

2016

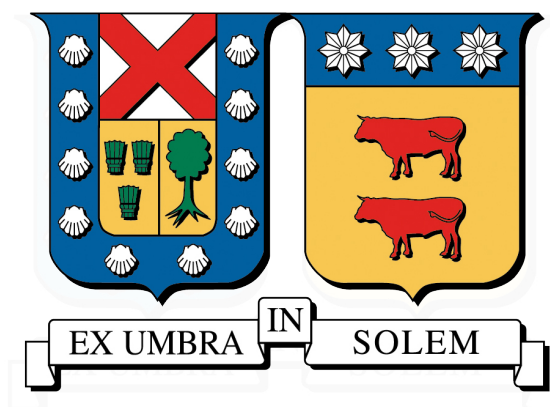
ALEJANDO A LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA DEL PODER ECONÓMICO:PROPUESTA Y AVANCES DE LA LEY N°20.945

AGUILAR MIMICA, FELIPE ANDRÉS

<http://hdl.handle.net/11673/22418>

Repositorio Digital USM, UNIVERSIDAD TECNICA FEDERICO SANTA MARIA

UNIVERSIDAD TÉCNICA FEDERICO SANTA MARÍA
DEPARTAMENTO DE INDUSTRIAS
SANTIAGO - CHILE



**ALEJANDO A LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA DEL
PODER ECONÓMICO:
PROPUESTA Y AVANCES DE LA LEY N°20.945**

FELIPE ANDRÉS AGUILAR MIMICA

MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE
INGENIERO CIVIL INDUSTRIAL

PROFESOR GUÍA : SR. JAVIER SCAVIA.
PROFESOR CORREFERENTE : SR. JOSÉ MIGUEL GONZÁLEZ

DICIEMBRE 2016

Agradecimientos

Mi viaje, hasta ahora, ha estado lleno de personas maravillosas. Creo haber agradecido cada oportunidad de compartir, discutir, reír, amar y pensar. Pero, la oportunidad de plasmar en un escrito más de 24 años de aprendizaje es realmente maravilloso. Aquí, está reflejado el esfuerzo de Mauricio y Tatiana, mis padres, por entregarme lo que ellos siempre mencionaron sería lo más importante para mi vida, mis estudios. Y lo mejor es que me he enamorado de estos! Gracias por lograr que sea lo que soy hoy en día.

Desde el primer año de vida que estoy acompañado de Alondra, mi hermana menor, quien hace pocas horas no dudó en manifestarme, como siempre, un inmenso amor. No soy el más expresivo, pero sabes cuanto te adoro y lo orgulloso que estoy de que logres todas tus metas. Agradezco a mis queridos y queridas Julieta, Fresia, Ljubomir y Mario, quienes con su sabiduría y experiencia también forman parte importante del hombre que soy hoy en día. No quiero dejar pasar agradecer a Fernando y Nadia, quienes estuvieron conmigo en momentos difíciles y no dudaron en ayudarme cuando más lo necesité.

Mi paso por la universidad, me deja las personas más maravillosas que he conocido. Verdaderos amigos. Agradezco a mi compañero de aprendizaje Doménico, no sabes lo que he aprendido desde esa primera marcha estudiantil en donde nos conocimos, porfin los cabros revoltosos que eramos están terminando esta etapa. Por siempre agradecido de tu amistad, y por cierto de tus padres Verónica y Esteban que nos aguantaron tantas noches de estudio y fiesta. Agradezco el haber forjado con Doménico, Nicolás Salas, Matías, Juan Ignacio, Nicolás Soto y Nicolás Moya la increíble amistad que tenemos. Aguanten los cabros y nuestras historias. Les prometo que no hay día en que no me acuerde de las estupideces que hemos hecho en estos seis años, realmente me han hecho muy feliz. Un abrazo gigante a Javier, el pelao taqui, quien desde que nos conocemos no nos hemos separado, ya nos saldrá la idea de nuestro primer millón! Gracias Marianela y Pía por ser amigas de tantas historias, tienen un lugar grande en mi corazón. Javiera, Alonso y Albeto, también les quiero agradecer el haber sido parte de este proceso, ya son seis años de amistad y puro aguante.

Mientras escribo esto, lo último de este trabajo, se me vienen tantas personas a la cabeza.

Ustedes saben que los y las tengo siempre en mi memoria y que el papel no alcanza para nombrar a cada uno y una de ustedes. Pero agradezco a cada persona que estuvo conmigo en estos años, un abrazo grande para todos y todas!

Quiero agradecer a Sandra Martínez de FMS y a Michael Escarpentier, por haberme dado la oportunidad de tener mi primera experiencia laboral. Al equipo PACE, por haberme abierto los brazos y entregado tanto aprendizaje. Mención especial a Victoria, quien con su carácter y dedicación me hizo sentir como uno más desde antes de comenzar mi labor en el Ministerio de Educación. Hasta la victoria siempre compañera! Agradecer a los profesores y profesoras con las que trabajé haciendo ayudantía durante toda mi carrera, me dieron la oportunidad de enamorarme del enseñar, infinitas gracias! A mi profesor guía de esta memoria, Javier, por centrarme en un proceso completamente interesante, y ayudarme a tener un trabajo del cual estoy orgulloso.

Agradecer a mi compañera Francisca. Nos conocimos luchando por nuestros ideales y compromisos con la sociedad. Estoy profundamente agradecido de que hayas llegado a mi vida en el momento indicado, y estoy orgulloso del como hemos aprendido y crecido juntos. Gracias por entregarme, a tu modo, cariño y dedicación. Me encantas por ser como eres, y eso es lo mejor de todo. Ser nosotros y uno al mismo tiempo.

Para finalizar, espero no perder nunca las ganas de cambiar lo que considero errado. De intentar ser un aporte, aunque sea pequeño, a ser humanos más conscientes, contestatarios frente a las injusticias y respetuosos de nosotros mismos. Creo fielmente en que depende de nosotros y nosotras. La revolución no es sangienta ni para la historia, se construye día a día con nuestros actos, con nuestras ideas, con nuestra consecuencia. Agradecido de aprender día a día a ser mejor persona.

!Convicción y Constancia!



*"El canto tiene sentido cuando palpita en
las venas del que morirá cantando las
verdades verdaderas" Víctor Jara*

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación, pretende generar una propuesta de mejora al Modelo de Defensa de Libre Competencia que presenta Chile. Principalmente, enfocándose a entregar un mayor grado de independencia a la Fiscalía Nacional Económica. Para poder llegar a una propuesta, acorde con el marco jurídico chileno, se procedió a realizar una investigación enfocada a diagnosticar la defensa de la libre competencia en el país, revisar distintas literaturas de autores especializados en esta área y utilizar el derecho comparado para analizar los modelos de otros países de mayores ingresos. Por otro lado, en este trabajo se encuentra un análisis cualitativo de los avances que introduce al modelo la recientemente promulgada Ley N° 20.945. El resultado de la investigación, permite asegurar que Chile presenta un modelo sólido en materia de defensa de la libre competencia, que se verá fortalecido con los avances que presenta la ley recientemente promulgada.

En Chile, han aparecido a la luz pública, distintos casos que permitirían suponer una captura del Estado por parte de los grandes poderes económicos presentes en el país. La propuesta de mejora que presentamos, hace referencia directa a alejar a la Fiscalía Nacional Económica de la subordinación que presenta acualmente del Presidente de la República. Intentando, como recomienda la literatura especializada, alejar a la policía de competencia chilena de todas las partes interesadas de sus investigaciones. Como, por ejemplo, las empresas de los grandes grupos económicos que podrían atentar contra la competencia. Es por las razones antes mencionadas, que se propone otorgar el grado de autonomía constitucional a la Fiscalía Nacional Económica, acompañado de un nuevo mecanismo de elección de la máxima autoridad a cargo de ésta, mediante una terna propuesta al Presidente de la República por el Banco Central, el cual podrá designar sólo con la validación del Senado. Además, se propone a la Contraloría General de la República como el único ente capaz de remover al Fiscal Nacional Económico, previa validación del Senado, cuando éste cometa ilícitos con dineros públicos.

Palabras Clave. Libre Competencia - Fiscalía Nacional Económica - Captura del Estado - Antitrust.

ABSTRACT

The following research aims to generate a proposal to improve Free Competition Model of Defense presented by Chile. Mainly, focusing on delivering the greatest degree of independence to the National Economic Prosecutor. In order to arrive at a proposal, in accordance with the Chilean legal framework, we proceeded to carry out a research focused on diagnosing the free competition defense in the country, reviewing literature of specialized authors in this area and using comparative law to analyze the Models From other higher income countries. Besides, this work shows a qualitative analysis of the advances that introduces to the model the recently promulgated Law Number 20.945. The result of the research, ensures that Chile presents a solid model in free competition defense, which will be strengthened with the progress of the recently promulgated law.

Different cases that would allow a state to capture by the great economic powers present in the country have been exposed to the public scenario in Chile. The proposal of improvement that we present, makes direct reference to ward off the subordination of the National Economic Prosecutor from the President of the Republic. Trying, as recommended by the specialized literature, to ward off the Chilean competition police from all interested parties in their investigations. As, for example, the companies of the large economic groups that could influence against the competition.

By reasons mentioned above, it is proposed to grant the degree of constitutional autonomy to the National Economic Prosecutor's Office, followed by a new mechanism of election of the highest authority in charge of the mentioned office, through a short list proposal to the President of the Republic by the Central Bank, which may be only designated with the validation of the Senate. In addition, it is proposed to the Comptroller General of the Republic Office to be the unique entity capable of removing the National Economic Prosecutor, prior validation of the Senate, when the Comptroller commits any illicit with public funds.

Keywords. Free Competition - Fiscalía Nacional Económica - State Capture - Antitrust

Índice de Contenidos

1. Introducción	1
1.1. Objetivos	2
2. Diagnóstico	4
2.1. Chile en el Libre Mercado y la Defensa de la Libre Competencia	4
2.1.1. Fiscalía Nacional Económica	7
2.1.2. Tribunal de la Libre Competencia	8
2.1.3. El Servicio Nacional del Consumidor	9
2.1.3.1. Fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor	12
2.2. Algunos Casos Importantes	13
2.2.1. Colusión de los Pollos	14
2.2.2. Colusión de las Farmacias	15
2.2.3. Colusión en el Papel Tissue	17
2.3. Sobre las Funciones de la Autoridad de la Competencia	19
2.3.1. Una Correcta Autoridad de la Competencia	19
2.3.2. La Lucha Contra los Carteles	21
2.3.3. Sobre las Multas	23
2.3.4. La Delación Compensada	24
2.3.5. El Peligro de la Concentración en los Mercados	26
2.3.6. Control de Fusiones y Adquisiciones	28
2.3.7. Cárcel Efectiva en Materia de Colusión	33
2.3.8. Independencia de la Autoridad	36
2.4. ¿Captura del Estado Chileno por el Poder Económico?	39
2.4.1. ¿Qué se entiende por Captura?	39
2.4.2. Sobre el Financiamiento de la Política en Chile	42
2.4.3. Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción	44
3. Situación Internacional	46
3.1. Chile en Materia Internacional	46
3.2. EE.UU. y su Defensa de la Libre Competencia	47
3.2.1. Federal Trade Commission	48
3.2.2. Antitrust Division of the Department of Justice	50
3.3. Brasil y su Defensa de la Libre Competencia	52
3.3.1. Consejo Administrativo de Defensa Económica	53

3.4. Unión Europea y su Defensa de la Libre Competencia	56
3.5. Noruega y su Defensa de la Libre Competencia	58
3.6. Australia y su Defensa de la Libre Competencia	61
3.7. Conclusiones Principales del Análisis Internacional	64
4. Análisis de la Nueva Ley que Fortalece el Sistema de Defensa de la Libre Competencia Chileno	65
4.1. Antecedentes	66
4.2. Análisis de la Ley N°20.945	67
4.2.1. Atentados contra la Libre Competencia	67
4.2.2. Nuevos Castigos	68
4.2.2.1. Multas Administrativas	69
4.2.2.2. Delito Penal	70
4.2.3. Control Preventivo de Fusiones	72
4.2.4. Nuevas Atribuciones para la FNE	75
4.2.5. Acción de Indemnización a Intereses Colectivos del Consumidor	76
5. Propuesta: Autonomía e Independencia de la FNE	78
5.1. Diálogo sobre la Idependencia de la FNE	80
5.2. Maximizar la Lucha en pos de la Libre Competencia	82
5.2.1. Autonomía Constitucional	83
5.2.1.1. Del Presupuesto y su Autonomía	84
5.2.1.2. Designación Fiscal Nacional Económico	86
5.2.1.3. Remoción Fiscal Nacional Económico	87
5.3. Mecanismos de Validación	89
6. Conclusiones, Recomendaciones y Limitaciones	91
Bibliografía	94
A. Anexos	99
A.1. Anexo 1: Países pertenecientes a la OCDE	99
A.2. Anexo 1: Caso de Concentración en la Industria de Distribución de Combustible	99
A.3. Anexo 2: Aportes de Grupos Económicos a la Política Chilena	100

Índice de Figuras

2.1. Gráfica muestra el excedente al consumidor en el equilibrio de un mercado competitivo, intersectando curvas de Demanda y Oferta	22
2.2. Gráfica muestra los efectos del aumento de precios de manera arbitraria al equilibrio.	23
2.3. Grado de concentración en base a índice HH de algunas industrias de Chile	27
2.4. Cuadro comparativo entre sistemas de notificación obligatoria y voluntaria. Fuente: OCDE(2014) Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile	31
5.1. Presupuesto para Fiscalía Nacional Económica. Ley de Presupuestos del Sector Público Año 2016	85

1 | Introducción

En los últimos diez años, se han conocido importantes casos de colusión entre grandes empresas chilenas. Esto, a parte de conmocionar a la opinión pública, ha generado distintas discusiones nacionales que han apuntado a perfeccionar el modelo de Defensa de la Libre Competencia en el país. Es así, que desde inicios del siglo XXI, se han introducido herramientas que apuntan a perfeccionar el desempeño de la Fiscalía Nacional Económica, la policía de competencia chilena, a la hora de desbaratar carteles. Avances importantes, tales como, la introducción de la delación compensada; el entregar atribuciones de investigación más potentes a la fiscalía, como interceptar teléfonos o requisar elementos; o incluso la creación de un tribunal especializado que resuelve los castigos para aquellas personas que atentan contra la libre competencia, como es el caso del Tribunal de la Libre Competencia. Con el fin de seguir perfeccionando el modelo, y luego de considerar diversas propuestas, emanadas de comisiones especializadas o de organismos internacionales especialistas en el tema. En agosto del año 2016, se promulga la Ley N° 20.945, la cual apunta directamente a fortalecer el sistema de Defensa de la Libre Competencia chileno. Introduciendo mecanismos para el control de fusiones y adquisiciones, la tipificación de la colusión como un delito penal, el aumento de las multas para quienes cometan ilícitos a montos relacionados con las ganancias obtenidas en el transcurso de la falta, como también nuevas atribuciones de investigación de mercados para la Fiscalía Nacional Económica. Todas estas medidas, son un aporte importante a la labor de la policía de competencia chilena, y la ayudarían a posicionarse como una de las más destacadas a nivel internacional.

Es por esto que, el motivo principal de este trabajo, será el contextualizar al lector con la política pública de Defensa de la Libre Competencia que presenta Chile. Mostrar los avances en esta materia, desde la imposición de un modelo de Libre Mercado luego del

golpe de Estado ocurrido en el año 1973. Lo que se discute a nivel académico sobre el actuar de los organismos encargados de resguardar la Libre Competencia en los países y mostrar a grandes rasgos el funcionamiento en países considerados más desarrollados. De esta forma, se tendrán todos los insumos necesarios, a la hora de poder analizar los avances que se presentan con la promulgación de la Ley N°20.945, lo cual también es motivo de esta investigación.

Por otro lado, cuando nos encontramos en la disyuntiva de proponer una mejora, nos adentramos en el estudio de un fenómeno complejo como es el de la Captura del Estado por grandes poder económicos. En el último tiempo, se han conocido en Chile algunos casos que podrían suponer una captura del Estado por parte de grandes grupos económicos, los cuales han visto aumentar sus fortunas por los avances en materia de relaciones internacionales que presenta el país, como también, la baja competencia que presentan en el mercado local muchas de las industrias en las cuales participan. Lo que les permite presentar un importante poder de mercado, incluso la posibilidad de considerar una colusión como una estrategia correcta a la hora de maximizar utilidad. Por lo mismo, una propuesta de mejora para la Fiscalía Nacional Económica, un organismo que depende del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, debe pretender alejar a todas las partes interesadas de su actuar, encontrando mecanismos que permitan alejar a la fiscalía de autoridades, que podrían ser influenciadas por el poder económico.

1.1. Objetivos

Objetivo General Analizar la Ley N°20.945 que fortalece la Defensa de la Libre Competencia en Chile, y proponer una mejora que apunte a entregar mayor autonomía a la Fiscalía Nacional Económica, en un contexto que presenta el fenómeno de Captura del Estado.

Objetivos Específicos

- Conocer el Modelo de Defensa de la Libre Competencia Chileno y las políticas públicas que ha realizado Chile en esta materia en el periodo de Libre Mercado.

- Conocer el actuar de la política pública de Defensa de la Libre Competencia en países más desarrollados.
- Conocer lo que la academia considera un buen actuar de la política de Defensa de la Libre Competencia mediante revisión de literatura especializada en el tema.
- Entender el fenómeno de Captura del Estado y como se manifiesta en un país como Chile.
- Entregar nociones de los cambios que introduce al modelo de Defensa de la Libre Competencia chileno la promulgación de la Ley N° 20.945.
- Analizar la independencia, y el grado de autonomía, que presenta actualmente la Fiscalía Nacional Económica. Entregando una propuesta que aumente ésta.

2 | Diagnóstico

2.1. Chile en el Libre Mercado y la Defensa de la Libre Competencia

El modelo actual chileno, que busca promover y defender la libre competencia, tiene su origen en las ideas planteadas en "El ladrillo" ([Centro De Estudios Publicos, 1992](#)), documento que sentaría las bases de la política económica desarrollada durante la dictadura cívico militar ocurrida en Chile entre los años 1973 y 1989. Tal como relata [Bernedo \(2010\)](#), la gestación del denominado "Programa de Desarrollo Económico" tiene sus orígenes en el acuerdo de convenio académico, firmado entre la Pontificia Universidad Católica de Chile, específicamente su instituto de economía, y el departamento de economía de la Universidad de Chicago. Gracias a este acuerdo, estudiantes de la Universidad Católica pudieron realizar estudios de posgrado en la universidad estadounidense e influenciarse por los académicos del departamento de economía, quienes seguían una línea monetarista y eran ferreos defensores de las ideas de libre mercado.¹

Dentro del mismo relato, se hace hincapié en como los estudiantes chilenos que realizaron sus estudios en EE.UU., denominados los "Chicago Boys", comienzan a gestar un programa económico para el entonces candidato a la presidencia Jorge Alessandri. El proyecto, al no querer ser considerado por el equipo programático, del entonces candidato, como una reforma inmediata a la economía, queda guardado hasta una nueva interpretación realizada durante el gobierno del Presidente Salvador Allende (1970-1973). Criticando el actuar del gobierno de turno, "El ladrillo" planteaba que el modelo de desarrollo basado en sustitución

¹El principal exponente es el conocido académico Milton Friedman

de importaciones y un alto grado de proteccionismo, era el responsable de que en materia productiva el país se caracterizara por tener “un grado importante de actividades monopólicas”. Dentro de los planteamientos que se desarrollaban en el documento, y contrastando con lo vivido en el país en aquel entonces, se hace referencia a generar cambios económicos y políticos que busquen una liberación de los precios, una apertura al comercio exterior, un aumento de la competencia y una clara política anti – monopólica. Para de esta forma, llegar a lo que ellos denominaban, un mejor funcionamiento del mercado. Caracterizándolo como el motor del desarrollo económico y social.

Concordante con el contexto antes mencionado, e impulsados por el golpe de estado que tiene lugar el día 11 de septiembre de 1973, es que se comienzan a estructurar las reglas y respaldos que incentivan el libre mercado, aclaran el nuevo funcionamiento que tendría el mercado, además de poner en marcha un sistema de defensa de la libre competencia. Es así, como el 22 de diciembre de 1973 se promulga el DL N° 211 titulado “Normas para la defensa de la libre competencia”, que reemplazaría al título V de la ley 13.305 de 1959. Aunque el país ha pasado por distintos procesos políticos y económicos, como también la ley, las modificaciones que se han realizado a ésta no la han hecho perder su sentido mandante de procurar la defensa del interés de los consumidores, tal cual era su objetivo tras su dictación. La importancia de esto, recae en que un cuadro legal y regulatorio de la libre competencia entrega una señal clara de protección a los consumidores y sus intereses. (Bernedo, 2010). Esta idea también es reflejada en los primeros artículos de la ley, en donde se puede apreciar de manera explícita el objetivo de promover y defender la libre competencia, como también de mostrar claramente que atentar contra este concepto será sancionado con el peso de la ley.

“Artículo 1°.- La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.”

Con el fin de poder analizar los hechos que son castigados por atentar contra la libre competencia, se debe tener conocimiento de éstos. El DL N°211 en su Artículo 3° es claro

en tipificar los hechos que afectan de manera negativa a la libre competencia.

”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.”*

De la lectura del Artículo 3° del DL N°211 se puede deducir información importante respecto al objetivo que se buscó y busca actualmente al tener una normativa que regule y fomente la libre competencia. Pero, debe llamar la atención, el hecho de tener que comprobar que se generó poder de mercado al realizar una colusión, no siendo un delito per se.

Tal como plantea el Fiscal Nacional Económico actual, Felipe [Irrarrázabal \(2010\)](#), la preocupación central de la ley y los organismos competentes es lograr la eficiencia total en los mercados, es decir, que el contexto en el cual se desarrollan las industrias y los consumidores sea uno en el cual se maximice el excedente que cada agente económico pueda obtener. En otras palabras, lograr una oferta de productos elevada para los consumidores, de buena calidad y a bajos precios, como también que las firmas existentes logren una rentabilidad financiera exitosa en base a los intercambios que se generan gracias a la libre competencia. Lo anterior se contrapone con lo planteado en otros países, en donde como se verá más adelante, su regulación apunta a maximizar el beneficio de los consumidores. En Chile entonces, se entiende que un modelo profundo y correcto de libre competencia no debe apuntar a la protección de los consumidores, sino más bien que el buen funcionamiento

de los mercados, determinará beneficios para los consumidores. Esta definición, se torna vital para poder entender la aplicación de la ley y los castigos que ésta impone en base al modelo jurídico chileno.

Es importante mencionar que antes de la imposición de un nuevo modelo económico en el país, en donde se abrieron los mercados al mundo internacional y abogaba por mayor competencia. Ya en mitad del siglo XX, el economista e investigador de la CEPAL Jorge Ahumada (1958), criticaba la concentración de los mercados y la baja productividad en el país, declarándolos como los *"vicios actuales de la industria chilena"*. Para él era trascendental abrirse al mercado exterior y aumentar la competencia en las distintas industrias, de esta forma los consumidores no se verían perjudicados por firmas que no trabajaban por reducir sus costos y entregar precios razonables, cosa que para él sí se producían en un ambiente competitivo.

Chile, presenta un modelo particular de Defensa de la Libre Competencia. Por un lado, existe un ente persecutor, encargado de promover la competencia empresarial y de llevar a cabo las medidas necesarias para el buen funcionamiento de los mercados. Pero además, existe en el país un tribunal especializado, el cual es el encargado de dictar sentencia frente a los distintos requerimientos que se le presenten de casos en donde se atente contra la libre competencia.

2.1.1. Fiscalía Nacional Económica

Formada junto al DL N°211 en 1973 y con sede en Santiago, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) es la institución encargada de *"Defender y promover la libre competencia actuando en representación del interés público como organismo especializado, para evitar que agentes con poder de mercado atenten individual o conjuntamente contra la libertad económica, procurando así el mayor bienestar general de la sociedad."* (WebFNE, 2016b)

La FNE actualmente cumple con tener el rol fiscalizador, necesario para proteger el buen y eficiente funcionamiento de los distintos mercados de bienes y servicios existentes en el país. Para llevar esto a cabo, la FNE investiga cualquier acto o acuerdo que impida, restrinja o busque entorpecer la libre competencia. De esta forma, se combaten prácticas tales como colusiones o abusos de posición monopólica, además de analizar las concentraciones en los

mercados que pudiesen afectar a los consumidores.

Dentro de su orgánica, la FNE presenta alrededor de 90 funcionarios que se dividen en cuatro focos de trabajo (Litigios, Abusos Unilaterales, Estudios y Promoción, y Administración), una unidad preocupada de los carteles y un departamento encargado de las relaciones internacionales. La supervisión, y coordinación de todas estas áreas de trabajo, dependen del Fiscal Nacional Económico, figura con la máxima autoridad en la institución. Cuya designación es realizada por el Presidente de la república mediante el sistema de Alta dirección pública, para ejercer por un periodo de cuatro años, con posibilidad de mantenerse en el cargo por cuatro años más ([WebFNE, 2016a](#)).

De forma paralela y buscando un constante apredizaje, la FNE participa activamente en distintos espacios de discusión internacionales, que buscan fomentar las políticas de competencia. Dentro de ellos, es importante mencionar, el Comité Económico de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OECD), la International Competition Network (ICN), las Naciones Unidas (UNCTAD), y el grupo de Políticas y Derecho de las Competencia (CPLG) del Comité Económico de la APEC ([WebFNE, 2016c](#)).

Es así que, la FNE debe promover la competencia y encargarse de investigar a los mercados y sus fallas, obteniendo las pruebas necesarias para sancionar éstas. Presentando todo lo antes señalado al Tribunal de la Libre Competencia.

2.1.2. Tribunal de la Libre Competencia

El 14 de noviembre del año 2003 se promulgó la ley 19.911 que crea el Tribunal de la libre competencia (TDLC). El principal motivo de su creación, respondió a tener un ente encargado de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Dependiente de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, el TDLC funciona como un ente totalmente independiente a la FNE. Actualmente, y como fija la ley, está compuesto por cinco profesionales ligados a una actividad profesional o académica destacada en el ámbito de la libre competencia, derecho económico o comercial. Dentro de la composición existen tres abogados, de los cuales uno de ellos es designado por el presidente/a de la república en base a una nómina de cinco candidatos seleccionados por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Los dos integrantes faltantes

corresponden a economistas que cumplen con la descripción antes mencionada.

Las sentencias que actualmente puede dictar el TDLC, frente a acciones que atenten contra la libre competencia, guardan relación con modificar o terminar los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a lo previsto en el DL N°211. Además de ordenar modificaciones o disoluciones de sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas privadas que intervienen en estas acciones. También, el tribunal tiene la posibilidad de aplicar multas, cuyos dineros van a beneficio fiscal, de hasta un máximo de veinte mil unidades tributarias anuales. Para actos referentes a colusión, mencionados en la letra a) del Artículo 3° del DL N°211, se aplican multas donde el monto máximo corresponde a treinta mil unidades tributarias anuales. Para determinar las multas, se consideran algunos factores relevantes, como el *"beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación."*

Aunque no se considera dentro del modelo de Defensa de la Libre Competencia chilena, es importante analizar cuál es el espacio en donde los consumidores deben sentir representados sus intereses. Espacio, que a raíz de algunos sucesos que han afectado a los consumidores, también es motivo de análisis para la opinión pública.

2.1.3. El Servicio Nacional del Consumidor

Frente a los distintos atentados a la libre competencia, algunos autores plantean la necesidad de poseer una Política de Protección al Consumidor fuerte, con herramientas necesarias y eficaces que aporten a la prevención de los abusos que realizan las empresas frente a los consumidores. Además, que tenga la posibilidad de aplicar sanciones ejemplificadoras, con el fin de que no se vuelvan a repetir hechos dañinos para la sociedad de consumo.

En el año 2013, [Engel et al. \(2013\)](#) ya plantearon la necesidad de comenzar una revisión exhaustiva al actual modelo de Protección al Consumidor que presenta Chile. Basados en la premisa básica, de analizar la capacidad real de fiscalización del Servicio Nacional del

Consumidor (SERNAC). Para ellos, el nacimiento de este organismo en 1990² respondió a un avance regional en materia de protección a los consumidores, pero que en la práctica corresponde a un acuerdo político, sin grandes atribuciones, que no generó un real impacto en el comportamiento de las empresas. Los autores mencionan, que la decisión se habría basado en la idea de que la perfección del mercado, por sí sola, se preocuparía de solucionar los distintos abusos a los consumidores que se presentaran en el futuro. Lo que se refleja actualmente en un ente estatal sin ninguna facultad legal, que solo puede aportar en la construcción de mesas de trabajo de negociación entre agrupaciones de consumidores y empresas, solamente si es que ellas quieren. Además, de generar estrategias comunicacionales que informen a la ciudadanía sobre ciertos temas relacionados a la protección del consumidor.

Tal como plantea el documento, la historia de los modelos de protección al consumidor toman fuerza en la década de los 60 en muchos países occidentales de Europa. Es ahí, en donde países con fuertes índices de crecimiento, transitaron de manera correcta hacia sociedades de consumo, acompañados de la motivación de crear diversos modelos que protegieran efectivamente a los consumidores. Aportando a generar una mayor equidad y responsabilidad social, en un ambiente en donde las diferencias en el poder de negociación entre ofertantes y demandantes eran bastante fuertes. Latinoamérica, en ese mismo periodo de tiempo, se encontraba en un contexto en el que existía una fuerte protección interna a las industrias nacionales, alejada de los conceptos consumistas que ya se manifestaban en los países más desarrollados. Es en la década de los 70 y 80, en donde con los cambios estructurales que sufrieron muchos de los países de la región, acompañados de una apertura total de los mercados, se llega a sociedades claramente de consumo. Esto generó un cuestionamiento totalmente válido, que guarda relación con la protección de los consumidores que mueven la economía ¿Cuáles son sus derechos?

Es así, que los países latinos comienzan la búsqueda de un mecanismo que aporte al fortalecimiento de los consumidores como respuesta a las *fallas del mercado*³. De esta forma, se masificó en la región un modelo, que por un lado se basa en la legislación francesa en mate-

²La creación del SERNAC reemplazaría a la DIRINCO en virtud del artículo 5 de la Ley N° 18.959

³Todas aquellas situaciones en donde no se presenta una auto regulación por parte del mercado. Conllevando, en muchos casos, perjuicios para los consumidores y la sociedad. ie. Colusiones

ria de regulación de contratos, y por otro lado una arista basada en el modelo anglosajón en temas referentes a la regulación de los mercados. En Chile, el actuar del SERNAC responde a la misión de la Política de Protección al Consumidor que presenta el país, "informar, educar y proteger". Tal como detallan [Engel et al. \(2013\)](#), la evidencia muestra que para el año 2013 Chile presentaba un bajo poder estatal en materia de consumidores respecto a países como Brasil o México, además de presentar una casi nula coordinación entre el SERNAC y los entes reguladores de los mercados en el país, la FNE y el TDLC.

Dentro de este mismo contexto, y respaldados por la existencia de constantes fallas en algunos mercados, es que los autores justifican la necesidad de aumentar el poder de intervención estatal en materia de protección a los consumidores, situación que debiese verse reflejada potenciando al SERNAC.

En el documento se detallan los problemas que presenta actualmente el SERNAC, considerando las escasas facultades legales que presenta actualmente el organismo, en un contexto, para ellos, lleno de infracciones y con asimetrías de información claras. Además de la falta de incentivos para que las empresas se re ordenen bajo nuevas normativas, poca claridad en los criterios utilizados para determinar una infracción, la posibilidad que distintos grupos de interés busquen influir en el qué hacer público del SERNAC, una educación insuficiente hacia los consumidores, compensaciones e indemnizaciones inadecuadas. Y, lo más importante, la falta de coordinación con las instituciones encargadas del correcto funcionamiento de los mercados. Esta poca interacción, y comunicación, del mismo SERNAC con la política de protección a la Libre Competencia es un real problema. En donde, a diferencia de EE.UU. u otros países anglosajones, el organismo fiscalizador y protector de los consumidores están al alero de una misma institución. En Chile estos dos entes presentan recursos e institucionalidades distintas. Es entonces, que el problema principal es la falta de una coordinación de carácter formal reflejada en procedimientos claros y concretos, entendiendo que finalmente el lograr una buena comunicación mejorará la eficiencia y desempeño de los dos organismos, como también el de la competencia en las distintas industrias. A modo de ejemplo, los autores plantean que como insumo de información para la FNE, las consultas y reclamos que recibe el SERNAC pueden aportar en los análisis de cuál industria podría presentar ciertas distorsiones, como también los

distintos estudios de mercado que realiza la FNE pueden ser una importante pauta para que el SERNAC genere acción preventiva sobre algunos sectores de la economía. Claramente, este tipo de acciones podrían perjudicar aspectos que guardan relación con la prudencia y delicadeza que presenta la FNE en la realización de sus estudios, pero las bases para una correcta competencia tienen que partir de un sistema integrado y eficiente para los consumidores y sus derechos.

Por otro lado, en mercados regulados por el estado, como en Chile el agua, luz, salud, entre otros, no se permite una positiva interacción entre el SERNAC y los entes reguladores. Los cuales, ven a veces, con malos ojos la inclusión fuerte de un organismo de carácter proteccionista, que para ellos podría dañar gravemente a las industrias.

A continuación, se presentan algunos avances en esta materia.

2.1.3.1. Fortalecimiento del Servicio Nacional del Consumidor

Como consigna [SERNAC \(2014\)](#), durante junio del año 2014, la Presidenta de la república de Chile Michelle Bachelet, firmó el proyecto de ley que entrega mayores facultades y recursos al SERNAC, entregando herramientas para poder fiscalizar, dictar normativas de carácter general y concretar la capacidad de sancionar e interpretar la ley de protección al consumidor. Para poder lograr este objetivo, se plantean en el proyecto de ley ciertas reformas al sistema que aportarían a un SERNAC más cercano a lo observado en los países más desarrollados.

Como primera propuesta a discusión se plantea terminar con el carácter mediador del SERNAC. Respecto a esto, en el sentido de que actualmente el organismo estatal es un simple canal de mediación entre los consumidores y proveedores en conflicto, ya que solamente notifica a las empresas si es que hay una demanda en su contra presentada por algún consumidor, para luego comunicarle a este si es que la empresa decidió responder o no a la denuncia, además de instruirlo sobre continuar con una acción en el juzgado de policía local correspondiente. Con el fin de entregarle un carácter disuasivo al SERNAC se plantea entonces, que el organismo estatal realice una investigación referente a la demanda presentada por los consumidores y, en base a las conclusiones de la investigación, dictar multas a las empresas de manera directa.

Atendiendo a otro problema que presenta actualmente la defensa de los consumidores, se plantea el generar mecanismos para fortalecer a las asociaciones de consumidores, aumentando los fondos concursables para las organizaciones civiles que son representadas por la asociación de consumidores. De esta forma se entregan más recursos, con el fin de que se represente y defienda de mejor manera los intereses de los consumidores en el caso de tener que recurrir a tribunales ordinarios. Por otro lado se busca derogar la prohibición actual sobre que las asociaciones de consumidores no pueden realizar actos lucrativos para aumentar sus arcas.

Sobre las multas aplicadas a las empresas involucradas en atentados contra los consumidores, el proyecto pretende aumentar el nivel de éstas, generando un incentivo suficiente para que las empresas no vean como una posibilidad real dañar a los consumidores. Además, junto con las multas, se plantea la necesidad de que la reparación de los daños efectuados a los consumidores sean reparados en un cien por ciento, a diferencia de la actualidad en donde existe solo la posibilidad de solicitar una indemnización por daño moral. Por otro lado, esto debe tener concordancia con los plazos de prescripción de las acciones ilícitas cometidas, que actualmente en Chile corresponde a seis meses desde que se haya producido el caso. Lo que propone este proyecto de ley es aumentarlas hasta dos años desde que la infracción haya cesado.

Otra propuesta, que tiene relación con el ejemplo internacional, es actualizar el nombramiento del director general del SERNAC. La idea propuesta es seguir designando el cargo mediante nombramiento de Alta Dirección Pública, pero agregarle mayores requisitos, además de limitar las causas consideradas para poder remover a la persona en el cargo. De esta forma, el máximo cargo del organismo podrá aportar a que el SERNAC tenga las facultades, recursos e independencia necesaria para poder llevar a cabo de la mejor manera su función de defender los intereses de los consumidores.

2.2. Algunos Casos Importantes

Tal como lo menciona [Ahumada \(1958\)](#), para inicios de la segunda mitad del siglo XX Chile presentaba industrias con concentraciones de mercado en un solo participante,

las cuales hacían asegurar la existencia de monopolios. Las principales razones que él entrega a esta situación, eran en un principio el pequeño mercado que presentaba Chile y las elevadas cuotas arancelarias, que no permitían la entrada de productos extranjeros de menores precios y mejor calidad a competir. Para solucionar este problema, y que los consumidores no se vieran perjudicados, el autor planteaba la necesidad de aumentar la competencia extranjera en el país, mediante la disminución progresiva de los aranceles. Además de aumentar la intervención estatal a la hora de proteger la competencia, y una defensa organizada de los consumidores. Este diagnóstico de hace más de 50 años, resulta interesante de contrastar con los tiempos actuales, en donde el modelo económico de libre mercado que presenta el país, enmarcado en la filosofía Neo-Liberal, y el marco regulador de la libre competencia en el DL N°211, han entregado a las industrias chilenas una distinta composición. En las cuales, es difícil apreciar monopolios, pero de igual forma el país no está exento de atentados a la libre competencia, que en definitiva, han afectado directamente a los consumidores.

2.2.1. Colusión de los Pollos

Como consigna la sentencia 139_2014 del TDLC, la FNE presentó en noviembre de 2011 un requerimiento para condenar una posible colusión entre las firmas avícolas Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada, intermediadas por la Asociación de productores Avícolas de Chile A.G. (APA). Según las investigaciones realizadas por la FNE, en donde se incautaron diversas evidencias de coordinación y mails entre los mencionados, demostrarían una asociación ilícita entre los competidores de la industria de la carne de pollo. El acuerdo que se efectuó en el periodo que incluye los años 1996 y 2010, habría consistido en realizar un modelo econométrico destinado a proyectar diversos escenarios de demanda, lo que se habría conseguido mediante un análisis de las variables que inciden en la demanda de carne de pollo, como también gracias a información de precios y ventas entregadas por las firmas participantes. Estas proyecciones futuras, eran elaboradas por la APA y discutidas con los altos ejecutivos de las firmas avícolas, tomando decisiones relevantes de cuotas de producción, tanto para los años que entraban en ejercicio, como también para decisiones de carga de producción semanal. El acuerdo habría

permitido a las firmas mantener, durante más de diez años, cuotas de mercado nacional de alrededor de un 61 % para Agrosuper S.A., 31 % para Ariztía S.A. y un 8 % a Agrícola Don Pollo Limitada.

Dentro del requerimiento presentado, la FNE considera que la asociación ilícita de colusión resultó exitosa, ya que las tres firmas cuestionadas lograron participaciones de mercado estables en el tiempo y que la producción conjunta no variara en demasía a las proyectadas por la APA. Tal como consigna Emol (2013), la FNE solicitó a los señores Andrés Gómez-Lobo y José Luis Lima, en su ejercicio de profesores adjuntos de la facultad de economía de la Universidad de Chile, la estimación del daño económico producido a la sociedad. Quienes estimaron, en base a los sobrepuestos ofrecidos por las firmas, un daño total que supera los 33,3 millones de Unidades de Fomento, calculados en US\$ 1.626 millones. Es más, si se divide en dos períodos el ilícito, se obtiene que para el período comprendido entre 1996 y 2005 se estima un daño de US\$ 1.001 millones, y para el siguiente entre 2006 y 2010, un daño total de US\$ 625 millones.

Finalmente, el TDLC en su sentencia 139_2014 declara que las firmas realizaron una larga colusión, limitando la producción de carne de pollo en el mercado nacional y asignándose cuotas de mercado en cuanto a producción y comercialización, infringiendo el Artículo 3° a) del DL N°211. En base a esto se aplicaron los castigos que se detallan en el mismo DL N°211, aplicando multas para beneficio fiscal de 30.000 UTA a Agrosuper S.A., mismo monto para Empresas Ariztía S.A., y la cifra de 12.000 UTA a Agrícola Don Pollo Limitada. Además, ordenó la disolución inmediata de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. Otro punto relevante de la sentencia, es la orden de consultar en forma previa a su materialización, cualquier operación que conlleve una concentración en el mercado de las carnes avícolas en la que quiera participar Agrosuper S.A.

2.2.2. Colusión de las Farmacias

Como consigna la sentencia 119_2012 del TDLC, la FNE presentó un requerimiento frente a una posible colusión entre las tres cadenas farmacéuticas del país, Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A., la cual habría generado un alza en al menos 206 medicamentos. Las pruebas, principalmente correos

electrónicos y declaraciones de altos ejecutivos de las cadenas, indican que durante el 2007 se desarrolló una importante guerra de precios entre las tres empresas, reflejada en una fuerte campaña publicitaria, incluso con comparativas explícitas de precios. Esto llevó a Farmacias Ahumada S.A. a demandar por competencia desleal a Farmacias Cruz Verde S.A.

En base al contexto antes mencionado, y tal como relata el documento, la guerra de precios habría ocasionado que las tres cadenas farmacéuticas tuvieran reducciones en sus márgenes de comercialización. Es así, que en noviembre de 2007, las tres firmas deciden poner fin a la guerra de precios y coludirse para lograr un alza en los precios de determinados medicamentos, esto sobre el precio de venta a público sugerido por los laboratorios farmacéuticos. El acuerdo, consistía en aumentar el precio ofertado de los medicamentos más afectados por la guerra de precios recién ocurrida. Estos, eran los denominados medicamentos comunes, los cuales son permanentemente cotizados por el público. También, los medicamentos denominados notorios, además de los medicamentos llamados éticos, que corresponden a los que solamente se pueden adquirir en el mercado con una receta médica. Las tres firmas, también habían decidido que el aumento de precios debía ser coordinado y a la par, con márgenes de uno o dos días desde que una de las firmas aumentara el precio. Esto, con el fin de no levantar sospecha en la ciudadanía y dar la impresión de un aumento de precios generalizado. Es así, como en diciembre de 2007, comienza el acuerdo suscitado con el aumento del precio de 62 medicamentos, de modo ilustrativo el documento consigna que el anticonceptivo "Marvelón-20, 21 comprimidos" terminó aumentando en un 94 % su precio promedio.

El acuerdo que tuvo efecto entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, ambos meses incluídos, habría aumentado en más de \$27.000.000.000 los ingresos brutos de las tres firmas en conjunto. Esto, en base al aumento del precio de hasta 222 medicamentos. Tal como se menciona en el requerimiento presentado por la FNE, el acuerdo habría sido de extrema gravedad, ya que correspondería a productos de primera necesidad, además el haberse efectuado en una industria en donde entre las tres firmas concentran más del 90 % del mercado. Todos los antecedentes, hacen visible un notorio abuso de poder de mercado y una eliminación de la competencia, generando una clara colusión anticompetitiva. Por lo

cual, los gerentes generales y comerciales de las tres firmas fueron citados a declarar en abril de 2008.

Tal como se puede observar en la audiencia conciliatoria, efectuada el primero de abril del año 2009, en donde participaron frente al TDLC las tres firmas, la Unión de Dueños de Farmacias de Chile y la FNE. Farmacias Ahumada S.A. logra un acuerdo conciliatorio con la FNE, en donde se compromete a entregar información relevante y cooperar con la investigación, como además pagar una suma a beneficio fiscal de 1.350 UTA. Las otras firmas requeridas no logran acuerdo y niegan los hechos de los que se les acusa. Finalmente, el TDLC decretó en su sentencia 119_2012 que las cadenas Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A. son culpables de los hechos que se les acusa y son obligadas a terminar con cualquier acuerdo entre ellas y el pago de 20.000 UTA a beneficio fiscal por cada una de las firmas.

2.2.3. Colusión en el Papel Tissue

El 27 de octubre del año 2015 la FNE presentó un requerimiento⁴ en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A. frente al TDLC por la infracción del artículo 3°, incisos primero y segundo letra a) el DL N°211. Originados por celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de mercado y fijar arbitrariamente precio de venta de sus productos Tissue por más de diez años, donde se incluye el papel higiénico, toallas de papel, servilletas, pañuelos desechables y faciales. Esto, en base a las investigaciones realizadas por la FNE el día 4 de diciembre del año 2014, enmarcadas en la sospecha de ilícitos anticompetitivos en el mercado de la producción, comercialización y distribución de productos derivados del papel.

Como se menciona en el requerimiento, las firmas requeridas habrían acordado subir los precios y mantener estables sus participaciones de mercado en el negocio masivo de productos Tissue, como también acordar el posicionamiento relativo de los precios de productos comercializados por ambas firmas. Este acuerdo habría tenido su fundación a principios del año 2000, cuando la firma D&S S.A., actual Walmart, lanzó al mercado su propia marca de papel higiénico "Acuenta", lo que produjo una guerra de precios entre las firmas

⁴Documento disponible en [FNE \(2015\)](#)

participantes de aquel mercado. Este episodio, habría incentivado el contacto entre el dueño de la firma SCA con el gerente general de CMPC, quienes habría acordado poner fin a la guerra de precios y mantener estables sus porcentajes de participación de mercado, que en esos entonces correspondían a un 76 % para CMPC Tissue S.A. y un 24 % para SCA S.A. La mantención del cartel⁵, según la FNE, se habría mantenido gracias a diversas reuniones efectuadas entre ejecutivos de alto mando de las firmas en cuarteles de bomberos, creando incluso cuentas de correo con el fin de intercambiar listas de precios, analizar el modelo y encontrar diferencias en el cumplimiento. Todo esto, con el fin de mantener la colusión en el tiempo. La comunicación tenía tal grado de secretismo, que incluso entre el año 2011 y 2012 se mantuvo contacto mediante cartas físicas disfrazadas en forma de partes de matrimonio, enviados a los domicilios particulares de los ejecutivos. Gracias a que las firmas conocían el margen esperado por los retailers, encargados de la venta masiva de sus productos, podían determinar de forma precisa las alzas y posicionamiento de precios a nivel nacional.

El 27 de marzo de 2015 CMPC Tissue S.A. solicita a la FNE acogerse a beneficio de delación compensada, reconociendo haber ejecutado conductas anti-competitivas y queriendo apoyar la investigación. Luego de un registro e incautación de pruebas en dependencias de SCA S.A. en el mes de septiembre de 2015, la segunda firma involucrada solicita también acogerse a beneficio de delación compensada al mes siguiente. Además de reconocer haber efectuado las prácticas anti-competitivas que se le investigaban. Es así, que el requerimiento presentado por FNE al TDLC contempla que se apliquen diversas sanciones a los involucrados, considerando el hecho como grave. Esto, ya que el papel higiénico es el producto más relevante para la ponderación del IPC en lo que respecta al grupo "Cuidado Personal", el acto de colusión se habría efectuado por lo menos durante diez años, además de la escasa posibilidad de sustitución de los productos relacionados. Es así, como la FNE solicita que se declare que las firmas ejecutaron la conducta colusiva anti-competitiva, una multa de 20.000 UTA para SCA S.A., y que las firmas requeridas paguen los costos de la causa. Dada la primera declaración de culpabilidad de CMPC Tissue S.A. no se solicitan multas

⁵Un cartel es el acuerdo entre varios productores en el que se especifica cuánto puede producir cada uno de ellos y que tiene como resultado el aumento de los beneficios de los miembros del mismo.

para la firma.

El caso actualmente se encuentra en manos del TDLC, donde se espera la sentencia definitiva.

2.3. Sobre las Funciones de la Autoridad de la Competencia

A continuación, se realiza un diagnóstico detallado sobre el funcionamiento de la política pública de Defensa de la Libre Competencia. Para ello, se utilizó principalmente la revisión de literatura tanto nacional, como internacional, especializada en el tema, además de conocer la postura de algunas figuras de importancia que estuvieron involucradas en los cambios que ha tenido el modelo en Chile.

Es de esta forma, que se puede entender de manera acabada la importancia de una correcta aplicación de la política pública que fortalezca la competencia empresarial en Chile, entender los altos y bajos que presenta la FNE y las recomendaciones de expertos en esta materia. Las cuales, pueden aportar a una discusión más nutrida a la hora de seguir construyendo el marco regulatorio para el país.

2.3.1. Una Correcta Autoridad de la Competencia

Para poder realizar un claro diagnóstico sobre el actuar de nuestra Autoridad de la Competencia (AC), es importante analizar el qué se considera como un correcto desempeño, y cuáles son las distintas herramientas que debe utilizar la FNE en su propósito de lograr el buen funcionamiento de los mercados en Chile.

En primer lugar, es importante entender la importancia que tiene para países como Chile, que aun no presentan un desarrollo considerable, las malas prácticas relacionadas a atentar contra la Libre Competencia. La posibilidad de llegar más rápido al desarrollo se ve mermada por la falta de competencia existente en algunos mercados ([Agostini, 2007](#)). Es tal el grado de importancia, que hasta en países desarrollados como EE.UU. los problemas de las prácticas anti competitivas afectan hasta en un 13 % el Producto Interno Bruto ([Agostini,](#)

2007). Teniendo claridad respecto a esto, no se debe creer que la AC deba proteger a los pequeños competidores dentro de las industrias, sino que su función principal es la de proteger a los consumidores de las alzas de precios arbitrarias, como también preocuparse de los efectos negativos en innovación y crecimiento económico (Agostini, 2007).

Siguiendo esta línea, un correcto modelo de Defensa de la Libre Competencia debería contener diferentes conjuntos de estrategias que vayan desde políticas blandas, con directa cooperación de las empresas, hasta un nivel de acción en donde se busque directamente un castigo efectivo hacia los actores que atenten contra la libre competencia (Ayres y Braithwaite, 1992). Entendiendo así que, debe coexistir una AC que elimine situaciones no competitivas, pero que también busque la cooperación, racionalidad y buena relación con las firmas del mercado, minimizando de esta forma las ineficiencias que se generan al aplicar cada estrategia por separado (Ayres y Braithwaite, 1992). Dentro de esto mismo, los autores hacen hincapié en señalar que las firmas se comportan de distintas maneras a lo largo de la historia. Es por esto, que las estrategias colaborativas deben ir apuntadas a empresas que se comporten coherente con la ley, caso contrario a las que actúan dañando la libre competencia, a las cuales se debe atacar con todas las herramientas con las que cuente la AC y el peso de la ley.

Sumado a lo anterior, Romero (2011) plantea que el tener un análisis de estos distintos tipos de comportamiento empresarial, aporta a que cuando un Sistema de Defensa de la Libre Competencia presenta una persecución judicial potente, se logre que medidas más blandas, que apelan a un cumplimiento voluntario y colaborativo, tomen fuerza. De igual forma, para que estas cumplan su objetivo, se presenta como algo esencial la presencia de fuertes acciones de *enforcement*⁶. Para el autor, Chile está bien encaminado en este sentido, ya que el país presenta instancias que van desde la promoción de una cultura de competencia hasta actividades disuasivas, representadas en correcciones y sanciones ejemplares para los que atentan contra la Libre Competencia. Dentro de éstas, se destacan las multas como herramienta de castigo, además de presentar instrumentos de carácter "menos fuertes" como son acuerdos extra judiciales o el mecanismo de delación compensada.

Otro punto relevante, es la importancia para la Defensa de la Libre Competencia el tener

⁶Palabra en inglés para referirse al actuar de la política pública de Defensa de la Libre Competencia

una AC pública, que esté encargada de llevar al TDLC los casos que atenten gravemente contra la Libre Competencia, buscando dar una señal clara para el futuro y generando un efecto disuasivo. Esto, contrastado a denuncias surgidas de privados, que poseen incentivos para utilizar al TDLC de manera estratégica buscando beneficios personales, como por ejemplo: Obtener una compensación por el daño recibido o debilitar directamente a su competidor ([González y Micco, 2014](#)). Los principales beneficios de una AC pública es que presenta una capacidad de investigación más acabada que cualquier empresa privada, posee mayor grado de conocimiento en materia de competencia, además de la expertís a la hora de recopilar información e investigar ([González y Micco, 2014](#)). Aunque sí se debe tener en consideración, que al ser un ente público, éste presenta una restricción presupuestaria importante que no permite actuar de manera activa frente a todos los problemas en todos los frentes. Por esta razón, la AC debe tomar decisiones importantes sobre su actuar, en donde la decisión de combatir carteles o controlar adquisiciones y/o fusiones va a estar determinada por esta restricción presupuestaria ([Cosnita-Langlais y Tropeano, 2013](#)).

2.3.2. La Lucha Contra los Carteles

El objetivo principal de la AC es prevenir la creación de nuevos carteles, además de disolver y terminar con los ya existentes ([Harrington, 2011](#)). Además, la historia de Defensa de la Libre Competencia que se genere, es importante para disminuir los casos de colusión, ya que, como se mencionó anteriormente, las firmas tenderán a comportarse en base a acciones y hechos tanto presentes, como pasados. Lo que se debería traducir en que mientras más probabilidad de ser condenado haya, menor cartelización habrá ([Harrington, 2011](#)). Para el autor, esto dependerá de la probabilidad de ser descubierto, el número de carteles que son notificados a la AC y son finalmente procesados, además del número de casos descubiertos por la misma autoridad.

¿Por qué se debe combatir los Carteles? Para [Agostini \(2007\)](#), y en base a la teoría económica, el valor de la libre competencia está en la eficiencia en como se asignan los recursos escasos de la sociedad. Esto, basado en la idea de que en los mercados perfectamente competitivos se maximiza el excedente al consumidor, y las tasas de retorno de las empresas son normales sobre los recursos invertidos. Lo que estará determinado por la cantidad (Q_c)

y precio de equilibrio (P_c), tal como muestra la figura 2.1.

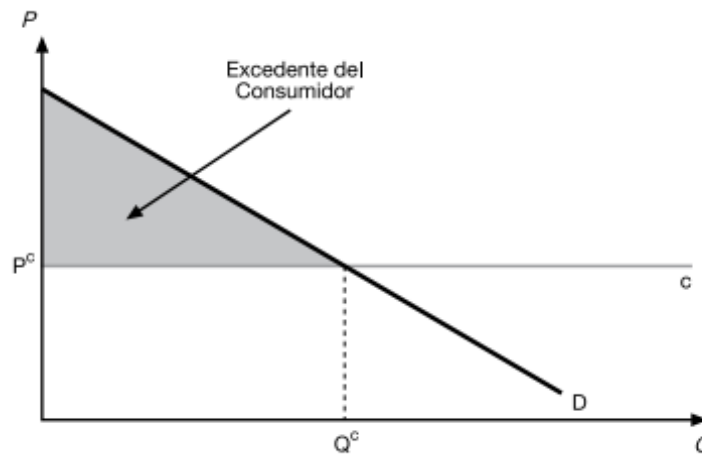


Figura 2.1: Gráfica muestra el excedente al consumidor en el equilibrio de un mercado competitivo, intersectando curvas de Demanda y Oferta

Lograr la eficiencia en los mercados, conlleva dos aspectos relevantes: Por un lado, la eficiencia asignativa se logra cuando el precio de un producto para los consumidores es igual, en el margen, al valor de los recursos utilizados para producirlo, y por otro, la eficiencia productiva se alcanza cuando los bienes se producen al mínimo costo posible (Agostini, 2007).

Cuando una práctica anti competitiva genera un monopolio o una colusión, se termina reflejando en una posición dominante de mercado, que aporta a una disminución del excedente al consumidor, las tasas de retorno se convierten en extraordinarias, y se produce una ineficiencia en la asignación de recursos. Lo termina generando grandes pérdidas de beneficio social, ya que quedan consumidores sin poder adquirir el bien, además de generar precios más altos (Figura 2.2). Es entonces que, para el autor, las políticas de Libre Competencia deben apuntar a maximizar el beneficio social, protegiendo al medio eficiente de asignación de recursos. Teniendo la responsabilidad entonces la AC de combatir los diferentes Carteles que se descubran en los mercados (Agostini, 2007).

Ahora bien, es importante recordar que la AC, al ser un ente estatal, rige su funcionamiento por un presupuesto destinado. Por lo que el combatir demasiado carteles, significa que se destinará menor cantidad de dinero a cada uno de los casos (Harrington, 2011). Es por eso que se debe encontrar un óptimo de funcionamiento que mezcle política social de

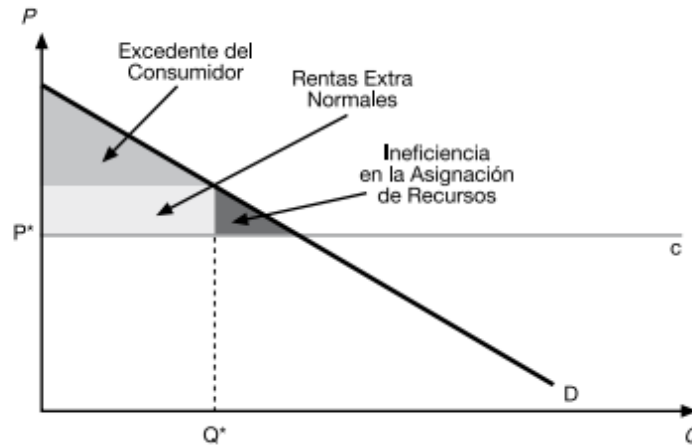


Figura 2.2: Gráfica muestra los efectos del aumento de precios de manera arbitraria al equilibrio.

reducir carteles y la agresividad del trabajo (Harrington, 2011). Además, junto a lo antes mencionado, se deben tomar decisiones de operación respecto al asignar recursos a esta lucha contra los carteles y también controlar Fusiones o adquisiciones que realicen las empresas (Cosnita-Langlais y Tropeano, 2013). Aunque la evidencia muestra que es más efectivo combatir Carteles, se debe resaltar que estas dos políticas son totalmente complementarias, ya que al asignar más recursos a una sola tarea, se ve claramente perjudicada la otra (Cosnita-Langlais y Tropeano, 2013).

Ya que las firmas se comportan en base a hechos, como por ejemplo la probabilidad de condena que tengan las personas que incitaron un cartel, o la esperanza de ganancia por una fusión, es lógico un financiamiento complementario que aporte a una política de competencia óptima. En donde, al utilizar las dos funciones, se marquen precedentes importantes, que terminen siendo reales disuasivos a atentar contra la competencia (Cosnita-Langlais y Tropeano, 2013).

2.3.3. Sobre las Multas

Las multas, dice Agostini (2007), deben ser de suficiente magnitud como para que los costos esperados en caso de ser sorprendido y castigado, sean mayores que los beneficios de violar la ley. De forma comparativa, se observan que las multas administrativas en Chile son ocho veces menores que las dictadas en EE.UU. Pensando que el país latino presenta

un PIB per cápita cinco veces menor que el del país norte americano, tal vez, plantea el autor, es importante revisar los montos actuales.

Los autores [Connor y Lande \(2008\)](#) realizaron un análisis de los sobrepuestos que se han generado por carteles grandes, y cómo estos han influido en las multas aplicadas en EE.UU. Los datos muestran que los carteles de gran magnitud generan, en promedio, sobrepuestos que rondan desde un 13 % hasta un 48 %, con una media del 25 % . Para [Connor y Lande \(2008\)](#), las multas deben ser acordes al daño ocasionado a la sociedad en su conjunto, que en el caso de las colusiones sería el sobrepuesto cobrado a los consumidores. Por lo que el tamaño de éste, tiene que afectar de forma directa a la multa que se le curse a los infractores. Además del daño económico que se genera a la sociedad, los autores recalcan que actualmente no son considerados, a la hora de calcular multas, los daños colaterales que se producen por la presencia de colusiones, tales como: La ineficiencia que se producen en los mercados, el arrastre a otras empresas a cobrar mayores precios por culpa de este sobrepuesto generado, además de la disminución de la innovación y calidad en los productos ([Connor y Lande, 2008](#)).

[Connor y Lande \(2008\)](#) mencionan que si las multas se relacionan más estrechamente con los niveles de sobrepuestos alcanzados por un cartel, las sanciones monetarias serán más óptimas, aportando efectivamente a la disuasión. Sugiriendo un 20 % como un porcentaje representativo del cotidiano de los sobrepuestos observados, lo que aun así, sigue siendo muy conservador. En el caso de Chile, las multas pueden ser de hasta un máximo de 30.000 UTA, unos \$16.183.800.000. Lo que, considerando los daños y ganancias de las colusiones ya estudiadas, resulta no ser un disuasivo importante.

2.3.4. La Delación Compensada

El 13 de julio del año 2009 se publica la ley 20.361, que modificó el DL N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción sobre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, introduciendo la figura de la Delación Compensada. Esta herramienta, disuasiva para los carteles en Chile, permite otorgar ciertos beneficios de exención de multa para la primera firma que aporte información relevante sobre un acuerdo ilícito entre ella y otras firmas. La ley plantea que el beneficio será otorgado solo después de:

- 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.⁷*

El Fiscal Nacional Económico Felipe [Irrarrázabal \(2015\)](#), menciona que la delación compensada es una herramienta totalmente eficaz a la hora de desbaratar carteles en la economía. En base a la evidencia internacional referente a EE.UU. y Europa, se puede afirmar que el mecanismo entrega la posibilidad de terminar con acuerdos que funcionan de manera muy sutil, por lo que la única manera de descubrirlos es que uno de los involucrados se autodenuncie. Respecto a los críticos de la medida, el fiscal menciona que la delación compensada aporta a que las empresas puedan reaccionar en base a su conciencia y aportar para terminar con la colusión, con el fin de disminuir una sanción. Además, agrega un disuasivo importante a la hora de considerar entrar en un acuerdo ilegal, ¿Debo coludirme sabiendo que la otra parte me puede denunciar para salvarse?

Igualmente, se ha generado en Chile, cierto debate sobre la capacidad de entregar un real beneficio al que se autodenuncia primero. Ya que, al aceptar un ilícito, el Ministerio Público puede comenzar un juicio contra las personas que se vieron involucradas, aún así éstas fuesen las primeras en aportar información. Esto, se ejemplifica con el caso farmacias, en donde, aunque Farmacias Ahumada S.A. se autodenunció, sus ejecutivos debieron enfrentar un juicio llevado por el Ministerio Público. Ya que, luego de que se conociera la sentencia del TDLC en el caso de colusión de las farmacias, y tal como consigna [EMOL \(2015\)](#), la fiscalía centro norte interpuso una querrela penal contra los 10 ejecutivos involucrados en el ilícito. Luego del juicio oral que determinó que las pruebas presentadas por el fiscal no lograron acreditar el acuerdo para subir los precios de los medicamento, la fiscalía solicitó a la Cuarta Sala del tribunal reconsiderar la determinación tomada mediante recursos de nulidad al juicio ocurrido. La sentencia finalmente fue ratificada por la Cuarta Sala del

⁷Documento disponible en ([20.361](#), [2016](#))

tribunal, rechazando todos los recursos de nulidad presentados por fiscalía.

2.3.5. El Peligro de la Concentración en los Mercados

La literatura especializada, recalca sobre ciertos factores que deben ser analizados de los mercados que pueden generar ciertas sospechas de una posible colusión explícita o tácita.⁸ Para [Cañizares y Domínguez \(2008\)](#) se deben analizar por lo menos dos aspectos importantes al momento de presenciar una posible colusión en alguna industria. Primero que todo, es obligación observar las características estructurales del mercado en el que se desenvuelven las firmas, analizando el grado de concentración, la existencia de barreras a la entrada, el nivel de homogeneidad del producto, entre otras cosas. Por otro lado, resulta importante analizar los comportamientos y resultados históricos de los competidores, por ejemplo, analizar la evolución que han tenido estos, la variación de los precios en el tiempo, como también la rentabilidad que han obtenido las firmas en un determinado tiempo. En el caso de Chile, llama la atención el bajo nivel de participantes que compiten en algunos sectores importantes de la economía. Resulta interesante entonces, que la AC tenga la posibilidad de analizar el grado de concentración que experimentan las principales industrias del país, esto con el fin de poder determinar los sectores en los cuales es necesario poner atención al comportamiento histórico y presente de las firmas. De esta forma, se pueden evitar las distintas distorsiones a la competencia que ya se han discutido a lo largo de esta investigación. Para poder llevar a cabo una discusión un poco más técnica, se utilizan herramientas como el índice Herfindahl-Hirschmann (HH), el cual entrega información respecto a la concentración en los mercados.

$$HH = \sum_{i=1}^n P_i^2 \quad i = 1, 2, \dots, n$$

Donde P_i representa la participación de mercado de la firma i -ésima.

Para efectos prácticos, y con el fin de analizar la concentración en las industrias, para la FNE las industrias que presentan un índice HH mayor a 1800 reflejan un mercado altamente

⁸Entiéndase por colusión tácita aquella que no es fruto de un acuerdo explícito sino del "mutuo entendimiento entre competidores que puede llegar a surgir con la interacción repetida en los mercados" [Cañizares y Domínguez \(2008\)](#)

concentrado.

Medina (2014) realizó en el año 2014 un estudio para poder observar el nivel de concentración de las principales industrias de Chile, esto en base al índice HH y el porcentaje de mercado que poseen las tres firmas competidoras más grandes. Gracias al estudio, se puede observar el alto grado de concentración que presentan algunos de los sectores económicos del país, tal como se puede observar en Figura 2.3

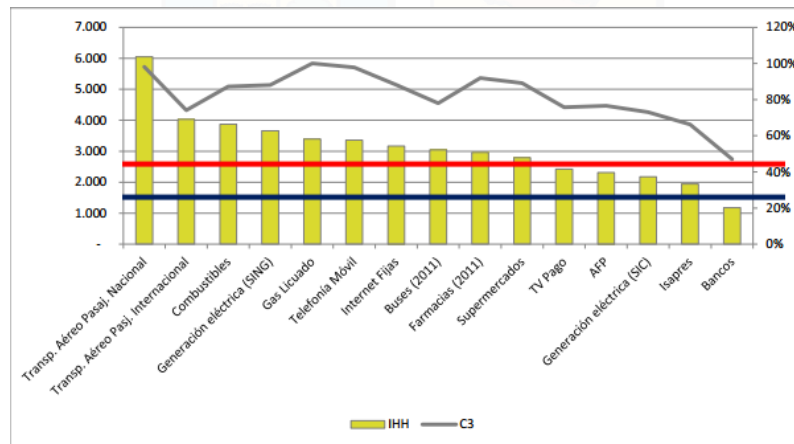


Figura 2.3: Grado de concentración en base a índice HH de algunas industrias de Chile

Para el autor, analizar el grado de concentración y competencia en los mercados no resulta para nada una tarea sencilla. Ya que, existe información específica que resulta muy compleja de obtener para realizar estudios de mercado completos. Es por esto, que la institucionalidad competente en materia de análisis, para el caso chileno la FNE, requiere de tiempo y una buena cantidad de recursos para investigar posibles atentados a la libre competencia en entornos poco competitivos como los mostrados. El que existan industrias con altos niveles de concentración, posibilitan eventuales ejercicios de poder de mercado por parte de las firmas, es más, en el mismo documento se observa como las industrias con los más altos niveles de concentración son las que lideran las causas por posibles atentados a la competencia en el TDLC. Aunque no existe una relación directa entre industrias concentradas y atentados a la libre competencia, resulta ser un caldo de cultivo para éstas.

2.3.6. Control de Fusiones y Adquisiciones

Para [González y Huneeus \(2015\)](#), un buen sistema de control de fusiones debe inducir a decisiones correctas, con el menor error posible. Es decir minimizando el efecto en la competencia, minimizando costo y tiempo administrativo, realizándose enmarcado en un cuadro legal y de manera totalmente transparente. El 2014, a petición del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de Chile, la [OCDE \(2014\)](#) entregó un informe detallando un análisis del actual mecanismo de control de fusiones y/o concentraciones en el país, además de entregar recomendaciones en base a las prácticas de los países pertenecientes a la organización. El objetivo del informe es proporcionar posibles alternativas para establecer un régimen de control de concentraciones eficaz en Chile.

El documento advierte de cierto problema de percepción que existe sobre las operaciones de concentración en el país. Para la [OCDE \(2014\)](#), en Chile se tiene la idea de que cada operación es un caso a resolver de manera judicial, entregándole la misma distinción que un acuerdo anticompetitivo, incluso con la posibilidad de interacción e inclusión de terceros en el proceso. Contrario a lo que ocurre en la mayoría de los países, en donde la concentración no es considerada una infracción a la Libre Competencia, como al nivel de un monopolio o colusión. Ya que, puede darse la posibilidad, de que una operación de concentración aporte al crecimiento de un negocio, no necesariamente afectando a la competencia dentro de los mercados. Es por esto, que un control de operaciones de concentración debe ser neutral y objetivo, debe trazar los límites en donde se incurra en prácticas anti competitivas, entregar la posibilidad de corrección, identificar cuales son las operaciones que se inclinan a afectar la competencia y asignar con eficiencia los recursos de aplicación de la ley ([OCDE, 2014](#)). En la mayoría de los países participantes de la OCDE⁹ los controles son preventivos, ya que se busca disminuir el daño ocasionado a los consumidores ex ante.

La [OCDE \(2014\)](#), menciona que el problema principal que presenta Chile es la ausencia de un control de concentraciones en la ley. El DL N°211 no prevee ni se refiere a ellas. Además, los procesos de recepción de notificación y análisis pueden recaer tanto en la FNE, como en el TDLC, generando inseguridad jurídica a la sociedad. Ya que, por un lado, la falta

⁹Países pertenecientes a la organización en Anexo

de normas es un problema para el desarrollo de negocios para las empresas, entendiendo que algunas organizaciones conservadoras, podrían desechar de lleno operaciones de concentración que puedan aportar significativamente al negocio. Y, por otro lado, genera vacíos que permiten que algunas empresas lleven a cabo operaciones de concentración que terminan afectando a la competencia (OCDE, 2014). Como ya se ha estudiado, en cualquiera de los dos casos se perjudica a los consumidores. Es por esto, que para llevar a cabo un control de concentraciones eficiente y eficaz se deben tener en consideración tres ámbitos fundamentales: En primer lugar, se deben definir las concentraciones que sean susceptibles a control, se debe establecer un sistema de notificación, y por último, la determinación de los umbrales de notificación. La OCDE (2014) recomienda para Chile delimitar la amplitud del ámbito de aplicación del sistema de control, esto mediante criterios numéricos y económicos. La interrogante que se debe responder entonces es ¿Qué operación está en el límite, como para afectar a la Libre Competencia?

Sistema de Notificación En Chile no existe un proceso único para notificar una operación de concentración y/o adquisición, estos son voluntarios y no hay un conjunto único de reglas que determinen el cómo debe ser el aviso a las autoridades. Comentando sobre esto, González y Huneus (2015) hablan sobre los dos tipos de notificación de operaciones existentes en el mundo. Hay un caso en el cual la notificación es obligatoria, en ésta se fijan valores límites en relación a cantidad de activos o nivel de ventas. Si la fusión no sobrepasa los límites que se definen, se puede lograr tener en un tiempo definido la resolución de aprobación o rechazo de una fusión. Si de primera se rechaza, se procede a realizar una investigación más acabada para un veredicto final. Existe un segundo caso, donde la información de fusión es voluntaria, donde se apunta a la imagen de las firmas y que éstas se enteren de las posibles órdenes de mitigación y multas luego de realizada la operación. En estos casos, si no se informa de la fusión a la Autoridad de la Competencia, se puede iniciar una investigación en cualquier momento. Los dos sistemas apuntan obviamente a analizar el impacto que tendrá la operación en la competencia (González y Huneus, 2015). En base a que en Chile no ha funcionado de manera óptima el sistema voluntario, la OCDE (2014) plantea que la aplicación de un sistema obligatorio podría mejorar la situación

actual. Lo que también concuerda a lo que plantean [González y Huneus \(2015\)](#), quienes comentan la necesidad de un control ex ante de las fusiones para el país. Ya que tendría sentido con el hecho de que los problemas de competencia son muy difíciles de controlar luego de realizada una fusión ([González y Huneus, 2015](#)). No existiría, por ejemplo, la posibilidad de controlar algún precio dentro de un sistema de Libre Mercado, además de ser imposible inducir mayor competencia en un entorno ya conocido y con participantes definidos. Además, no es posible retroceder en el tiempo una fusión, ya que la operación conlleva unión de activos, una reestructuración de personal y secretos organizacionales compartidos. Sumado a esto, existe muy poca evidencia en el mundo sobre casos en donde se haya retrocedido una fusión, volviendo a las firmas iniciales ([González y Huneus, 2015](#)). Sin embargo, y a modo de recomendación, la [OCDE \(2014\)](#) propone estudiar la posibilidad de un sistema híbrido, en donde las operaciones que no alcancen el umbral puedan optar a revisión para entregar seguridad a la operación. Como también, entregar a la autoridad la posibilidad de realizar estudios a operaciones que no sobrepasen el umbral, pero que puedan afectar a la competencia. Este mecanismo es útil cuando se aplica por primera vez un sistema de notificaciones y su umbral. Para llevar a cabo esto, se debe clarificar quién debe notificar la concentración y a quien, definiendo puntualmente a la autoridad competente. Además, se debe explicitar el momento temporal en el cual se debe realizar la notificación. Es por todo este conjunto de argumentos, que el fin de los controles de concentración deben animar, y ojalá obligar, a las partes a informar con anterioridad algún proyecto de concentración. Además, se debe alejar los intereses privados y estrategias oportunistas de los análisis, ya que se incurre en desperdicio de recursos públicos y privados ([OCDE, 2014](#)).

Umbral En Chile, se ha utilizado el mecanismo de analizar la participación de mercado para poder estudiar una operación de concentración horizontal que se avisa de forma voluntaria. Éste, ha demostrado ser muy limitado y hasta a veces nulo en su función esperada. Como el propósito de un umbral de notificación es activar el aviso, se deben establecer criterios claros y objetivos para obligar a notificar la operación. En muchos países, se ha pasado de una medición cualitativa a una cuantitativa, transitando de analizar

Sistemas de Notificación	Obligatorio	Voluntario
Condiciones	• Criterios claros y objetivos para determinar si una concentración debe ser notificada, incluyendo umbrales de notificación apropiados (lo que desencadena la notificación). • Requisitos de información razonables. • Facultades y sanciones de oficio contra la falta de notificación.	• Criterios claros y objetivos para determinar si una concentración califica para análisis, especialmente un estándar claro y sustantivo (lo que desencadena la notificación). • Requisitos de información razonables. • Conciencia de las empresas respecto de la política de competencia. • Recursos de monitoreo suficientes. • Facultades de oficio contra las concentraciones anticompetitivas. • Visibilidad y notoriedad suficiente de la aplicación de la ley en el control de concentraciones.
Ventajas	+ No se basa en la autoevaluación sustantiva de las empresas, sino en los umbrales de notificación. + Permite concentrar los recursos de la autoridad en el análisis de las concentraciones, más que en su detección. + Alto potencial de prevenir concentraciones anticompetitivas que ocurran en empresas no transparentes o privadas. + Eleva la conciencia general sobre la política de competencia. + Seguridad jurídica.	+ Potencial para centrarse en concentraciones problemáticas o complejas, ya que el detonante de las notificaciones es una evaluación sustantiva de la misma
Desventajas	- Alta dependencia de los umbrales de notificación. - Riesgo de que los recursos se utilicen en concentraciones no problemáticas	- Alta dependencia de la conciencia de las empresas en la política de competencia y de las herramientas de monitoreo - Activada y altamente dependiente del autoanálisis de las empresas. - Mayor riesgo de no analizar concentraciones potencialmente dañinas que pasen inadvertidas

Figura 2.4: Cuadro comparativo entre sistemas de notificación obligatoria y voluntaria. Fuente: OCDE(2014) Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile

concentración de mercado a cuestiones como por ejemplo los volúmenes de negocio que presentan los involucrados. La propuesta de la [OCDE \(2014\)](#) para Chile, es analizar las ventas nacionales (o activos) de cada una de las dos partes de la concentración, o por lo menos de la empresa objetivo. Además, si presenta participación internacional, se pueden distinguir las ventas nacionales combinadas, ventas y/o activos globales, y/o el valor de la operación en su conjunto. Esto es concordante con lo que también plantean [González y Huneus \(2015\)](#), estos autores también recomiendan para Chile la generación de un umbral

que considere las ventas domésticas de la firma adquiriente y las ventas domésticas de la firma adquirida, relacionándolo al nivel de PIB que presenta Chile. Mencionando que al momento que se superan los límites, las firmas deben obligatoriamente notificar a la Autoridad de la Competencia su operación ([González y Huneeus, 2015](#)).

Otro punto relevante que plantea la [OCDE \(2014\)](#), son los largos plazos que demoran las investigaciones de operaciones de concentración en Chile, la nula existencia de procesos colaborativos entre las partes, los grandes derechos que tienen terceros para participar e influir, la falta de herramientas de investigación efectivas y la existencia de dos organismos que realizan la misma función (FNE y TDLC). Es por estos motivos, que se recomiendan dos opciones para Chile, basados en un proceso de análisis de concentración de dos fases: Una primera opción, en donde se deba notificar a la FNE y ésta determine si se aprueba la operación o si se debe realizar un análisis más exhaustivo por parte del TDLC. Y una segunda opción, en donde se entregue la decisión e investigación en concreto a la FNE, y que el TDLC quede como un ente encargado de revisar las controversias. Independiente de la opción que se tome, deben ser procesos transparentes y que resguarden la confidencialidad de la información empresarial ([OCDE, 2014](#)). La estadística muestra, que actualmente, desde la creación del TDLC en 2004, se han consultado 25 posibles fusiones. De éstas, 11 han sido aprobadas, 2 rechazadas y 12 casos siguen sin resolución del tribunal. Del total, solo 2 fueron presentadas por la FNE ([González y Huneeus, 2015](#)). Además, para estos autores, resolver los casos de manera judicial genera grandes costos de consulta y confunde sobre el dónde informar la operación. No existen plazos definidos para tomar una decisión, además que la evidencia muestra un promedio de nueve meses entre que se informa una posible fusión y la resolución del TDLC. A esto, hay que agregarle una posible apelación a la Corte Suprema que puede demorar hasta seis meses.

Análisis de las Operaciones Para poder llevar a cabo un análisis eficaz, la [OCDE \(2014\)](#) recomienda que los estudios competentes, deben ser un proceso orientado de manera clara a analizar los factores cuantitativos como cualitativos, además, de que las determinaciones deben ser sobre operaciones horizontales, verticales y de conglomerado. Los formularios de notificación para las firmas deben ser explícitos, indicando claramente cual es la información

requerida. Además, se debe entregar a la autoridad las atribuciones necesarias para poder llevar a cabo sus investigaciones.

Sanciones Según el informe de la organización, en Chile cotidianamente se apunta a sancionar episodios que atenten explícitamente contra la Libre Competencia, es por esta razón, que rara vez en este contexto, las operaciones de concentración son multadas. Es importante mencionar, que actualmente no existen sanciones que garanticen y aseguren un proceso sólido de análisis de concentraciones. Una vez realizada la fusión, solo se pueden aplicar acciones mitigantes, **mas no existe una sanción por no informar una fusión** (González y Huneeus, 2015). Es por esta razón, que la OCDE (2014) recomienda que el país legisle con el fin de sancionar con multas administrativas si una firma no notifica, si es que no espera la resolución del análisis de la operación, si existe alguna obstrucción a la información o si se incumplen las condiciones que la autoridad haya impuesto.

2.3.7. Cárcel Efectiva en Materia de Colusión

Chile, actualmente, no posee penas de cárcel efectiva que apunten a desbaratar, o evitar, que se generen prácticas de índole colusiva entre ejecutivos de distintas firmas. El 21 de mayo del año 2002 el, en ese entonces, Presidente de la República Ricardo Lagos presentó al país un proyecto de ley que buscaba, entre otras cosas, modernizar los castigos a las personas que cometían delitos en materia de libre competencia. Un punto controversial, fue la eliminación de la pena de cárcel para los involucrados en ilícitos, como también la creación del TDLC, como punto relevantes. Para Bravo (2015), la eliminación de la pena de cárcel para los ejecutivos que se veían involucrados en faltas a la libre competencia, respondió a una vaga definición de los criterios para sancionar, como también el poco (casi nulo) uso que se le daba a esta herramienta. Antes de su eliminación, el castigo consistía en sancionar con presidio en su grado menor, desde 61 días a 5 años para los condenados. Actualmente en el país, gracias a los distintos casos de colusión que se han dado a conocer a la opinión pública, se ha reabierto el debate sobre aplicar o no penas de cárcel efectivas para los involucrados en casos que atenten contra la libre competencia ¿Debe Chile volver a castigar de forma penal este tipo de ilícitos?

Para [Agostini \(2015\)](#), la evidencia es contundente y clara, no son suficientes las multas en casos de colusión para terminar con este tipo de hechos. Por lo tanto, una pena efectiva de cárcel puede aportar con un rol disuasivo importante a la hora de cuestionarse el entrar o no en una colusión. El autor plantea que, en concordancia con lo que recomienda la OCDE, la importancia de una pena de cárcel para los involucrados, afecta directamente a los ejecutivos como personas naturales, ya que la cárcel es un costo que las empresas no reembolsan a los empleados, generando más incertidumbre en la cabeza de los ejecutivos a la hora de cuestionarse el iniciar o no una estrategia colusiva. Para [Agostini \(2015\)](#), resulta imprescindible acompañar una pena de cárcel para involucrados en casos de colusión, con multas importantes para las empresas pertenecientes al cartel y un buen mecanismo de delación compensada, herramientas que Chile ya posee. Por lo tanto, al introducir esta nueva arista penal al modelo de Defensa de la Libre Competencia, se fortalece éste, y se genera un correcto y buen funcionamiento de los mercados.

De forma contraria, [Pellegrini \(2015\)](#) se cuestiona si es que la criminalización de una persona aporta a disolver carteles existentes en el mercado. Para él, la delación compensada es la herramienta fundamental para terminar con los acuerdos entre empresas, situación que se vería debilitada por el ingreso de una arista penal. Esto, lo plantea en base a que con una posible ida a la cárcel, la gente no tiene incentivos suficientes para auto denunciarse. Aunque se ha planteado que el primer involucrado que intente apelar a delación compensada no tenga una pena de cárcel, igualmente se genera incertidumbre sobre si ya hay alguna persona que haya hecho efectivo el derecho de delación compensada, lo que provocaría una pena de cárcel efectiva para el nuevo auto denunciado.

El economista Eduardo [Engel \(2015a\)](#), plantea ciertos puntos relevantes para la discusión sobre la pena de cárcel para personas naturales envueltas en atentados a la libre competencia. En primer lugar, muestra como algo totalmente ineficaz el artículo 285 del código penal de 1874, que algunos consideran una pena de cárcel para involucrados en casos de colusión. Ya que, la ley menciona lo siguiente para las personas que *"por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, (...) sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio"*. Analizando este enunciado, es que el autor plantea que al enfrentarse a una pena baja, es fácil que ésta

sea rebajada con, por ejemplo, una conducta irreprochable antes del proceso. El artículo presenta ciertos problemas en materia de definición para el sistema actual, ya que es imposible determinar qué es el "*precio natural*" de los bienes, además que impone una pena respecto al hecho de coludirse, más no por las consecuencias que trajo el ilícito, cosa que es de completa incumbencia de la FNE y el TDLC, ya que el resultado de la colusión es un problema netamente económico.

El economista, se muestra entonces convencido de la necesidad de un castigo de carácter penal, ya que para él, la capacidad de disuadir de la pena de cárcel es mucho mayor que las penas económicas. Por un lado, es un castigo que no puede ser financiado por personas terceras a los hechos, a diferencia de las multas económicas, que si son bastante menores a las ganancias extras recibidas por la colusión, so resultan ser un castigo importante. Además, plantea que la posibilidad de otorgar el beneficio de no ser procesado de forma penal para la primera persona que se autodenuncie, mediante el sistema de delación compensada, potencia ésta última de manera positiva.

Refiriéndose al proyecto de ley en discusión que incluye pena de cárcel efectiva para los involucrados en acuerdos colusivos, el autor tiene sus cuestionamientos sobre el que dos instituciones lleven juicios al mismo tiempo. Refiriéndose a un juicio económico en el TDLC y uno penal en Tribunales ordinarios. Para él, primero debe realizarse la investigación, el juicio y la sentencia en la materia económica. Y, por otro lado, luego de conocerse la sentencia del TDLC, comenzar con una arista penal presentada por la FNE frente a los Tribunales de Justicia ¿Por qué debe de hacerse en aquel orden? Esto, responde al hecho de que hay personas naturales que podrían guardar silencio respecto a ciertas cosas, ya que no les convendría hablar frente a un proceso materias que podrían ser usadas en su contra en el proceso que va a la par. Además, el Ministerio Público tiene la obligación de hacer públicos los casos luego de pasados 40 días, a diferencia de la FNE y el TDLC que deben, y trabajan, con total discreción y secretismo.

En base a la discusión, que se lleva actualmente, respecto a la inclusión de una pena de cárcel efectiva, Ricardo Lagos (2015) defiende la eliminación de este castigo durante su gobierno, argumentando que existió un consenso entre todos los sectores políticos para eliminar la arista penal en casos de colusión. Esto, en base a que se necesita de un

procedimiento complejo, mucho más de lo que se tenía en ese momento, para resolver los problemas de colusión. Por lo tanto, en esa oportunidad, se cambió la pena de cárcel por multas administrativas más altas a las que se tenían en aquel entonces. En opinión del ex Presidente de Chile, el cambio en los mecanismos de Defensa de la Libre Competencia, ha aportado mucho más que lo logrado con la pena de cárcel que se contemplaba en los 30 años anteriores a su gobierno. Donde, gracias a algunos mecanismos introducidos a principio del siglo XXI, se han podido investigar los casos de colusión en farmacias, papel tissue, entre otros. Es así, como en Chile, desde el año 2003, no existe un procedimiento de tipo penal que termine con sanciones de cárcel efectiva para las personas naturales que se han visto involucradas en hechos de tipo colusivos ([Bernedo, 2010](#)).

2.3.8. Independencia de la Autoridad

Es de común acuerdo, la importancia de entregar el máximo nivel de independencia a las autoridades encargadas de llevar a cabo la política pública de Defensa de la Libre Competencia. Pero, no existe en la literatura, un consenso respecto si realmente la independencia en la AC está asociada positivamente a una mayor efectividad a la hora de defender la Libre Competencia. El autor [Ma \(2010\)](#), afirma que es necesario relacionar estas dos variables con ciertos factores relacionados a las características institucionales que presentan los países. El autor, afirma que la literatura no consideraba explícitamente, hasta este punto, una relación causal entre esos dos aspectos. Y, dentro de ese marco, realizó una investigación que apunta a resolver empíricamente la existencia de aquella relación.

Para eso, enmarca su estudio en responder algunas preguntas **¿Cuánto de la efectividad en políticas pro competencia se debe a mayor independencia? ¿Cuánto del nivel de independencia se debe a mejores instituciones? ¿Tiene que ver el nivel de eficacia con características institucionales más ventajosas, o con la independencia de la autoridad de Defensa de la Libre Competencia?** Utilizando datos concretos, recolectados de muchos países de todo el mundo, junto a una regresión estimativa basada en el método de estimación de variables instrumentales, el autor intenta resolver los cuestionamientos.

El concepto de Independencia Ma (2010) menciona que se deben discutir dos formas de entender la independencia. Por un lado, existe la independencia "*de jure*", que está presente cuando existe un marco legal que protege la independencia de las agencias encargadas de defender la Competencia. Y, por otro lado, la forma "*de facto*", que se visualiza concretamente cuando los juicios están libre de influencias de actores ajenos al caso. Ma (2010) es claro en mencionar que, aunque exista de forma legal un marco de independencia, esto no significa que *de facto* se cumpla. Aunque no hay un acuerdo para definir la independencia "*de facto*", se pueden utilizar algunos indicadores exógenos de los países, que ayudan a visualizar el nivel de independencia de los procesos judiciales, como por ejemplo: La estabilidad política, el peso de la ley y el control de la corrupción, entre otras cosas. Por lo mismo, la existencia de la ley de protección a la independencia de la organización encargada de velar por la competencia es solo un factor que incide en la independencia real (Ma, 2010).

Para poder llegar a responder las interrogantes planteadas, el autor expone un modelo econométrico en donde se puede explicar la eficacia de los modelos de Defensa de la Libre Competencia mediante las variables explicativas: *Cantidad de contenido en leyes de Competencia, Grado de consideración del enfoque económico, Independencia formal de la autoridad competencia, Independencia factual de la autoridad.*

$$EFFECTIVNESS = \alpha DEFACTO + \beta DEJURE + \delta ECON + \phi BASIS + Z'\gamma + \xi$$

Cabe mencionar, que para el desarrollo del modelo se consideró en eficacia, la opinión de importantes líderes de negocios sobre los modelos de Defensa de la Libre Competencia en sus países, con notas que van desde 1, si creían que eran débiles, hasta 7 si los notaban potentes y eficaces. Además, como se menciona anteriormente, el autor cree importante introducir, mediante el método de variables instrumentales, ciertos factores ligados a la institucionalidad de los países. Tales como: Libertad de elección de autoridades junto a elecciones democráticas, derechos civiles, estabilidad política, calidad del servicio público que se entrega y la ausencia del control estatal en los mercados. Además, resulta importante analizar las leyes, la protección de las personas y a la propiedad privada. Como también, la ausencia del uso del brazo público para generar poder, tener ganancias privadas o generar corrupción. Junto a esto, se introdujeron a la regresión distintos factores distintivos de las

economías como el nivel de libertad económica, años de aprendizaje de la ley de competencia y el PIB per cápita (Ma, 2010).

Los resultados obtenidos, evidenciaron que la eficacia de la autoridad al momento de defender la competencia está empíricamente asociada con la independencia de ésta. Pero que, sin embargo, es la independencia "*de facto*" y no la "*de jure*" la que importa para la eficacia en la Defensa de la Libre Competencia (Ma, 2010). Por lo tanto, se puede afirmar con cierta certeza que el éxito de una política en pos de la Competencia depende de una acción independiente "*de facto*" basada en una ley que explicita una independencia "*de jure*". Para Ma (2010), resulta sumamente importante analizar los niveles de corrupción e influencia ilegal que presentan los países al momento de realizar la afirmación recién mostrada. Y, esto, es uno de los factores que influye para que no exista una relación lineal y positiva entre la independencia y la eficacia. Ya que, países con infraestructuras institucionales sólidas, que soportan el estado de derecho, están más alejadas de la corrupción. Haciendo que las decisiones de la autoridad estén más cerca de la justicia real, por lo que la relación positiva solo se da en sociedades con menos corrupción (Ma, 2010).

Centrándose en Chile, Valdes (2007), en un completo análisis sobre la independencia de la FNE hace ya casi 10 años, comentaba sobre el peligro de tener una policía anti monopólica subordinada al Presidente de la República. Esto, en un escenario en donde empresas del Estado podían incurrir en atentados a la Libre Competencia, y quedar impunes por influencia del Presidente. Ya hacia el presente año, se han avanzado en modificaciones de ley que han intentado alejar al Fiscal Nacional Económico de la subordinación directa de la máxima autoridad pública. Sin embargo, el estudio de Valdes (2007) propone que la FNE deje de ser un servicio público sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, y pase a estar localizada, en la constitución, dentro de la Administración del Estado, otorgándole autonomía constitucional. Esto significaría, un presupuesto propio y un nuevo mecanismo para nombrar al Fiscal Nacional Económico. En la propuesta del autor, y en base a un análisis de las instituciones, éste considera que para la designación del Fiscal, el TDLC debería proponer una quina de candidatos al Senado de la República, definiendo éste la designación. Principalmente, porque el Senado no tiene posibilidades de poder ser investigado por la FNE. Para efectos de remoción, Valdes (2007)

se decide por la Contraloría General de la República como la institución encargada de proponer al Senado el fin del periodo del Fiscal Nacional Económico. Esto, mediante una auditoria que genere argumentos objetivos para su destitución.

2.4. ¿Captura del Estado Chileno por el Poder Económico?

Según la última encuesta CEP¹⁰, el 50 % de los encuestados cree que casi todos los políticos de Chile están involucrados en actos de corrupción. Una cifra que revela el difícil momento de confianza por el que atraviesa el país, amparado en episodios que han ilustrado distintos hechos de corrupción que golpean a la llamada clase política y empresarial de Chile. En base a esto último, es que resulta importante estudiar los diversos mecanismos por los cuales el órgano estatal podría verse capturado por intereses privados, además de poder traer a la discusión si es que realmente Chile se encuentra capturado por los grandes grupos económicos del país. El fin principal de esto, es poder analizar el grado de influencia, que puede presentar la FNE, respecto al poder económico y sus empresas.

2.4.1. ¿Qué se entiende por Captura?

Romero (2008), comenta la importancia de distinguir entre dos tipos de captura del Estado. Por un lado, existe la captura de éste por el Gobierno de turno, los partidos de la coalición gobernante y sus representantes políticos. Como también, la captura del Estado por el poder privado, específicamente por el poder económico, representado éste en el empresariado del país o extranjero. Para el primer caso, los individuos buscarían, mediante recursos fiscales, intervenir electoralmente, favoreciendo a determinadas personas, u organizaciones, con el fin de ganar más votos en futuras elecciones. Para el autor, en una organización estatal extremadamente presidencialista como el caso chileno, en donde el Estado maneja grandes sumas de dinero, podrían existir importantes incentivos para obtener grandes beneficios económicos. Lo que debiese ser atacado con una importante

¹⁰Estudio nacional de opinión pública n°77 Julio - Agosto 2016. Disponible en: http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160818/asocfile/20160818165239/encuestacep_julio_agosto2016.pdf

agenda pública país de probidad y transparencia.

Si se habla de una captura del Estado por parte de los grupos económicos, [Romero \(2008\)](#) menciona que el foco principal de la discusión se ha basado históricamente en la relación de la política con el dinero. Pero, hace hincapié, en señalar que los análisis se han hecho de manera poco empírica, sin muchos datos comprobados. Reafirmando esta posición, [Durand \(2016\)](#) menciona que la mayor parte de los estudios referentes al tema de la corrupción y captura del Estado apuntan a analizarlo como un fenómeno sistémico, dejando de lado el estudio de casos concretos que permitan explicar en "qué instituciones, cuándo y cómo ocurren los procesos de captura del Estado" ([Durand, 2016](#)).

Este último autor, entrega una detallada definición sobre lo que sería la captura del Estado, entendiéndola como "una forma de influencia extrema sobre el Estado, que sesga las decisiones de política pública a favor de unos cuantos privilegiados que concentran poderes de decisión" ([Durand, 2016](#)). Dentro de esto último, es importante señalar que para el autor, la motivación principal detrás de este fenómeno sería el interés de generar mayores rentas por parte de grandes corporaciones con tamaños importantes de producción. Por lo mismo, el fenómeno de liberación de los mercados que ocurrió en América Latina en el último cuarto del siglo XX, en donde gracias a la privatización de grandes empresas estatales se benefició a un pequeño grupo de personas, que han gozado de un aumento considerable de sus fortunas. Este punto, resulta esencial para poder entender como se ha podido generar una posible captura de los Estados en el continente. [Durand \(2016\)](#), menciona que el poder actual de las grandes empresas se traduce en redes económicas y sociales importantes, redes propietarias que se reflejan en *interlocking* en los directorios¹¹, además de tener la capacidad monetaria para contratar importantes entidades de apoyo, como son buffets de abogados de gran peso. Todo esto, es muy difícil de alcanzar por empresas medianas o pequeñas, dando a entender que serían las grandes corporaciones las que podrían ejercer la influencia desmedida sobre el Estado para su beneficio propio. Además, el autor deja constancia del poder discursivo mediático que pueden realizar las grandes corporaciones al poseer medios de comunicación y financiar *think tanks*.¹²

¹¹Cuando un mismo director participa en las decisiones de varias empresas que pueden ser competidoras entre sí.

¹²Centros de estudios que discuten políticas públicas.

Es así, que las grandes corporaciones buscarían tener el poder necesario, mediante esta influencia desmedida ya conversada, para dictar leyes que apunten directamente a su beneficio económico. Algo, que iría más allá de la corrupción representada en el cohecho (Durand, 2016). Por lo mismo, se debería analizar en los países, cuáles son estos agentes y observar su capacidad de influencia. La cual, para el autor, se puede representar de tres formas concretas.

Financiamiento a las campañas Esta primera forma de influencia ha sido estudiada por diversos actores. Es tan amplio el tema, además de peligroso, que se tienen visiones desde distintas ramas. Por ejemplo, el filósofo estadounidense Noam Chomsky (2015) explica de manera sencilla, como el aumento de la riqueza, en un grupo pequeño de personas, ha generado inmenso poder. Este grupo, al tener la capacidad de financiar campañas políticas que cada vez son más caras, capturan a los políticos que terminan legislando con el fin de generar más riqueza a los empresarios que los financian. Cerrando un círculo vicioso de inmenso poder. Dentro de esta misma línea, Durand (2016) comenta que este financiamiento es el que genera las conexiones directas con funcionarios del Estado y legisladores. Los cuales, actuarán en base a los objetivos específicos que tengan sus financistas. Al ser cada vez más costosas las campañas políticas, comienza a aparecer la relación entre pedir más dinero a cambio de amarrarse más al benefactor. Para el autor, el inicio de los acercamientos se da en las campañas electorales para un cambio de gobierno y, menciona, que es en los países desiguales donde se puede observar, como los candidatos de las mayorías menos acomodadas se ven perjudicados al no poseer los mismos recursos a los que acceden los candidatos financiados por las grandes corporaciones.

Lobby en las sombras Para Durand (2016), esta herramienta se observa principalmente en gestores de interés que, aprovechándose de debilidades e ignorancias de los políticos, logran conseguir favores para beneficio de las grandes empresas. Según Romero (2008) el *lobby* es una herramienta sumamente beneficiosa, ya que los favores que realizan los políticos traen cuantiosos beneficios económicos, y el costo en general, se disipa suficientemente sobre toda la comunidad. Por lo que el incentivo a invertir, en esta área, sería muy alto para los grupos interesados en obtener beneficios de la política.

La puerta giratoria Durand (2016), explica esta herramienta ejemplificándola como el acto de nombrar ministros o, personeros de gobierno, cercanos a los poderes económicos. Los cuales, claramente respaldan las ideas de libre mercado. Lo que se traduce en personas "amigas" en cargos importantes, que terminan tomando decisiones que favorecen a los grandes grupos económicos. Por lo que sería esencial, para los capturadores, evitar personas independientes, no ligadas a la industria, en cargos importantes. Ya que, estos podrían estar interesados en defender el interés público sobre el privado.

2.4.2. Sobre el Financiamiento de la Política en Chile

Resulta importante analizar los mecanismos, por los cuales los grandes grupos económicos del país financian a la política. Esto, puede ayudar a entender como el Estado, y sus ejecutores, puede en ocasiones enfrentarse a situaciones de choques de interés o corrupción. Como Faúndez et al. (2015) muestran en su trabajo, los principales grupos económicos de Chile financian cotidianamente a los partidos políticos, a los candidatos en elecciones, a centros de estudios y a la formación política de los partidos. Cabe consignar, que la legislación chilena permite obtener beneficios tributarios mediante la ley N°19.885, declarando los aportes, al al Servicio de Impuestos Internos (SII), que se realicen a partidos políticos inscritos en el SERVEL, a instituciones de formación política y candidatos a ocupar cargos de elección popular. Como consignan los autores, cerca de la mitad de las empresas del IPSA¹³ han declarado gastos al SII relacionados con financiamiento a la política. Llamando la atención las industrias de la energía y la pesca, con declaraciones de grandes gastos para financiamiento político. Además, de empresas participantes en industrias que presentan un importante grado de concentración, llegando incluso a monopolios naturales u oligopolios. Faúndez et al. (2015) comentan, en base a que actualmente habría cierta influencia de los grandes grupos económicos hacia la elección de ciertos representantes, que sería importante comenzar a esbozar algunos elementos que ayuden a determinar la relación entre estos grupos económicos y las elecciones populares. En donde, como afirman los autores, existen grandes montos declarados al SII que buscaban financiar partidos, campañas, como también actividades de centros de estudio y formación política. Los datos, analizados por Faúndez

¹³Las 40 acciones con mayor presencia bursátil del país

[et al. \(2015\)](#), muestran que distintas sociedades controladas por los grupos económicos más grandes del país declaran este tipo de gastos. Las sociedades más llamativas, como también su grupo controlador se muestran en el anexo [A](#).

Por otro lado, en el último tiempo, se han conocido una serie de episodios relacionados con financiamiento ilegal a los políticos por parte de grandes empresas, que tienen en el debate a gran parte del espectro político y empresarial del país. Algunos de ellos con condenas ratificadas por la Corte Suprema, como es el caso del ex Senador de la República Jovino Novoa, por financiamiento recibido de manera ilegal desde la empresa PENTA. Como detalló la revista [Qué Pasa \(2015\)](#), en un reportaje sobre el caso, el político fue condenado por delitos tributarios al emitir boletas ideológicamente falsas, es decir, enviar boletas por servicios que nunca se realizaron. El ex Senador, confesó que "la suma acordada con Délano «dueño de empresas PENTA» fue de 30 millones de pesos.", los cuales fueron utilizados netamente con fines políticos, Novoa menciona: "le dije en esa oportunidad que tenía un trabajo bastante intenso en mi circunscripción." Los dineros se recibían en una sociedad con personalidad jurídica, los cuales llegaban directamente de PENTA. Quien, a raíz de las declaraciones de donaciones políticas al SII, se vislumbra como el principal financista del partido Unión Demócrata Independiente (UDI), partido al que pertenece el ex Senador condenado a 3 años de presidio menor en su grado medio, la suspensión legal de cargo u oficio y al pago del 50 % de los montos no pagados de impuestos.

Para Eduardo [Engel \(2015b\)](#), la correcta interacción, entre lo público y privado, en los países distinguidos por llevar bien esta relación, no se mide en base a la cantidad de escándalos que se conozcan, sino la capacidad que tengan estos países para reaccionar a aquel momento. Para el economista, los proyectos que se han discutido en el congreso, sobre esta relación entre dinero y política, no avanzan por razones claras. Para él, el problema radica en que a los legisladores no les gustaría, como a ningún ciudadano, ser fiscalizados. Además que, distintamente a los ciudadanos, son los congresistas quienes deciden "cuándo y cómo son fiscalizados." ([Engel, 2015b](#))

2.4.3. Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción

Es en base a los distintos hechos que han salido a la luz pública, sobre la relación de la política con el dinero, que la Presidenta de la República Michelle Bachelet, convocó a una comisión de expertos con el fin de entregar propuestas concretas que apunten a terminar con los conflictos de interés en la política, el tráfico de influencias y la corrupción. Tal como consigna el medio la [Tercera \(2015a\)](#), la comisión presidida por el economista Eduardo Engel, entregó a la mandataria un documento que contiene 260 medidas que apuntan a, en base a lo que ella solicitó, alejar la relación entre dinero y política. A grandes rasgos, las propuestas apuntan a eliminar completamente el aporte financiero de las empresas a las campañas políticas, pasando a un financiamiento estatal. Acompañado de un control exhaustivo a los dineros públicos utilizados en campañas, como también en los partidos políticos. Regulaciones estrictas a la "puerta giratoria", mayor probidad en los municipios, reformas al sistema de alta dirección pública y mejoras al sistema de compras públicas. El presidente de la comisión, Eduardo Engel, mencionó en el discurso realizado para la entrega del documento que "las democracias que funcionan bien tienen varias características en común. Cuentan con partidos políticos fuertes, enraizados en la sociedad y con una activa democracia interna; establecen procesos justos y transparentes para elegir y fiscalizar a las autoridades; tienen gobiernos con la capacidad de formular y gestionar de manera eficaz políticas en beneficio del bien común y logran separar nitidamente los intereses privados."¹⁴

Además de lo antes mencionado, el documento propone una serie de medidas que intentan atacar la falta de confianza en los mercados. Esto, en base a los hechos de colusión conocidos en los últimos años. Entre las propuestas destacan: Controlar los vínculos entre empresas competidoras, en donde se prohíba que empresas que compitan tengan directores comunes, como también revisar el rol de las asociaciones gremiales de empresas como eventuales facilitadores de la colusión; revisar las penas a delitos de libre competencia, asegurando proporcionalidad al daño causado con penas más drásticas, que además sean

¹⁴Discurso del presidente del Consejo Asesor Presidencial, Eduardo Engel, al entregar el Informe Final

aplicables efectivamente; fortalecer la delación compensada, coordinando entre organismos fiscalizadores que aplican sanciones administrativas con los que aplican sanciones penales, definiendo la titularidad o control de la acción.



3 | Situación Internacional

A continuación, se presenta un análisis sobre el funcionamiento de los modelos de Defensa de la Libre Competencia de algunos países del mundo. La selección de estos, se realizó en base a características ligadas a ser destacados a nivel internacional en materia de libre competencia, al tamaño de su PIB y la denominación de más desarrollado. Lo interesante, es poder obtener conclusiones relevantes para la investigación, como además realizar, mediante el derecho comparado, un paralelo entre las políticas de países internacionales con las de Chile.

3.1. Chile en Materia Internacional

Actualmente, Chile es uno de los 34 países que conforman la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Esto, permite la interacción y cambio de opiniones respecto al qué hacer en economías desarrolladas y emergentes, respecto a distintos aspectos tales como educación, economía, trabajo, entre otras. Según la [OCDE \(2015\)](#), Chile presenta cifras alejadas del promedio de los países participantes, con un ingreso familiar disponible neto ajustado promedio per cápita de 13.762 USD, una gran diferencia con el promedio de los integrantes, el cual se acerca a los 23.938 USD. El país presenta niveles de desigualdad considerables en materia de distribución de la riqueza, niveles de empleo remunerado menores al promedio de la OCDE y bajos puntajes en pruebas que miden niveles de aprendizaje en materias básicas. Esto, plantea la necesidad de generar políticas públicas que apunten a acercar a Chile al promedio de los integrantes de la organización en materia cuantitativa.

Como otra referencia importante para entender la situación de Chile en materia internacio-

nal, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), genera todos los años el Índice de Desarrollo Humano (IDH)¹⁵. Actualmente, el país presenta un índice de 0,832, ubicándose en el puesto cuarenta y dos avo del ranking, cercano a países como Portugal y Argentina, que presentan índices de 0,83 y 0,836 respectivamente (PNUD, 2015). Para el PNUD (2016), el país presenta importantes desafíos para su futuro si es que busca mejorar en sus indicadores, por ejemplo, aun cuando Chile ha incrementado en los últimos años su gasto público en educación y salud, la alta desigualdad que presenta en materia de ingresos y riqueza, se ha traducido en importantes desigualdades en estos dos ámbitos. Para el organismo, se debe trabajar en pos de terminar con la desigualdad territorial existente en el país, ejemplificado en un notorio centralismo. Además, menciona que existe evidencia que constata discriminaciones y vulneración de derechos sobre determinados grupos sociales. Según el programa, no existen ejemplos de economías que hayan logrado el desarrollo presentando los niveles de desigualdad que tiene actualmente Chile en todos los aspectos anteriormente mencionados.

Como un punto de gran importante, la organización constata que en el país se ha generado una deslegitimación de la institucionalidad política. Presentando un sistema político que no ha mostrado un correcto desempeño, ni la capacidad de dar cuenta de los cambios que ha tenido la sociedad dando respuesta a esto. Como tampoco, dar cabida a los sectores sociales, lo que se ha visto reflejado en un descenso en la participación electoral, en donde el segmento joven es el mayor afectado.

Bajo este contexto, y en pos de poder realizar un análisis comparativo entre el modelo de Defensa de la Libre Competencia chileno con el resto del mundo, es que se presentan a continuación algunos de los modelos de regulación de los mercados de países, según OCDE, más desarrollados que Chile.

3.2. EE.UU. y su Defensa de la Libre Competencia

Estados Unidos de América (EE.UU.), país perteneciente a la OCDE, es una nación considerada entre las más ricas y desarrolladas del orbe. Con un PIB per cápita de 54.629,5

¹⁵Índice social compuesto que busca comparar a los países en materia de economía, educación y salud.

USD¹⁶ se presenta como una economía sólida en comparación al resto del mundo. Por otro lado, el [PNUD \(2015\)](#), ubicó a EE.UU. en el lugar octavo del ranking mundial de desarrollo humano, con un IDH igual a 0,915.

EE.UU. presenta uno de los modelos de Defensa de la Libre Competencia más antiguos del mundo. Éste, se basa a la legislación "antitrust", leyes aprobadas en 1890, que buscaba la ilegalidad de la unión y coordinación de pequeños productores de petróleo en uno más grande, a la hora de ofrecer el producto a un precio más elevado a los consumidores. Con el tiempo, este término se comenzó a utilizar para hacer referencia a las leyes anticompetencia., más antiguos de la historia.

[Jeletzcheva \(2007\)](#) retrata el modelo actual de defensa de la libre competencia estadounidense, identificando a los dos principales entes reguladores, como también sus funciones frente a los distintos actos que atentan contra la libre competencia.

3.2.1. Federal Trade Commission

Creada en 1914, la Federal Trade Commission es un organismo público, preocupado de prevenir las prácticas empresariales no competitivas que afectan directamente a los consumidores, como también, proteger a estos mismos de engaños o injusticias dentro del mercado ([FTC, 2015](#)). Además, aporta a una toma de decisiones informada por parte de los consumidores, como también informa y educa a la sociedad sobre los procesos competitivos, no afectando de manera innecesaria a la actividad empresarial que tiene un correcto funcionamiento. Todo esto, con el foco puesto en generar y mantener, una economía estadounidense caracterizada por una competencia sólida y fuerte, con información disponible tanto para los consumidores y proveedores, que genere productos de la más alta calidad y nivel a los mejores precios. Concretamente, el organismo se preocupa, en materia de protección a los consumidores, de prevenir fraudes, engaños y prácticas desleales en el mercado que los afecten directamente. Además, está atenta en mantener la competencia, previniendo las fusiones y acuerdos empresariales que vayan en contra de la libre competencia.

La FTC está encargada de perseguir conductas anticompetitivas Las cuales, son consi-

¹⁶Datos Banco Mundial

deradas violaciones a la sección 5 del FTC act, en donde se sanciona los métodos de competencia injustos (“*unfair methods of competition*”) y las prácticas y/o actos engañosos o injustos (“*unfair or deceptive acts or practices*.”). Dependiendo de la manera en como se presenta la práctica anticompetitiva, es que la FTC detalla dos tipos de conductas sancionadas. Por un lado, una conducta horizontal, en donde la ilegalidad recae en las personas naturales involucradas, si es que competidores actúan en conjunto con el fin de limitar la competencia de la industria, subir los precios o entorpecer con barreras de entrada altas a posibles nuevo competidores. En estos casos, el organismo combate a aquellas empresas que no actúan de forma independiente, sino más bien, que acuerdan con otras para aumentar considerablemente su poder de mercado. La otra conducta perseguida, es cuando las empresas atentan a la libre competencia con una conducta individual. Es decir, que la conducta ilegal guarda relación con que una empresa utilice métodos abusivos para prevenir la entrada de nuevos competidores, con el fin de manetener o lograr un monopolio (FTC, 2016). Se debe destacar, que la ley no sanciona el hecho de ser un monopolio, tener precios altos o intentar lograr un monopolio por métodos agresivos¹⁷, sino más bien, la imposición de barreras de entrada totalmente desproporcionadas.

Jeletzcheva (2007), menciona el hecho de que la FTC es una de las 9 comisiones reguladoras independientes que existen en EE.UU., es decir, un organo dentro de la administración estadounidense que es imparcial y neutral políticamente, con un consejo conformado por un grupo de expertos nombrados por el presidente, pero aprobados por el senado. Evitando así, excesiva concentración de poder en el ejecutivo, ubicándole entre éste y el poder legislativo. El consejo, permanece en su puesto durante 7 años, con dedicación exclusiva y no actuando bajo intereses políticos individuales. La FTC, presenta un conjunto de divisiones que se preocupan de llevar a cabo los distintos procedimientos a cargo del organismo, aunque, según la autora, existen críticas a la conrestración de funciones, y se ha llamado ultimamente a una división concreta de los distintos departamentos.

Bureau of competition Este departamento, está encargado de la regulación de sectores importantes de la economía. Tales como salud pública, electricidad, gasolina, gas, productos

¹⁷Ejemplo: Guerra de precios

alimenticios e industrias de alta tecnología. Además, se encarga del control de fusiones; recibir quejas directas de los consumidores, usuarios o competidores; realizar estudios e investigaciones; e informar a la sociedad y grupos empresariales sobre materias referentes a la competencia.

Bureau of Economics Esta oficina, está encargada de los análisis económicos e investigaciones sobre protección a los consumidores, regulaciones de ciertos sectores, e impacto de leyes o mecanismos antitrust. Además, la bureau of economics, se preocupa de realizar los análisis pertinentes, con el fin de detectar cuáles son las actividades que están afectando a los consumidores.

Bureau of Consumer Protection Esta unidad, es la encargada de aplicar las leyes que elabora el congreso en pos de la defensa de los consumidores, además de investigar en la materia y resolver conflictos. Además de educar e informar a los consumidores en las materias pertinentes. Otro punto relevante de esta oficina, es el análisis de la publicidad que se muestra a los consumidores y su impacto en la sociedad. Como también, es el órgano encargado de generar los reclamos y quejas frente a las decisiones que tomen los juzgados administrativos, o el juzgado federal, frente a la protección de los consumidores y usuarios. Además de poder elaborar y aplicar normas de protección para éstos. La oficina, presenta un centro de atención dedicado exclusivamente a los consumidores.

El tribunal supremo de EE.UU. delega en la FTC la misión de determinar la acción a tomar por parte de los involucrados. Acciones que tengan como fin, el restituir la competencia en los mercados, más delega la decisión de la multa a las personas que infringan la ley antitrust. Eso si, el no acatar estas acciones conlleva una multa de 10.000 USD.

3.2.2. Antitrust Division of the Departmen of Justice

Junto a la FTC, también existe en el modelo de Defensa de la Libre competencia estadounidense, la División Antitrust del Departamento de Justicia de los EE.UU. (DA) Como menciona la autora, este es un departamento ejecutivo, por lo que presenta subordinación en la dirección y organización directa al Presidente de la República, quien ejerce supervisión

y control. Como menciona el departamento de justicia, la misión de la DA es promover la competencia económica, a través de la aplicación de la ley, la orientación y guía en las leyes antitrust ([ADWEB, 2015](#)). A diferencia de la FTC, al ser un ente que depende directamente del poder ejecutivo, la DA presenta los recursos, los funcionarios y el apoyo de los recursos de investigación del FBI, para tener la fuerza necesaria al momento de investigar y sancionar una falta a la libre competencia. Éste órgano ejecutivo y la FTC deben de discutir los casos que son competente de cada uno, utilizando un procedimiento definido. El cual consiste, en que al momento de recibir, cualquier de los dos entes una denuncia, debe ser el otro organismo el que esté de acuerdo con que el primer informado sea el que lleve las riendas del caso. De no haber acuerdo, se puede zanjar en los tribunales federales.

La DA tiene la facultad, dependiendo de los antecedentes, de comenzar procesos penales o civiles. La elección de llevar un proceso penal, tiene relación con algunos actos específicos que atentan contra la libre competencia. Como, por ejemplo, restringir o eliminar la competencia sabiendo las consecuencias de esto, conociendo además que eso ya ha sido condenado anteriormente, o también, una infracción grave como la fijación de precios. Por otro lado, el iniciar un proceso civil, tiene ciertos beneficios que no posee la arista penal. Entre ellos, una investigación más expedita y técnica, la posibilidad de utilizarla para exigir información¹⁸, además de la posibilidad de comenzar una negociación para disminuir los castigos que exige la ley.

Mecanismo de Indulgencia El proceso de exculpabilidad, que presenta el modelo estadounidense, es similar al mecanismo de delación compensada que presenta Chile. EE.UU. presenta la posibilidad de exculpar a organizaciones, y/o personas naturales, de multas y condenas, si es que son los primeros en aportar información o auto denunciarse sobre una falta a la libre competencia. En base a lo que presenten, y propongan los organismos competentes, los Juzgados Federales del distrito en el cual se cometió el ilícito son los encargados de determinar las sanciones para los involucrados.

¹⁸Muchas veces se utiliza como amenaza a algunos involucrados en atentados a la Libre Competencia

Multa Administrativa y Penal En el caso de EE.UU. los casos que atentan contra la libre competencia, pueden conllevar a multas que ascienden hasta el monto de 100.000.000 USD para las empresas, o el doble de la utilidad bruta obtenida gracias al hecho. Como también, multas de 10.000.000 USD y hasta 10 años de prisión para los ejecutivos y directores de las empresas involucradas. Para el cálculo de multas en EE.UU., se considera como base el 20 % del volumen de comercio afectado, además de estimar que el sobreprecio de una colusión bordea el 10 % extra. Situación que se ha visto en muy pocos casos. Además, los involucrados tienen la opción de rebajar los montos cooperando con las investigaciones. Cabe señalar, que estos cálculos son referenciales, más no son obligatorios para los jueces al momento de sancionar una infracción ([Connor y Lande, 2008](#)).

Para [Fornells de Frutos \(2004\)](#), el modelo de Defensa de la Libre Competencia estadounidense se puede caracterizar por ciertas cosas que la diferencian de otros modelos del mundo. Lo que destaca el autor, es principalmente el hecho de que particulares puedan iniciar procesos civiles si es que ha existido una violación al derecho de competencia, la no separación entre el sistema de Defensa de la Libre Competencia y el de protección a los consumidores, la penalización de algunos casos con pena de cárcel, el que no se castiga una posición dominante si es que se alcanzó por mecanismos agresivos, y la posibilidad de admitir argumentos referidos a la eficiencia en el control de fusiones de empresas. A parte de lo que menciona el autor, es importante hacer hincapié en la existencia de los dos organismos estudiados que defienden la libre competencia en los EE.UU. Que, comunicadas entre sí, la FTC y la DA se convierten en un freno importante para los atentados a la libre competencia.

3.3. Brasil y su Defensa de la Libre Competencia

Brasil es actualmente la economía más grande de Sudamérica. Presenta un PIB per cápita de 11.726,8 USD¹⁹ y una población total de 200,4 millones de habitantes dentro del país, junto con un Índice de Desarrollo Humano que el [PNUD \(2015\)](#) ha calculado en 0,755. Sus altos niveles de producción interna, principalmente ligados a agricultura,

¹⁹Datos Banco Mundial

minería y servicios, han ubicado al país en el séptimo lugar a nivel mundial, convirtiéndolo en un referente para las economías emergentes. La OCDE detalla que, aunque el país no es parte de la organización, se ha generado una colaboración y trabajo constante desde el año 1998. Colaboración, que desde el año 2007, se ha visto intensificada.

Brasil, al igual que la mayoría de los países de Sudamérica, luego de la crisis mundial de 1929 y acompañado de los efectos a nivel global de la segunda guerra mundial, presentaba hacia mitad del siglo XX un modelo económico de protección a la industria nacional, que generó en el país una cantidad importante de empresas estatales e industrias protegidas que terminaron generando monopolios. Tal como menciona la [OCDE \(2007\)](#), en 1962 la creación del Consejo Administrativo de Defensa de la Economía (CADE) fue un intento por generar cambios a las concentraciones de mercado que existían en el país. El impacto económico fue bajo, dada la cantidad importante de empresas estatales que no se vieron afectadas por esta iniciativa. Ya hacia 1988, la economía de Brasil presentó importantes cambios en la composición empresarial, gracias a un proceso de privatización de un número importante de empresas estratégicas del Estado, una apertura internacional significativa de los mercados y el concepto de "orden económico" que se vio plasmado en una nueva constitución. La cual, incluía como principio constitucional la Libre Competencia. De esta forma el CADE adquiere un nivel de importancia mayor gracias al aumento de su participación fiscalizadora en la economía.

El documento detalla, que en 1994 se promulga en Brasil la "Nueva ley de competencia", entregando un grado importante de independencia al CADE, además de transferir la autoridad de encargarse del cumplimiento de la ley de Libre Competencia a dos nuevos organismos: La Secretaría de Derecho Económico (SDE) y la Secretaría de Seguimiento Económico del Ministerio de Finanzas (SEAE). Es entonces, que a partir de la promulgación de esta ley, los tres organismos mencionados forman en conjunto el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC).

3.3.1. Consejo Administrativo de Defensa Económica

El CADE se define como un órgano administrativo estatal, con la potestad de decidir si ha existido o no una infracción a la libre competencia, como también decidir la legitimidad

de cierto procesos realizados entre empresas, tales como fusiones, integraciones verticales y/o horizontales. Entregándole entonces, el caracter represivo y preventivo necesario en materia de Defensa a la Libre Competencia, como también, el representar la última y única instancia de definición dentro del Sistema de Defensa a la Libre Competencia. Dentro de los episodios que han sido considerados anti competitivos por parte de la CADE, se pueden mencionar: Carteles, ventas atadas, precios predatorios, acuerdos de exclusividad, como también la existencia en diversas industrias con características monopólicas y oligopólicas.

Secretaría de Derecho Económico La SDE es el organismo encargado de formular, implementar y supervisar las distintas políticas y acciones que pretenden proteger y defender el orden económico en el país sudamericano. Esto, con el fin de estimular la competencia y proteger a los consumidores. Sus principales funciones, corresponden a la decisión de apertura de procesos de caracter administrativo o de investigación frente a involucrados en atentados a la libre competencia, esto gracias a la capacidad de poder inspeccionar los domicilios declarados por empresas, citar a declarar a personas naturales o la realización de averiguaciones secretas preliminares por parte del secretario de derecho económico, máxima autoridad. Para potenciar estas herramientas, es que la SDE tiene la capacidad de aplicar multas en casos de que personas no asistan injustificadamente a declarar, o a las empresas que se nieguen de ser inspeccionadas en terreno. Además, el ente tiene la protestad de llegar a ciertos acuerdos de indulgencia con involucrados desde el momento en que comienzan a aportar con la investigación de manera efectiva.

Secretaría de Seguimiento Económico del Ministerio de Finanzas La función principal del SEAE, es investigar los efectos en la economía que se presentaron por la realización de infracciones a la Libre Competencia, convirtiéndose en un apoyo constante al trabajo de la SDE. El organismo, por ley, debe emitir juicios y conceptos en materia de concentración de mercados, como también opinar en temáticas relacionadas a la Libre Competencia si es que la CADE o la SDE se lo solicitan. Para facilitar sus investigaciones, la SEAE puede cursar multas a personas naturales o jurídicas que obstruyan las indagaciones ([OCDE, 2007](#)).

Como relata el centro Libre Competencia [UC \(2010\)](#), en el sistema brasileño de Defensa de

la Libre Competencia, los procesos se inician cuando es factible observar indicios graves de prácticas que están atentando contra la libre competencia y el libre mercado. Estos, deben ser constatados mediante investigaciones previas realizadas por la SDE, en base a requerimientos del Congreso Nacional o por alguna de sus comisiones. Generalmente, transcurridos ocho días desde que se presentó la queja formal, comienza un proceso administrativo llevado a cabo por la SDE, de carácter totalmente público. Sin embargo, las firmas relacionadas pueden pedir ocultar algunas informaciones o datos relevantes, si es que el organismo encuentra que hay fundamentos económicos para privar de esa información a la opinión pública y ciudadanía. Comenzado el proceso, los involucrados poseen de hasta quince días para presentar una defensa formal respecto de las temáticas que se les acusan. Transcurrido este plazo, se asume el reconocimiento de los cargos si es que no se recibe la defensa antes mencionada. Con el proceso en curso, la SEAE es informada de la situación y podrá, si es que lo amerita o le es solicitado, una opinión económica respecto al hecho. Además, transcurridos cuarenta y cinco días de investigación, se transfiere el poder de llevar a cabo el proceso a la CADE. Es en este momento, en donde se toma la decisión respecto al caso. En base a la investigación realizada por la SDE, la información que pueda entregar la SEAE y los argumentos que expongan frente al consejo los acusados, la CADE confecciona un informe con el detalle de todas las faltas y violaciones realizadas por los acusados a la libre competencia. Determinando las fechas entre las cuales duró el acto cuestionado, la multa a aplicar a las firmas y personas naturales, como también una multa en base a los días de duración del atentado. Aunque en este punto las determinaciones que tome la CADE no son cuestionables, los involucrados pueden llevar la sentencia final del caso frente a los tribunales ordinarios y alegar sobre las decisiones ([OCDE, 2007](#)).

Multas Administrativas Las sanciones que la CADE ha aplicado en materia de atentados contra la libre competencia, y que están dentro de su jurisprudencia, corresponde a: Multas que van desde el 1 % al 30 % de la facturación del último ejercicio de la firma; multas de hasta el 50 % del valor aplicado de la firma, esto puede ser aplicado tanto a los administradores como responsables; la prohibición de celebrar contratos con instituciones financieras oficiales; y la prohibición de que las firmas sentenciadas puedan participar en

licitaciones abiertas por la administración central, municipal o federal. Además, la CADE puede recomendar a las autoridades competentes el fin de sociedades comerciales, transferir controles societarios, ventas de activos, cesaciones de actividades, como también recomendar acciones para poner fin y eliminar los efectos negativos contra el orden económico, por otro lado el organismo está facultado para aplicar medidas preventivas con el fin de controlar y suspender todos los efectos negativos que se produjeron por la práctica anti competitiva en cuestión.

Mecanismo de Indulgencia Parecido a la Delación Compensada que presenta Chile, Brasil posee un programa de clemencia destinado a las personas, tanto naturales como jurídicas, que colaboren de manera efectiva con las investigaciones que apunten a determinar una posible infracción a la libre competencia. Para que el beneficio sea efectivo, deben presentarse informaciones y pruebas concretas, como documento u otros, que comprueben la infracción, además de identificar a los demás involucrados en el hecho. Al igual que en Chile, las personas que se adscriban a este beneficio deben ser las primeras en colaborar, terminar inmediatamente con el comportamiento que se ha cuestionado, y confesar explícitamente el ilícito y cooperar permanentemente con la investigación (UC, 2010).

3.4. Unión Europea y su Defensa de la Libre Competencia

La Unión Europea (UE, 2016), se define como una asociación económica y política compuesta por 28 países de Europa. Desde su creación en 1958, donde en su origen buscaba netamente la integración económica, la organización se ha expandido a decidir sobre otras materias de interés. Por lo que actualmente, a parte de ser un gran mercado único, se preocupa de ser un ente presente en materias tales como educación, salud, relaciones exteriores, migración, entre otros. Bajo un principio democrático, la asociación presenta al Parlamento Europeo como el organismo representante de los ciudadanos, y al Consejo Europeo junto al Consejo de UE como los representantes de los Estados. Como representación del concepto Unión Europea, los Estados participantes comparten una

moneda única y los productos, servicios, personas y capitales, circulan libremente por los países que componen el acuerdo.

Como detalla la Comisión Europea (2014), a partir del Tratado de Roma en 1957 se generó la pauta común para todos los países integrantes de la Unión Europea en materia de Defensa de la Libre Competencia. Esta pauta, presenta los argumentos y acciones que ejerce la UE que apuntan a garantizar la equidad para la competencia entre las empresas. Intentando alcanzar siempre la eficiencia de los mercados en base a la competencia, con el fin de entregar a los consumidores precios más bajos y mayor variedad, además de todos los supuestos mencionados en la gran parte de los Modelos de Defensa de la Competencia de todo el mundo. Es importante mencionar, que en base al funcionamiento de la UE, los tratados y reglas comunes definidas son aplicables a empresas que actúen tanto dentro, como fuera de sus fronteras, ya que por atentados a la libre competencia se podrían ver perjudicados otros países integrantes de la UE ajenos al país de origen de la firma en cuestión. De igual manera, la Comisión Europea encargada de la Defensa de la Libre Competencia, se realiza la interrogante respecto a cada mala práctica ocurrida dentro de las fronteras de cada país y su nivel de injerencia en toda la UE o sus integrantes. Es así, que esta comisión, investiga todos los posibles comportamientos anti competitivos, posee la competencia necesaria para analizar, permitir y/o rechazar las operaciones que conlleven concentración de mercado o abuso de poder, además de controlar las ayudas estatales que realizan los países a distintos sectores o empresas que pudiesen causar distorsiones. Esto, complementado con la posibilidad de mejorar los derechos de los consumidores y empresas al definir las indemnizaciones correspondientes.

Dentro de las atribuciones que presenta la comisión en materia de investigación, destaca el hecho de poder acceder a cualquier lugar físico, incluso medios de transporte, para realizar las indagaciones que estimen pertinentes. Tales como, recolectar pruebas o interrogar a las personas sobre hechos ocurridos en las inmediaciones (Europea, 2014).

Eduardo Kessler (2005), analiza el Modelo de Defensa de la Libre Competencia de la UE, y en base a los principios que generó la unión de los estados que participan en ella, cree que los tratados y acuerdos son congruentes con la dinámica de la organización. Ya que, el origen se remonta a la idea de lograr ventajas económicas para los miembros participantes

en base a la propia dinámica de integración, generando una mejora para la sociedad en su conjunto (Kessler, 2005). Además, para el autor, la creación de un mercado común no se debe ver entorpecido por las barreras de los estados, y que el buscar la perfección y eficiencia de éste generará un aumento de la presencia en el extranjero de las firmas europeas.

Caso Microsoft Como consigna el diario El País (2007), desde la década de los noventas distintas empresas europeas comenzaron a cuestionar las prácticas de Microsoft relacionándolas con acciones anti competitivas. Esto, en base a que el sistema operativo de Microsoft para computadores Windows, poseía casi la totalidad del mercado con un 95 % de éste. Lo que le permitía establecer restricciones para todas las empresas que quisieran programar aplicaciones para este sistema operativo, por ejemplo sistemas de reproducción para archivos musicales. La Nación (2006), detalla que la Comisión Europea, luego de las investigaciones respectivas, determinó que Microsoft era culpable de abuso de posición dominante. Por lo que se le cursó a la firma una multa, considerada histórica para ese entonces, de 497 millones de euros, además de tener que ofrecer a la competencia los medios que permitan interactuar a sus servidores con el sistema operativo de Windows. Aunque Microsoft rechazó en primera instancia la sentencia, no acató las órdenes y concurrió al Tribunal Europeo de Primera, éste confirmó la sentencia y obligó además al CEO de la compañía, Bill Gates, a colaborar de manera efectiva con la competencia (País, 2007).

3.5. Noruega y su Defensa de la Libre Competencia

Noruega es uno de los países más ricos del mundo. Presentando, en los últimos años, los índices más elevados referentes a calidad de vida de sus habitantes, en comparación al resto de los países del orbe. Así lo retrada su IDH igual 0,944, que lo ubica en el primer lugar del ranking confeccionado por el PNUD (2015) todos los años. Con un PIB per cápita considerado alto de 97.299,6 USD²⁰, generado principalmente por la venta de su recurso natural principal el petróleo, Noruega se presenta como un país modelo para muchos

²⁰Datos Banco Mundial

países del mundo. Aunque no es parte de la UE, Noruega presenta un modelo de Defensa de la Libre Competencia acorde al del bloque europeo, lo que facilita las relaciones y competencia entre las firmas noruegas y europeas ([Konkurransetilsynet, 2016c](#)).

La Autoridad de la Competencia Noruega [Konkurransetilsynet \(2016b\)](#), detalla que las empresas que compiten en Noruega tienen la obligación de regirse por dos leyes relacionadas a la libre competencia. Por un lado, deben respetar las políticas y restricciones internas, reflejadas en la Norwegian Competition Act (NCA) y las reglas de competencia establecidas por la European Economic Area, mercado único integrado por la UE y la Asociación Europea de Libre Comercio.²¹ La NCA, promulgada en el año 2004, generó un Modelo de Defensa de la Libre Competencia sólido para Noruega, contiene los criterios de prohibición de concentración promulgados en el acta de 1993 referidos a este tema, además de ser la base legal de la Norwegian Competition Legislation (NCL), que dentro de sus principales funciones se encuentran el impulsar la competencia dentro de las industrias, como también contribuir a la utilización eficiente de los recursos de la sociedad noruega. Además, la aplicación de la ley está enmarcada en la protección de los intereses de los consumidores. La autoridad de la competencia en el país europeo recae primeramente en el Rey, para luego delegar en el Ministro de comercio, industria y pesca, con la Konkurransetilsynet, que actualmente está formada por más de cien profesionales. Es el Ministerio de Comercio el organismo que entrega el veredicto final sobre las apelaciones que se realicen a las decisiones tomadas por la autoridad de la competencia noruega ([Konkurransetilsynet, 2016c](#)). En concordancia a las normas de competencia de la UE, la institución es la encargada de velar por la prohibición de la creación y mantención de carteles que aporten a fijar precios, repartir cuotas de mercado o controlen la producción, además de toda acción que conlleve una posición dominante abusiva frente a otros competidores. Los principales instrumentos que presenta el país para la desincentivación y detección de acciones que atentan a la libre competencia destacan:

²¹También conocido como EFTA por sus siglas en inglés para European Free Trade Association, es un bloque económico de países no pertenecientes a la UE. Los miembros actualmente son Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein

Multas Administrativas La autoridad encargada de la libre competencia puede aplicar multas monetarias que se mueven entre el 1 y 10 % de la facturación de la empresa involucrada en las acciones ilícitas. Eso si, el nivel de la multa depende en gran medida de la gravedad que tenga la falta, por lo que se consideran temáticas como: La naturaleza que tenga la infracción; el efecto real que generó, y que está generando en la economía; el tamaño del mercado que se vio afectado; las ganancias que obtuvo la firma gracias al delito; y la situación financiera que presenta la empresa o el holding controlador ([Konkurransetilsynet, 2016a](#)).

Procesamiento Penal Las personas naturales que se vean involucradas en actos que atentan contra la libre competencia y los consumidores, pueden ser sancionadas con penas de cárcel efectivas en Noruega. La Autoridad de la Competencia del país, puede informar de los casos y veredictos a los tribunales competentes, en donde se pueden aplicar sanciones de privación de libertad, que van desde los tres hasta los seis años dependiendo de la gravedad de la falta ([Konkurransetilsynet, 2016a](#)).

Notificación de Concentración Las acciones de fusión o adquisición, pasan por un veredicto de la autoridad noruega. Para poder entrar en un proceso de fusión entre firmas, éstas deben entregar una solicitud formal que es revisada en a lo más 25 días laborales, en donde deben entregar los elementos esenciales que presenta cada firma en materia financiera, de participación de mercado, entre otras cosas. La Autoridad de la Competencia entrega un veredicto público respecto a lo solicitado por las firmas ([Konkurransetilsynet, 2016c](#)).

Mecanismo de Indulgencia Al igual que la mayoría de los países desarrollados, Noruega presenta un programa de indulgencia para las empresas que atenten contra la libre competencia. Para poder hacer efectivo el beneficio, se debe ser el primer involucrado en presentar pruebas que aporten seriamente a la investigación y poner término definitivo al ilícito. Es entonces, que las multas pueden verse disminuídas entre un 30 % y 50 % del monto original si es que la firma involucrada es la primera en cooperar. Un 30 % para la segunda empresa que se auto denuncie, y una reducción del 20 % para cualquier otra

empresa que cumpla con las condiciones de aportar a la investigación, terminar con la acción ilícita y aportar con pruebas concretas ([Konkurransetilsynet, 2016a](#)).

Cooperación Nórdica Noruega es parte de un acuerdo de cooperación en materia de Defensa de la Libre Competencia junto a Dinamarca, Suecia e Islandia. El fin de esta asociación, es el intercambio de información de carácter confidencial, como no confidencial, relacionada a carteles, abuso de posición dominante y fusiones. Aportando al desarrollo y crecimiento de cada autoridad de la competencia en los países mencionados ([Konkurransetilsynet, 2016d](#)).

Para la [OCDE \(2004\)](#), Noruega presenta un sistema de Defensa de la Libre Competencia fuerte a nivel internacional. Dentro de los principales cambios que ha tenido el sistema, destaca la centralización de los procedimientos en la Autoridad de la Competencia en la capital del país, cerrando algunos centros regionales. Esto, adquiere cierta relevancia cuando, a raíz de la reducción de casi un tercio del personal, se pudo notar como las áreas económicas centrales del país europeo tuvieron un crecimiento importante en su producción.

3.6. Australia y su Defensa de la Libre Competencia

Australia, nación perteneciente a la OCDE, es una importante economía del continente de Oceanía. Presentando muy buenos resultados en mediciones de bienestar general ([OCDE, 2016](#)). Con un PIB per cápita de 61.979,9 USD²², Australia se ubica entre los países con mayor ingreso promedio entre todos los países de la OCDE, junto a un IDH calculado por [PNUD \(2015\)](#) igual a 0,935 (segundo en el ranking), reafirma su posición frente a los demás países del orbe. la OCDE, menciona que en la última década del siglo XX, Australia se convirtió en un referente y modelo a seguir por otros países de la organización, principalmente por su trabajo exhaustivo de análisis y legislación, que aportaron a realizar importantes reformas estructurales a casi todos los mercados ([Corden, 2009](#)). La Defensa de la Libre Competencia en el país, se enmarca en la Competition and Consumer Act

²²Datos Banco Mundial

(CCA).

Las autoridades principales que componen el modelo de Defensa de la Competencia en Australia son: La Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) y la Australian Competition Tribunal (ACT). Junto a ellas, actúan el Commonwealth Director of Public Prosecutor (CDPP), y las cortes federales del país.

Australian Competition and Consumer Commission Tal como detalla la [ACCC \(2016\)](#), ésta es la principal autoridad legal e independiente de Australia, encargada de velar por el cumplimiento de la ley de competencia y del consumidor. Promoviendo la competencia en los mercados, el comercio justo y la regulación de la infraestructura nacional para el beneficio de todos los y las ciudadanos. De manera concreta, mantiene y promueve la competencia y se encarga de aplicar los remedios necesarios frente a fallas del mercado, como también proteger a los consumidores en sus intereses y seguridad. Esto, con el fin de que los mercados funcionen correctamente para los consumidores ahora y en el futuro. Su funcionamiento depende del Ministerio de Hacienda.

La ACCC tiene la competencia necesaria para poder recibir denuncias de privados referentes a atentados a la Libre Competencia, para así iniciar investigaciones y denunciar estos hechos a las cortes federales. De igual forma, los privados también pueden denunciar frente a la misma corte. Aunque no existe una ley que obligue a las empresas a notificar fusiones o adquisiciones, la ACCC puede en cualquier momento iniciar investigaciones que apunten a analizar los efectos de aquellas acciones en la economía. Es así, que la comisión aboga porque exista un compromiso de las empresas a presentar notificaciones a tiempo sobre operaciones que aumenten cuotas de mercado, pudiendo así, analizar con la cautela necesaria si es que la fusión genera una integración de empresas que presentan sustitutos o bienes complementarios que afecte de manera notoria a la competencia dentro de una industria. Es más, si la unión genera una cuota mayor del 20 % del mercado, la adquisición o fusión corre peligro de ser aprobada, notándose la importancia que le entrega la legislación a este tipo de acciones.

Las apelaciones que pueden realizar las firmas, como las personas, se deben efectuar en distintos organismos dependiendo de la falta. Si es que la sanción ejecutada tiene relación

con fusiones o adquisiciones negadas, se debe acudir al ACT. Pero, por otro lado, si la apelación corresponde sobre una decisión de sanción por atentar contra la libre competencia, ésta se debe hacer directamente en las cortes de apelaciones federales. Escalona (2013), detalla los principales mecanismos que presenta el país oceánico para llevar a cabo su Defensa de la Libre Competencia:

Mecanismo de Indulgencia Australia, presenta un sistema de delación compensada acorde a los presentados por la mayoría de los países desarrollados del mundo. Para poder ser beneficiado, se debe estrictamente ser el primer involucrado en auto denunciarse frente a la ACCC. Debiendo cooperar de forma correcta y concreta con pruebas, no haber sido el líder del cartel, y haber cesado toda acción que atente contra la libre competencia. De cumplir con todo lo exigido por la ley, la ACCC otorga el beneficio civil de no otorgación de multa. De igual manera, y en concordancia con lo exigido por la comisión, la CDDP podría extender un beneficio de inmunidad en la causa penal. Las personas o empresas que aporten a la investigación luego de presentarse el primer involucrado, también pueden acceder a beneficios de disminución de multa y/o pena de cárcel.

Multas Administrativas La Defensa de la Libre Competencia resuelve que las personas, y/o firmas que atenten contra el buen funcionamiento de los mercados, deberán pagar multas monetarias cuyo monto íntegro recae en las arcas fiscales. Éstas, se basan en la gravedad del daño ocasionado a la economía y los consumidores, la conducta anterior de los acusados y la circunstancia en la que se cometió el ilícito.

Procesamiento Penal Las personas naturales que se vean involucradas en atentados a la libre competencia, especialmente que concierten carteles, pueden ser castigados con la privación de libertad de hasta por 10 años. Además de recibir una multa que puede ascender a los 220.000 dólares australianos.²³

²³Unos \$110.038.207,40 pesos chilenos

3.7. Conclusiones Principales del Análisis Internacional

Luego del estudio de distintos países, en materia de Defensa de la Libre Competencia, se pueden concluir puntos importantes para la realidad chilena:

- La mayoría de los países estudiados presentan mecanismos de control de fusiones y adquisiciones. Se presentan, en algunos casos, obligatoriedad de consultar la prudencia de la operación.
- Existe presencia en todos los casos estudiados del Mecanismo de Indulgencia, el cual permite reducir castigos, auto denunciándose y aportando a la investigación.
- Las penas de cárcel efectiva son un disuasivo utilizado en los países estudiados. Utilizándolo como una herramienta para combatir los atentados a la libre competencia. Es importante mencionar que, el mecanismo de indulgencia también puede utilizarse para disminuir o anular este castigo.
- Las multas administrativas tienen relación con el orden de magnitud de la falta. Sin embargo, resultan ser multas monetarias importantes, por ejemplo el caso de EE.UU. en donde la suma puede alcanzar los 100.000.000 USD para la empresas.
- Parece existir cierta concordancia en el ligar la Defensa de la Libre Competencia con la Defensa de los Intereses de los Consumidores. Existe coordinación y comunicación, en algunos casos la política pública descansa en una sola institución.

4 | Análisis de la Nueva Ley que Fortalece el Sistema de Defensa de la Libre Competencia Chileno

Luego de haber contextualizado, en variados aspectos, la situación actual de Chile, conocer su modelo de Defensa de la Libre Competencia, los estudios de variados autores sobre qué debe hacer una policía de la competencia para lograr su objetivo eficientemente y consignar una posible captura del Estado chileno. Es que, en base a esta investigación, se tiene una base sólida de información para poder analizar la aprobada Ley N° 20.945 sobre el Fortalecimiento al Sistema de Defensa de la Libre Competencia. Para esto, se analizarán los cambios que entraron en vigencia al momento de la publicación en el diario oficial, y sus efectos en los mercados. Para luego, intentar entregar algunas recomendaciones respecto a la posición de la Fiscalía Nacional Económica dentro de la supervigilancia del Presidente de la República. Si es un *vox populi* la posible captura del Estado chileno por los grandes poderes económicos, y ya conocemos la necesidad de una total independencia para la policía de competencia en pos de su desempeño ¿Cómo otorgar total independencia a la FNE para optimizar su trabajo? ¿Considera la nueva Ley este problema?

Para comenzar, es importante presentar algunos antecedentes sobre el envío del proyecto de ley.

4.1. Antecedentes

”No obstante la positiva evolución experimentada por nuestro sistema, la aplicación práctica de la ley y la experiencia comparada dan cuenta que Chile requiere efectuar algunos ajustes en su institucionalidad a fin de prevenir y sancionar adecuadamente las prácticas anticompetitivas.”²⁴

Tal como lo consigna la [Tercera \(2015b\)](#), el proyecto se presentó junto a la firma de la Presidenta de la República Michelle Bachelet, el día 16 de marzo del año 2015. El proyecto, que busca fortalecer el sistema de Defensa de la Libre competencia, considera el informe de la Comisión Rosende para el fortalecimiento de la Libre Competencia entregado en el año 2012. Como también, se enmarcar como la respuesta a los últimos ilícitos ocurridos en algunas industrias del país. Algunas, ya se detallaron mediante el resumen de algunas sentencias emandas del TDLC en la sección [2.2](#).

Dentro de la publicación del periódico, se detallan los principales cambios que ya se pretendían realizar al momento de presentar el proyecto. En primer lugar, aumentar las multas monetarias que se aplican a firmas que atentan contra la libre competencia de manera colusivas. Volver a abrir una arista penal contra las personas naturales involucradas en faltas que atenten contra la Libre Competencia, estableciendo castigos privatorios de libertad. Se propone también, fijar un reglamento que marque un umbral sobre el cual una operación de concentración que califique, será investigada por la FNE. Generando controles preventivos y obligatorios sobre indicios de fusiones o adquisiciones.

Según el medio, otras de las formas por las cuales el proyecto busca fortalecer la Defensa de la Libre Competencia, es entregarle nuevas atribuciones a la FNE. Específicamente poder realizar investigaciones y distintos estudios de mercado, con el fin de poder visualizar y utilizar información, tanto privada como pública, relevante. Además de, sancionar con prisión la entrega de información falsa o incompleta, que terminan entorpeciendo las investigaciones de la FNE, como también multas a personas que no respondan, o solo lo hagan de manera parcial, las solicitudes que efectúe la FNE. Se plantea el mismo castigo

²⁴Mensaje N° 009-363 de S.E. La Presidenta de la República con el que inicia el proyecto de Ley N° 20.945

de multas para aquellos individuos que no se presenten a declarar y no emitan justificación. Finalmente, el proyecto planteaba, que los ministros titulares pertenecientes al TDLC sean de dedicación exclusiva al tribunal y su ejercicio.

4.2. Análisis de la Ley N°20.945

Se procederá, entonces, a analizar los distintos puntos que se discutieron para la aprobación de esta ley. Analizando su posible impacto, comparando las determinaciones con otras economías consideradas más desarrolladas y, tomando en consideración, las distintas opiniones y estudios que ya se detallaron en el capítulo anterior.

4.2.1. Atentados contra la Libre Competencia

El primer punto para análisis, es la adición de los *"acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores."* al artículo 3° letra a), que define las prácticas contrarias a la Libre Competencia. Esto, viene a fortalecer la idea de que las colusiones en donde las prácticas coordinadas, posibilitan generar barreras de entrada, sean consideradas una falta a la libre competencia. Aportando directamente a facilitar la entrada de nuevos competidores a las industrias del país. Como mencionaba en el capítulo anterior [Medina \(2014\)](#), la concentración del mercado en pocas manos dan la posibilidad de que éstas obtengan un importante poder de mercado. Es así, que la ley ataca directamente al problema que mencionaba el autor. A modo de ejemplo, las industrias más concentradas del país son las que presentan la mayor cantidad de denuncias en el TDLC ([Medina, 2014](#)).

A parte de la adición de la frase recién comentada, se tipifica el delito de colusión sin la necesidad de acreditar que esto les generó poder de mercado a los involucrados. De esta forma, independiente del resultado que tuvo la colusión, se tendrá que perseguir a los que cometieron cualquier acto que atenta contra la libre competencia, ayudando a juicios más eficientes y expeditos ([Grunberg, 2016](#)). Como ya se ha comentado, en base a la importancia de aportar a la eficiencia en los mercados, cuando se presentan acuerdos entre

empresas que generan una posición dominante de mercado, se llegan a aumentar de manera arbitraria los precios a los consumidores, que junto a los grandes retornos que logran los coludidos, se traduce en una pérdida de beneficio social (Agostini, 2007). Por lo que la modificación a este inciso del Artículo 3°, aporta en gran medida al objetivo de alcanzar la eficiencia en los mercados de Chile.

Otro aspecto relevante para el análisis, corresponde a la prohibición que dicta esta ley sobre el *interlocking* entre empresas. Lo que se traduce en que ahora, una persona natural, no podrá compartir cargos ejecutivos de importancia entre empresas competidoras que posean ingresos por ventas superiores a cien mil unidades de fomento anuales. Este resulta ser un avance importante. La opción de compartir ejecutivos entre empresas competidoras, se podría traducir en un puente para la colusión. Si analizamos el umbral de ventas que condiciona esta nueva ley, se debería rápidamente asociar al tipo de empresa grande, en general controladas por los grandes grupos económicos. Como ya se mencionó con anterioridad, es en situaciones como la descrita anteriormente, en donde las grandes empresas intentan ejercer poder y generar redes importantes (Durand, 2016). Cabe mencionar, y a modo de ejemplificar lo tardío que llega la tipificación del delito de colusión y la prohibición del *interlocking*, es que esta misma ley se aprobó en EE.UU. hace un poco más de cien años (Grunberg, 2016).

4.2.2. Nuevos Castigos

La ley en análisis, presenta modificaciones de gran importancia sobre las multas y sanciones que reciben las personas, y empresas, que atenten contra la Libre Competencia. Cabe mencionar, que la legislación en pos de aumentar los castigos a estos ilícitos, como también el proyecto de ley, se sustentan, en palabras del Ministro de Economía Luis Céspedes, en el análisis de que "la sociedad chilena es consciente del inmenso daño"²⁵ que causan hechos como la colusión al mercado y a los distintos agentes económicos, donde los mayores afectados son las pequeñas empresas competidoras y los consumidores. Por lo mismo, el ejecutivo habría tomado la determinación de criminalizar la colusión y aumentar las multas administrativas.

²⁵Luis Céspedes, Discusión en Sala, Cámara de Diputados 12-11-2015

Para el análisis, se presentan a continuación las modificaciones tanto en el ámbito administrativo, ligado a multas del tipo económico, como también a las nuevas sanciones de tipo penal. Las cuales, vuelven a estar presente en materia de Libre Competencia, pero de manera disinta a lo que se conoció antes del año 2003.

4.2.2.1. Multas Administrativas

Respecto a las multas administrativas, la ley presenta un importante avance. Como ya se mostró con anterioridad, las penas administrativas para atentados contra la libre competencia en Chile, hasta antes de la aprobación de esta ley, situaban un máximo de 20.000 UTA. Si se lograba demostrar una colusión, las multas podían ascender hasta las 30.000 UTA. Montos bajos, sin la suficiente fuerza como para traducirse en un disuasivo de peso. Además, si consideramos la posibilidad de delación compensada, las multas muchas veces quedan anuladas. Por lo mismo, y recordando que lo principal es buscar castigos efectivos, traducidos en disuasivos importantes, de suficiente magnitud como para que los costos esperados en caso de ser sorprendido y castigado, sean mayores que los beneficios de violar la ley (Ayres y Braithwaite, 1992; Agostini, 2007). Es que, la modificación de las sanciones antes mencionadas, a multas que serán calculadas considerando el 30 % de las ventas correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción, durante el periodo en el cual ésta se haya extendida, ó hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción, van en la dirección correcta. Junto a esto, y siguiendo la misma línea, se determina que de no ser posible determinar lo antes mencionado, se podrán aplicar multas de hasta 60.000 UTA.

Las multas administrativas que entran en vigencia con la promulgación de esta ley, resultan un avance importante al realizar la comparación con los países desarrollados en esta materia. Como ya se mencionó con anterioridad durante esta investigación, en EE.UU., por ejemplo, las multas pueden alcanzar un monto de hasta los 100.000.000 USD. En otro caso, al observar que en Noruega los montos se calculan en base a la gravedad, pero condicionada a la facturación de la empresa, se puede observar como Chile se intenta acercar a multas monetarias que funcionen como un verdadero disuasivo. Aunque se afirme esto último, sería interesante poder analizar algunos factores que se ven afectados por atentados a

la libre competencia, y cómo podrían aportar a generar multas más duras. Por ejemplo, cuantificar de alguna forma la ineficiencia que se produce en los mercados, el arrastre que se genera hacia otras empresas a cobrar sobre precios, la pérdida de innovación y calidad en los productos ([Connor y Lande, 2008](#)), como también sumar el daño a los consumidores, principales afectados por una colusión.

4.2.2.2. Delito Penal

La aprobación de la Ley N°20.945, trae consigo la tipificación de la colusión como delito penal. La importancia que tenía realizar este cambio, radica en la necesidad de introducir disuasivos hacia los ejecutivos de las empresas, que donde al no poder ser la multa absorbida por las organizaciones y su capital, se genera incertidumbre, aportando a que no se termine cayendo en conductas anti competitivas ([Agostini, 2015](#)).

La nueva normativa, respecto a un procesamiento de carácter penal como consecuencia de una colusión, tiene etapas y posee todos los resguardos para transformarla en un verdadero disuasivo. En primer lugar, y siguiendo la línea que plantea [Agostini \(2015\)](#), las penas de cárcel son ahora un **posible castigo** para los ejecutivos que se vean involucrados en acuerdos ilícitos. En donde ahora, se puede aplicar como mínimo, una pena de presidio menor en su grado máximo, lo que corresponde a una privación de libertad que va desde los tres años y un día, hasta los cinco años. Y si existen agravantes, la pena podría incluso ser de presidio mayor en su grado mínimo, la que tiene una duración que va desde los cinco años y un día, hasta los 10 años. Como ya se ha dejado entrever, la decisión de la pena guardará relación con la existencia de atenuantes y/o agravantes. Para el primer caso, se aplica la pena en su grado inferior, contrario a lo establecido si es que existen agravantes, en donde se aplicaría la pena en su grado superior anteriormente expuesta. Cabe mencionar, que aunque los condenados tienen la oportunidad de solicitar penas sustitutivas, éstas se suspenden por un año, emulando el criterio de la Ley Emilia. Donde, se asegura un año de prisión efectiva, sin posibilidad de fianza, para los conductores de vehículos que causen accidentes ocasionando lesiones gravísimas o la muerte.

Además de la privación de libertad, la nueva ley establece el castigo de inhabilitación absoluta temporal, para las personas involucradas, en su grado máximo para ejercer cargos

de director o gerente general de sociedades anónimas abiertas o sujetas a normas especiales. El involucrado, no podrá ejercer el cargo de director o gerente de empresas del Estado, o en las que éste tenga participación, como tampoco el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional. Esta es una recomendación que ha sido tomada del informe final de la Comisión Rosende, entregada en el año 2012 durante el mandato del Presidente de la República Don Sebastián Piñera.

Como ya se presentó en el capítulo anterior, una discusión importante que se dio entre los expertos del área, fue la incogruencia entre el mecanismo de indulgencia, o delación compensada, y una posible pena de cárcel. Ya que no sería un incentivo para la auto denuncia la posibilidad de perder la libertad (Pellegrini, 2015). Atacando esta arista que se abre, la nueva ley potencia y perfecciona el mecanismo de indulgencia que existe en Chile para las personas que se auto denuncien y colaboren con las investigaciones de la FNE. Es así, que la primera persona que aporte a la FNE queda automáticamente exenta de responsabilidad penal, generando concordancia entre el proceso administrativo y penal. Además, se generan incentivos para colaborar a los demás involucrados, ya que aportando antecedentes adicionales se logra rebajar la posible pena en un grado.

Respecto al procedimiento para llevar a cabo el proceso penal, en donde ya se ha discutido sobre lo peligroso que sería llevar dos procesos en simultaneo. En donde, los efectos de tener un juicio llevado por la FNE y el TDLC, y el otro por la fiscalía nacional y los tribunales de justicia, principalmente serían que las personas no cooperarían de igual forma en los dos procesos. Un ejemplo concreto, sería las facilidades que presenta el proceso administrativo para cooperar con la investigación, mientras en la arista penal la oportunidad de guardar silencio resulta importante a la hora de defenderse. Por lo tanto, terminaría siendo poco productivo tener dos procesos en simultaneo (Engel, 2015a). Por lo mismo, la nueva ley establece detalladamente el procedimiento para iniciar un juicio penal.

En primer lugar, la querella solo podrá ser presentada a los tribunales de justicia por el Fiscal Nacional Económico, y solo luego de haberse dictado la sentencia definitiva del caso por parte del TDLC. Siendo no admisible otra denuncia o cualquier otra querella. Es entonces el Fiscal Nacional Económico, quien tomará la decisión sobre qué casos son los que proceden hacia una arista penal. Considerando si, que se verá en la obligación de

presentar la querrella en casos donde se afecta gravemente la Libre Competencia. Si es que decidiera no seguir con la arista penal, la máxima autoridad de la FNE deberá emitir una declaración fundada y pública sobre su actuar. Teniendo hasta seis meses, luego de conocida la sentencia del TDLC, para tomar la decisión. Transcribiendo la arista penal a los diez años desde que la sentencia administrativa se encuentra ejecutada.

Debiese llamar la atención, para esta investigación, la altísima responsabilidad que se le entrega al Fiscal Nacional Económico en esta materia. Que, aunque es acorde a lo mencionado durante este apartado, genera una figura muy potente. Es importante mencionar lo anterior, considerando que independiente de los métodos de elección y nula posibilidad de remoción, el Fiscal Nacional Económico se encuentra bajo la supervigilancia del Presidente de la República.

4.2.3. Control Preventivo de Fusiones

La ley recientemente aprobada, introduce un mecanismo de consulta obligatorio para operaciones de fusión y/o adquisición de empresas competidoras. Este avance, se fundamenta en las recomendaciones de la Comisión Rosende y el informe encargado por el Ministerio de Economía a OCDE sobre los procedimientos de fusiones.

La importancia de este apartado, radica en que, a partir de la promulgación de la ley, ahora en Chile es obligatoria la notificación a la FNE de cualquier intención de fusión o adquisición de sobre el 10 % entre empresas competidoras. Será la FNE el organismo encargado de evaluar los efectos de las operaciones mencionadas para la competencia, paralizando la acción hasta una resolución definitiva. Para esto, es que la ley define una operación de concentración como: *"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 mediante alguna de las siguientes vías:*

- a) Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.*
- b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.*

c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.

d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.”

Para poder tomar una correcta decisión, es que el Fiscal Nacional Económico tendrá hasta un máximo de 30 días para determinar los efectos, tanto positivos como negativos, de la operación de fusión o adquisición. Pudiendo dar una respuesta positiva, conllevando el visto bueno para realizar la operación, como también rechazarla. Es importante mencionar, que el Fiscal podrá extender la investigación en 90 días adicionales si es que fuese necesario.

Es entonces que, el control preventivo de fusiones obligatorio que comienza a regir en Chile, debería llegar a potenciar a la protección de la libre competencia. Como ya se mencionó en el capítulo anterior, las ventajas principales de este sistema radican en permitir que los recursos, tanto monetarios como humanos que presenta la FNE, se centren en analizar las solicitudes de concentración, más que en detectarlas²⁶; la capacidad de prevenir concentraciones anticompetitivas que ocurran en empresas no transparentes, donde es difícil acceder a información; entrega seguridad jurídica; aumenta la conciencia de la sociedad respecto a la política de competencia; y cambia la auto evaluación de las empresas respecto a fusiones ligándolas a un umbral (OCDE, 2014).

Respecto a este último punto, la definición del umbral para activar un proceso de notificación de fusión o adquisición es fundamental. Ya la OCDE (2014) lo menciona como una de las condiciones mínimas para un correcto funcionamiento. Al momento de promulgar la ley, se estableció que la FNE tendría 90 días para definir este límite. Para esta tarea, según el Fiscal Nacional Económico Felipe Irarrazabal (2016), se encuentran en proceso de estudio y consulta a diversos académicos, con el fin de llegar a la mejor solución²⁷. En base a lo estudiado en esta investigación, lo correcto sería tener un umbral relacionado al nivel de PIB que presenta Chile. También, se debiesen considerar las ventas nacionales y

²⁶Esta tarea resulta más tediosa y cara, principalmente por las investigaciones que se deben realizar para detectar

²⁷Entrevista en la Tercera al Fiscal Nacional Económico Felipe Irarrazabal: "Tenemos la clara intención de utilizar todas las atribuciones que nos otorga la ley".

los activos que presentan la firma adquirida y la adquiriente, así si se superara el umbral, sería fácil determinar la obligatoriedad de notificar a la FNE (OCDE, 2014; González y Huneus, 2015). Además, se logra destrabar el problema de consultas que demoraban grandes cantidades de tiempo en ser visadas por el TDLC, entregando este mandato a la FNE, reforzándola con un rol más activo. Ya que, el "Tribunal de la Libre Competencia no es el lugar para ir a negociar" una operación de estas características (Gonzalez, 2016), y es la FNE la institución que presentar las herramientas necesarias para estudiar correctamente los mercados.

Este nuevo procedimiento, que se suma a los mecanismos ya conocidos de la Defensa de la Libre Competencia en Chile, resulta ser un avance de destacada importancia. Países de mayor tamaño en PIB, tales como EE.UU., Australia o, entendiendo su contexto de gran mercado, la Unión Europea, ya presentan mecanismos de control obligatorio de fusiones. Más aún, al analizar, en base al tamaño del PIB de Chile, en los países de similar producto como Israel, Noruega o Portugal, ya se observan mecanismos obligatorios de control de fusiones (González y Huneus, 2015). Lo mismo se observa para la mayor parte de los países pertenecientes a la OCDE. En lo que se debiese ser cuidadosos, es en la utilización de recursos en casos que no debiesen tener mayor cuidado, y en presentar las herramientas correctas de sanción para las firmas que no se acerquen a la FNE para cerrar un proceso de fusión o adquisición. Es por esto que, de manera correcta, la ley presenta las sanciones, medidas preventivas, correctivas y prohibitivas necesarias para un buen funcionamiento del mecanismo de control obligatorio.

¿Por qué es importante introducir mecanismos de control de concentración? Ya se discutió en el capítulo anterior, la importancia de analizar la concentración de los mercados como uno de los factores a considerar que influyen en la creación de una especie de caldo de cultivo para la colusión. Aunque no es una condición necesaria, sí tiene un grado de incidencia (Cañizares y Domínguez, 2008). Por lo mismo, poder analizar la influencia que tendría una operación de concentración sobre la competencia resulta esencial. Aldo Gonzalez (2016) comentó en el Seminario Nueva Ley de Fortalecimiento de la Libre Competencia, como el caso Copec - Terpel ocurrido en Chile,²⁸ refleja la importancia del control obligatorio y lo

²⁸Disponible en Anexo 1 A

necesario de mejorar el procedimiento de investigación. En el caso antes mencionado, donde se consultó al TDLC, y éste determinó que la adquisición de los activos de Terpel Chile por parte de Copec terminarían por concentrar el mercado de las estaciones de bencina. Una industria, que depende de la cadena de transporte controlada por un Oligopolio entre Copec y Shell/Enx. Por lo que Copec, tenía que deshacerse de los activos o realizar otro giro en las estaciones de Terpel en Chile. Finalmente, al eliminarse las estaciones Terpel, los oferentes disminuyeron e igualmente terminó por concentrarse el mercado. Por lo mismo, es importante, primero que todo, hacer el control de fusiones y adquisiciones obligatorio, arraigado en un organismo que presenta las herramientas necesarias para estudiar efectos en los mercados como la FNE, e invertir más recursos en ésta con el fin de mejorar esos procesos. Pero, también se debe estar atento, al hecho de que no debe ser labor de la FNE analizar todas las fusiones, ya que algunas incluso pueden aportar a alcanzar escalas mínimas eficientes, sino las que potencialmente serán perjudiciales para la competencia. Ahí radica la importancia de fijar correctos umbrales de notificación.

Respecto al financiamiento de esta nueva iniciativa que tendrá la FNE. El informe de la Comisión de Hacienda del Senado²⁹, recalca que el informe financiero N°032 no logra entregar la información sobre el aumento de gasto que se producirá por esta nueva herramienta, mas no correspondería a una ley costo 0. El principal motivo de esta no posible determinación, es que la definición de este nuevo sistema con umbral, genera incertidumbre que no puede ser cuantificada. Por lo mismo, se determinó que el gasto adicional que se efectúe en pos de esta medida, será cargado a la cuenta del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo en el primer año. Transcurrido ese periodo, se discutirá el aumento de dinero para la FNE en la Ley de Presupuesto General de la República.

4.2.4. Nuevas Atribuciones para la FNE

Recientemente, se discutió sobre las atribuciones que necesita la FNE para llevar correctamente su función de estudiar los mercados. En función de esto, la ley en análisis plantea que la FNE ahora tendrá las facultades para *”realizar estudios sobre la evolución*

²⁹Disponible en La historia de la Ley N°20.945: <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5311/>

competitiva de los mercados”. Para poder ejercer esta función, la fiscalía podrá ahora pedir información directa a particulares. Junto con esto, se introducen sanciones penales para las personas que oculten o entreguen información falsa. Además, se introducen multas a beneficio fiscal para aquellas personas que al ser consultadas por la FNE, injustificadamente no colaboren o no se presenten a declarar a la fiscalía si se les solicitó legalmente. Lo que, en su conjunto, claramente es un castigo importante. Se tiene que recordar, que el presentar una persecución judicial potente, acompañado de una investigación de peso, aporta a que algunas herramientas más colaborativas entre la fiscalía y los regulados, tomen más fuerza, entendiendo también que, de esta forma, se pueden disminuir ineficiencias resultantes de llevar los dos procesos de forma separada (Ayres y Braithwaite, 1992; Romero, 2008).

A parte de las nuevas atribuciones en materia de investigación, la FNE ahora también podrá proponer recomendaciones de manera directa al Presidente de la República, mediante el Ministerio correspondiente, sobre normativas que apelen a introducir más competencia en los mercados. Esto, a través de la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios, como también la dictación de estos cuando se estime que sea *”necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.”* Esto, es una característica importante para analizar en esta investigación. Ya que, al ser la FNE un organismo estatal, ésta debe tener la obligación de responder a las necesidades de la sociedad. Por lo que el poder dialogar con el Poder Ejecutivo, sabiendo que tiene la potestad de presentar proyectos de ley, sigue la lógica de lo antes mencionado. Cabe destacar entonces, que la comunicación entre la FNE y el gobierno de turno resulta esencial.

4.2.5. Acción de Indemnización a Intereses Colectivos del Consumidor

Como ya se ha mencionado durante esta investigación, los principales afectados por la falta de competencia en los mercados son los consumidores (Agostini, 2007). Por lo mismo, y entendiendo que los consumidores tienen derechos en una economía de libre mercado, es que se deben tener medidas claras de reparación cuando suceden hechos que atentan contra

la libre competencia. Cuando se analizó el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), el organismo encargado de representar y defender los intereses de los consumidores, se pudo observar bastantes falencias en comparación al resto del mundo, como también la necesidad de comenzar una verdadera revisión al modelo de protección a los consumidores de Chile ([Engel et al., 2013](#)).

Sin entrar en un diálogo sobre este tema, ya que no es pertinente para esta investigación, es importante recoger algunos comentarios sobre la capacidad actual de los consumidores para exigir una compensación por los daños sufridos a partir de un atentado a la libre competencia. Como ya se mencionó en esta investigación, el SERNAC actualmente funciona como un ente mediador entre empresa y consumidor. Sin la posibilidad de dictar multas directamente a las empresas que generen daños, o exigir compensaciones para los consumidores afectados. Por otro lado, y ligándolo al modelo de Defensa de la Libre Competencia en Chile, hasta antes de aprobada esta ley se delegaba en los tribunales ordinarios la posibilidad de decidir sobre una indemnización a los consumidores. A partir de ahora, será el Tribunal de la Libre Competencia el encargado de resolver sobre indemnizaciones a los afectados por el delito de colusión. La fortaleza de que sea este ente autónomo el que defina las indemnizaciones, recae en que ésta podría ser definida luego de tener una sentencia contra las empresas infractoras, que será dictada por el mismo Tribunal. Por lo que, innegablemente, se agilizan los procesos y se da la posibilidad de una real indemnización. Sumado a esto, el TDLC tiene las facultades técnicas, administrativas y humanas para llevar un correcto proceso, que sea acorde a la sentencia que este mismo tribunal ya habría emitido. Además que, mecanismos de esta naturaleza, debiesen de aportar a la generación de un *enforcement* más fuerte, que funcione como disuasivo contra cualquier tipo de atentado contra la Libre Competencia ([Ayres y Braithwaite, 1992](#); [Romero, 2008](#)). Es entonces que esta medida aportará en dos frentes concretos. Por un lado, fortaleciendo la capacidad y rapidez de presenciar indemnizaciones para los consumidores, como también, sumar como desincentivo importante para atentar contra la libre competencia.

5 | Propuesta: Autonomía e Independencia de la FNE

Recientemente, se han podido analizar los avances que trae la nueva ley N°20.945 en pos de generar una buena normativa que fomente y asegure la libre competencia en Chile. Aunque se ha recalcado la importancia de la ley recién promulgada, ya se ha dejado entrever el problema que se observa en materia del grado de independencia que presenta actualmente la FNE respecto de las partes interesadas a su actuar. Siendo relevante para esta investigación, la lejanía que debe existir entre la FNE y los grandes grupos económicos que operan en los mercados chilenos. Donde, ya sabemos que estos últimos, podrían y estarían intentando capturar al Estado mediante diversos mecanismos. Pero, principalmente, han poseído herramientas para influir indirectamente en las decisiones políticas de la Nación. Concretamente, la propuesta de esta investigación, apuntará a descentralizar de la figura del Presidente de la República la designación y remoción del Fiscal Nacional Económico. Entendiendo, que es en esa jerarquización, donde podrían haber posibilidades de injerencia por parte de los grandes grupos económicos. Además, también se buscará proponer autonomía presupuestaria, ya que al depender actualmente del Ministerio de Economía, éste podría pretender reducir dineros a la fiscalía, ya sea por presiones externas o del mismo Presidente de la República.

Por lo anterior, es importante analizar en profundidad la independencia de la Autoridad de Competencia en Chile. Principalmente, por las características que presentan los grandes grupos económicos del continente sudamericano, los cuales en su mayoría se establecieron luego del proceso de privatización de las empresas estratégicas del Estado el último cuarto del siglo XX. En Chile, este proceso se caracterizó por el traspaso de empresas estatales de

diversos rubros, que venían con características monopólicas, a manos de privados. El importante crecimiento que han tenido estas empresas, y sus derivadas, gracias a los acuerdos de libre comercio que presenta Chile, han entregado rentas importantes a sus accionistas. Los cuales, observaron en mecanismos legales existentes, como el financiamiento a la política y los partidos, una oportunidad para relacionarse estrecha y directamente con el poder político. Obteniendo incluso beneficios tributarios por traspasar dinero al actuar político (Faúndez et al., 2015). Cabe recalcar, e intentando contextualizar la situación actual del país, que ya se ha presentado en esta investigación, que se debería suponer que el financiamiento a la política no es para nada gratis (Chomsky, 2015; Durand, 2016)

Es entonces, que resulta interesante plantear la posibilidad de la existencia de una Captura del Estado en Chile. El grado de ésta no es objetivo de esta investigación, pero sí el poder visualizar la existencia en Chile de algunos fenómenos ya estudiados relacionados al concepto de Captura del Estado. Por ejemplo, ya se estudió el problema del *interlocking* entre directorios, y como la ley n°20.945 se preocupa de poner restricciones a esto. También, se ha explicitado el financiamiento general a la política que han realizado los grandes grupos económicos del país (Faúndez et al., 2015). Como también, financiamiento irregular fuera de la ley, incluso con sentencias ya dictadas por tribunales de justicia.³⁰ Lo que termina demostrando, que sí se pueden observar fenómenos que debiesen poner una alerta en el análisis de independencia de la FNE con sus grupos de interés. Recordando que, actualmente, el Fiscal Nacional Económico es un cargo con supervigilancia del Presidente de la República, quien gobierna, e hizo campaña eleccionaria, junto a partidos políticos que han sido financiados por los grandes grupos económicos del país. Como los estudios, sobre la influencia de los grupos económicos en las decisiones del actuar de los gobiernos, no son del todo empíricos, es importante sumar casos como los estudiados sobre financiamiento de la política, para poder observar cómo ocurren los procesos de captura, y ayudar a entenderlo y trabajarlo como un fenómeno sistémico. (Romero, 2008; Durand, 2016).

Por lo mismo, en este contexto, toma fuerza la idea de cumplir con entregarle a un ente regulador, como la FNE, una normativa clara que explicita una total independencia administrativa y presupuestaria del gobierno central. Pensando, principalmente, en las

³⁰ Jovino nova: Condenado a tres años de pena remitida. Revista Que Pasa (2015)

características del contexto chileno, el cual ha sido proclive a generar una relación directa entre el dinero y la política. Por lo mismo, en ambientes como éste, se debería optar por una FNE técnica, autónoma del poder político, relacionada fuertemente con la ciudadanía y dando cuenta a ésta de su actuar. Donde su proposito principal sea el mejorar el bienestar de los ciudadanos.³¹

Para comenzar, es interesante entregar perspectiva histórica sobre los distintos niveles de Independencia que ha tenido la FNE del poder político central, principalmente del Presidente de la República, desde la promulgación del DL N°211 de 1973. Además de los avances, en esta materia, que se han efectuado a través de los años, como también la situación actual. La cual, para algunos expertos relacionados con la libre competencia, sería insuficiente para asegurar una total independencia de la FNE (Aroca, 2010). Luego, se analizará la posibilidad de otorgar autonomía constitucional a la FNE, es decir, ubicarla dentro de la administración del Estado, pero eliminando la relación jerárquica que existe actualmente con el Presidente de la República. Lo que permitiría, entre otras cosas, entregar autonomía presupuestaria a la policía de competencia chilena, y un nuevo mecanismo de designación y remoción para la figura del Fiscal Nacional Económico.

5.1. Diálogo sobre la Idependencia de la FNE

Actualmente la FNE es un órgano del Estado considerado *”descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio. Dirigido por el Fiscal Nacional Económico, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo”*. La designación del fiscal, es efectuada por el Presidente de la República a través del mecanismo de Alta Dirección Pública. Pero es importante consignar, que es un cargo no adscrito, es decir, no se rige por las condiciones de desempeño que se aplican a todos los cargos públicos seleccionados por esta vía. Tal como consigna la página web de la FNE, este ordenamiento legal genera que el Fiscal Nacional Económico sea independiente de las autoridades y tribunales antes los cuales actúa.

³¹ Raúl Pérez-Reyes (2011) realiza este parafraseo para referirse al cómo debe ser el actuar de los organismos reguladores de servicios públicos en el Perú.

Respecto a la duración del cargo, el Fiscal Nacional Económico permanece en sus funciones por cuatro años, con posibilidad de ser renovado solo una vez. Respecto al cese de sus funciones, actualmente sólo se daría al término del periodo legal de su designación; si es que éste renuncia voluntariamente, y es aceptado eso por el Presidente de la República; o por una destitución alegando negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones o incapacidad. Para éstas dos últimas causales, es el Presidente de la República, con un informe favorable de la Corte Suprema, quien dicta la remoción. En temas presupuestarios, la FNE depende directamente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Ya que el periodo de análisis de esta investigación, abarca desde el golpe militar de 1973 y la promulgación del DL N°211, hasta los tiempos actuales. Periodo en el que ha estado vigente la ley que promueve la libre competencia impulsada por los *Chigao Boys*, es importante mostrar los avances legales, en pos de independencia, que ha presentado la figura del Fiscal Nacional Económico. Es así, que desde la creación de la figura, donde al momento de la promulgación del decreto ley, tuvo su designación dependiente de una comisión encargada de velar por el cumplimiento del accionar anti monopolístico. No es hasta 1979, mediante el Decreto Ley N°2.760, donde el nombramiento del fiscal lo comenzaría a designar directamente la figura del Presidente de la República. La última modificación, se efectuó varios años después de la llamada vuelta a la democracia, ocurrida en Chile el año 1989, con la ley N°19.911. Donde, gracias a ella, se eliminó la comisión resolutoria y se creó el Tribunal de la Libre Competencia, entregando a un tribunal dependiente de la Corte Suprema, las decisiones y sanciones a los atentados de libre competencia. Años más tarde, con la Ley N°20.361 del año 2009, se modificó la designación del Fiscal Nacional Económico, pasando desde la designación por exclusiva confianza del Presidente de la República, al mecanismo mencionado anteriormente por Alta Dirección Pública (Bernedo, 2010; Aroca, 2010).

Ya han existido estudios, que intentan analizar la independencia de la Autoridad máxima de Competencia en Chile. Por ejemplo el estudio de Aroca (2010), que realizó una investigación, en donde recogió variadas opiniones de expertos en libre competencia³²,

³²Destacan: Felipe Irrazabal actual Fiscal Nacional Económico, Enrique Vergara Fiscal Nacional Económico durante el periodo 2006-2010, Aldo Gonzalez Economista, entre otros.

obteniendo información relevante para el análisis de esta investigación. En primer lugar, los entrevistados consideran insuficiente el mecanismo de selección mediante Alta Dirección Pública. Plantean la necesidad, si es que es el Presidente de la República quien seguirá designando al Fiscal, de una ratificación por parte del Congreso, parecido al sistema utilizado para designación de consejeros del Banco Central. También, los encuestados creen que, actualmente, se podrían dar situaciones complicadas con el presupuesto de la FNE, como un recorte por ejemplo, si es que el actuar de ésta fuera en contra de intereses gubernamentales. Los expertos también, creen que la coordinación con el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo trae beneficios para la aplicación de políticas públicas. Por lo que, habría que tener cuidado con alejar a la Fiscalía del gobierno, ya que se podría hacer que ésta solo centrara su trabajo estrictamente en atentados a la libre competencia, dejando de lado el carácter político de las decisiones (Aroca, 2010).

Es en base a estos antecedentes, que se presenta a continuación una propuesta con el fin de garantizar autonomía presupuestaria e independencia para la FNE.

5.2. Maximizar la Lucha en pos de la Libre Competencia

Una propuesta de mayor independencia para la FNE, debería buscar potenciar la libre competencia en las industrias que participan en mercados chilenos, además de aumentar la efectividad de las políticas que tome la Autoridad de Competencia en el país. Ya se ha estudiado durante esta investigación que, para aumentar la efectividad de la FNE, se debe contar con una independencia manifiesta en la ley, como también una independencia explícita, basada en una nula influencia de las partes interesadas (Ma, 2010). Es entonces, y en base a lo estudiado respecto al concepto de independencia de la FNE en Chile, que dentro de los objetivos que tiene esta propuesta de mayor independencia para la fiscalía, se considerará el procedimiento de designación y remoción para el cargo de Fiscal Nacional Económico, como también la autonomía presupuestaria que debería tener la institución. Una forma en la que se podrían lograr estos objetivos en Chile, es decir, consignar independencia institucional efectiva, es entregando a la FNE **autonomía constitucional**. Considerando esto, se intentará entregar nociones sobre lo que significa esta distinción

dentro del orden jurídico constitucional chileno, y el cómo esto, permite entregar autonomía del gobierno central en materia presupuestaria. Además, de la posibilidad que abre sobre definir un nuevo mecanismo de designación y remoción del Fiscal Nacional Económico. Objetivo de esta propuesta.

Cabe mencionar, que ya han existido propuestas en Chile para entregar esta distinción a la FNE. Principalmente, con el fin de alejar a ésta institución de un Presidente que puede tener responsabilidad del actuar monopólico de una empresa o servicio estatal (Valdes, 2007). Pero, aunque ésta no busque exactamente el mismo fin que la presente propuesta, entrega directrices interesantes para generar un diálogo fructífero respecto a una FNE autónoma e independiente.

5.2.1. Autonomía Constitucional

La constitución de 1980 introdujo organismos, a la administración del Estado, que son considerados autónomos constitucionalmente. Esto quiere decir, que son instituciones que presentan ausencia de relación jerárquica con el Presidente de la República, presentando la independencia necesaria para su actuar. Es importante señalar que, el concepto de autonomía constitucional, no debe considerarse como que estos organismos tengan la facultad de gobernarse por sí solos. Es más, la Contraloría General de la República menciona que aunque se tenga la característica de organismo autónomo, se pertenece a la administración del Estado. Por lo que se está sometido al ordenamiento jurídico de éste. Es decir, deben respetar las normas generales y específicas que la rigen (Cordero, 2012).

Es más, la misma contraloría hace mención a la importancia de que existan mecanismos de coordinación entre Presidencia y los organismos autónomos, ya que esto aportaría a garantizar la unidad de acción. Es importante hacer incapié en esto, ya que resultará crucial que un organismo como la FNE no centre su labor solamente en lo técnico de fomentar la libre competencia, sino también en analizar y aportar a la discusión de las políticas públicas en esta materia. Un ejemplo concreto de esto, es tomado en consideración con la promulgación de la Ley N° 20.945. Ya que, como se revisó anteriormente, la nueva ley permite que ahora la FNE pueda proponer recomendaciones de forma directa a la Presidencia de la República sobre modificación de normativas y leyes que apunten a

introducir más competencia en los mercados chilenos. Es decir, tener un constante diálogo respecto del actuar de las políticas públicas en materia de libre competencia. Esto último, debe entenderse en esta propuesta como algo lógico, ya que la idea de ésta es alejar a la FNE de influencias directas, que pudiesen darse por la jerarquización de dependencia del Fiscal Nacional Económico con el Presidente de la República. Mas no pretender elinar congruencia en el actuar de la administración del Estado, entendiendo que el gobierno central y FNE son parte de ella. Además, reafirmando esto, es importante mencionar, que en el sistema de gobierno chileno, es el Presidente de la República quien tiene la facultad de presentar proyectos de ley para su discusión en Congreso.

5.2.1.1. Del Presupuesto y su Autonomía

Ubicar a la FNE, como una institución autónoma dentro de la administración del Estado, trae consecuencias directas en materia presupuestaria. Ya se ha discutido que, actualmente, el presupuesto de la FNE depende del visado del Ministerio de Economía, quien lo presenta y defiende frente a la Dirección de Presupuestos (DIPRES), y posteriormente en el Congreso. Esto, cambiaría al entregar autonomía constitucional a la institución. Donde, al no depender del Ministerio de Economía, la FNE tendría que defender ella misma su presupuesto en esas dos instancias. De esta forma, ya no habría posibilidad de existencia de incidencia directa del Presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, sobre el presupuesto de la Autoridad de Competencia del país.

Para hacerse una idea de la magnitud de los dineros que son destinados a la FNE, se puede observar en la figura 5.1 los dineros destinados al servicio en la Ley de Presupuestos de la Nación 2016. A estos, se les debería agregar, para el año 2017, los recursos extra para llevar a cabo el Control de Fusiones y Adquisiciones que instala en la FNE la Ley N°20.945.

El presupuesto de la FNE, como todos los servicios públicos, presenta ciertos criterios de evaluación de desempeño, los cuales son utilizados por la DIPRES, para analizar la eficiencia con la que se utilizan los recursos en el servicio. Lo anterior se refleja en cuatro objetivos estratégicos institucionales que debe buscar la fiscalía para el periodo comprendido entre el 2015 y el 2018³³:

³³Ficha de Definiciones Estratégicas 2015-2018 (Formulario A1) para FNE. DIPRES(2015)

Sub-Título	Ítem Asig.	Denominaciones	Glosa N°	Moneda Nacional Miles de \$
08		INGRESOS		5.816.708
		OTROS INGRESOS CORRIENTES		33.760
	01	Recuperaciones y Reembolsos por Licencias Médicas		32.591
09	99	Otros		1.169
		APORTE FISCAL		5.782.948
	01	Libre		5.782.948
21 22 29		GASTOS		5.816.708
		GASTOS EN PERSONAL	02	4.362.676
		BIENES Y SERVICIOS DE CONSUMO	03	1.321.168
		ADQUISICIÓN DE ACTIVOS NO FINANCIEROS		132.864
	04	Mobiliario y Otros		29.064
	05	Máquinas y Equipos		10.380
	06	Equipos Informáticos		4.152
	07	Programas Informáticos	04	89.268

Figura 5.1: Presupuesto para Fiscalía Nacional Económica. Ley de Presupuestos del Sector Público Año 2016

- Desarrollar investigaciones eficientes, de alta calidad técnica, mediante procesos internos que se transformen en acciones útiles y efectivas para hacer más eficaz la labor de la Fiscalía Nacional Económica.
- Implementar prácticas de detección, disuasión y persecución de carteles, a fin de promover que los consumidores y agentes económicos se beneficien de mercados más competitivos.
- Promover y desarrollar actividades para interceder preventivamente ante entidades públicas y privadas, para que tanto las autoridades como los agentes económicos y gremiales, internalicen el concepto de competencia.
- Fortalecer la participación activa en instancias internacionales y nacionales de libre competencia que permitan intercambiar prácticas, experiencias y cooperación recíproca.

La importancia de analizar la planificación estratégica del servicio, radica en entender los objetivos que debe buscar la FNE para solicitar aumentos presupuestarios durante la preparación del presupuesto público. El carácter de exitoso, entrega bonificación a la hora de solicitar un aumento de fondos sustantivo al Ministerio de Hacienda, a la hora

de la preparación que éste realiza del presupuesto año tras año. Al momento de obtener autonomía constitucional, la FNE debiese tener siempre en mente el aumento de presupuesto, ya que lógicamente un aumento de recursos permitiría, por un lado, contratar más personal calificado para estudios y los quehaceres de la administración pública; aumentar la participación de la institución en la opinión pública y educación, formando a la ciudadanía; y fiscalización. Ya se ha mencionado en esta investigación, la importancia de una política pública en materia de Defensa de la Libre Competencia, balanceada desde políticas blandas hasta duras. Por lo que, lo importante, radicaría en generar la cultura de competencia justa en las distintas industrias que operan en el país.

Un ejemplo reciente, es lo acontecido con el Servicio Electoral (SERVEL). Al cual, con una nueva distinción de autonomía constitucional, se le han otorgado más recursos para aumentar la fiscalización en época de campañas electorales, o para financiar a éstas de manera transparente. Es decir, no resulta descabellado pensar que esta propuesta también generaría al corto o mediano plazo la necesidad de un aumento del presupuesto para la FNE. Lo que se debe entender como un gasto adicional para el gobierno. Por eso la necesidad de una comunicación constante respecto del actuar de la política pública, ya que una buena acción de la fiscalía tiene que hacer sentido al gobierno, de que al aumentar el dinero gastado en política de competencia, aporta a perfeccionar los mercados y aumentar el bienestar social.

5.2.1.2. Designación Fiscal Nacional Económico

Corresponde ahora avanzar, hacia proponer un mecanismo para lograr una independencia real del Fiscal Nacional Económico. La cual, como ya se ha estudiado, debe estar reflejado explícitamente en la ley de Defensa de la Libre Competencia. Actualmente, el DL N°211 presenta a la fiscalía como *”independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República”*. Es notorio que, en base a lo que ya se ha discutido, aquella supervigilancia es la que puede generar problemas para lograr el cometido. Al obtener autonomía constitucional, la FNE pierde la supervigilancia del Presidente, es decir, se elimina la jerarquización. Por lo que, entonces, se debe entrar en la discusión respecto a quién le correspondería designar al Fiscal Nacional Económico.

La base de esta propuesta, es otorgar un mecanismo de selección para la autoridad máxima de libre competencia de Chile, que apunte principalmente a una decisión descentralizada de la figura del Presidente de la República. Es decir, repartir junto a más actores con otras características, la decisión de la persona idónea para el cargo. La selección por Alta Dirección Pública aún no es óptima para satisfacer al aparato público, como plantea el Informe Final de la Comisión Engel. Por lo cual, se deben agregar filtros más exigentes, que permitan la elección de un profesional con las características necesarias para llevar adelante las tareas de gran envergadura que tiene la FNE, como también, las decisiones importantes que debe tomar el fiscal. Por lo mismo, no resultaría descabellado entregar a un organismo autónomo, como el Banco Central, la responsabilidad de entregar una triada de posibles candidatos al Presidente de la República, el cual debería designar con el visto bueno del Senado de la República por una mayoría de tres quintos de los miembros. Este mecanismo, permite que se logre tener opciones evaluadas por el Banco Central, que respondan a características profesionales técnicas, reconocidas en materia de libre competencia, para el cargo de Fiscal Nacional Económico. Entregándole al Presidente de la República, una terna de las personas más idóneas para el cargo. Que, obviamente, cumpla con los mismos requerimientos actuales de título de abogado y 10 años de ejercicio. Además, con este mecanismo, se agrega el filtro del Senado, con el fin de generar una designación discutida y visible para toda la ciudadanía. Un mecanismo interesante para lograr esto, se encuentra en las recomendaciones que propone la Comisión Engel para la designación del consejo del Servel como organismo con autonomía constitucional. La cual consiste en que el Senado realice audiencias públicas, que sean informadas oportunamente y con anterioridad a la ciudadanía, dedicando por lo menos una sesión especial para entrevistar a los candidatos. Algo que parece también ser acorde a un proceso transparente para la designación del Fiscal Nacional Económico, entregando claridad a la ciudadanía sobre el proceso.

5.2.1.3. Remoción Fiscal Nacional Económico

Respecto a la remoción del Fiscal Nacional Económico, ya se ha estudiado que, actualmente, el Presidente de la República tiene la facultad de remover a la persona que esté en el cargo. Eso sí, siempre y cuando alegue incapacidad o negligencia manifiesta

de sus funciones, presentando un informe favorable de la Corte Suprema que acredite esa situación. Aunque hay que reconocer el avance que ha existido para este procedimiento, es importante señalar que en el contexto chileno, existe una posibilidad real de que un Presidente de la República obtenga informes favorables de la máxima autoridad judicial del país. Esto, gracias a la cantidad amplia, y diversa de miembros que presenta. Por lo mismo, y como el objetivo de esta propuesta es descentralizar la designación y remoción de la máxima autoridad de la FNE, se debe encontrar un mecanismo que añada independencia al actuar del fiscal. Es decir, que se sienta libre de proceder en pos de la libre competencia, sin tener en mente la opción de poder ser removido de su cargo por razones políticas basadas en presiones de otros actores, ajenos, a la presidencia. Como, claramente, podrían ser en el contexto de Chile las influencias del Poder Económico representado en una Captura del Estado.

Como se ha propuesto que, sea la FNE la única institución encargada de presentar su presupuesto y que maneje su propios dineros. Se debe tener claridad, que la Contraloría General de la República se debe transformar en una institución con la facultad de remover al Fiscal Nacional Económico cuando se cometan ilícitos, o no se cumplan objetivos con los dineros públicos. Dicha remoción, también se debería validar por parte del Senado. Respecto a la duración del cargo, se deben conservar los 4 años de duración, con solo una posibilidad de reelección.

Por lo tanto, la propuesta para entregar Autonomía presupuestaria e Independencia a la FNE se podría traducir específicamente en:

- Transformar al servicio Fiscalía Nacional Económica en una institución con autonomía constitucional.
- Que el Presidente de la República designe al Fiscal Nacional Económico, con ratificación del Senado. Basado en una triada de candidatos estudiados por el Banco Central.
- Entregar a la Contraloría General de la República la capacidad de remover al Fiscal Nacional Económico, previa ratificación del Senado.

5.3. Mecanismos de Validación

Es importante encontrar mecanismos para validar toda propuesta, y la presentada no es una excepción. Pero, debe de notarse, la dificultad de poder medir el efecto que produciría un cambio de estas características. Ya que, la política pública de defensa de la libre competencia, no debiese apuntar solamente a intentar desbaratar una mayor cantidad de carteles, o evaluar cada solicitud de fusión o adquisición con la mayor precisión posible. Éstas, son herramientas a utilizar en el corto y mediano plazo para generar el ambiente competitivo en las empresas. Es decir, regular en un plazo importante de tiempo, el comportamiento y la buena ética que deben tener las empresas que actúen en mercados chilenos. De modo más ejemplificador, no es bueno encontrar una mayor cantidad de carteles en el menor tiempo posible, ya que significaría que la política pública está fallando, al no hacer reaccionar a los gerentes y directivos de empresas respecto a comportamientos inadecuados. Es más, la visión de la política pública de Defensa de la Libre Competencia es llegar a mercados perfectos, pero eso no se logra sin el buen comportamiento de los participantes.

Aunque se sea más explícito respecto a la independencia de la Fiscalía Nacional Económica, y eso según algunos modelos, otorgue más eficacia y eficiencia a la hora de llevar a cabo su cometido. Lo que también hay que destacar, es el mensaje que se le debe dar al conjunto de participantes de los mercados chilenos, independiente del tamaño que tengan las empresas. Lo que se ve, aun más marcado, con la tipificación de la colusión como un delito, al no tener que comprobar abuso de posición de mercado. Por lo mismo, no serviría como un mecanismo de validación el que existan mayores casos de colusión descubiertos por la FNE, esperaríamos que estos se acabaran.

Un mecanismo que utiliza la FNE para poder medir la efectividad de su política pública, es obtener estudios de percepción sobre su actuar, principalmente de abogados especialistas en libre competencia, los cuales pueden ofrecer servicios de asesoría a empresas o las defienden en juicios frente al TDLC. Éstas son anónimas, y entregan una buena muestra respecto a la idea que tienen sobre la libre competencia y el efecto disuasivo de las políticas de la FNE, con preguntas del tipo: *¿Cómo califica en general el nivel de análisis técnico que ha realizado la FNE en materia de carteles?* o *¿Cuál es el grado de disuasión que*

produce la actual institucionalidad de libre competencia en materia de carteles? Además, de preguntas relacionadas al si recomendaría o no a un cliente cierto actuar. Es decir, una entrega de mayor independencia a la FNE, como cualquier avance en materia de libre competencia, debiese de generar un aumento de las percepciones sobre un buen actuar de la policía que defiende la libre competencia. Más todavía, ya que después de lograda la autonomía constitucional, no se tendría la posibilidad de efectuar influencia de captura estatal para lograr frenar investigaciones o atenuarlas. Esto, debe de ser declarado con el fin de lograr una mayor efectividad de la fiscalía, independiente de las buenas rachas que se ha tenido, al parecer, de unos últimos fiscales totalmente independientes y que han realizado una buena labor.

Radica, en todos los puntos antes mencionado, la dificultad que presenta el evaluar la política pública de defensa de libre competencia, a la vez que se está construyendo ésta en un país como Chile.

6 | Conclusiones, Recomendaciones y Limitaciones

Durante el desarrollo de este trabajo, se logró generar una contextualización adecuada respecto al cómo debe ser el correcto desempeño de una policía *antitrust*, y el cómo es el funcionamiento actual de la FNE, además de conocer las herramientas que presenta actualmente para llevar a cabo su misión. Las principales conclusiones que se desprenden del haber analizado la literatura especializada en el tema, observado el actuar de la política pública de libre competencia en países más desarrollados, y entender el ordenamiento legal de Chile, es que el país presenta una base sólida en materia de Defensa de la Libre Competencia. Lo que, claramente, no significa que no se deban hacer cosas que mejoren su desempeño. Por lo mismo, la promulgación de la Ley N°20.945 que fortalece la Defensa de la Libre Competencia, supone un importante avance. Entregando mecanismos de control de fusiones y adquisiciones inexistente en Chile, pero con gran labor en la gran parte de los países más avanzados. Como también, la tipificación del delito de colusión, algo que resultaba impensado no tener declarado para un país que pretende apuntar al desarrollo y ser parte de la elite mundial. Esto, es lo mínimo para dejar en claro el peso que tiene cometer ilícitos que afectan al bienestar de la sociedad. A lo que también se suma, el aumento de las multas por coludirse, las cuales apuntan ahora a un monto basado en las ganancias obtenidas por el delito.

Respecto a la propuesta de mayor independencia para la FNE, la cual, nace del adentrarse en el mundo del estudio de los fenómenos de Captura del Estado que se han, y estarían, dando en países latino americanos como Chile. Claramente, las importantes utilidades que han generado en el país las grandes empresas que participan en industrias que presentan

un importante grado de concentración, han generado mucha riqueza a sus dueños. Lo que permitió, mediante mecanismos legales, financiar incluso a la política. Como éste sería un fenómeno sistémico, lo mejor es resguardarse y abordarlo como tal, algo que existe y que hay que combatir. Por lo mismo, el alejar a la FNE de la subordinación del Presidente de la República, aportaría a generar un mayor grado de autonomía en el actuar. Lo que se ratificaría, alejando la designación del fiscal, a manos de solamente el Presidente de la República. Entregando la responsabilidad al Banco Central, de la generación de una propuesta elaborada minuciosamente de una terna de candidatos para el Presidente, y con una designación que deba ser ratificada por el Senado. Lo que intentamos realizar, es desmonopolizar la elección y repartir, en más manos, la decisión de a quién entregar la máxima responsabilidad de defender la libre competencia, sin perder el carácter técnico que debe tener esta designación. Además, se presentó una propuesta de remoción del fiscal, exclusiva de la Contraloría General de la República, previa ratificación del Senado, si es que la máxima autoridad de la FNE no cumple con la probidad, la transparencia y la eficiencia con la que debe actuar un organismo que utiliza dineros públicos. Alejando, de las manos del gobierno central, la capacidad de remover al fiscal, obteniendo un informe que avale aquello de la Corte Suprema.

La conclusión principal de esta investigación, es el entender lo difícil que resulta medir, o analizar en concreto, los efectos que generarían en los mercados, una propuesta de independencia como la de esta índole. Ya que, lo que se busca, es alcanzar mercados más eficientes, que no existan industrias donde se abuse del poder de mercado o existan colusiones. Por lo que una propuesta de validación, en donde se proponga obtener más casos para la luz pública de desbaratamiento de carteles no sería a la larga lo óptimo, lo que se quiere es que las empresas no se coludan. Por lo que, castigos ejemplares para los que atenten contra la libre competencia, como multas que de verdad afecten al funcionamiento de una empresa, o pena de cárcel para los gerentes que coordinen una colusión, aportan a generar un clima de competencia en los mercados chilenos. Como también, aportaría entregar mayor autonomía a la FNE, ya que se imposibilita, de cierto grado, la capacidad de influencia que se pueda tener por financiar la política y sus qué haceres. La validación de toda política pública de Defensa de la Libre Competencia, es la generación de mercados

que estén funcionando bajo parámetros de competencia claros, lo que se puede medir con las nuevas herramientas que entrega la Ley N°20.945 a la FNE, para inyectar más recursos que generen investigaciones de mercado acabadas, que permitan dar muestras de un buen actuar empresarial. Para finalizar, Se debe recordar lo difícil que es detectar, con pruebas fehacientes, un ilícito con el grado de ocultismo que presenta una colusión empresarial. Donde, una coordinación de producción, puede ser hasta enviada en partes falsos de matrimonio.

La limitaciones que presenta la propuesta de este trabajo, radica en la incapacidad, hasta la redacción de estas líneas, de poderse reunir con algún personaje ligado a la FNE. Que pueda orientar, más aun, esta idea de nueva autonomía al funcionamiento interno de la policía de competencia chilena. Además, de la necesidad, que presenta una investigación de estas características, de poder trabajar en conjunto con otras ciencias, como la jurídica. Esta investigación, tendría una mayor validez si es que ésta hubiese apuntado a un trabajo multi disciplinario. Ya que, un Ingeniero Civil Industrial, puede aportar la mirada sistémica del desarrollo de la actividad empresarial y su qué hacer. Pero es importante un trabajo más acabado sobre lo que provocaría en el orden jurídico, los temas tocados durante el desarrollo de este trabajo.

Para finalizar resulta importante mencionar que, a nombre del autor, más allá de los avances que se puedan lograr a la hora de pensar una política pública, es trascendental el actuar cotidiano de los ciudadanos. Una sociedad más activa y demandante sobre los problemas que la aqueja, tiene la fuerza necesaria para poder incentivar a cambios importantes. Debemos ser, los ciudadanos y ciudadanas, los principales fiscalizadores del actuar de la sociedad en su conjunto. Para eso, resulta trascendental, salir del letargo y comenzar a proponer de manera responsable, e informada, cambios que realmente logren que nos acerquemos como país al tan anhelado desarrollo.

Bibliografía

- 20.361, Ley (2016). Ley 20.361 disponible. Accedido en 12-05-2016 a <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004121>. 7
- ACCC (2016). About the accc. Accedido en 02-06-2016 a <http://goo.gl/2MNBK>. 3.6
- ADWEB (2015). Antitrust division web page. Accedido en 12-05-2016 a <https://www.justice.gov/atr/missio>. 3.2.2
- Agostini, Claudio (2007). Institucionalidad e incentivos para la libre competencia. *Expansiva, Serie En Foco*, 99, 21. 2.3.1, 2.3.2, 2.3.2, 2.3.2, 2.3.3, 4.2.1, 4.2.2.1, 4.2.5
- Agostini, Claudio (2015). Puntos de referencia. ¿cárcel para la colusión? seis opiniones. Accedido en 03-05-2016 a <http://goo.gl/x8Z9IF>. 2.3.7, 4.2.2.2
- Ahumada, Jorge (1958). *En vez de la miseria*. Editorial el Pacífico. 2.1, 2.2
- Aroca, Alexandra (2010). *Análisis de la independencia de los organismos antimonopolio en Chile*. Tesis para optar al grado de magister en gestión y políticas públicas, Universidad de Chile. 5, 5.1
- Ayres, Ian y Braithwaite, John (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. 2.3.1, 4.2.2.1, 4.2.4, 4.2.5
- Bernedo, Patricio (2010). *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010*. 2.1, 2.3.7, 5.1
- Bravo, Felipe (2015). ¿por qué no hay cárcel para la colusión? Accedido en 03-05-2016 a <http://goo.gl/kavbaM>. 2.3.7
- Cañizares, Enrique y Domínguez, Daniel (2008). Perspectiva económica de la colusión. 2.3.5, 8, 4.2.3
- Centro De Estudios Publicos (1992). *“El ladrillo”, bases de la política económica del gobierno militar chileno*. 2.1
- Chomsky, Noam (2015). Requiem for the american dream (documental). Directores: Peter D. Hutchison, Kelly Nyks. 2.4.1, 5

- Connor, John M y Lande, Robert H (2008). Cartel overcharges and optimal cartel fines. In *3 Issues in Competition Law and Policy 2203 (ABA Section of Antitrust Law 2008)*, volume 169 chapter XX, (pp. 1–16). University of Baltimore Law. [2.3.3](#), [3.2.2](#), [4.2.2.1](#)
- Corden, Simon (2009). Política nacional de competencia de australia: Posibles implicaciones para méxico. Accedido en 02-06-2016 a <https://goo.gl/IWgt0A>. [3.6](#)
- Cordero, Eduardo (2012). LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN CHILE Y EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA. *Contraloría General de la República. 85 Años de vida Institucional (1927-2012)*, (5), 15–33. [5.2.1](#)
- Cosnita-Langlais, Andreea y Tropeano, Jean Philippe (2013). Fight cartels or control mergers? On the optimal allocation of enforcement efforts within competition policy. *International Review of Law and Economics*, 34, 34–40. [2.3.1](#), [2.3.2](#)
- Durand, Francisco (2016). *Cuando el poder extractivo captura el Estado*. Lima, Perú: OXFAM, junio 2016 edición. [2.4.1](#), [4.2.1](#), [5](#)
- Emol (2013). Estudio estima que colusión en industria del pollo causó daños por más de us1.600 millones. Accedido en 26-04-2016 a <http://goo.gl/NofLeR>. [2.2.1](#)
- EMOL (2015). Caso farmacias: Corte confirma fallo que absolvió a ejecutivos acusados de colusión. Accedido en 04-05-2016 a <http://goo.gl/4dtsAo>. [2.3.4](#)
- Engel, Eduardo (2015a). Ministerio público y sanciones efectivas para la colusión. Accedido en 03-05-2016 a <http://goo.gl/i24VFB>. [2.3.7](#), [4.2.2.2](#)
- Engel, Eduardo (2015b). Rayando la cancha. Accedido en 27-09-2016 a <https://goo.gl/yBDuhW>. [2.4.2](#)
- Engel, Eduardo; Muñoz, Ernesto; y Reppeto, Andrea (2013). Hacia una sociedad sin abusos: Propuestas para una Protección Eficaz de los Consumidores. *Informe de Políticas Públicas. Espacio Público.*, 01, 46. [2.1.3](#), [4.2.5](#)
- Escalona, Eduardo (2013). Informe comparado en derecho de la libre competencia. Accedido en 02-06-2016 a <http://goo.gl/8ut4rq>. [3.6](#)
- Europea, Comisión (2014). Comprender las políticas de la unión europea, un mejor funcionamiento de los mercados. Accedido en 26-05-2016 a <http://goo.gl/yFA6ui>. [3.4](#)
- Faúndez, Sebastián; Puelles, Gerardo; y Bravo, Rodrigo (2015). INFORME: INVESTIGACIÓN CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN LOS MERCADOS DE CHILE. *Centro Democracia y Comunidad*. [2.4.2](#), [5](#), [A.3](#)
- FNE, Requerimiento (2015). Requerimiento fiscalía nacional económica caso papel tissue. Accedido en 12-05-2016 a <http://goo.gl/sm3KOO>. [4](#)
- Fornells de Frutos, Jordi (2004). Derecho de competencia en estados unidos. Accedido en 12-05-2016 a <http://goo.gl/mr1zkI>. [3.2.2](#)

- FTC (2015). About the ftc. Accedido en 12-05-2016 a <https://www.ftc.gov/about-ftc>. 3.2.1
- FTC (2016). Anticompetitive practices. Accedido en 12-05-2016 a <https://www.ftc.gov/enforcement/anticompetitive-practices>. 3.2.1
- Gonzalez, Aldo (2016). Nueva ley de fortalecimiento de la libre competencia (seminario). 08-09-2016 Escuela de Derecho Universidad de Chile. 4.2.3
- González, Aldo y Huneeus, Federico (2015). Hacia un Sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile. *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas Departamento Economía U.Chile*, (pp. 1–13). 2.3.6, 2.3.6, 4.2.3
- González, Aldo y Micco, Alejandro (2014). Private versus public antitrust enforcement: Evidence from Chile. *Journal of Competition Law and Economics*, 10(3), 691–709. 2.3.1
- Grunberg, Jorge (2016). Nueva ley de fortalecimiento de la libre competencia (seminario). 08-09-2016 Escuela de Derecho Universidad de Chile. 4.2.1
- Harrington, Joseph E. (2011). When is an antitrust authority not aggressive enough in fighting cartels? *International Journal of Economic Theory*, 7(1), 39–50. 2.3.2, 2.3.2
- Irrarrazabal, Felipe (2010). El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia. (pp. 1–14). 2.1
- Irrarrazabal, Felipe (2016). Entrevista en la tercera: "tenemos la clara intención de utilizar todas las atribuciones que nos otorga la ley". Accedido en 25-10-2016 a <https://goo.gl/tWeZxA>. 4.2.3
- Irrarrazabal, Felipe (2015). La delación compensada es el mecanismo que empíricamente ha logrado desbaratar los carteles. Accedido en 03-05-2016 a <http://goo.gl/ZnWf2d>. 2.3.4
- Jeleztcheva, María (2007). *LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. LOS ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA. ESPAÑA Y BULGARIA*. PhD thesis, Universidad Complutense de Madrid. 3.2, 3.2.1
- Kessler, Eduardo (2005). La política de defensa de la competencia en la unión europea. Accedido en 26-05-2016 a <http://goo.gl/GGQI3g>. 3.4
- Konkurransetilsynet (2016a). Administrative fines and leniency. Accedido en 02-06-2016 a <http://goo.gl/8W18b3>. 3.5
- Konkurransetilsynet (2016b). The competition authority. Accedido en 02-06-2016 a <http://goo.gl/OhsjS5>. 3.5
- Konkurransetilsynet (2016c). Non-official translation of the norwegian competition act , ministry of trade, industry and fisheries. Accedido en 02-06-2016 a <http://goo.gl/byhd2Y>. 3.5

- Konkurransetilsynet (2016d). Nordic co-operation. Accedido en 02-06-2016 a <http://goo.gl/Y5nL0z>. 3.5
- Lagos, Ricardo (2015). Los logros y desafíos de la ley de colusión. Accedido en 03-05-2016 a <http://goo.gl/pgXAe7>. 2.3.7
- Ma, Tay Cheng (2010). Competition authority independence, antitrust effectiveness, and institutions. *International Review of Law and Economics*, 30(3), 226–235. 2.3.8, 5.2
- Medina, Fernando (2014). Competencia en el mercado chileno : Una mirada transversal. 2.3.5, 4.2.1
- Nación, La (2006). Ue versus microsoft: Cronología de una larga disputa. Accedido en 26-05-2016 a <http://goo.gl/8s9yZ4>. 3.4
- OCDE (2004). Competition law and policy in norway. Accedido en 02-06-2016 a <https://goo.gl/t4mIPg>. 3.5
- OCDE (2007). Derecho y política de la competencia en américa latina. Accedido en 26-05-2016 a <http://goo.gl/QUdmmQ>. 3.3, 3.3.1
- OCDE (2014). *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*. Technical report, OCDE. 2.3.6, 2.3.6, 4.2.3
- OCDE (2015). Ocede360 chile. Accedido en 12-05-2016 a <http://goo.gl/jZNpel>. 3.1
- OCDE (2016). Australia. Accedido en 02-06-2016 a <https://goo.gl/IWgt0A>. 3.6
- País, El (2007). Aplastante derrota de microsoft en europa. Accedido en 26-05-2016 a <http://goo.gl/qYZmNF>. 3.4
- Pasa, Que (2015). Jovino novoa: Condenado a tres años de pena remitida. Accedido en 27-09-2016 a <http://www.quepasa.cl/articulo/politica/2015/12/los-hechos-que-condenan-a-jovino-novoa.shtml/>. 2.4.2, 30
- Pellegrini, Julio (2015). Puntos de referencia. ¿cárcel para la colusión? seis opiniones. Accedido en 03-05-2016 a <http://goo.gl/x8Z9IF>. 2.3.7, 4.2.2.2
- Pérez-Reyes, Raúl (2011). La autonomía de los Organismos Reguladores : alcances y límites. *Círculo de Derecho Administrativo*, (pp. 128–136). 31
- PNUD (2015). Informe sobre desarrollo humano 2015. Accedido en 12-05-2016 a <http://goo.gl/uuHlkB>. 3.1, 3.2, 3.3, 3.5, 3.6
- PNUD (2016). Chile en breve. Accedido en 12-05-2016 a <http://goo.gl/hAjmTg>. 3.1
- Romero, Juan José (2008). ¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones. *Revista Chilena de Derecho*, 35(1), 9 – 35. 2.4.1, 4.2.4, 4.2.5, 5

Romero, Juan José (2011). *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*-Pages 503 to 538. 2.3.1

SERNAC (2014). Presidenta michelle bachelet firmó proyecto de ley que dará mayores facultades al sernac para proteger derechos de los consumidores. Accedido en 04-05-2016 a <http://goo.gl/BxUWip>. 2.1.3.1

Tercera (2015a). Comisión engel: Informe contiene 260 medidas concretas anticorrupción. Accedido en 20-04-2016 a <https://goo.gl/Qi0YNk>. 2.4.3

Tercera (2015b). Revisa los principales puntos del proyecto que fortalece el sistema de defensa de la libre competencia. Accedido en 20-04-2016 a goo.gl/pjBXPm. 4.1

UC, LIBRE COMPETENCIA (2010). El dercho de la competencia en brasil. Accedido en 26-05-2016 a <http://goo.gl/fHNezv>. 3.3.1

UE (2016). Qué es la ue. Accedido en 26-05-2016 a <http://goo.gl/0GrJtr>. 3.4

Valdes, Domingo (2007). Independencia de la Fiscalía Nacional Económica : Una proposición para garantizarla. *en foco*, (pp. 1–25). 2.3.8, 5.2

WebFNE (2016a). Cómo trabajamos. Accedido en 20-04-2016 a <http://goo.gl/jymHLn>. 2.1.1

WebFNE (2016b). Misión fne. Accedido en 20-04-2016 a <http://goo.gl/yUXIqh>. 2.1.1

WebFNE (2016c). Qué hacemos. Accedido en 20-04-2016 a <http://goo.gl/FsVuur>. 2.1.1

A | Anexos

A.1. Anexo 1: Países pertenecientes a la OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico fue fundada en 1961. **Sus miembros son:** Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea del Sur, Dinamarca, España, Estados Unidos, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía.

Países Candidatos: Rusia.

Países en adhesión y cooperación reforzada: Brasil, China, India, Indonesia y Sudáfrica.

A.2. Anexo 1: Caso de Concentración en la Industria de Distribución de Combustible

El caso que se describe a continuación, ejemplifica una mala decisión respecto a una fusión, que aunque se le otorgaron ciertas medidas paleativas, terminó por igualmente concentrar la industria de la distribución de combustible.³⁴

En el año 2010, el grupo Copec adquirió el cien por ciento de los derechos de las sociedades AEI Colombia Holdings y AEI Colombia Investments. Controladoras del 47,2 por ciento de Proenergía, accionista mayoritario de la sociedad que controla la distribuidora

³⁴Fuentes: TDLC rechaza adquisición de activos de Terpel Chile por parte de Quiñenco - La Tercera 27-04-2012. Grupo Copec adquiere el 47,2 % de la colombiana Terpel - El Mostrador 15 - 05 - 2013. Resolución N° 34/2011 del TDLC.

minorista de combustible Terpel. En ese entonces, la empresa colombiana tenía inversiones en Chile, por lo que presentaba estaciones de servicio con su marca, concentrando el 10 % del mercado chileno. La raíz de la compra de la controladora colombiana, por parte del grupo Copec, no pretendía hacerse del porcentaje de mercado que tenía Terpel Chile en la industria de la distribución minorista de combustible, ya que ellos concentraban cerca del 62 % de éste. Por lo que Copec aseguró, y así lo hizo, que tomaría las medidas legales para no afectar la competencia. Al consultar voluntariamente al TDLC, éste ordenó la venta de Terpel Chile, y la obligación de consultar si es que llegaba una oferta de un actual participante de la industria en cuestión.

El interesado en adquirir Terpel Chile fue el grupo Quiñenco. Quienes ya poseían ENEX/Shell, también competidores de la industria del combustible. A raíz de esto, y por las consecuencias que esa adquisición tendría, el TDLC rechazó la venta al grupo Quiñenco. Al apelar a la Corte Suprema, ésta revierte la decisión del TDLC y permite la adquisición de Terpel por parte de Shell/ENEX, bajo ciertas condiciones, las cuales eran la desinversión de 61 estaciones de servicio en 61 comunas del país y al término de contratos de arriendo de capacidad de almacenamiento que presentaba Terpel. Así, efectuada la compra, en un plazo no mayor a dos años, la mayor parte de las estaciones de servicio de Terpel pasarían a ser Shell.

Finalmente, aunque se aplicaron las medidas paliativas, al reducirse la cantidad de bencineras, y reducirse el número de competidores, la industria de la distribución minorista de bencina se terminó concentrando en dos grandes competidores. Lo que a luz de lo estudiado, termina por perjudicar a la competencia.

A.3. Anexo 2: Aportes de Grupos Económicos a la Política Chilena

En la siguiente tabla, se muestra las sociedades por las cuales los grandes grupos económicos de Chile donaron dinero para campañas políticas y fundaciones ligadas a partidos. Según información del SII ([Faúndez et al., 2015](#)).

Grupo	Sociedades
Luksic	Minera Esperanza, Minera Los Pelambres, Banco de Chile, Sociedad Inversiones Río Azul, Antofagasta Plc
Angelini	Empresas Copec, Celulosa Arauco, Abastible, Corpesca, Minera Paso San Francisco
Falabella Solari	Sodimac, Sericios e Inversones Falabella, sociedad Bethia
Yarur	BCI, BCI Asset Management
Said	Parque Arauco
Cueto	Latam, Lan Cargo
Security	Inversiones Seguros Security, Inversiones Invest Security
Paulmann	Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.; Cencosud Retail S.A.; Cencosud Shopping Centers S.A.; Easy; y Comercializadora Costanera Center Spa.
Matte	CMPC, Colbún, Puerto Lirquén.
Saieh	CorpBanca