín 9950-03 que modifica el DFL N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973.

El profesor Francisco Agüero, sin entrar a definir el concepto de libre competencia, señala respecto al bien jurídico protegido que: “[l]a protección del consumidor y el rechazo a la ineficiencia han estampado los objetivos que persigue la legislación de la competencia en Chile. En la aplicación del DL 211, la jurisprudencia ha mostrado —con altibajos— una preocupación preferente por dichas finalidades. Por su parte, la doctrina no ha sido unívoca en definir que es la libre competencia como finalidad o bien jurídico.”².

En sus inicios la institucionalidad de competencia en Chile era más bien rudimentaria y es posible datar regulaciones asociadas desde los años 30’ en la legislación nacional, quizás no como libre competencia propiamente tal, o como se entiende hoy en día, sino que más bien las ideas o nociones que llevaron a crear el sistema desde sus inicios hasta la actualidad. Su origen toma forma con la creación del Comisariato General de Subsistencias y precio en 1932, que buscaba asegurar a los habitantes del país las más convenientes condiciones económicas para el diario vivir de todos.

En las décadas subsiguientes, se ven tendencias y medidas adoptadas por los diferentes gobiernos de turno, entre las que destaca la ley 13.305 de 1959, la cual estuvo cimentada sobre los trabajos realizados por la misión Klein-Saks, y que constituye la primera implementación de normas antimonopolio en Chile³. Este cuerpo normativo establecía en su Título V la prohibición de ciertas prácticas por atentar contra la competencia en los mercados. Asimismo, se crea la Comisión Antimonopolio para efectos de velar por el cumplimiento de dicha normativa.

Luego, la ley 15.142 de 1963, crea la figura del Fiscal Nacional Económico, hasta llegar a la promulgación del DL 211 “sobre normas para la defensa de la libre competencia” del año 1973. Es con la promulgación del DL 211 que se crea una

² AGÜERO VARGAS, Francisco “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”. 19vo Boletín Latinoamericano de Competencia, p. 124, 132 (2004),

³ BERNEDO, Patricio, Historia de la Libre Competencia en Chile 1959 – 2010, Fiscalía Nacional Económica (2013).

institucionalidad legal preocupada de regulación de la competencia en los mercados.

Tal como sostiene el ex fiscal Felipe Irarrázabal: “*El Artículo primero del D.L. N° 211 establece el objetivo de ley, cual es “promover y defender la libre competencia en los mercados”*. Se puede ver que el objetivo en cuestión es bastante amplio, ya que no sólo mandata a los órganos de defensa de la libre competencia a velar porque no se cometan ilícitos anticompetitivos, sino también les impone la responsabilidad de promover, lo que se traduce en difundir activamente la 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, “*lo que denota un contraste con otros sistemas de defensa de competencia, que hacen expresa mención a la maximización del bienestar de los consumidores. (...) 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.*”⁴.

Todos los temas, anteriormente, mencionados serán tratados con mayor profundidad y detalle en el presente trabajo, tanto de los actores (fiscales, consumidores, proveedores, etc.), como de los organismos encargados de ejercer las distintas funciones destinadas a la defensa de la libre competencia y por último de casos prácticos en los cuales se ven involucrados los distintos actores del sistema.

⁴ IRARRÁZABAL PHILIPPI, Felipe. El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia, Fiscalía Nacional Económico, p. 1 (2017).

CAPÍTULO I: PRINCIPALES MODIFICACIONES PREVIAS AL 2016.

1.1. Antecedentes históricos:

Es importante describir el contexto histórico en el cual se fue generando la necesidad de la creación de una legislación más técnica, específica y centrada en pro de la defensa de la libre competencia en nuestro país. En el ordenamiento jurídico imperante se recoge la idea central que la defensa de la libre competencia apunta a proteger y fomentar la eficiencia total de los mercados, lo cual, nos diferencia de otros sistemas en los cuales su objetivo primordial es la maximización del bienestar de los consumidores en el mercado. En nuestro caso lo que busca el legislador es la máxima eficiencia, o como los economistas lo conocen, “*el excedente total*”. Dicho lo anterior y notando que se ven marcadas diferencias entre los dos tipos de orientación, estos no necesariamente se contraponen y generan conflicto entre ellos por su respectiva tendencia, sino que más bien, se encuentran en armonía, ya que en teoría los mercados competitivos tienden a un precio apenas superior al costo marginal de producción. En presencia de numerosos oferentes, los consumidores se benefician por una mayor y mejor oferta y calidad de los bienes ofrecidos.

Además, corresponde decir que a diferencia de muchas otras legislaciones, en el caso de Chile, nuestro legislador ha optado por una tipificación abierta de los ilícitos anticompetitivos⁵, lo que queda de manifiesto en el artículo 3 del DL 211 que dice: *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a*

⁵ Lo ilícitos de tipificación abierta, *se caracterizan por tener una configuración del tipo extenso, sin delimitar su aplicación a ciertas particularidades de la acción realizada por el infractor*”. Dicha técnica se fundamenta debido al vertiginoso proceso de evolución tecnológica y avance del estado de la técnica, lo cual dificulta *“prever de forma anticipada todas las formas de afectación de la propiedad intelectual”*. Crítico respecto a la constitucionalidad en base al principio de legalidad en su vertiente de tipicidad se refiere RODRIGUEZ COLLAO, Luis, “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, (1984).

producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”. Por consiguiente, habiendo leído el artículo mencionado, se hace referencia a ejemplos de las conductas más recurrentes que contempladas en el marco legal.

Otra característica de nuestro marco normativo sobre esta materia dice relación con el estándar probatorio. El artículo 22 del DL 211 admite todos los medios de prueba que se indican en el artículo 341 del C.P.C., y además establece que el ente sancionador (TDLC), debe apreciar la prueba según las reglas y normas de la sana crítica, por lo que, como se observa, nuestro sistema de defensa de la libre competencia, no se configura de acuerdo a un sistema de prueba legal o tasada, ni de libre convicción o valoración en conciencia, sino que más bien en uno de sana crítica. Esto se traduce en que quien juzga, debe ceñirse y encuadrarse en las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la resolución de los casos que sean puestos en su conocimiento.

Antes de adentrarnos en las principales modificaciones previas al año 2016, corresponde mencionar y profundizar, que los inicios de la legislación sobre competencia en nuestro país son variados, tanto en formas y las figuras en que se impulsaron.

El primer estatuto antimonopolios de la historia del país fue creado en el año 1959, mediante la ley 13.305, bajo el gobierno del Presidente Jorge Alessandri, el cual era de marcado corte liberal. Se inspiró en la base de una economía de mercado, buscando en un primer término que se generara una “sana competencia” entre los distintos actores del mercado, aduciendo que el simple control en la aplicación de los precios habría creado un acuerdo entre los productores, lo cual se habría traducido en un encarecimiento artificial de los productos. En la nueva política implementada, descrita anteriormente, se pueden ver los primeros indicios de un marco legal, pero a contrapartida, también observamos los primeros destellos de la

figura de colusión, la que será abordada con mayor detalle y profundidad en este trabajo.

Corresponde hacer mención de los artículos 172 y 173 de la referida ley. El primero señalaba que: *“No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales. Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales”*. Y, en segundo lugar el artículo 173, inciso primero de la referida ley, establecía que: *“Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores”*. Acá se aprecia claramente, los primeros signos de la figura de colusión y las respectivas sanciones que se aplicarían en contra de ellas.

En los años subsecuentes se continuó perfeccionando la legislación relacionada. Las principales medidas que se tomaron en torno a ello fueron variadas. En el año 1963 se crea una Comisión Antimonopolios, incorporándose luego por medio de la ley 15.142 la figura del Fiscal Nacional Económico quien actuaba como un acusador público en representación del interés colectivo.

1.2. Modificaciones

Previo a las mayores modificaciones estructurales y sustanciales a que se vio sometido el DL 211 de 1973, hubo una que es menester mencionar, y que fue introducida por el DL 2760 del año 1979. Las principales actualizaciones que se realizaron fueron cuatro:

- (i) Otorgamiento a la Comisión Resolutiva de facultades para conocer de oficio.
- (ii) Se aumentaron las multas hasta las 10.000 UTM.
- (iii) Fiscalía cambia su nombre y adopta el de Fiscalía Nacional Económica.
- (iv) Aumento de la planta de la Fiscalía Nacional Económica.

Mencionado lo anterior, corresponde adentrarnos en las principales modificaciones hechas previas al año 2016.

1.- Fortalecimiento Fiscalía Nacional Económica:

En el año 1999, a través de la ley 19.610, se realizó una modificación mayor, la que buscó fortalecer las atribuciones, el carácter técnico e independencia de la Fiscalía Nacional Económica, y la definió como un organismo fiscalizador. Dentro de las principales medidas que se adoptaron podemos encontrar las siguientes:

- a. Aumento de su planta laboral
- b. Incremento en las remuneraciones de sus funcionarios con lo que se buscaba, atraer y mantener profesionales de un alto nivel técnico.
- c. Incremento del presupuesto asignado a ella.

La FNE, es definida y entendía, esencialmente, como un órgano fiscalizador, y lo que se buscó el legislador con las modificaciones antes mencionadas, fue la profesionalización de la FNE.

2.- Creación Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

Sin duda alguna, la modificación más importante, previa al 2016, es la ley N°19.911, aprobada el 14 de noviembre de 2003, que crea el Tribunal de la Defensa Libre Competencia (TDLC en adelante).

El TDLC, reemplaza las antiguas comisiones. Es necesario explicar y hacer una breve mención a las referidas comisiones, que se introdujeron con el DL 211. Anteriormente existía una Comisión Resolutiva, que reemplazó a la comisión antimonopolio, Comisiones Preventivas locales y una central (sede en Santiago). Estas comisiones, su composición, atribuciones y funciones, serán abordadas con mayor detalle y profundidad más adelante.

Con la creación del TDLC, se sientan las bases del sistema que ocupamos en la actualidad, con una agencia de competencia, la FNE a cargo de investigar y fiscalizar y un órgano sancionador independiente.

Es importante mencionar también que la nueva ley si bien incrementa considerablemente las multas, por otra parte, suprime las sanciones criminales, dejando las infracciones dentro de la competencia del ámbito administrativo.

Esta nueva ley, realiza una tarea muy importante, que es la distinción e identificación de las 2 principales instituciones en esta materia:

- a. Fiscalía Nacional Económica, que es la que, en función del interés general, tiene a su cargo los roles de investigar y acusar sobre las infracciones que observe a la ley. Además, debe fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones en esta materia, como también servir de informante técnico, entre otras funciones.

Dentro de las principales funciones de la FNE, en términos generales son:

- Investigar acciones que potencialmente constituyan infracciones al DL211.
- 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.
- Fiscalizar el cumplimiento de la ley, velando por fallos, decisiones, dictámenes, etc.
- Actuar como informante técnico.
- Solicitar colaboración y antecedentes a organismos y servicios públicos
- Pedir información a particulares, dentro de la investigación que este en curso en ese momento.
- Toma de declaraciones.
- Suscribir acuerdos extrajudiciales.
- Celebrar convenios o memorándum de entendimiento, en cooperación con otros servicios públicos.
- Convenir la transferencia electrónica de información.

b. TDLC, el que se define como *“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”*.⁶

Sus atribuciones y deberes se encuentran establecidos en el artículo 18 del DL 211, y son:

- Conocer a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico de las situaciones que pudieren constituir infracciones a la ley.
- Conocer a solicitud de quien tenga interés legítimo o del Fiscal Nacional Económico, asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley.
- Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley.
- Obligación de comunicar el inicio de la investigación.
- 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.

⁶ IRARRÁZABAL PHILIPPI, Felipe. El Sistema de Defensa de la Libre Competencia, p. 4.

Adicionalmente, y según contempla el DL 211, toda sentencia definitiva dictada por el TDLC que imponga las sanciones que contempla la ley, es susceptible de recurso de revisión ante la Corte Suprema. De esta manera se ve claramente que la CS puede tomar conocimiento, revisar y resolver causas de defensa de la libre competencia, siempre y cuando se interponga recurso de revisión.

Para estos casos la Corte Suprema cuenta con salas especializadas para el conocimiento de esta materia. Las correspondientes salas en su funcionamiento ordinario son tres:

- Primera sala o sala civil.
- Segunda sala o sala penal.
- Tercera sala o sala de asuntos constitucionales y de lo contencioso administrativo, a la cual corresponde el conocimiento de las materias de libre competencia.

En el funcionamiento extraordinario contempla una cuarta sala en el ámbito laboral-previsional.

El TDLC se crea principalmente por la necesidad de existencia de reguladores de mayor sofisticación, frente a las posibles demandas derivadas de la globalización y el mismo desarrollo económico que ello conlleva. Además, se hacía necesaria la independencia de los organismos encargados de investigar y juzgar, lo que no existía plenamente antes de las reformas mencionadas. El ex fiscal Pedro Mattar relató que cuando asumió durante el periodo 2001 a 2006 como Fiscal Nacional Económico había una cierta confusión en los ámbitos de trabajo y de atribuciones de las comisiones y del fiscal, donde este último debía acusar (persecutor) y, al mismo tiempo, debía entregar todo el apoyo necesario a las comisiones para juzgar, y sentarse en la misma mesa que quienes juzgaban. Por ello, prefirió delegar la facultad que tenía para alegar ante la Comisión Resolutiva en otros abogados de la Fiscalía⁷. Incidencia especial tuvo también la denominada “*Agenda Pro-Crecimiento*” que en el año 2002 habían suscrito el gobierno y los empresarios,

⁷ Un nuevo árbitro a la cancha”, en El Mercurio, Santiago, 10 de noviembre de 2001, p. B12.

donde existió el acuerdo de impulsar una profunda reforma a la legislación e institucionalidad de competencia. En este sentido cabe señalar que el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo tenía como eje central “*el fortalecimiento del órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos en materia de libre competencia, todo esto dentro del proceso de perfeccionamiento de la institucionalidad de defensa de la libre competencia que ha sido llevado adelante en los últimos años*”.⁸

Además de la Comisión Resolutiva, existían Comisiones Preventivas, que estaban en regiones. Los cargos de la Comisión Resolutiva eran ad honorem. Esto cambia en 2004, una vez cumplidos 30 años desde la dictación del DL 211, en la que fue la primera gran reforma de este cuerpo legal. Con la promulgación de la ley 19.911, que eliminó las Comisiones Preventivas regionales, se pudo financiar la Comisión Resolutiva, y que ahora pasa a llamarse TDLC. Por la presencia de un presupuesto acotado se centralizó sólo en Santiago, sin tribunales regionales. Se define de manera clara quién investiga y acusa (FNE), y quien resuelve, que es el TDLC. En ese sentido, orgánico, queda una estructura muy superior en cuanto a funciones, pero se pierde la presencia en el resto de las regiones.

La ley 19.911, tuvo grandes reformas y avances sobre el tema, entre ellos: (i) Hubo un aumento significativo de las multas, las que pasaron de 10.000 UTM, a 20.000 UTA, (ii) Se ampliaron los plazos de prescripción de los ilícitos, como medidas para prevenir, corregir o sancionar los ilícitos anticompetitivos, estableciéndose un plazo de dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Dicha prescripción “*se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular. La prescripción de las acciones y la de las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, no se suspenden a favor de ninguna persona. Sin perjuicio de las disposiciones generales, las acciones civiles derivadas de un atentado a la libre competencia prescriben en el plazo de cuatro años, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva*”. (iii) Se

⁸ IRARRÁZABAL PHILLIPI, Felipe. El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia, Fiscal Nacional Económico, p. 1.

incorporaron reglas sobre la responsabilidad civil. Todo esto llevó a un mayor nivel de sofisticación en el análisis de los casos.

El TDLC se compone de 5 miembros: 3 abogados, y a uno de ellos se encuentra reservada la presidencia de éste, y 2 economistas, además cuenta con 4 miembros suplentes, lo que deberán ser abogados y 2 de ellos con post grados en ciencias económicas. El proceso de designación de los miembros del TDLC, se fija en el artículo 8 de la ley 19.911, que dice *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estará integrado por las personas que se indican a continuación: a) Un abogado, que lo presidirá, designado por el presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Sólo podrán participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional. b) Cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas. Dos integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público de antecedentes.* El TDLC tiene la función de sancionar y prevenir actos que atenten en contra de la libre competencia. La reforma otorga dedicación preferente a los ministros que componen el TDLC, lo que cambia con la ley 20.945, de 2016 que exige dedicación exclusiva.

Otras características definitorias del TDLC son: mayor complejidad en el mecanismo de nominación; modificación de los procedimientos contenciosos y consultivo, incluyendo el control de fusiones y dictación de regulaciones; independencia frente a la FNE, con un presupuesto separado y oficinas propias.

3.- Mejoramiento de las herramientas de investigación, e incorporación de la delación compensada:

El año 2009, a través de la ley 20.361, se perfecciona la institucionalidad ya creada y se avanza sustancialmente en entregar herramientas para detectar y desbaratar carteles, especialmente en la inclusión de medidas intrusivas que puede realizar a la FNE, tales como efectuar escuchas telefónicas y realizar allanamientos y descerrajamientos a posibles infractores.

También se realizaron ajustes a la descripción de las conductas sancionables y se fortalecieron de manera importante las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica.

Se aumentaron las multas como principal medida sancionatoria y disuasiva y se introdujo la figura de la delación compensada, buscando con ello desincentivar fuertemente la coordinación estable para los miembros de un cartel.

Lo que permite en concreto el programa de delación compensada, fue autorizar legalmente al primer delator que aporte antecedentes a la Fiscalía, para que pueda ser eximido de toda sanción. Para el segundo, la FNE puede solicitar una reducción de hasta 50% de la multa que le correspondía sin delación, recibiendo además una rebaja de un grado en la sanción penal que se imponga por el delito de colusión y la puede solicitar cualquier persona, natural o jurídica, que haya participado de una colusión. El legislador estableció en el artículo 39 bis del DL 211 los requisitos concretos para poder acogerse a esta figura. A la vez, la FNE ha elaborado y publicado dos guías internas para la aplicación de este beneficio⁹, donde regula de manera administrativa la forma en que utilizará esta facultad para otorgarlo. En estos documentos, *“la autoridad explica al público cómo es posible acceder al sistema de delación compensada; cómo se dará cuenta del orden de postulación de*

⁹ La FNE publicó en marzo de 2017 la “Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión”, que reemplazó a la “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión” de octubre de 2009.

los delatores; qué información podrá solicitarse y cómo se considerarán cumplidos los requisitos legales; entre otras materias”¹⁰.

Además de los aportes de la ley 20.361, se llegó al consenso sobre la necesidad de reformas estructurales, por lo que se encargó por parte del presidente de la Republica de la época, un informe, el que se conoce como “Comisión Rosende”, del año 2012.

¹⁰ SAIZ UNDIS, Vicente Javier. “Sistema de delación compensada en Libre Competencia en Chile: Análisis Crítico y Propuestas de Solución”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile. 2015, p. 65 y 66.

CÁPITULO II: MODIFICACIONES AL DL 211 DEL AÑO 2016.

2.1. Antecedentes:

La historia jurisdiccional de la colusión en Chile, particularmente desde el caso Farmacias (2008) en adelante, generó el asentamiento del diseño institucional de libre competencia chileno, precisamente porque el razonamiento probatorio implicó establecer un alto rigor técnico y analítico, tanto en el ámbito del derecho como de la economía. La profundización de la actualización de la legislación se da a partir de diversos casos que tuvieron una alta connotación social, precisamente por haber afectado con las conductas anticompetitivas a un amplio espectro de la población chilena¹¹.

Luego de un diagnóstico amplio, se tramitó en el Congreso Nacional en los años 2015 y 2016, una importante reforma, la que se vio finalmente plasmada por medio de la ley 20.945, publicada en agosto de 2016. Se introducen diversos cambios a través de este cuerpo normativo, recogiendo en gran medida las recomendaciones

¹¹ Tomando en cuenta el resumen de casos planteado por el profesor Gabriel Hernández (Colusión y Responsabilidad Civil por daño colectivo a los consumidores. RChDP no.30 Santiago jun. 2018), resumidamente se pueden señalar los siguientes casos que tuvieron como repercusión la reforma analizada en el presente trabajo. Caso farmacias: El 31 de enero de 2012, el TDLC condenó a dos empresas farmacéuticas a pagar una multa por coludirse (con otra) para subir el precio de medicamentos para patologías crónicas (esquizofrenia, trastornos bipolares, osteoporosis, Alzheimer, depresión, asma, hipertensión, insuficiencia cardíaca, etc.). La Corte Suprema, el 7 de septiembre de 2012, confirmó la condena. El SERNAC demandó colectivamente a las condenadas indemnización para los consumidores: Caso pollos: El 25 de septiembre de 2014, el TDLC condenó a tres empresas avícolas por concertarse para alzar el precio de la carne de pollo. La sentencia fue ratificada por la Corte Suprema el 29 de octubre de 2015. El SERNAC demandó indemnización colectiva a favor de los consumidores: Caso papel: En este caso, el SERNAC demandó responsabilidad civil a una empresa por convenir con otra incrementar el precio de sus productos (papel higiénico, servilletas, toallas y pañuelos). El motivo fue que la demandada se negó a participar en la mediación con la otra empresa coludida. La acción se interpuso en paralelo al juicio seguido ante el TDLC. El SERNAC y dos asociaciones de consumidores celebraron una conciliación con la empresa que no fue demandada, acordando una compensación para aquellos. Caso supermercados: Adicionalmente, está en curso ante el TDLC un juicio contra tres supermercados por alzas concertadas de los precios de la carne de pollo. Caso pañales: También habría operado colusión en el mercado de los pañales. No obstante, en un comunicado de 30 de diciembre de 2016, la FNE señaló que cerraba la investigación por considerar prescrita la acción para perseguir a las empresas concertadas.

realizadas a mediados del 2012 por la citada Comisión Rosende durante el primer gobierno de Sebastián Piñera. Por medio de la Comisión, se recomendó perfeccionar la institucionalidad vigente en 3 aspectos: sanciones, mecanismo de delación compensada y consulta de fusiones.

Las modificaciones buscaron tener un efecto disuasivo, para que los distintos actores que se encuentran inmersos en nuestro mercado respeten la legislación vigente y que su comportamiento se encuadre dentro del marco normativo otorgado por el legislador. Este perfeccionamiento de la ley, utiliza el “*ius puniendi*” estatal, a partir de las manifestaciones relacionadas al derecho administrativo sancionador y el derecho penal, y tal como lo han sostenido diversos autores: “*A través de tal modificación se incorpora un sistema mixto o conjunto de protección de la libre competencia, ya que para tales efectos se recurre tanto al anterior Derecho de la libre competencia, como regla general, y al Derecho penal, como medio de reacción adicional frente a las conductas que el legislador considera de mayor gravedad, esto es los llamados “carteles duros”*”¹².

2.2. PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE INTRODUJO LA LEY 20.945

Las importantes modificaciones que se introdujeron al D.L 211 en el año 2016, son hechas por medio de la ley 20.945, la que modificó varios aspectos sustanciales del D.L. 211, entre las que podemos encontrar:

- a. Modificaciones en materia de colusión.
- b. Control obligatorio y preventivo de operaciones de concentración.
- c. Participaciones cruzadas e interlocking.
- d. Aumento de los montos de las multas.
- e. Nuevas facultades de la Fiscalía Nacional Económica.

¹² ARTAZA, Osvaldo; BELMONTE, Matías; ACEVEDO, Germán; El delito de colusión en Chile: propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como acuerdo anticompetitivo, p. 550.

- f. Indemnización de perjuicios y acciones para la protección del interés colectivo o difuso.
- g. Sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE.
- h. Dedicación exclusiva e incompatibilidades de los ministros del TDLC.

A continuación, pasaremos a estudiar con mayor detalle y profundidad las modificaciones que se introdujeron a través de la ley 20.945.

2.2.1. MODIFICACIONES A LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL ILÍCITO DE COLUSIÓN.

La principal modificación respecto a este tópico es que se elimina como un elemento de la descripción de la figura de cartel o colusión, la exigencia de que las prácticas concertadas o los acuerdos, tengan como propósito obtener un “*poder de mercado*”. El fin de la respectiva modificación, según el proyecto, es una disminución de los costos procesales para poder probar la existencia de la figura de cartel o colusión, y así aumentar la eficacia que puede tener la autoridad competente en la detección y sanción de este tipo de conductas. Esto da una señal importante a los diferentes actores del mercado respecto a la gravedad e ilicitud de quienes incurran en este tipo de conductas.

Es un cambio de fondo y bastante importante, ya que, anterior a la eliminación de la frase mencionada, la colusión se analizaba bajo el concepto de la “*Regla de la Razón*”. De acuerdo a dicha regla, el demandante debe probar que existe un efecto anticompetitivo en un mercado relevante. Al mismo tiempo, una empresa no puede ser condenada si es que la conducta cuestionada es explicable desde una perspectiva de bienestar (en base a una defensa de eficiencia y no de interés público en general). En esencia, la regla de la razón supone el examen de las

circunstancias económicas que rodean la práctica empresarial, debiendo el sentenciador analizar la totalidad de factores y circunstancias del caso concreto¹³.

La reforma busca cambiar esta regla y seguir el criterio de la jurisprudencia y legislación comparada que se utiliza en Estados Unidos, donde se prefiere dar a la figura de la colusión el trato de una infracción “*Per Se*”. El significado de esta regla podría resumirse en que tratándose de conductas que se sabe son manifiestamente anticompetitivas -como lo es la colusión-, los tribunales están autorizados a condenar a quienes incurran en las mismas sin necesidad que el demandante realice un completo análisis de mercado relevante y efecto anticompetitivo, y restringiendo la facultad del demandado de invocar defensas de eficiencia. Según la Corte Suprema norteamericana: “*Per se*” *corresponde a aquella categoría de acuerdos o prácticas que, debido a sus perniciosos efectos para la competencia y a la falta de virtudes que los justifiquen, son presumidas concluyentemente como irrazonables y por lo tanto ilegales, sin que sea necesario efectuar una indagación elaborada en cuanto al daño preciso que han causado ni a las excusas de negocios que motivan su uso.*”¹⁴.

Todo entendimiento o acuerdo entre competidores pasa a ser a priori sancionable. En cuanto a lo que se refiere la infracción “*Per se*”, la doctrina generalmente ha denominado estas conductas como los carteles duros, y estas corresponden a las siguientes figuras:

- (i) Acuerdo de precios.
- (ii) Reparto de mercado.
- (iii) Reparto de producción (acuerdos de volúmenes)
- (iv) Licitaciones colusorias.

No obstante, la norma mantiene la exigencia de acreditar que el acuerdo o la práctica concertada confieran poder de mercado en aquellos casos que consistan

¹³ Esta regla se sigue a partir del Caso en el sistema norteamericano *Texaco, Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1, 3 (2006).

¹⁴ *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationary & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 289 (1985), citando el caso *Northern Pacific Railway Co. v. U.S.*, 356 U.S. 1, 5 (1958)

en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores. La anterior consideración, se basa precisamente en la necesidad de utilizar la “*Regla de la Razón*” en el análisis de estas hipótesis, por cuanto si obligatoriamente se deniega la posibilidad de practicar este tipo de conductas, existen probabilidades que se restrinjan precisamente actividades que fomenten la libre competencia.

A. Sanciones penales para la colusión, artículo 62 (nuevo) DL 211.

Tras la absolución del denominado caso Farmacias por ser inaplicable a las conductas colusivas el artículo 285 del Código Penal¹⁵, surgió la imperante necesidad contemporánea de regular con una sanción penal los casos anticompetitivos más graves. Ello pues la sociedad civil tomó conciencia de los peligros y costos que significan los cárteles duros para la economía y sus actores, estimándose como un factor indubitado que la criminalización sería un estímulo importante a la hora de disuadir y persuadir de acercar al infractor a la autoridad de libre competencia y delatar.

Fue así como ley 20.945 contempló una nueva figura penal¹⁶, la que sanciona las conductas de cartel o colusión, que se circunscriben a los carteles duros referidos

¹⁵ Confirmando la absolución en el denominado “*Caso Farmacias*”, la Corte de Apelaciones de Santiago concluyó categóricamente que: “(...) *no parece lógico que, por la vía del Código Penal, se pretenda insertar una sanción restrictiva de derechos por conductas que claramente ya no tienen ese carácter en la legislación especializada*”, estableciendo que si la colusión podía subsumirse bajo el tipo penal del artículo 285 del código criminal bajo la denominada “*alteración del precio natural de las mercaderías*”, se daría el absurdo de que la despenalización de los acuerdos de precios y reparto de mercado en el siglo XXI significaba, al mismo tiempo, su penalización por una norma del siglo XIX.

¹⁶ El DL 211 en su redacción original contemplaba una pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, es decir, de 61 días a 5 años para quienes atentaran en contra la libre competencia (era un ilícito genérico que no atacaba a los carteles duros). Pero dicha sanción nunca fue aplicada principalmente por las siguientes circunstancias por: la ausencia de una cabal conciencia sobre la gravedad de este tipo de ilícitos; una falta de institucionalidad para hacer frente a casos de alta complejidad; la carencia de especificidad de las conductas, lo cual vulneraba el artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República, y por estimarse que la criminalización no disuadía las conductas contra la libre competencia, lo cual conllevó su derogación en el año 2003 mediante la ley 19.911.

en el 2.2.1, señalando el artículo 62 lo siguiente: *“El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

Se definen también otras sanciones distintas a las de presidio, como son las inhabilidades. Se explicitan los criterios que se toman en consideración para distinguir la sanción aplicable al caso concreto, analizado en su complejidad, según las situaciones o circunstancias que se generan caso a caso, en los cuales se incurre en los actos ilegales explicados en el inciso primero del nombrado artículo

Como se puede ver, el proyecto restablece penas de prisión para los carteles. Estas penas van desde los 3 años y 1 día hasta los 10 años. Lo interesante de esto, es que la sanción mencionada, suspende por un año la ejecución de penas sustitutivas, lo que quiere decir que, quien sea condenado por prácticas anticompetitivas, deberá cumplir de manera efectiva la pena privativa de libertad (pasará un año, por lo menos, privado de su libertad)¹⁷.

A mayor abundamiento en el análisis sobre este artículo y sus sanciones, se puede observar que el inciso segundo establece otro tipo de sanciones; inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo, para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o que se sujete a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del estado o en las que este tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional. Es así como,

¹⁷ Esta tendencia de restringir la aplicación de penas sustitutivas surge a partir de la dictación de “Ley Emilia” (Ley N° 20.770), que asegura el cumplimiento efectivo de la pena por un año en casos de manejos en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones gravísimas. La fuerza de esta consigna ya se advirtió respecto de siguientes reformas penales. Primero, destaca la modificación a los delitos de la Ley de Control de Armas por la Ley N° 20.813 de 2015, que impide la sustitución de penas. El mismo camino toma la Ley de Agenda Corta Antidelincuencia N° 20.931 para los delitos de robo, hurto o receptación.

quienes sean condenados por delitos de colusión, podrán llegar a sufrir una pena de inhabilidad para ejercer los cargos anteriormente mencionados, hasta por un periodo de 10 años, partiendo desde los 7 años y un día.

Otra sanción posible, para estos casos, es la prohibición de contratar a cualquier título con los órganos del Estado, así como la de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta un plazo de 5 años.

Cabe también mencionar, siguiendo aún en la colusión como un ilícito per se, que nuestro Código Orgánico de Tribunales, también fue afecto a una modificación, a que dice referencia con que el artículo 6 del referido cuerpo normativo, agregó un N°11, el cual, somete a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del país cuando se refieran al delito de colusión, y este mismo cause efecto en los mercados chilenos, generando una excepción al principio de territorialidad en materia penal.

Se estima tremendamente positiva la criminalización de este tipo de delitos catalogados como de “*cuello y corbata*”. Se debe tomar en cuenta que el fin del Derecho y Política de la Competencia debiese estar orientado a la maximización del bienestar, especialmente de los consumidores, estimando que la sanción privativa de libertad puede justificarse por sus efectos preventivos y disuasivos, especialmente porque los agentes económicos que podrían intervenir en conductas colusivas serían compañías y funcionarios con un alto grado de sofisticación en sus decisiones racionales¹⁸. Por lo demás, las sanciones de inhabilitación y prohibición de celebrar con el Estado, ha implicado seguir la tendencia en materia de derecho

¹⁸ Bajo el mismo argumento, la American Bar Association, señala: “[I]n large part, sentences for business crimes are designed to make corporate crimes an unprofitable proposition”. Antitrust Compliance: Perspectives and resources for Corporate Counselors (ABA, Chicago 2005), p. 30. En nuestro país, el TDLC ha reconocido también que la dimensión disuasiva debe ser considerada al momento de fijar las multas, tal como se expone en el siguiente considerando: “Que también se considerará, para determinar el monto de la multa, la efectiva disuasión que ésta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión general. Lo anterior implica que el monto de la multa, en términos de su valor esperado por parte de quien decide ejecutar la conducta ilícita, debiera ser al menos equivalente al beneficio económico obtenido mediante las conductas que este Tribunal ha calificado como contrarias a la libre competencia”. TDLC, FNE contra Empresas Sanitarias, Sentencia N° 85, Rol C-85-2009, de 2 de julio de 2009, C. 193°.

penal económico de generar un “enforcement” dentro del área concreta que generó el daño, para así lograr prevenir, detectar y perseguir conductas disvaliosas dentro de zonas altamente tecnificadas y que escapan del Derecho Penal Nuclear (vida, libertad y propiedad)¹⁹.

B. Efectos en el ámbito penal de la delación compensada.

En pos de resguardar la eficacia del mecanismo de delación compensada - que ha probado tener réditos a nivel mundial en cuanto a la investigación de carteles por medio de la cooperación efectiva de uno de los involucrados - se ha establecido una excepción de aplicación del castigo penal.

La delación compensada, no se encuentra definida en el DL 211, por lo que, para dar mayor claridad y precisión, la podemos describir como “*el mecanismo de incentivo para la auto-denuncia de uno de los partícipes de un cartel, aportando confesión y prueba inculpatoria efectiva de otros partícipes, a cambio de una exención de sanción aplicable*” (en los sistemas anglosajones esto se conoce como *leniency*).

En la actual ley 20.945, se amplía el actual beneficio del delator para que este no sólo se vea exento de las multas aplicables a este tipo de conductas, sino que también se exima de las sanciones penales que puedan aplicarse, creando, para estos efectos, una eximente de responsabilidad específica. Esto se describe en el artículo 63 del DL 211, donde se entregan los supuestos para que ésta se haga efectiva, quién tiene la facultad de aplicarla, cuál es el procedimiento para que opere la causal referida y la manera de impugnar la resolución que niega la exención de responsabilidad. Como bien se puede desprender del precedente artículo, la eximente de responsabilidad sólo opera con la condición de que la delación sea

¹⁹ La ley analizada forma parte de una extensa reforma - las más importante en el derecho penal económico y de la empresa de los últimos 30 años -, y es sólo una de las tantas modificaciones legales que incorporó el pasado 31 de noviembre la ley N°21.121, que establece nuevas figuras delictivas asociadas a la administración desleal y corrupción entre particulares, último ilícito que tiene aspectos similares al de la colusión.

considerada efectiva por parte de la FNE, y serán beneficiarias aquellas personas cuya calidad de acreedoras del beneficio de exención de multa haya sido declarada por sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC. Se contempla también la posibilidad de rebajar en un grado la pena determinada, en el caso de que quien ocupa este mecanismo, no sea el primero en hacerlo, siempre y cuando se acompañen antecedentes que sean un aporte a la investigación. En este caso, además, no estaría la exigencia de que pase al menos un año en prisión efectiva. Lo que quiere decir que el delator, deberá proporcionar al Ministerio Público y al Tribunal competente los mismos antecedentes que anteriormente aportó a la FNE, y demás, tendrá que declarar como testigo. En caso de no cumplir a cabalidad con estas exigencias, el juez de garantía podrá privar de la exención a quien era beneficiario de la misma. La resolución que priva de beneficio es susceptible de recurso de apelación.

Debemos señalar que existe evidencia contundente de la existencia cierta para demostrar los ilícitos colusivos²⁰. Por otro lado, y tal como pudimos apreciar, la delación compensada es un mecanismo que permite inducir la deserción de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización. Tomando ambas consideraciones, se estima que este mecanismo es indispensable ya que disuade *ex ante*, por cuanto socava la confianza necesaria para formar organizaciones delictivas, haciéndola más riesgosa ante su eventual descubrimiento, y opera también como un disuasivo *ex post*, aumentando la probabilidad de que los miembros de la organización deserten y denuncien a sus compañeros de colusión por miedo a ser delatados y en consecuencia sancionados; y la mejor persecución y condena de los miembros de estas organizaciones, obteniendo la prueba necesaria para lograr la condena en juicio²¹. La evidencia

²⁰ Véase ROMERO, J. Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?; y Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 20.361, cit. (n. 144), p. 7.

²¹ SAIZ, Vicente, Sistema de Delación Compensada en Libre Competencia en Chile: Análisis crítico y propuestas de solución. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2015.

también indica que la delación compensada ha sido un mecanismo mucho más efectivo para desincentivar la formación de carteles, que la sola vía administrativa sancionatoria vía aumento de multas²².

Finalmente, resulta útil precisar que la ley no se pronuncia respecto al tema de las demandas civiles por daños causados por las infracciones anticompetitivas de quienes se hayan sometido a este procedimiento, no estableciéndose un requisito del requirente de delación compensada en orden a indemnizar, como sucede en EE. UU. Estimo que esto no implica que la delación compensada conlleve una eximición o una limitación de las indemnizaciones civiles, por lo que las empresas o consumidores que se vieron afectados por la conducta ilícita, podrían perfectamente solicitar la compensación de daños, según las reglas generales de responsabilidad del DL 211, Código Civil, o especiales de la Ley de Derechos del Consumidor en su caso.

C. Nuevo sistema de persecución de carteles duros.

Tal como precisamos, la exigencia en su momento de probar “abuso” de poder de mercado sumado a algunos emblemáticos casos de carteles que no pudieron acreditarse por falta de prueba de algún contacto -directo o indirecto- entre empresas competidoras, implicó asumir el desafío de una persecución eficiente de

²² Así también se manifestó el Colegio de Abogados de Chile AG., citando la siguiente evidencia como respaldo a la eficacia del mecanismo de la delación compensada en el desbaratamiento de carteles: Joan-Ramon Borrell, Juan Luis Jiménez & Carmen García, Evaluating Antitrust Leniency Programs, 10 Journal Of Competition Law & Economics 44 107 (2014); D. Daniel Sokol, Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Think About Enforcement, 78 Antitrust Law Journal 201 (2012); Jun Zhou, Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time-Varying Policy Impacts on Cartel Duration, TILEC Discussion Paper No. 2011-042 (Abril, 2013), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1934191>; J.E. Harrington Jr., Optimal corporate leniency programs, 56 The Journal Of Industrial Economics 215 (2008); Cécile Aubert, Patrick Rey, William E. Kovacic, The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels, 24 International Journal Of Industrial Organization 1241 (2006); Massimo Motta & Michele Polo, Leniency programs and cartel prosecution, 21 International Journal Of Industrial Organization 347 (2003).

este tipo de ilícitos, incorporando “*herramientas esenciales del enforcement anticarteles*”²³.

Fue así que las modificaciones implementadas en esta materia otorgan a la FNE la potestad de perseguir conductas colusivas, a través de 2 vías:

1. **Vía administrativa**: Por medio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
2. **Vía penal**: A través del Ministerio Público y la justicia ordinaria.

Ambas formas de perseguir carteles duros tienen ciertas características que debemos mencionar:

- (i) El Fiscal Nacional Económico, puede interponer querrela por el delito de colusión, solo una vez que la existencia del ilícito se haya establecido por medio de una sentencia definitiva ejecutoriada del TDLC.

En este caso, la decisión de perseguir el ilícito de quienes participaron en la conducta colusiva, debe ser adoptada sólo una vez concluida la vía administrativa.

- (ii) El Fiscal Nacional Económico es el único habilitado para iniciar una investigación penal por medio de querrela
- (iii) En los casos en que la colusión esté referida sobre hechos que afecten de manera grave la libre competencia de los mercados, el Fiscal Nacional Económico deberá de manera obligatoria interponer una querrela.
- (iv) El FNE deberá emitir decisión fundada en el caso de que por la vía administrativa del TDLC, haya una sentencia condenatoria por colusión y este decida no interponer querrela, en forma secuencial.
- (v) El plazo para interponer o no la querrela por parte del Fiscal Nacional Económico, es de 6 meses contados desde que la sentencia del TDLC se encuentra ejecutoriada.
- (vi) La investigación penal seguirá el trámite normal conducido por el Fiscal del Ministerio Público. La administración de los respectivos beneficios a

²³ GRUNGBERG, Jorge y MONTT, Santiago. “Informe en Derecho. Prueba de la Colusión”, p.4

los que puede optar la parte es resorte exclusivo del Fiscal Nacional Económico.

Se puede apreciar que la intervención de la FNE como potencial querellante solo puede producirse una vez que el TDLC ha dictado una sentencia firme que acredita el acuerdo anticompetitivo, consagrando así un modelo basado en la “secuencialidad”, dando prioridad al pronunciamiento del Tribunal especializado, y convirtiendo su fallo en un verdadero requisito de procesabilidad sin el cual no puede darse inicio a una causa penal.

Le necesidad de realizar dicha función, se estima por cuanto lo que parece sentar como marco de actuación en sede penal, es dotar previamente de garantías a aquellas personas jurídicas y naturales que seriamente y de buena fe pretendan acceder a beneficios de delación compensada, dando resguardo a la confidencialidad de la información sensible entregada en este proceso. En vista que los acreedores del beneficio están sujetos por ley a una serie de labores de colaboración que podrían extenderse hasta un eventual juicio oral en lo penal, como contrapartida, la FNE debería velar por la efectiva aplicación de la exención (o atenuación, en su caso) de la responsabilidad criminal de todas aquellas personas listadas como beneficiarias de delación, que hayan aportado oportunamente información precisa, veraz y comprobable del acuerdo. Por lo demás y en vista que la mera constatación fáctica de un acuerdo eventualmente sancionable es insuficiente para criminalizarlo, surge la necesidad de determinar que la conducta punible haya tenido la aptitud para lesionar la fe pública, la institucionalidad económica y el bien jurídico protegido, cuestión que deberá analizarse técnicamente (tal como pasa con el Servicio de Impuestos Internos), en base a criterios que la propia Fiscalía establezca en su “Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión” y que permita no limitar artificialmente los espacios de flexibilidad que estos asuntos requieran.

D. Modificaciones al procedimiento de reclamo contra medidas intrusivas de la FNE.

Se introducen cambios específicos asociados al procedimiento de reclamo contra medidas intrusivas adoptadas por la FNE. Los más importantes son:

- (i) El plazo que se otorga para efectuar el reclamo es de 10 días corridos desde que quien es afectado toma conocimiento del hecho, vicio o defecto.
- (ii) Quienes sean afectados deben reclamar en un solo acto, de todos los incumplimientos que tengan que ver con una misma diligencia investigativa o actuación.
- (iii) El recurso es conocido por un ministro de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago.
- (iv) La respectiva audiencia será citada para el quinto día hábil siguiente desde la fecha en que se acogió el reclamo a tramitación, y deben comparecer los afectados y la FNE con todos los antecedentes necesarios o medios de prueba.
- (v) El ministro que conoce de los hechos podrá decretar de oficio o a petición de cualquiera de las partes involucradas las medidas para mejor resolver que estimen convenientes.
- (vi) La decisión es apelable dentro de quinto día ante la C.A. de Santiago, y esta tendrá preferencia para la vista de la causa.

Respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones, no procederá recurso alguno.

Como se puede ver, se introducen modificaciones al procedimiento de reclamo por incumplimiento del mismo en contra la FNE o la policía, respecto de las formalidades o requisitos legales.

2.2.2. AUMENTO DEL MONTO MÁXIMO DE MULTAS Y OTRAS SANCIONES.

Se debe precisar previamente que la multa se identifica como una medida estrictamente sancionadora, pues es un acto de gravamen que restringe la esfera de derechos de los particulares a los que se les impone, obligándolos a efectuar una prestación determinada y constituyéndose como una verdadera reacción de la autoridad frente a una conducta ilegal.

El artículo 26 letra c) del DL 211, eleva los montos de las multas aplicables en contra de los todos los ilícitos que afecten la libre competencia. La letra c) del mencionado artículo expresa principalmente el monto de las multas que serán aplicadas según las circunstancias en las que se produzca el ilícito, en qué situación se aplica una multa específica o un porcentaje del beneficio obtenido por el infractor, a qué tipo de personas pueden aplicarse, y por último, cuáles son las variables a considerar en la determinación de las respectivas multas aplicables. Esta letra habla particularmente de dos tipos de sanciones, según sea o no determinable el beneficio económico obtenido por el infractor. Cuando sea determinable el beneficio obtenido, serán de hasta el 30% de las ventas que haya tenido el infractor que correspondan a la línea de productos o servicio, durante el periodo que haya sido extendida la infracción o hasta el doble del beneficio obtenido, si es que este se puede determinar. Y, en los casos, en los cuales nos pueda determinar el beneficio económico obtenido o las ventas, dice que se podrán aplicar hasta 60.000 UTA.

Para determinar cualquiera de las multas mencionadas, el TDLC debe tomar en consideración ciertos factores:

- (i)** Beneficio económico.
- (ii)** Gravedad de la conducta.
- (iii)** Efecto disuasivo.
- (iv)** La calidad de reincidente. (haber sido condenado por actos anticompetitivo en los últimos 10 años).
- (v)** Capacidad económica del infractor.

- (vi) Colaboración con la Fiscalía Nacional Económica.

Otra sanción que se agrega para los casos en que el infractor haya sido sancionado por el ilícito de colusión, una inhabilidad para contratar con Estado de 5 años.

2.2.3. CONTROL OBLIGATORIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.

Otra de las grandes reformas es la creación de un nuevo sistema de control de fusiones y adquisiciones, bajo estándares aplicados en países con una política de competencia más desarrollada, que se traduce en que pasa a ser obligatoria la aprobación previa de la operación de concentración.

El artículo 47 define lo que se entenderá como operación de concentración de la siguiente manera: *“Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades”.*

Estas operaciones de concentración pueden ser de diversas maneras, las que se mencionan en el referido artículo y analizaremos a continuación.

- (i) Fusionándose, cualquiera sea la forma de organización de societaria de las entidades.
- (ii) Adquiriendo derechos, que directa o indirectamente le permitan de manera individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.
- (iii) Asociándose bajo cualquier modalidad con el fin de formar un agente económico independiente o distinto de ellos.
- (iv) Adquiriendo uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.

Este control lo realizará la FNE, previa notificación a los involucrados y siempre que la operación de que se trate supere los umbrales de notificación. Por umbral de notificación se refiere esencialmente a que dependiendo del nivel de ventas de las partes y que tanto se pueda ver afectado el mercado nacional, la respectiva operación deberá ser notificada a la Fiscalía Nacional Económica.

A este respecto cabe mencionar que, lo que se busca con el control que se aplica en las operaciones de concentración en nuestro país, según el informe de la OECD, es la búsqueda de la certeza jurídica, lo que queda de manifiesto en el mencionado informe a través del recomendado marco legal a implementar. Se sugiere *“Establecer por la ley un régimen de control de concentraciones formal y vinculante que garantice su cumplimiento, claridad, certeza y consistencia para todos.*

a) *Distinguir entre las normas y estándares de control de concentraciones que necesitan ser establecidos por la ley en las que la certeza y fuerza legal son esenciales, y las normas y estándares que pudieran dejarse a las normas no vinculantes (soft law) en las que la flexibilidad y adaptación son necesarias para asegurar la eficacia del sistema-.*

b) *El marco legal debe ser claro y preciso, pero no rígido en exceso. Para asegurar la certeza jurídica, si la facultad de adoptar normas no vinculantes (soft law) se confía tanto a la FNE como al TDLC, la ley debe establecer los mecanismos para evitar incompatibilidades, por ejemplo, al establecer una comisión conjunta responsable de la adopción de normas no vinculantes (soft law) comunes y coherentes”²⁴.*

²⁴ Evaluación del Régimen de Control de Concentración en Chile, informe del Secretariado de la OECD, p. 63 (2014).

A. UMBRALES DE NOTIFICACIÓN.

El proyecto, no fija umbrales o montos para la obligación de notificar, sino que dejar su determinación a la discrecionalidad de la FNE.

En el artículo 48 se menciona, en términos generales, que deberán notificarse a la FNE, de manera previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

- (i) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el FNE.
- (ii) En Chile, de manera separada, por lo menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por la FNE.

Hay que distinguir quienes están o no obligados a notificar a la FNE, de sus operaciones de concentración. Se encuentran obligados a notificar de sus operaciones a la FNE, los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración. Y en cuanto a las operaciones que no igualen o superen el referido umbral, podrán ser notificadas de forma voluntaria a la FNE, y si esto no ocurre, la FNE tendrá el plazo de 1 año desde el perfeccionamiento de la operación para instruir a sus respectivas investigaciones.

B. PROCEDIMIENTO DE CONTROL ANTE LA FNE.

- (i)** En una primera fase, se tiene un plazo de 30 días hábiles, desde que la notificación se considera completa, para evaluar la operación, y de acuerdo con ella podrá adoptar alguna de las siguientes decisiones:
 - a.** Aprobar la operación.
 - b.** Aprobarla a condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas por el notificante o que la FNE estime pertinentes.
 - c.** Extender la investigación a una segunda fase, cuando estimase que la operación, en caso de ser perfeccionada de manera pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, puedan reducir de manera sustancial la competencia en el mercado.
- (ii)** En una segunda fase, de hasta de 90 días hábiles de plazo, la FNE puede resolver una de las medidas que se mencionan a continuación:
 - a.** En el caso que se amplíe el plazo de investigación, podrá aprobarla pura y simplemente.
 - b.** Aprobarla con la condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas por el notificante o la que la FNE estime pertinentes.
 - c.** Prohibir la operación notificada.

Ambas fases (primera y segunda) tienen normas comunes a ellas. (i) Quienes notifican la respectiva operación de concentración, tienen el derecho de ofrecer medidas de mitigación para la aprobación y de negociar estas con la FNE; (ii) opera el silencio positivo en caso de no pronunciarse la FNE en los plazos que establece la ley. Si nada dice, se entiende aprobada; (iii) los expedientes son públicos, salvo se decreta reserva de ellos o confidencialidad de algunas piezas; (iv) el notificante podrá solicitar se le entregue información respecto del curso de la investigación; (v) la FNE podrá ejercer sus facultades investigativas, salvo medidas intrusivas.

C. RECURSO DE REVISIÓN ANTE EL TDLC EN UN RECHAZO DE LA OPERACIÓN.

La nueva ley excluye expresamente la posibilidad de utilizar el procedimiento de consulta ante el TDLC, para los casos de operaciones de concentración.

Es un cambio sustancial, ya que la FNE pasa a ser un ente resolutivo. Excepcionalmente procede Recurso de Revisión ante el TDLC, en caso de que se rechace o prohíba una operación por parte de la FNE.

Lo anterior se plasma mediante un recurso especial de revisión, con las siguientes normas:

- (i)** El plazo para interponerlo es de 10 días hábiles, desde la notificación del rechazo.
- (ii)** Una vez interpuesto, el TDLC solicitará el expediente respectivo a la FNE y citará a una audiencia pública, dentro del plazo de 60 días de la recepción del respectivo expediente.
- (iii)** Puede intervenir la parte recurrente, la FNE y quienes hubieren aportado antecedentes a la investigación.
- (iv)** TDLC puede recabar mayores antecedentes de oficio o a petición de parte, de los que se encuentran en el expediente.
- (v)** TDLC tiene el plazo de 60 días para resolver el recurso, desde la fecha de la realización de la audiencia.
- (vi)** La sentencia puede confirmar o revocar la prohibición. En caso de revocarla y dar su aprobación, esta puede ser pura y simple o sujetándola a condiciones, y estas pueden ser establecidas por el TDLC, o a propuesta de la FNE, o por el propio notificante cuando notifico de la operación.
- (vii)** Por regla general, no procede recurso alguno contra lo que decida el TDLC, con la excepción de que el TDLC hubiere condicionado la operación a medidas distintas a las propuestas por las partes. En ese

caso, tanto las partes, como la FNE pueden deducir recurso de reclamación ante la Corte Suprema.

D. SANCIONES Y MEDIDAS APLICABLES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR.

Las medidas del artículo 26, según lo dispuesto en el artículo 3 bis del DL211, podrán ser aplicadas cuando:

- (i) Se infrinja el deber de notificar una operación de concentración.
- (ii) Se perfeccione una operación de concentración, que fue notificada a la FNE y se encuentra suspendida.
- (iii) Se incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración.
- (iv) Se perfeccione una operación de concentración en contra de la sentencia o resolución que la haya prohibido.
- (v) En caso de que se entregue información falsa en la notificación de una operación de concentración.

Las medidas que pueden operar, según el artículo 26, son 4; (i) ordenar modificar o poner término a la operación de concentración; (ii) ordenar la modificación o disolución de las personas jurídicas que hubiesen intervenido en la operación; (iii) aplicar una multa de hasta 60.000 UTA; (iv) para el caso de infracción al número (i) anterior, multa de hasta 20 UTA por cada día de retardo en la notificación de la operación, contados desde el perfeccionamiento de esta.

2.2.4. PROHIBICIÓN DE INTERLOCKING HORIZONTAL DIRECTO ENTRE DOS EMPRESAS COMPETIDORAS.

El *interlocking* de directores (*interlocking directorates*) o de administración (*management interlocks*) es una forma de vínculo estructural entre empresas, que

ocurre cuando estas comparten, directa o indirectamente, un miembro del directorio o un ejecutivo²⁵. Tratándose de una práctica generalizada en muchas economías alrededor del mundo, los *interlocks* no necesariamente son lesivos e incluso en ciertos casos pueden fomentar la libre competencia. Sin perjuicio de ello, en economías pequeñas o emergentes –como la nacional- esta práctica podría tener efectos colusorios o de prácticas concertadas u oligopólicas, siendo el ejemplo paradigmático en Chile se manifiesta en el mercado de la salud²⁶.

En vista de lo anterior, la nueva ley decidió regular estas situaciones teniendo especialmente en cuenta una prohibición que intentare no afectar a la vasta mayoría de los *interlocks* competitivamente benignos., haciendo sólo aplicable esta infracción, siempre y cuando el grupo empresarial al que pertenezcan las empresas, sus ingresos anuales, por concepto de ventas, servicios y otras actividades del giro excedan las 100.000 UF en el último año calendario. Esta infracción se hará realidad en el caso de que, transcurridos 90 días corridos desde el término del año calendario en que se superó el referido umbral por el respectivo grupo empresarial, se mantuviera la participación de manera simultánea en los mencionados cargos.

Por lo antes mencionado se genera la figura del interlocking horizontal directo, lo que según ha dicho la FNE, genera un flujo constante de información entre competidores, lo que traiciona el presupuesto sobre el cual se basa la operación de mercado.

Tal como se señaló, el interlocking no es por sí mismo prueba de un acuerdo colusorio, sino que puede generar coordinación entre las empresas. El fin del control es de carácter preventivo.

²⁵ Org. for Econ. Coop. & Dev., “Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates” 23-24 en *DAF/COMP* (2008) 30 (23 de junio, 2009), <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41774055.pdf>

²⁶ Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. “Mercado de la Salud Privada en Chile”, p. 46-48 (2012), <http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2012/11/INFORME-PUCV-MERCADO-SALUD>.

2.2.5. PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIONES MINORITARIAS CRUZADAS.

La nueva reforma, estableció el deber de informar a la FNE, dentro de los 60 días desde su perfeccionamiento, 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. Se consideran tanto participaciones propias como las administradas por cuenta de terceros, siempre y cuando la empresa adquirente o su grupo empresarial y la empresa cuya participación se adquiere, tengas cada uno o por separado, ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro, que excedan as 100.000 UF en el año calendario.

En caso de ser infringida esta obligación, se podrán aplicar las sanciones del artículo 26 del DL 211.

La principal razón para que esta figura sea incorporada, a juicio de la FNE, es que la adquisición de participaciones minoritarias podría producir una seria de perjuicios en el mercado:

- (i)** El aumento de precios por parte de la compañía adquirente podría volverse rentable para esta, en cuanto la participación minoritaria le permita capturar parte de las rentas adicionales que la compañía que fue adquirida obtendrá producto del aumento de su demanda.
- (ii)** Sin el control de estas operaciones, podría pasar que los actores del mercado adquieran participación minoritaria en otro competidor, sin que sea anaizado por la FNE.
- (iii)** Se podrían generar riegos de coordinación entre los competidores, entre otras.

2.2.6. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

Los artículos 30 y siguientes del DL 211, establecen nuevas normas en cuanto a cómo se tramitan las acciones de indemnización de perjuicios, que deriven de un ilícito anticompetitivo, entre las que se encuentran:

- (i)** Dictada que sea la sentencia definitiva ejecutoriada por el TDLC, la acción de indemnización de perjuicios debe ser presentada ante el mismo Tribunal, sin que exista la posibilidad de perseguirla en sede civil.
- (ii)** La acción será tramitada según las reglas del juicio sumario y las resoluciones que se dicten en dicho proceso, solo serán susceptibles de recurso de reposición, con la excepción de la sentencia definitiva, la que podrá ser recurrible ante la Corte Suprema, mediante recurso de reclamación.
- (iii)** El TDLC debe fundamentar el fallo en los hechos establecidos en la sentencia dictada por este mismo Tribunal, y que sirvieron de antecedentes para la demanda civil.
- (iv)** La indemnización comprenderá todos los daños causados durante el periodo que duró la respectiva infracción.
- (v)** La acción de indemnización de perjuicio derivado de acuerdos colusorios sancionados penalmente, se someterán al procedimiento recién descrito.

Si bien, a la luz del anterior art. 30 del DL 211 quedaba claro que los consumidores perjudicados por la colusión podían deducir una acción resarcitoria individual, existía la discusión de si podían interponer una colectiva. En virtud de la reforma introducida al DL 211 y la LPDC por la ley N° 20.945 la duda quedó zanjada, de manera que hoy los consumidores se encuentran habilitados para iniciar un procedimiento colectivo al efecto de ser compensados por los detrimentos provenientes de la colusión. Por lo demás, el hecho que sea el mismo Tribunal técnico y especializado en libre competencia quien a partir de su jurisprudencia comience a determinar reglas concretas sobre el quantum de los perjuicios, otorgará

sin duda algunas certezas que incluso en materia de justicia ordinaria aún no se posee debido al carácter incierto de determinados pérdidas materiales y morales.

2.2.7. NUEVAS FACULTADES DE LA FNE.

Dentro de las nuevas facultades que la nueva reforma otorgó a la FNE, encontramos las siguientes: (i) Elaborar estudios de mercado; (ii) Proponer al Presidente de la República la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia y también la dictación de los mismos, cuando sean necesarios; (iii) Dictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de sus atribuciones y el cumplimiento de sus deberes; (iv) Se amplían los tipos de sanciones que puede pedir en caso de entorpecimiento de sus investigaciones.

Respecto del número (iv), a saber:

- a.** Penas de presidio menor en sus grados mínimos a medio, para ser aplicadas por la justicia penal, respecto de quienes, con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la FNE, oculten información que les haya sido solicitada por esta o le proporcionen información falsa en el contexto de una investigación.
- b.** Multas que serán aplicadas por el TDLC, previa audiencia fijada al efecto, a quienes injustificadamente no respondan a un requerimiento de información y quienes injustificadamente no comparezcan a declarar, habiendo sido citados.

III. CONCLUSIONES

Con todo lo expuesto anteriormente, podemos decir que si bien, se ha avanzado bastante en materia de defensa de la libre competencia en nuestro país, todavía queda mucho camino por recorrer.

Si bien se han aumentado las sanciones, y se ha avanzado en la dirección correcta con el aumento de multas, pena de cárcel para la colusión, fortalecimiento de la institucionalidad, independencias de las instituciones y la delación compensada, entre otras medidas, estas aun no son suficiente, ya que, si bien se cuenta con mayores y mejores herramientas para descubrir y colaborar con los casos de colusión que se pudiesen presentar, no se puede garantizar que no ocurran este tipo de conductas, así como tampoco se puede anticipar su ocurrencia. Siempre debe primar el criterio técnico e independiente de las instituciones, para de esta manera, tomar las decisiones correctas, sin que influya la presión que otros actores puedan ejercer.

La pena de cárcel para la colusión tiene un fin principalmente disuasivo, pero en la práctica es muy difícil que esto ocurra, lo que es sabido y, por lo mismo, se ve difícil que mediante esta medida se vean desalentadas este tipo de prácticas.

Criminalizar la colusión, supone reconocer que las ganancias de los productores o distribuidores correlativas al alza de precios se trataría de ventajas indebidas e injustas, así como también representa desventajas indebidas e injustas para la víctima.

Cada empresa, bajo una lógica económica, evalúa los costos y beneficios de coludirse, los cuales, por lo general, produce mayores beneficios. Además, en el ámbito económico, es bastante complejo y difícil, saber con certeza cuál fue el beneficio económico de las empresas que se vieron envueltas en prácticas colusivas. La lógica que impera en muchas empresas debe cambiar, ya que, tiene que tomar conciencia de la licitud en que pueden incurrir, y que en sus accionar, no solo se ven ellos afectados, sino que pueden ser millones de personas, como se ha

visto en varios casos. Debemos lograr una mayor aplicación de la ley, lo que con tiempo ayudaría a promover mercados más competitivos y menos susceptibles de abusos de posición dominante de mercado.

Por lo general, económicamente, coludirse para subir precios, obtener una posición dominante en el mercado u otras conductas de este tipo, les conviene, porque los beneficios económicos serán mayores a las sanciones que impongan.

Si bien la pena de cárcel puede tener efectos disuasivos, estos no serán del todo efectivos, ya que, por ejemplo, en Estados Unidos un país que cuenta con penas de cárcel y grandes multas para estas conductas, se descubren grandes carteles con frecuencia de una vez al mes en promedio. Debemos avanzar para lograr una mayor predictibilidad de las conductas que pueden ser consideradas como colusivas, lo que sería ideal, ya que, se podrían obtener soluciones más rápidas, como pueden ser los acuerdos extrajudiciales, por ejemplo.

Para una mayor eficacia en la política de competencia, es necesario dotar de más herramientas y facultades fiscalizadoras, para poder detectar con antelación la ocurrencia de estos hechos, y no actuar después, cuando el daño ya está hecho, y prácticamente imposible saber el verdadero beneficio obtenido por quienes participaron de la colusión. Y, en el caso eventual, que se actúe después de la ocurrencia del hecho, las penas de cárcel se deben aplicar según corresponda, y que no se transforme en un derecho penal simbólico.

Se necesita prevenir y anticipar estas prácticas, así como también es necesario que los actores tomen conciencia de que sus actos afectan a los demás y que ciertas conductas en las que incurren, como si fueran normales, son ilícitas y pueden traer aparejadas consecuencias no solo para el mercado, sino que también para ellos. La ley de debe aplicar de manera firme, ya que, esa es la única forma en que se puede lograr desincentivar las conductas de colusión.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. IRARRÁZABAL PHILLIPI, Felipe. El Sistema Chileno de la Libre Competencia. Fiscalía Nacional Económica.

https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf

2. ROJAS COVARRUBIAS, Nicolás, Modelo Institucional.

3. ARTAZA, Osvaldo; BELMONTE, Matías; ACEVEDO, Germán. El delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo.

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000200549

4. Informe de la comisión asesora presidencial para la defensa de la libre competencia. (2012).

<https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>

5. Carey. Modificaciones al DL 211.

<https://www.carey.cl/modificaciones-al-d-l-211/>

6. Ley 20.945 Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. 2016.

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1094093>

7. Ley 19.911, crea el tribunal de defensa de la libre competencia, 2013

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=217122>

8. Ley 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. 1997.

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>

9. Decreto Ley 211, fija normas para la defensa de la libre competencia.1973

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5872>

10. BERNEDO, Patricio. 2013, Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010

https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf

11. AGÜERO VARGAS, Francisco. “Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico libre competencia”, 19vo Boletín Latinoamericano de Competencia 124, 132 (2004),

12. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, (1984).

13. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, *Mercado de la Salud Privada en Chile*. p. 46-48 (2012),

<http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2012/11/INFORME-PUCV-MERCADO-SALUD.pdf>

14. Mensaje del proyecto de ley del boletín 9950-03 que modifica el DFL N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973.

15. HERNÁNDEZ, Gabriel “Colusión y Responsabilidad Civil por daño colectivo a los consumidores”. RChDP N° 30 Santiago (2018).

16. RODRIGUEZ COLLAO, Luis, “Constitucionalidad de las leyes penales en blanco”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, (1984).

17. SAIZ UNDIS, Vicente Javier. “Sistema de delación compensada en Libre Competencia en Chile: Análisis Crítico y Propuestas de Solución”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile.

18. ROMERO, J.J. Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?

19. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 20.361, cit. (n. 144).

20. Evaluación del Régimen de Control de Concentración en Chile, informe del Secretariado de la OECD, (2014).